

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCII • Marzo-Abril • Núm. 754

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 XCII • Marzo-Abril 2016 • Núm. 754

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 Luis Díez-Picazo y Ponce de León**
Catedrático de Derecho Civil
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 Gállico
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 Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

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

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 Gállego
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

- ALONSO NÚÑEZ, Manuel José: «La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizados con fianza (1.^a parte)» / *Communication and recognition of loans in a case of bankruptcy: special reference to the guarantees and surety bonds credits (Part 1)* 709
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La inscripción en el Registro de la propiedad de los documentos públicos extranjeros en las nuevas Leyes de Jurisdicción Voluntaria y de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil» / *Registration of foreign public documents in Spanish public registries in the new Act on voluntary jurisdiction and on Act on international legal cooperation in civil matters* 737
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús A.: «La Sucesión Nobiliaria y la Filiación»/ *Nobiliary Inheritance And Adoptive Filiation..* 773

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. ¿Acierto o desacierto del legislador de la Ley Orgánica 1/2015?» / *The replacement of the term disabled by person with disabilities in need of special protection. ¿Correction or mistake by the legislator of the Organic Law 1/2015?* 805

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- ZUMAQUERO GIL, Laura: «El tratamiento registral de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas» / *Property registry treatment of the early termination clauses of mortgages*..... 827

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- BORETTO, Mauricio: «La persona jurídica en el nuevo Código Civil y comercial de la nación argentina. Intersecciones con el derecho constitucional» / *The legal entity in new civil and commercial code of the nation argentina. Intersection with constitutional law* 863

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 889

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato» / *Suspend visiting arrangements of the child with the parent who was convicted for an offence of mistreatment*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 919

1.2. Derecho de familia:

- «Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial» / *Claim of the food pension after declaring itself the nonexistence of the filiation*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT ... 935

1.3. Derechos reales:

- «Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras» / *Field of registry qualification in financial terms*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.. 968

1.4. Sucesiones:

- «Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica» / *The international succession in Spain*

	<i>and its treatment in the most recent doctrine of the DGRN: A critical examination</i> , por Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL	986
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?» / <i>The room leasing contract: Its problematic regulation: Urban Leasing Law or Civil Code?</i> , por José María BOTELLO HERMOSA.....	1000
1.6.	Responsabilidad civil:	
	— «La obligación de medios y resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales» / <i>Obligation of means and obligation of results in health services: jurisprudential aspects</i> , por Alfonso SERRANO GIL.....	1039
1.7.	Concursal:	
	— «Los ficheros de solvencia. Una perspectiva desde el Derecho Francés» / <i>Solvency registers. A perspective taken from French Law</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS	1059
2.	MERCANTIL:	
	— «La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria» / <i>The autonomous nature of guarantees where sums are paid on account in real estate purchases</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	1090
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «El emplazamiento de los titulares registrales en el proceso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo vinculada a la tramitación de expedientes de disciplina urbanística» / <i>The summons of the registered owners within the administrative litigation process and its provisional filing in the land registry of property related to the proceeding of urban discipline files</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	1101

4. DERECHO BANCARIO:

- «Lex mercatoria islamica: La sharía como ley aplicable al contrato de *murabaha* bajo el ‘Reglamento Roma I’» / *Lex mercatoria islamica: Shari’a as choice of law under Regulation Rome I in a murabahah transaction agreement*, por Bruno MARTÍN BAUMEISTER 1121

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

- Información de actividades 1141

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

- «Subasta judicial y transmisión de la propiedad, de J. P. MURGA FERNÁNDEZ», por Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN 1155

ESTUDIOS

La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizados con fianza (1.^a parte)

Communication and recognition of loans in a case of bankruptcy: special reference to the guarantees and surety bonds credits (Part 1)

por

MANUEL JOSÉ ALONSO NÚÑEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

RESUMEN: El concurso ha afectado al contrato de fianza estableciendo una regulación especial que modifica el derecho común de fianza contenido en el Código Civil. La posición del fiador en la comunicación y en el reconocimiento se ve mermada en cuanto que la Ley Concursal establece la preeminencia del acreedor principal a la hora del reconocimiento de sus créditos y de su cobro. En este artículo se lleva a cabo un análisis del derecho positivo contenido en la Ley Concursal en cuanto a los derechos del acreedor principal y a los derechos y acciones que corresponde al fiador en el concurso, tanto cuando ha realizado totalmente el pago al acreedor principal como cuando ha realizado un pago parcial, ya sea este preconcursal como postconcursal.

ABSTRAC: The competition has affected the bond contract establishing a special regulation amending the common law of bail contained in the Civil Code. The position of guarantor in communication and recognition is crippled in that the insolvency law establishes the preeminence of the main creditor at the time of recognition of their claims and collected. This article carries out an analysis of positive law contained in the bankruptcy law regarding the rights of the main creditor and the rights and activities to which the guarantor in the competition, both when it has fully made the payment to principal creditor when He has made a partial payment, be it preconcursal as postconcursal.

PALABRAS CLAVE: Concurso. Fianza. Acreedor principal.

KEY WORD: Bankruptcy. Bonds credits. Main creditor.

SUMARIO: I. LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS: 1. LA NATURALEZA Y LA NECESIDAD DE LA COMUNICACIÓN. 2. EL EMPLAZAMIENTO PARA LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS. 3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 4. EL TIEMPO PARA LA COMUNICACIÓN. 5. LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN. 6. ACREEDORES OBLIGADOS A COMUNICAR: A) *La comunicación del crédito del acreedor principal cuando está garantizado con fianza.* B) *La comunicación del crédito del fiador.*

I. LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

Como acto previo al reconocimiento de los créditos se hace necesario, como regla general, la comunicación a la administración concursal del crédito que se pretenda reconocer en el concurso.

1. LA NATURALEZA Y LA NECESIDAD DE LA COMUNICACIÓN

La comunicación, como declaración recepticia sujeta a un cierto formalismo legal dirigida a la Administración concursal, tiene como finalidad posibilitar la confección de los listados de acreedores, sus créditos, y la emisión de la opinión de aquella sobre el reconocimiento o no del crédito comunicado. Si en el momento en el que se abre el concurso el fiador es titular de un crédito actual contra el deudor insolvente, ello le legitima para solicitar el reconocimiento del mismo y para apropiarse del valor que allí se distribuya, pero previamente debe como todo acreedor proceder a «comunicar» la existencia y circunstancias del crédito cuyo cobro pretende.

Con la denominación de «comunicación de los créditos» se viene a designar lo que tradicionalmente se conocía como «insinuación»¹, siendo la regla general que todos los acreedores quedaban sometidos al procedimiento de verificación de sus créditos² y tal regla no ha sido modificada en la Ley Concursal. En este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la vigente legislación concursal establece el deber de la comunicación con la finalidad esencial de conseguir «la satisfacción de los acreedores», para lo cual se hace necesario la identificación del pasivo que se trata de satisfacer y el activo con el que se deben cubrir la deudas. Por lo tanto, se hace necesario por una parte la confección del inventario de la masa activa y por otra la elaboración de la lista de créditos, facultad que la Ley atribuye a los administradores (art. 94 LC), como una de sus funciones esenciales³.

Sin embargo, hay que tener presente que la inclusión en la lista de acreedores, no va a suponer necesariamente el reconocimiento del crédito, ya que una cosa es que el crédito esté «relacionado» en la lista de acreedores, y otra muy diferente que el crédito esté «incluido» en la relación de los reconocidos. El artículo 85.1 de la Ley Concursal impone a todos los acreedores, sin excepción alguna, y por lo tanto también a los fiadores, la carga de comunicar sus créditos a la administración concursal en tiempo⁴ y forma⁵, con la finalidad de ser sometido a verificación, a los efectos de convertirse en «acreedor concurrente» incluido en la lista de acreedores⁶, regulada como inventario de la masa pasiva en el artículo 94 de la Ley Concursal recogiendo su estructura y contenido. De acuerdo con este artículo, la «lista de acreedores» no es más que una relación de acreedores confeccionada por la administración concursal contra el concurso donde quedan incluidos o reconocidos y de sus créditos pretendidos, o que por la causa que sea están excluidos o no reconocidos. Sin embargo, para que la administración concursal pueda pronunciarse sobre la consignación de un crédito es imprescindible que tenga conocimiento de ellos en los términos que preceptúa el artículo 86.1 de la Ley Concursal. En este sentido, los créditos que formarán parte de la lista de acreedores, a tenor del literal de este artículo 86.1 LC, son: 1) Los créditos comunicados expresamente; 2) Los créditos que resulten de los libros y documentos de deudor; y 3) Los créditos que constaren en el concurso por cualquier otra causa.

Pero ¿cómo se realiza la comunicación? El artículo 85 en sus apartados 2 a 5 regula con cierto detalle los formalismos a que está sometida la comunicación.

2. EL EMPLAZAMIENTO PARA LA COMUNICACIÓN DE CRÉDITOS

La comunicación puede comenzar, bien como consecuencia del emplazamiento judicial, o bien por emplazamiento de la administración judicial.

En su redacción original, el artículo 21.1.5.º de la Ley Concursal imponía como contenido necesario del auto declarando el concurso el llamamiento a los

acreedores para que comunicasen sus créditos en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias acordadas en el auto declarando el concurso, lo cual no dejaba de estar exento de complicaciones⁷.

Por ello, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas Urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, en su Capítulo III, sobre medidas en materia concursal, modificó el artículo fijando el inicio del cómputo del plazo del mes para poner en conocimiento de la administración concursal los créditos en el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado⁸, nueva regulación que responde a criterios de agilización y economía del procedimiento⁹. El artículo 21.4 de la Ley Concursal impone a los administradores concursales que den a cada acreedor una comunicación individualizada en la que les informen de que se ha producido la declaración de concurso y que deben comunicar su crédito a la administración concursal¹⁰. Por lo tanto, impone a la administración concursal que proceda, «sin demora», a comunicar de forma individualizada a los acreedores que consten en el concurso que tienen el «deber» de comunicar sus créditos «en la forma» que establece el artículo 85. Por lo que, constando el pago de fiador del crédito al acreedor afianzado, los administradores deben comunicar el concurso a aquel para que comunique su crédito¹¹.

Entendemos que la obligación que se impone va dirigida, por una parte, a los administradores concursales quienes tienen que comunicar la declaración del concurso y, por otro, la obligación que tienen los acreedores de que comuniquen sus créditos. Para algunos autores¹², en esa comunicación además debe informarse a los acreedores para mejor protección de sus intereses de que se tiene por insinuados sus créditos en las condiciones que consten en autos¹³. Se trata de una norma imperativa que tiene el fin claro, esencial y exclusivo de comunicar que se ha producido el concurso a los acreedores y hacerles ver a estos que deben cumplir con la necesidad de comunicar sus créditos al concurso, sin que pueda suponer ningún tipo de insinuación propiamente de los mismos. Esta interpretación es armónica, tanto con la normativa recogida en el artículo 21.4 de la Ley Concursal como con lo dispuesto en el artículo 40 del reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia¹⁴.

Una vez que se haya hecho el emplazamiento para comunicar sus créditos debemos preguntarnos ¿qué medios pone el ordenamiento jurídico en manos de los interesados para la comunicación?

3. MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La comunicación del crédito por los acreedores no constituye en la LC la única fuente de conocimiento de su existencia en el procedimiento concursal. Ese conocimiento puede producirse bien a instancia de parte, tal y como se ha señalado, mediante comunicación escrita firmada por el acreedor o por cualquier

otro interesado en el crédito (art. 85.2 LC)¹⁵, bien indirectamente, por resultar su existencia de los libros y documentos del deudor, por constar en el concurso por cualquier otra razón (art. 86.1 LC) o por tratarse de uno de los créditos mencionados en el artículo 86.2 de la Ley Concursal, y en último caso dependerá el conocimiento de la existencia del crédito por la administración concursal del acreedor legitimado para realizar la comunicación¹⁶.

En este sentido, ¿es que el artículo 86.2 establece un principio de prioridad o preferencia e incluso una incompatibilidad de los medios de comunicación? La pluralidad de cauces que señala el artículo 86.1 de la Ley Concursal no supone una priorización de unos sobre otros. El artículo 86.1 se limita a señalar una variedad de cauces pero sin señalar preferencia ni incompatibilidades. Distinto es que la comunicación hecha por el acreedor pueda llegar a tener valor de acto propio y que cuando resulte claramente incompatible con el resultado de libros y documentos pueda llegar a primar sobre lo que surja de estos. Por lo tanto, el artículo 86.1 no regula caminos excluyentes de forma que la comunicación hecha por el acreedor en relación a un crédito ciegue el acceso del crédito al concurso por otros medios distintos a la comunicación hecha de forma expresa.

Esta compatibilidad de medios de comunicación nos plantea si podría comunicarse de oficio por la administración concursal los créditos de cualquier acreedor y, particularmente, del crédito de fiador. Algunos autores¹⁷, consideran que el artículo 86.1 regula y ha establecido «una comunicación de oficio», como un trámite simplificado que exonera al acreedor de la carga de la comunicación¹⁸. Sin embargo, la Ley no exonera a ningún acreedor de la carga de la comunicación y por lo tanto tampoco el fiador estaría eximido de dicha carga. Así lo dispone y se deduce de los artículos 21.1.5.º; 21.4; y 85 de la Ley Concursal y así también se recogía en la redacción original del artículo 95.1 de la Ley Concursal, al regular la comunicación individualizada del informe al referirse a los interesados «incluidos sin comunicación previa del crédito».

No obstante, si bien estamos de acuerdo en que existen supuestos en que la falta de comunicación de un crédito no tiene que llevar necesariamente a su expulsión definitiva del concurso, esto no supone que debamos sacar la conclusión de que el art. 86.1 admite la comunicación de oficio. Por el contrario, creemos que en estos supuestos —como sostienen GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO¹⁹— lo que la Ley regula en su artículo 86 LC no es una comunicación, sino todo lo contrario: los efectos de la falta de comunicación en supuestos concretos, bien para minimizar o bien para eliminar las consecuencias de la omisión. Con ello, se pone de manifiesto que hay que diferenciar entre las facultades de aportación y las condiciones especiales de reconocimiento, pues no se puede identificar la comunicación con el reconocimiento²⁰, siendo la comunicación obligatoria para quien tiene la carga de comunicar²¹.

Llegado a este estadio la pregunta que podemos hacernos es si hay un plazo ilimitado para la comunicación.

4. EL TIEMPO PARA LA COMUNICACIÓN

La comunicación plantea varias cuestiones relativas al tiempo en que deba realizarse, tales como cuándo deben de comunicar los acreedores en general y, en particular, el fiador sus créditos, cómo interpretar el *dies a quo* y el *dies a quem* referente al cómputo de mes y del mes y medio y a la fecha de la comunicación, y particularmente en el procedimiento abreviado, así como la coincidencia o no de la declaración del concurso con el tiempo de la comunicación, tanto en las comunicaciones de presente como por escrito, entre otras cuestiones.

Partimos de que es necesario que en la fase de comunicación exista un plazo para que los acreedores cumplan con la obligación que les exige la Ley de comunicar sus créditos a los administradores del concurso, ya que se ventilan en aquella fase intereses, no solo que afectan a un sujeto sino a varios sujetos, y en donde van a formular todos ellos sus alegaciones y aportar los documentos convenientes a fin de justificar sus créditos. Por ello, ciertamente el tiempo para tal fin no se puede dejar al arbitrio de cada uno de ellos en procesos como los de ejecución colectiva donde no cabe estar constantemente volviendo atrás, deshaciéndose de lo que ya se hizo antes y sin posibilidad de avanzar, especial problemática que se manifiesta con más intensidad en los casos de la comunicación del crédito del acreedor principal respecto de fiador. Y esto es así porque, la fijación del plazo para la comunicación va a incidir en la determinación de la masa activa y pasiva del concurso y es congruente, además, con la necesidad de fijar las fases posteriores del proceso concursal en las que va a tener interés el fiador que ha pagado total o parcialmente la deuda del deudor principal²².

En este sentido, el artículo 21.1.5.º de la Ley Concursal, en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 3/2009, dispone que el auto declarando el concurso debe contener el llamamiento a los acreedores para que comuniquen la existencia de sus créditos a la administración concursal²³. Esta nueva redacción surgida de la reforma de 2009 planteó una serie de cuestiones doctrinales referentes al *dies a quo* y al *dies a quem*, al cómputo de mes y del mes y medio y a la fecha de la comunicación²⁴.

Para GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO²⁵, la claridad de la norma no dejaba antes, ni ahora, dudas sobre la solución dada por la Ley Concursal, ya que a su entender «el inicio del cómputo del plazo para comunicar los créditos es la fecha de la última de las comunicaciones en general, y de la comunicación individualizada por la administración concursal en particular».

¿A partir de que cuando se cuenta el plazo del mes? Esta cuestión se planteó en la doctrina con la anterior legislación, al no decir entonces la antigua norma si el plazo debía comenzar el mismo día o al siguiente de su publicación, cuestión que ha sido resuelta por la reforma de 2009²⁶. Así, de lo dispuesto en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Concursal, referida al Derecho Procesal y de lo dispuesto en el artículo 133.3 de la LECiv, se deduce que el cómputo

del plazo deberá hacerse de fecha a fecha con la peculiaridad de que en la LC, frente a la LEC, el *dies a quo* es el siguiente a aquel al que su publicó el auto declarando el concurso en el *BOE*; de modo que si la publicación es de 25 de abril, el *dies a quo* es el 26 y el *dies ad quem* el 26 de mayo y, en el supuesto de que se publicara el 30 de enero, el *dies a quo* es el 31 de enero y el *dies ad quem* el 28 de febrero²⁷.

Para el caso en el que el concurso siga los trámites del procedimiento abreviado también el cómputo plantea problemas de interpretación. El artículo 191 de la Ley Concursal dispone: «Con carácter general, acordado el procedimiento abreviado, los plazos previstos en la Ley se reducirán a la mitad, redondeando al alza si no es un número entero, salvo aquellos que, por razones especiales, el juez acuerde mantener para mejor desarrollo del procedimiento». Por lo tanto, el plazo de un mes se contrae a medio mes, y al ser un plazo desconocido hasta ahora en nuestro sistema jurídico privado la cuestión que plantea es cuál es el cómputo exacto de tal plazo. Lo lógico es sostener que el medio mes se refiere a 15 días²⁸.

En cuanto a la determinación del *dies ad quem* resulta del artículo 133,3 LECiv: «Los plazos señalados por meses o por años se computaran de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes». De este artículo se deduce que²⁹: 1) Se trata de un plazo propio, pero que, a diferencia de lo que acontece con los plazos propios en la LEC, su infracción no provoca los efectos preclusivos del artículo 136 de la LEC, de tal forma que no se pierde la oportunidad de realizar el acto de que se trate, si bien que el retardo puede tener consecuencia; 2) Aunque conceptualmente pueda resultar contradictorio la determinación del plazo de fecha a fecha con la posibilidad de presentar la comunicación al día siguiente hábil, es lo cierto que el artículo 135.1 de la LECiv no discrimina, por lo que habrá de estarse a lo previsto en él: «Cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al vencimiento del plazo, en la Secretaría del Tribunal o, de existir, en la oficina o servicio de registra del central que se haya establecido».

Por último, la comunicación suscita la cuestión de la fecha en que debe entenderse efectuada esta. Plantean GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO que en las declaraciones de presente, el momento de la emisión de la declaración o comunicación coincide con el de su recepción, al producirse de forma simultánea. Por el contrario, cuando se trata de comunicaciones a las que la Ley exige forma escrita, entre el momento de emisión de la declaración y el de su recepción por la administración concursal, puede pasar un cierto periodo de tiempo por lo que puede que una comunicación emitida dentro del mes siguiente a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, sea recibida por la administración concursal transcurrido dicho plazo.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la Ley concursal guarda silencio por lo que, habida cuenta de la remisión que hace esta en su Disposición Final Quinta a la LEC, habrá de aplicarse el artículo 132.1 de la LEC, referido a los plazos y términos: «Las actuaciones del juicio se practicarán en los términos o dentro de los plazos señalados para cada una de ellas». La aplicación de la regla contenida en este artículo a las comunicaciones dirigidas a los administradores supone que la comunicación deberá obrar en poder de la administración concursal dentro del plazo fijado por la norma, «lo que vendría avalado porque la literalidad alude a *que ponga en conocimientos (...) en el plazo de un mes* no a que en el plazo de un mes se dirijan a la administración concursal; y en idéntico sentido, la literalidad del artículo 85.1 *dentro del plazo señalado (...) comunicarán*, se refiere al resultado de la comunicación y no a la emisión de la comunicación»³⁰.

Si la comunicación se hizo correctamente por los medios y en los plazos marcados en la Ley ¿qué efectos produce? ¿Qué consecuencia tendría la comunicación si por el contrario no se hubiera hecho en tiempo hábil?

5. LOS EFECTOS DE LA COMUNICACIÓN

Desde el punto de vista de los hechos, la información individualizada de la declaración del concurso será, en algunos casos, la primera noticia que tendrán, la más de las veces, los pequeños acreedores que no pertenezcan al sector en la que opera la concursada. Desde el punto de vista jurídico tampoco tiene mayor transcendencia ya que no afectaría ni a los plazos para insinuar los créditos ni la norma previene consecuencias³¹. Sin embargo la falta de comunicación o la demora en ella podrán dar lugar a la responsabilidad del administrador, pero no impide que se produzcan los efectos de la caducidad del plazo para las comunicaciones. En este sentido, el supuesto de incumplimiento de la administración concursal de su obligación de dirigir al actor la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la Ley Concursal, no libera a los acreedores del deber de insinuar su crédito en el plazo previsto. Este es el parecer de la sentencia de 8 de mayo de 2008 de la Sección 28 de la Audiencia de Madrid³².

Por otra parte, la norma no regula las consecuencias de los defectos, y en su caso, la subsanación de los defectos de la comunicación. Por ello, parece lógico que cuando existan meros defectos que no impidan la constatación de la existencia del crédito por otros medios o cuando el defecto en si mismo no impida que la comunicación cumpla su objetivo, no puede impedir tenerse por cumplido el trámite de la comunicación, debiendo solo rechazarse su eficacia cuando los defectos sean graves, es decir, de tal calibre y entidad que impidan a la administración concursal cumplir con su función.

Cuestión distinta es que el crédito se comunique tardíamente, pues en este supuesto el artículo 92.1.º de la Ley Concursal con carácter general lo califica

como subordinado, pero estableciendo excepciones a pesar de la comunicación extemporánea (créditos cuya existencia resultaren de la documentación del deudor; créditos que constaren de otro modo en el concurso de acreedores; créditos que constaren en otro procedimiento judicial; créditos en los que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones). En estos supuestos, los créditos tendrán el carácter que le corresponda según su naturaleza³³.

En el caso de que la comunicación se haya producido defectuosamente entendemos que cabría la subsanación. Si bien, la LC no contiene un precepto similar al contenido en el artículo 231 LECiv. que dispone que: «El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley», en base al principio de proporcionalidad parecería congruente que se dé a los acreedores la oportunidad de subsanar los defectos de que pudiese adolecer la comunicación, ya que quien comunica sus créditos tiene la voluntad e intenta cumplir el trámite de la comunicación. La posibilidad de subsanar los defectos de la comunicación es susceptible realizarse en fase de incidente³⁴.

6. ACREEDORES OBLIGADOS A COMUNICAR

Debe hacerse notar que el literal del artículo 85.3 de la Ley Concursal exige que en el escrito de comunicación se consignen determinados datos relativos, entre otros extremos, a las características del crédito y a la calificación que se pretenda, aparte de los bienes o derechos a que afecte el privilegio especial que, en su caso, se invoque sin distinguir quien sea el acreedor. Por lo tanto, parece que el legislador no ha hecho distinciones entre las diferentes clases de acreedores concursales a efectos de someterlos o sustraerlos a la carga de la comunicación de sus derechos, lo que resulta congruente con el principio de concursalidad establecido en el artículo 49 de la Ley Concursal cuando ordena que todos los acreedores del deudor «ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad y domicilio... sin más excepciones que las establecidas en las leyes», queden de derecho integrados en la masa pasiva a partir del auto de declaración del concurso³⁵. Existe, por lo tanto, la carga del acreedor de comunicar a la administración concursal la existencia y características de su crédito, siempre, claro está, que se desee tomar parte en el concurso abierto, pues tal comunicación no deja de ser voluntaria.

No ocurre lo mismo con los denominados «acreedores de la masa» que figuran en la lista de acreedores en una adicional, separada, configurada por los administradores concursales, y respecto de los que no procede ni su comunicación ni su reconocimiento. Ello es así, como señala BELTRÁN SÁNCHEZ³⁶,

por dos razones fundamentales: en primer lugar por la certeza de las mismas (están ya reconocidas por los propios órganos concursales que las contraen) y en segundo lugar, y sobre todo, por su ajenidad al concurso (a los acreedores de la masa no les afecta el principio de la *par conditio creditorum*)³⁷.

A) *La comunicación del crédito del acreedor principal cuando está garantizado con fianza*

Con el planteamiento legal contenido en la Ley Concursal y en el Código Civil que permite que el acreedor pueda cobrar su crédito fuera del concurso, no debe extrañarnos que, ante un crédito garantizado con un patrimonio de refuerzo sobre el que el acreedor puede dirigirse al margen del procedimiento concursal (fianza, aval, o solidaridad pasiva), tal acreedor garantizado pueda carecer del más mínimo interés en comunicar la existencia de su crédito a la administración concursal en los plazos fijados para la carga de la comunicación; sobre todo cuando, como ha señalado BERMEJO GUTIÉRREZ³⁸, el legislador facilita la ejecución de dichas garantías, tal y como demuestra, en sede de fianza, y permite la supresión del beneficio de excusión para el fiador prevista en el artículo 1831.3.º del Código Civil.

Esta circunstancia, conocida por el legislador, ha llevado a que el artículo 85.2.º de la Ley Concursal habilite a «cualquier otro interesado en el crédito» a realizar e instar la comunicación y reconocimiento del mismo. Lógicamente, la cuestión se centrará en determinar quién es ese «otro interesado», distinto del titular del crédito. Y no puede ser otro que aquel que, como señala el artículo 184.4 de la Ley Concursal, tenga «interés legítimo en el concurso», entre los que, no cabe duda, deben incluirse todos aquellos que proporcionan un patrimonio de refuerzo al deudor concursado, ya sea un fiador, avalista o codeudor solidario; ya que la subrogación que le podría proporcionar su pago solo le resultará provechosa si el primitivo acreedor reúne la condición correcta de acreedor concursal.

Así, en el supuesto de que se trate de un obligado solidario, debe partirse de la existencia de un único crédito: el que ostenta el acreedor concursal frente al deudor declarado en concurso y frente al sujeto que se obligó solidariamente con este último. En la medida en que, por efecto del pago del crédito, el obligado solidario se convertiría en acreedor del concursado por la cuantía de la obligación que este debiera asumir según la relación interna, es indiscutible que el obligado solidario entra de lleno en la categoría de sujeto interesado en el crédito, al que el artículo 85.2 de la Ley Concursal reconoce legitimación para comunicar su existencia. Cuando se trate de créditos garantizados con aval o fianza, el garante reúne también, por razones similares a las del obligado solidario, la condición de sujeto interesado en el crédito: en el caso de hacer

frente a su obligación de garantía, el garante deviene titular de un derecho de regreso frente al deudor (art. 1838 del Código Civil), para cuya satisfacción puede subrogarse en la posición del acreedor primitivo (arts. 1839 del Código Civil y art. 87.6 de la Ley Concursal). Entendemos que bastaría para justificar su derecho a comunicar la presentación de cualquier documento del cual se desprenda inequívocamente su existencia y naturaleza de su crédito y su cuantía³⁹.

Con todo, la comunicación ya no es presupuesto necesario del reconocimiento de créditos; pero faltando la comunicación expresa y no constando de otro modo la situación del acreedor es ciertamente comprometida a los efectos de poder ser considerado acreedor concurrente. Como es sabido, la legislación derogada establecía la previsión de que los acreedores concursales que no hubieran realizado el acto de insinuación en tiempo pudieran comparecer con posterioridad a ese momento; si bien, su tardía comparecencia producía una serie de efectos desfavorables para el denominado acreedor moroso. La Ley Concursal mantiene en el artículo 92.1.º previsiones similares sobre los dominados «acreedores morosos» en cuanto reputa subordinados «los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de esta...»⁴⁰. La idea que subyace en la norma es la de sancionar a los acreedores que no hacen uso de su derecho en el momento oportuno, ya que esta falta de diligencia entorpece el desarrollo del concurso y perjudica a los restantes acreedores⁴¹; si bien, el mismo precepto extrae de dicha postergación a los «créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, [a los que] constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o [a los que] para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones Públicas, teniendo en todos estos casos, el carácter que les corresponda según su naturaleza»⁴². Es por esto por lo que la sanción que naturalmente acompaña a la comunicación tardía de los créditos se relativiza en un buen número de ellos, que seguirán manteniendo su calificación según su naturaleza⁴³.

Por lo tanto, el artículo 85.1 exige la insinuación del crédito del acreedor principal. Insinuación que si bien no se constituye en conducta a la que se pueda compeler obligatoriamente al acreedor, en caso de no hacerse, la Ley le da graves consecuencias. Así, el artículo 86.1 impone a la administración concursal la obligación de decidir sobre la exclusión o inclusión y la cuantificación y la clasificación de todos los créditos que: a) hayan sido comunicados expresamente; b) resulten de los libros y documentos del deudor; o c) de cualquier otra forma consten en el concurso. Obviamente, quedan fuera de tal obligación aquellos créditos que no se encuentren en ninguno de los tres supuestos enumerados. Llegados a este punto, la Ley lleva a cabo una nueva distinción que conviene recordar. Dentro de los créditos comunicados expresamente, se discrimina a aquellos que lo han sido después de vencido el plazo para la insinuación. A

estos, de comunicación tardía, se les atribuye la calificación de subordinados (art. 92.1.º LC). Sin embargo, el artículo 92.1 también prevé la calificación como créditos subordinados de aquellos que «no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de esta». Pudiera parecer que esta mención abre la vía para que aquellos créditos que no han sido en absoluto comunicados pudieran llegar a formar parte de la lista de acreedores por el trámite de la impugnación de la lista de acreedores. Sin embargo, en principio sostener esta tesis supondría en la interpretación restrictiva de la sentencia de 25 de mayo de 2005 del Juzgado de lo mercantil número 1 de Madrid, antes señalada, atribuir al cauce de impugnación de la lista de acreedores una virtualidad distinta a la que la Ley establece. En efecto, según esta sentencia impugnar significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «combatir, contradecir, refutar». Y no hay contraposición de posturas relacionadas con la confección de la lista de acreedores si el acreedor no ha insinuado previamente su crédito en el concurso. De ahí que el artículo 96.3 de la Ley Concursal deba ser interpretado —se dice— en el sentido de que la impugnación de la lista de acreedores podrá consistir en la inclusión de créditos, refiriéndose a aquellos que han sido previamente excluidos; o a la exclusión de créditos, respecto de los que han sido incluidos en la lista de acreedores, pero no podrá consistir en otra cosa. En definitiva, el juez del Juzgado de lo mercantil número 1 de Madrid dijo que no puede mantenerse la tesis de que el artículo 92.1 abre una nueva vía para el reconocimiento de créditos porque dicho precepto hace referencia a los créditos que no han sido comunicados «oportunamente» y, en consecuencia, la «comunicación oportuna» no puede referirse a otra comunicación que no sea la prevista en el artículo 85.1 y cualquier otra comunicación no podría verse calificada legalmente como oportuna. En el sentido antes apuntando de la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 1 de Madrid, antes señalada, también se manifiesta la sentencia del Juzgado de lo mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 460) referido a la comunicación tardía de un crédito por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y en la que proporciona un indudable tirón de orejas a la administración concursal en relación a su labor a la hora de calificar y clasificar los créditos⁴⁴.

La cuestión, no obstante, ha sido zanjada por la Sala Primera del Tribunal Supremo quien, por sentencia de 13 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3859), consideró que el incidente concursal de impugnación era una vía hábil para permitir el reconocimiento e inclusión de créditos concursales aun cuando estos no hubieran sido comunicados previamente ni conocidos por la Administración concursal por ningún otro medio.

En este sentido, la Reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 ha supuesto flexibilizar el anterior sistema, que habíamos denominado rígido, de configuración del pasivo concursal, pues la nueva regulación amplía tanto el

momento hábil para la comunicación de créditos como el número de supuestos en que los créditos concursales pueden ser valorados por la administración concursal a efecto de su reconocimiento, con independencia del momento en que hubiesen llegado a su conocimiento. Así, la Ley 38/2011 admite la posibilidad de reconocer como créditos concursales: 1. Aquellos que hayan sido comunicados hasta la presentación de los textos definitivos (*ex art. 96 bis apartado 1 LC*), si bien con efectos sobre su calificación ya que se reconocerán como créditos subordinados, salvo que el acreedor justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 2. Se contempla la posibilidad de modificar la lista definitiva de acreedores concursales surgida después del trámite de impugnación previsto en el artículo 96 LC, permitiendo el reconocimiento de nuevos créditos ignorados hasta entonces; 3. El apartado 3 del artículo 97 de la Ley Concursal incorpora algunos supuestos de reconocimiento de nuevos créditos concursales posteriores a la presentación de los textos definitivos: a) cuando se ponga de manifiesto en virtud del inicio de un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos; b) cuando se ponga de manifiesto en virtud del inicio de un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal; 4. El artículo 92.1.º de la Ley Concursal permite, asimismo, el reconocimiento de créditos concursales aun cuando su comunicación no se haya llevado a cabo sino con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores concursales, por lo que será el juez quien podrá acordar la inclusión en la lista de acreedores concursales del crédito impugnado⁴⁵. Además, la Ley concursal regula reconocimientos forzosos de créditos cuyos reconocimientos vienen determinados, o por el título o por el registro en que se encuentran incorporados o por las características del acreedor. En esta dirección, el artículo 86.2 regula entre estos supuestos: 1. Créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes; 2. Créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva; 3. Créditos reconocidos por certificaciones administrativas; 4. Créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público; y 5. Créditos de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso.

Sin embargo, la obligación que la Ley impone a la Administración concursal del reconocimiento forzoso de determinados créditos no supone la obligación de aquietarse también con su existencia. Por el contrario, si la Administración concursal dudare de la veracidad del crédito de reconocimiento forzoso, pueda discutirlo fuera del concurso (art. 86.2.º LC) y en el cauce que en cada caso corresponda, estando asimismo legitimada tanto para impugnar los convenios como procedimientos arbitrales en caso de fraude, según lo previsto en el artículo 53.2 LC.

Distinto de los supuestos de reconocimientos forzosos regulados en la Ley, son los casos en que la Ley Concursal obliga a la Administración concursal a

incorporar determinados créditos a la lista de acreedores. Es el caso contemplado en el artículo 86.3 LC, cuyo supuesto recoge la sentencia del Juzgado de lo mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 3 de marzo de 2006, consistente en aquel supuesto de hecho en que la administración concursal detecta, durante su labor de comprobación del pasivo del concursado, la existencia de créditos concursales públicos que no han sido declarados o liquidados por el deudor, con infracción de sus obligaciones. En estos casos, el artículo 86.3 LC impone a la Administración concursal que hubiere descubierto este hecho, por una parte el deber de incorporarlo a la lista de acreedores y, por otra, el deber de cumplimentar —en caso de suspensión de facultades del deudor— las declaraciones o autoliquidaciones que debieron haber sido presentadas por el deudor concursado. En caso de intervención esta obligación continúan siendo del deudor.

B) La comunicación del crédito del fiador

¿Qué ocurre con el crédito que ostenta el fiador? ¿Puede y debe de ser comunicado por este?

Como hemos puesto de manifiesto al comienzo, la regla general en materia de comunicación es que todos los acreedores quedan sometidos al procedimiento de verificación de sus créditos. Regla que tiene por finalidad esencial conseguir la satisfacción de los acreedores ya que es necesaria la identificación del pasivo para proceder después, una vez hecha la identificación del activo, a satisfacer las deudas. En este sentido, la misma Exposición de Motivos de la Ley Concursal exige necesariamente proceder a la confección de la lista de acreedores, aunque también advertíamos que la inclusión en esta lista no suponía, *per se*, el reconocimiento del crédito, ya que una cosa es que el crédito esté relacionado en la lista de acreedores y otra muy distinta que el crédito quede incluido en la relación de créditos reconocidos. Vimos, además, que la Ley Concursal en su artículo 85.1 imponía la carga, a todos los acreedores, de comunicar su crédito en tiempo y forma con la finalidad de ser sometido aquella verificación y, en consecuencia, ser incluido en la lista de acreedores, como inventario de la masa pasiva (art. 94 LC).

Por ello, la cuestión que se plantea en relación a los créditos del fiador, es si este puede proceder a dicha comunicación a fin de que se reconozca su crédito en el concurso del deudor, cuando el acreedor principal no lo hubiera hecho expresamente y la administración concursal no hubiera dado por comunicado de oficio al no haber tenido noticia por los libros o documentos del deudor o por cualquier otra forma constaren en el concurso, o en su caso, cuando el auto de declaración de concurso no contenga el llamamiento individualizado al garante para que comunique su crédito (art. 21.1.5.º LC). Entendemos que cuando el crédito del fiador haya sido pagado, en todo o en parte, antes o

después de la declaración del concurso, o cuando no haya sido pagado aún, debe ser comunicado por imperativo del artículo 85.1 LC, so pena de sufrir las consecuencias de su incommunicación. La situación jurídica en que se encuentra el fiador frente a la comunicación constituye un derecho-carga que corresponde a este (al fiador) cuando no se haya hecho constar por algunos de los medios mencionados anteriormente.

Así, si pagó antes de la declaración del concurso, se trataría de un crédito propio contra la masa activa que puede ser comunicado como el de cualquier otro acreedor principal. Si solo se pagó en parte antes de la declaración del concurso, el fiador con pago parcial, podrá comunicar como principal la parte del crédito garantizado pagada anterior al concurso como principal y el resto podrá comunicarlo como contingente y, en todo caso, dejando a salvo la preferencia de cobro que la Ley concede al acreedor principal. Si no hubo ningún pago anterior a la declaración del concurso, entonces, podrá comunicarlo como crédito contingente en su totalidad.

Esta comunicación también podrá surgir del «aviso» que haga la administración concursal al fiador, cuando constare su crédito en el concurso. Entendemos que, de acuerdo con el Capítulo III del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de Medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, el inicio del plazo del mes que preceptúa el artículo 21.1.5.º de la Ley Concursal para poner en conocimiento de la administración concursal dichos créditos por parte del garante comenzará a contarse desde el día siguiente a la publicación en el Boletín Oficial del Estado. Y, en consecuencia, la administración concursal previamente habrá debido proceder a realizar sin demora la comunicación individualizada de la constancia del crédito del garante en el concurso, de acuerdo con el artículo 21.4 de la Ley Concursal, al fiador, informándole de la existencia del concurso y de su deber-carga de comunicar su crédito.

En cuanto a los efectos de la falta de comunicación o la demora en ella podrían dar lugar a la caducidad del plazo para comunicar. Ni siquiera en el supuesto de incumplimiento por parte de la administración concursal de su obligación de dirigir al actor la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la Ley Concursal libera al fiador de su deber de insinuar su crédito en el plazo previsto en la LC. La norma no regula, ni con carácter general ni especialmente para el fiador, las consecuencias del defecto de comunicación y tampoco, en su caso, la posible subsanación del defecto, habiéndonos manifestado anteriormente en el sentido de que cuando existan meros defectos en la comunicación del crédito del garante, pero no impidan la constatación de la existencia del crédito por otros medios o cuando el defecto no impidiere que la comunicación cumpla con su objetivo, no puede impedir tenerse por cumplido el trámite de la comunicación.

Cuestión distinta —como poníamos de manifiesto también— se dará cuando la comunicación del crédito del fiador resultare tardía, pues en este supuesto habrá de estarse a lo preceptuado en el artículo 92.1.º que con carácter general

califica a estos créditos como subordinados, salvo en los casos excepcionales que la misma legislación concursal señala (créditos cuya existencia resultaren de la documentación del deudor; créditos que constaren en otro procedimiento judicial; créditos en los que para su determinación fuera precisa la actuación inspectora de la Administración pública) por lo que en caso de que se diera esta circunstancias como regla general el crédito del fiador será calificado como subordinado y dándose aquellas excepciones tendrá el carácter que le correspondan según su naturaleza.

En el caso de que el crédito del fiador se hubiera realizado defectuosamente, aunque la Ley Concursal no contiene un precepto que regule los efectos de la comunicación defectuosa para los créditos del fiador, cabría la subsanación por aplicación analógica con lo dispuesto en el artículo 231 LEC siempre que en el acto declarado defectuoso se pudiese constatar la voluntad de cumplir los requisitos exigidos en la Ley para la comunicación, en base al principio de proporcionalidad e igualdad de oportunidades de los acreedores ya que quien comunica su crédito tiene la voluntad e intenta cumplir el trámite de la comunicación. Creemos que esta subsanación podrá realizarse por el trámite de incidente en base a las consideraciones contenidas en la jurisprudencia antes señaladas y lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Concursal que regula los criterios que deben regir el acto de la comunicación de créditos en el concurso. En concordancia con lo que afirmamos la Ley no contempla un vínculo de preclusividad y el artículo 96 de la Ley Concursal, regulador de las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, de tal suerte que, pudiendo venir motivada la falta de reconocimiento de un crédito por la deficiente presentación de los documentos capaces de avalar su existencia, el acreedor impugnante que promueve un incidente concursal con el objeto de que se le reconozca como tal goza en el seno de dicho proceso de plenitud de facultades en orden a la demostración de la existencia del crédito que invoca. Solución lógica si se tiene en cuenta la eficacia de la cosa juzgada material que el artículo 196-4 de la Ley Concursal atribuye a la sentencia que pone fin al incidente, eficacia que no encuentra parangón alguno en el formalismo propio de una actividad de simple comunicación de créditos que, regulada por el artículo 85, se ve dispensada de postulación procesal de acuerdo con lo previsto en el artículo 184-3, último inciso de la referida ley.

En definitiva, entendemos que el fiador está obligado a comunicar en base a que del artículo 85.3 de la Ley Concursal parece desprenderse que el legislador, aunque no nombra expresamente a los acreedores-garantes, no hace distinción entre los diferentes acreedores concursales a los efectos de someterlos o sustraerlos a la carga de la comunicación de sus derechos, lo que resulta congruente con el principio de concursalidad establecido en el artículo 49 de la Ley Concursal cuando ordena que todos los acreedores del deudor «ordinarios o no, cualesquiera que sea su nacionalidad y domicilio ... sin más excepciones

que las establecidas en las leyes», queden de derecho integrados en la masa pasiva a partir del auto de declaración del concurso. Existe, como señalamos, la carga del garante de comunicar a la administración concursal la existencia y características de su crédito, siempre, claro está, que se desee tomar parte en el concurso abierto, pues tal comunicación no deja de ser voluntaria.

La comunicación del crédito por el fiador no constituye la única fuente de conocimiento de su existencia en el procedimiento concursal. Ese conocimiento puede producirse bien a instancia de parte, tal y como se ha señalado, mediante comunicación escrita firmada por el acreedor o por cualquier otro interesado en el crédito (art. 85.2 LC), bien indirectamente, por resultar su existencia de los libros y documentos del deudor, por constar en el concurso por cualquier otra razón (art. 86.1 LC) o por tratarse de uno de los créditos mencionados en el artículo 86.2 garantizados con garantía personal. Por ello, se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos garantizados con garantía personal que hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia o por cualquier otra resolución judicial, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, y en general todos aquellos asegurados con garantía personal cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Esto no impide que la administración concursal pueda impugnar, en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude en los que conste garantizados por garantía personal, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 53, y la existencia y la validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con dichas garantías, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos de los cuales se deriven la existencia de créditos garantizados personalmente. Por lo tanto, en la medida en que la existencia del crédito garantizado personalmente no derive de la documentación del deudor o de un reconocimiento previo por los medios señalados en el artículo 86.2 de la Ley Concursal, su conocimiento por la administración concursal depende, en principio, del garante, principal legitimado para realizar la comunicación de su derecho.

Sin embargo, la pluralidad de cauces para la comunicación contenidos en el artículo 88.1 de la Ley Concursal ¿supone un modo de establecer una priorización de dichos cauces? ¿Qué plazos tiene el fiador para la comunicación? Debemos reproducir aquí lo que ya dijimos con carácter general. Así, entendemos que la pluralidad de cauces que señala el artículo 86.1 de la Ley Concursal no suponen una priorización de unos sobre otros ya que el artículo 86.1 se limita a señalar una variedad de cauces por lo que los créditos del fiador pueden llegar a conocimiento de los administradores concursales, pero sin señalar preferencia ni incompatibilidades. Distinto es que la comunicación hecha por el fiador pueda llegar a tener valor de acto propio y que cuando resulte claramente incompati-

ble con el resultado de libros y documentos pueda llegar a primar sobre lo que surge de estos. Por lo tanto, el artículo 86.1 no regula caminos excluyentes de forma que la comunicación hecha por el fiador-garante en relación a un crédito ciegue el acceso a todos aquellos que no haya comunicado de forma expresa. En este sentido, en cuanto a los plazos y su cómputo nos remitimos a lo ya señalado en sede general.

NOTAS

¹ La insinuación del crédito, señalaba BONELLI, sustituye para el acreedor concursal la acción judicial de la que se ha visto privado por el hecho de la declaración de quiebra de su deudor. BONELLI, G.: *Del Fallimento. II, Comentario al Codice di Commercio*, 3.^a edizione elaborata a cura di Virgilio Andrioli, Milán, 1938-1939, p. 221; GARRIDO, J. M.: *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 642-649. Es operación en la que los acreedores soportaban la carga de presentar en plazo a la Sindicatura los títulos de sus créditos para evitar la mora, que traería, junto al pago a su costa del reconocimiento de su crédito y la pérdida de la parte que le hubiera correspondido de los dividendos ya repartidos, la consecuencia inmediata de pérdida del posible carácter preferente del crédito respectivo si la comparecencia del acreedor en cuestión se producía después de la junta de graduación.

² Cuestión debatida era la referida a si los acreedores hipotecarios o pignoraticios y privilegiados, en general, estaban también sometidos a la obligación de hacer verificar sus créditos. Una opinión, sustentada principalmente por BROSETA PONT en su *Manual de Derecho Mercantil*, 9.^a edición, Madrid, 1991, pp. 712-713, consideraba que, ante el silencio de la ley y la falta de distinción de la misma entre los acreedores obligaba a su reconocimiento en Junta. Otros, por el contrario (BELTRÁN, E.: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, pp. 181-182), entendían que los acreedores garantizados con privilegio especial o hipoteca no estaban sometidos a la verificación sino únicamente cuando pretendían hacerse pagar con bienes de la masa o votar el convenio. «... Es impensable decía Garrido que cualquier acreedor pueda cobrar su crédito del activo general de la quiebra sin una insinuación previa. Por ello, es recomendable que los acreedores con garantías reales efectúen su insinuación, aunque solo sea en previsión de que el objeto de la garantía real pueda ser insuficiente para cubrir el crédito». GARRIDO: *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., pp. 647-648.

³ GIMENO-BAYÓN COBOS Y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, Algunas cuestiones sobre la comunicación de los créditos concursales, *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 12/2010, p. 233: «El legislador hace uso de una innecesaria metonimia e identifica los créditos con los acreedores a los que ya el artículo 49 ha cosificado y ha integrado de derecho en la masa activa. Por ello, aunque la Ley se refiere a la “lista de acreedores” no es solo una lista de los créditos contra el concursado, sino también de pretendidos créditos que la administración concursal afirma que lo son».

⁴ El artículo 21.1.5.º LC, al que se remite el 85 LC, confiere a los acreedores el plazo de un mes, a contar desde la última publicación (BOE o diario de la provincia donde el deudor tenga su centro de intereses o su domicilio), para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos.

Sobre la fecha para la inclusión de los créditos la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 24 de febrero de 2006 (AC 2006, 139 y 298) está en esa tesitura y sin desconocer la previsión del artículo 94.1... Sobre el cómputo del plazo de comunicación de créditos por los acreedores se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo mercantil de La Coruña de 7 de septiembre de 2005 (Id Cendoj: 15030470012005100002) «... En este caso, si la publicación del último de los edictos es de fecha 25 de abril de 2005, el plazo de un mes para la insinuación de los créditos vencía el 25 de mayo siguiente, aunque a efectos de

la presentación de escritos sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 135.1 de la LEC con lo que los acreedores podrían haber presentado en el Juzgado —en la oficina de recepción de escritos del Decanato— sus títulos de crédito hasta las quince horas del día 26 de mayo».

⁵ La forma de la comunicación ha de ser escrita y, aparte de la firma del acreedor, o del «interesado en el crédito», en su caso, ha de contener una serie de menciones: 1) el nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, y 2) los datos relativos al crédito: concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretendía, así como los bienes o derechos a que afecte el privilegio especial que eventualmente se invocare, y, en su caso, los datos registrales de aquellos.

⁶ Ciertamente que la LC ha simplificado notablemente la regulación anterior de reconocimiento de créditos en la quiebra. En él los acreedores debían solicitar su inclusión en la masa pasiva dentro de plazo, acompañando los documentos justificativos de su crédito (arts. 1101 y 1102 del Código de Comercio de 1829). Los síndicos, a medida que recibían los documentos de los acreedores, los cotejaban con los libros y documentos del quebrado, extendiendo un informe individual sobre cada crédito (art. 1103 del Código de Comercio de 1829); en los ocho días siguientes al del vencimiento del plazo para la presentación de los títulos por los acreedores, debían confeccionar un estado general de los créditos que se hubieran presentado a comprobación y lo pasaban al Comisario, que lo cerraba, siendo considerados en mora (a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1111 del propio Código, básicamente la pérdida de privilegios y la reducción a acreedores comunes) los acreedores que comparecieran posteriormente (art. 1104). El reconocimiento se realizaba en Junta General convocada al efecto. Reunidos los acreedores, que debían haber sido previamente citados personalmente, si eran conocidos (art. 1198 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881), por edictos y por publicación en el Boletín Oficial, en caso contrario, y mediante la inserción del anuncio de la Junta en un periódico de la provincia (art. 1101.3 del Código de Comercio de 1829), el día señalado para la Junta («el duodécimo después de vencido el plazo prefijado para la presentación de documentos»), se hacía la lectura del estado general de estos, de los documentos respectivos de comprobación y del informe de los síndicos sobre cada uno de ellos. Previo el eventual debate, se resolvía sobre el reconocimiento o exclusión de cada crédito por mayoría de votos, entendiéndose que la misma se daba cuando concurrían la mitad más uno del número de votantes que representasen las tres quintas partes del total del crédito que compusieran entre todos (art. 1105). El acuerdo de la Junta dejaba a salvo el derecho de todos y cada uno de los acreedores de la quiebra, el del interesado en el crédito controvertido y el del quebrado para que usasen de su derecho (art. 1105.III) ante el Juzgado de la quiebra en el plazo de treinta días (art. 1380 de la LEC), por los trámites de los incidentes; pero, en cualquier caso, el acreedor cuyo crédito no hubiera sido reconocido quedaba privado de voz activa en la quiebra hasta que no consiguiese dicho reconocimiento (art. 1105.III). Además la LEC contemplaba la posibilidad de solicitar la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta de Reconocimiento cuando «se hubiere faltado a las formas establecidas para la convocatoria, celebración y votación de la misma» (art. 1265).

Ahora, con buen criterio, se asigna la labor de reconocimiento de créditos a la administración concursal, y todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas en el incidente concursal (art. 86.1.II LC). Clarifica la actuación, en este plano, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Asturias (Oviedo) de 10 de mayo de 2006 (AC 2006/867). Sobre la cuestión, ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M.: *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Pamplona, 2005, p. 291.

⁷ «El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23». Entonces, llamaba la atención la norma contenida en el artículo 74 de la LC, en relación con la necesaria puesta en conocimiento de los créditos a la administración concursal, ya que, aquel precepto señalaba que: «El plazo para la presentación del informe de los administradores concursales será de dos meses, contados a partir de la

fecha en que se produzca la aceptación de dos de ellos. 2. Este plazo podrá ser prorrogado por el Juez, por tiempo no superior a un mes, a solicitud de la administración concursal, presentada antes de su expiración y fundada en circunstancias extraordinarias...», lo que ponía de manifiesto los breves plazos, particularmente si se considera que comienzan a contar desde la fecha de aceptación de dos de los tres administradores concursales (art. 27) o del administrador concursal único (art. 191.2), cuando, al tiempo, los acreedores disponen del plazo de un mes para comunicar a la administración concursal, a través del Juzgado, la existencia de sus créditos, pues, el antiguo artículo 21.1.5.º LC, al que se remitía el 85 LC, confería a los acreedores dicho plazo, a contar desde la última publicación acordada en el Auto, dentro de las que con carácter obligatorio establecía el apartado 1 del artículo 23 (BOE o diario de la provincia donde el deudor tenga su centro de intereses o su domicilio). Es decir, los acreedores podían disponer de un plazo superior, para comunicar sus créditos, al que tenía la administración concursal para presentar su informe. Sin embargo, se arbitró una solución flexible por el Juzgado de lo mercantil número 1 de Bilbao, en Auto de 29 de abril de 2005, por la que se intentaba evitar dicha disfunción. Así, señalaba el auto referido: «Los artículos 74 y 191 de la LC establecen que los plazos para la emisión del informe por los administradores concursales se computarán desde la aceptación bien de dos de ellos, en el caso del concurso ordinario, bien el único, en el caso del abreviado. El artículo 75.2 de la LC obliga a acompañar al informe de la administración concursal un listado de acreedores. Estos se determinan a través de la comunicación de créditos a la que alude el artículo 21.1.5 de la LC que, como expresa tal precepto, puede realizar en el término de un mes desde la última de las publicaciones que hay que verificar. Sin embargo, la experiencia ha constatado que dichas publicaciones, sobre todo en periódicos oficiales, se demoran incluso un mes, por lo que pese a las prórrogas que es posible conceder a los administradores, resulta que hay acreedores que comunican sus créditos dentro del plazo legal pero después de que los administradores hayan evacuado el informe. El perjuicio que se causa a los acreedores es evidente. Si la comunicación se produce después del término para elaborar el informe, aunque sea dentro del plazo que concede esta resolución conforme a lo dispuesto en la ley, es decir, dentro del mes siguiente a la última publicación, el crédito se calificará como subordinado al haberse comunicado tardíamente (art. 92.1 LC). Con ello se obliga al acreedor, que no ha incurrido en gasto para insinuar su crédito por la previsión del artículo 184.3 de la Ley Concursal, a plantear un incidente concursal para el que, conforme a ese precepto y al artículo 96.4 de la misma norma, precisa abogado y procurador. El acreedor se ve perjudicado por el gasto en el que tiene que incurrir, la administración concursal padece la inseguridad de la superposición de los plazos, el procedimiento se dilata por el planteamiento de incidentes concursales superfluos, ya que los créditos se comunican en plazo, todo por el retraso de la publicación de los edictos anunciadores del concurso, que no es imputable a quien lo promueve.

La previsión legal, en consecuencia, debe ser matizada ante la realidad de la escasa celeridad de algunos organismos en la publicación de los anuncios. Por ello se considera prudente y razonable que el término para la emisión del informe por parte de la administración concursal, se inicie desde la última de las publicaciones, y no desde la aceptación de dos de ellos o del único en el caso del procedimiento abreviado, lo que se hará constar en la parte dispositiva de esta resolución».

⁸ «El auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: (...) 5.º El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23».

⁹ Ciertamente, la gratuidad de la publicación en *BOE*, la tramitación preferente por el Juzgado y la supresión de la publicación imperativa en diarios supone sin duda un ahorro en los costes y tiempo y evita que los administradores concursales no soliciten prórrogas para la emisión de sus informes como consecuencia de que la última de las publicaciones

se hubiera realizado sin que entre ella y el plazo de dos meses para la emisión del informe hubieran transcurrido el mes del que disponen los acreedores para comunicar sus créditos. GIMENO-BAYÓN COBOS y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones sobre la comunicación...*, cit., p. 225, señalan el porque de estos criterios de agilización y economía procedimental: 1) Al establecer el inicio del cómputo del plazo en el día siguiente a la publicación del auto declarando el concurso en el *Boletín Oficial de Estado*, se evitan las dilaciones derivadas de la publicidad del auto en diarios de difusión provincial; 2) El trámite de urgencia a que se refería el artículo 23.1 LC, en cuanto a la publicación en el *BOE* y otros periódicos oficiales, comportaba mayores costes que el trámite ordinario, que debía ser soportado por el concursado, y la práctica demostraba que en muchas ocasiones esa publicación se retrasaba en la tramitación de los oficios que, con la redacción anterior del epígrafe 3 del artículo 23, se asignaba al Procurador del concursado, muchas de las veces carente de dotación económica para ello; 3) Por último, el carácter gratuito de la publicación en el *BOE*, se completa con la nueva redacción del epígrafe 3 que asigna preferentemente al Juzgado el traslado de los oficios con los edictos al medio publicitario».

¹⁰ Así este artículo literalmente dispone: «La administración concursal realizara sin demora una comunicación individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en el concurso, informándoles de la declaración de este y del deber de comunicar sus créditos en la forma establecida en el artículo 85».

¹¹ La doctrina, con unanimidad, considera que el «deber» del que habla la norma supone más bien una «carga».

¹² ROJO, Á. y TIRADO, I., *Comentarios de la Ley Concursal*, AA.VV., coordinada por Ángel Rojo y otros, tomo I, p. 495, Madrid 2004; BERMEJO, N., *Comentario a la Ley Concursal*, AA.VV. coordinada por Ángel Rojo y otros, tomo I, p. 1530, Madrid 2004.

¹³ Por el contrario otros autores, como GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, consideran que esta última interpretación es arriesgada, preñada de dificultades prácticas, generadora equívocos y, en definitiva, contraria a lo dispuesto en la norma. GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...* cit., pp. 225-226.

¹⁴ Artículo 40: «1. Desde el momento en el que se efectúe la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro, el tribunal competente de dicho Estado o el síndico que haya sido nombrado por el mismo informará sin demora a los acreedores conocidos que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en los demás Estados miembros. 2. Esta información, garantizada mediante el envío individualizado de una nota, se referirá en especial, a los plazos que deberán respetarse, a las sanciones previstas en relación con dichos plazos, al órgano o autoridad habilitada para recibir la presentación de los créditos, y otras medidas prescritas. Dicha nota indicará asimismo si los acreedores cuyo crédito estuviere garantizado por un privilegio o por garantía real deben presentar su crédito». Por nuestra parte, no apreciamos contradicción alguna entre la norma comunitaria y el artículo 21.4 LC, por lo que de una buena interpretación del artículo 40 del Reglamento habrá que entender que: 1) La norma aplicable en cada Estado miembro será la de su Ley de procedimiento de insolvencia, en este caso la española; 2) La referencia que hace el artículo 40.2 a que en la nota se indique si los acreedores tengan garantizados sus créditos por privilegios o garantía real, se refiere, solo y exclusivamente, a los créditos privilegiados o garantizados por garantía real, en el sentido de que deberá presentar los títulos que justifique su garantía o privilegio; y 3) Por último, que el artículo 40 del Reglamento en ningún caso exonera de la carga de comunicar sus créditos a los acreedores.

¹⁵ Destaca CORDERO LOBATO el hecho de que la LC ha pormenorizado la información que debe contener la comunicación que se efectúe, algo que en la legislación anterior no estaba siquiera apuntado. Junto a la identidad del acreedor deberá identificarse el crédito (concepto, cuantía, fechas de adquisición, vencimiento y características), la calificación que se pretenda (de entre las mencionadas en el artículo 89 LC), así como, en su caso, los privilegios que se invoquen y, en caso de tratarse de un privilegio especial, los bienes afectados por el mismo y, en su caso, los datos registrales. CORDERO LOBATO, E.: *Comentarios al artículo 85*

LC, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinada por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2004, p. 1011.

¹⁶ Sobre la función de la administración concursal a los efectos de elaborar la lista de acreedores véase la sentencia del Juzgado de lo mercantil de Vizcaya (Bilbao) de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 460).

¹⁷ BERMEJO GUTÉRREZ, N., *Comentarios a la ley... cit.*, p. 1529.

¹⁸ En este mismo sentido parece manifestarse, en principio, la sentencia de 30 de mayo de 2006 del Juzgado de lo mercantil de Oviedo (Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro) que se refiere a «la comunicación simplificada» o «comunicación de oficio». Si bien en este supuesto más que un caso de la pretendida comunicación de oficio lo que se recogía era un supuesto de constatación de un crédito por la administración concursal, al figurar el crédito en la contabilidad del deudor.

¹⁹ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 236: «la falta de comunicación del algún crédito no suponga necesariamente su expulsión de la relación de créditos en el concurso cuando se constate su existencia por otros medios».

²⁰ En este sentido, la mencionada sentencia de 30 de mayo de 2006 del Juzgado de lo mercantil de Oviedo (Ilmo. Sr. D. Javier Antón Guijarro), señala con mayor exactitud que no se podía reclamar el reconocimiento forzoso o necesario del artículo 86.2 LC sin la existencia de la previa y preceptiva comunicación del crédito «(...) pues resulta acorde con la lógica el que no pueda exigirse a la Administración concursal que reconozca lo que no conoce, sin que tampoco pueda obligarse al órgano concursal a una suerte de labor investigadora a este respecto».

²¹ Enmienda núm. 305 del grupo parlamentario socialista: en la elaboración parlamentaria de la ley se presentó una enmienda en el Congreso que trataba de introducir en ella la mención de que «se incluirán necesariamente en la lista de acreedores, aunque no hubieran comunicado la existencia de sus créditos (...)», enmienda que sin embargo fue expresamente rechazada.

²² En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de octubre de 2007 (Id Cendoj: 03014370082007100286) que señala que: 1) Por una parte, constituye un presupuesto para la aprobación judicial del convenio anticipado (art. 109 LC) o para la apertura de la fase de convenio (ordinario) o de liquidación del concurso (arts. 98 y 142.2 LC) y 2). Por otra parte, delimita la viabilidad de las propuestas de convenio (art. 100 LC) y la propia apertura de la pieza de calificación (art. 163.1-1.º LC).

²³ El literal del actual artículo ha supuesto una modificación con relación a su redacción original. Así, en su redacción anterior a la reforma, el artículo 21.1.5.º LC disponía que el auto declarando el concurso debía contener el llamamiento a los acreedores para que comuniquen la existencia de sus créditos a la administración concursal: «(...) en el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto, dentro de las que con carácter obligatorio establece el apartado 1 del artículo 23». Por su parte, el artículo 23.1 LC en su redacción original disponía: «La publicidad de la declaración del concurso se anunciará en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de los de mayor difusión de la provincia donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses, así como en uno de los mayor difusión en la provincia donde radique su domicilio. Estos anuncios contendrán los datos suficientes para identificar el proceso y las formas de personarse en él. La publicación en el *Boletín Oficial del Estado* y, en su caso, en otros periódicos oficiales del edicto se insertará con la mayor urgencia». En este sentido, se señala que del análisis comparativo entre el texto vigente y el texto derogado nos permite constatar que: 1. El cambio de referencia para el inicio del cómputo del plazo de comunicación de créditos por los acreedores a la administración concursal: *a contar desde (...) la publicación en el Boletín Oficial del Estado*, frente a la anterior que disponía *a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto*; 2. El mantenimiento del plazo de «un mes» que se transforma en «mes y medio» en el caso del procedimiento abreviado; 3. La modificación del *dies a quo*: *un mes a contar desde el día siguiente a la publicación*, frente a la redacción anterior que establecía *un mes a contar desde la última de las publicaciones*. GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 230.

²⁴ Algún autor consideraba que había que tener en cuenta la última de las tres publicaciones acordadas, ya fuesen las obligatorias previstas en el artículo 23.1, ya fuesen las facultativas a las que se refería el artículo 23.1. YANES YANES, Pedro, en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, AA.VV., tomo 3, Madrid, 2004, p. 3398. Otros iban más allá y afirmaban que el plazo de un mes debía computarse a partir de la última de las comunicaciones que preveía la Ley Concursal, incluyendo en ellas las comunicaciones individuales previstas en el artículo 21.4. Otro grupo de autores, se manifestaban críticos con la norma pero admitían que el plazo se fijaba a partir de las publicaciones oficiales y no a partir de la comunicación individualizada de la administración concursal, tal como debiera haber sido RIFA SOLER, José M.^a, *Derecho concursal práctico*, AA.VV. coordinados por Miguel Ángel Fernández-Balleteros López, Madrid, 2004, p. 144. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en *Comentarios a la ley...* cit., p. 1530. Incluso hubo autores que sostuvieron que era lógico que el plazo del mes se contara desde cuando se inicie la publicidad formal, argumentando que por norma suelen ser muchos y desconocidos los acreedores afectados por el concurso por lo que parecería más oportuno esta fórmula que recurrir a la notificación singular. BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Comentarios a la ley...* cit., p. 1530.

²⁵ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, *Algunas cuestiones...* cit., p. 232. Consideran además que esta última comunicación solo se realiza a aquellos acreedores que no constan en el concurso, de tal manera que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de que disponen los acreedores para poner en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos viene determinado en relación con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del auto de declaración de concurso, prescindiendo de las publicaciones complementarias que el Juzgado pudiera haber acordado con arreglo a lo previsto en el artículo 23.2 LC y, en el caso de que exista, de la fecha de la comunicación individualizada por la administración concursal.

²⁶ ROJO y TIRADO, en *Comentarios de la Ley...* cit., p. 480 sostenía que el plazo del mes debía computarse «desde el día siguiente (...)», otros afirmaban que el plazo de un mes se contaba a partir del día de la última de las dos publicaciones señaladas. Desde la mencionada reforma de 2009, la cuestión —como dijimos— ha quedado zanjada, pues para el cómputo del mes hay que excluir el día de la publicación del auto declarando el concurso en el *Boletín Oficial del Estado* y el *dies a quo* se inicia en el día siguiente, lo que constituye una particularidad frente al sistema de la LEC para el cómputo de plazos señalados por meses. El plazo de un «mes», además lleva consigo otra cuestión polémica cual es qué se entiende como tal. GARNICA MARTÍN, J. sostenía simplificando el problema sostiene que es de 30 días. GARNICA MARTÍN, J., *Comentarios a la Ley Concursal*, AA.VV., coordinada por J. M. Sagraera Tizón y otros, tomo I, p. 221. Por el contrario GIMÉNEZ-BAYÓN y GIMÉNEZ VALENTÍN-GAMAZO consideran que esta solución puede que solucione muchos problemas pero creen que es de aplicación la Disposición Final Quinta de la Ley Concursal, referida al Derecho Procesal supletorio que dispone: «En lo no previsto en esta ley será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y específicamente en lo que se refiere al cómputo de todos los plazos determinados en la misma». En este sentido, la LEC, en su artículo 133.3 dispone: «Los plazos señalados por meses o por años se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes». De esta normativa debemos sacar las siguientes conclusiones: 1) No puede identificarse el mes con los 30 días. 2). No puede descontarse los días inhábiles, ni siquiera si el *dies a quo* fuera inhábil. Respecto de esto último extremo solo se tendría en cuenta en relación al *dies a quem* al disponer en el artículo 133.4 LEC, sin distinción de la forma en que el plazo se ha fijado: «Los plazos que concluyan en domingo u otro inhábil se entenderán prorrogado hasta el siguiente hábil». GIMÉNEZ-BAYÓN y GIMÉNEZ VALENTÍN-GAMAZO, *Algunas cuestiones...* cit., p. 232. En este sentido, véase la sentencia del Juzgado de lo mercantil 1 de La Coruña de fecha 7 de septiembre de 2005.

²⁷ Una variante especial de lo anteriormente expuesta se da cuando el *dies a quo* se da en los 30 días del mes de julio, ya que en este supuesto el *dies ad quem* cae en el mes de

agosto, si bien por la aplicación del artículo 133.4 LEC se entenderá prorrogado hasta el primer día hábil, es decir, el 1 de septiembre. En opinión de GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, para solventar esta cuestión en la que se encuentra por medio periodos de vacaciones, que en muchos de los casos, son tratados por la Administración del Estado como inhábiles, una solución heterodoxa podría consentir en que los administradores no computaran ningún día del mes de agosto (o el periodo declarado inhábil), suspendiendo el plazo el primero de mes y reiniciándolo nuevamente a su finalización, prorrogando el *dies ad quem* más allá de lo que previene la norma. GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...*, *cit.*, p. 233.

²⁸ Pero entonces, el artículo 191 LC plantea dos cuestiones, una si el plazo de medio mes es un plazo civil o si es un plazo procesal. Y en uno u otro si habrá de computarse los días inhábiles o no. Pues, si convenimos que el plazo del habla el artículo 191 LC, es un plazo civil, en este caso habría que entender que se computarían los días inhábiles, y si por el contrario convenimos que es un plazo procesal, en este caso habría que computarse el plazo como días hábiles. Los jueces, con buen criterio, consideran que habrá de interpretarse este nuevo plazo como el correspondiente a 15 días hábiles y, en este sentido, la sentencia de 16 de noviembre de 2006 del Juzgado de lo mercantil número 2 de Barcelona (Ilmo. Sr. D. José M.^a Ribelles Arellano) declaró: «La administración concursal, en su escrito de oposición, sostiene que el plazo contemplado en el artículo 21.1, apartado quinto de la Ley Concursal, es un plazo civil en el que no han de computarse los días inhábiles. Por tanto, teniendo en cuenta que la última de las publicaciones —la del *BOE*— tuvo lugar el día 31 de marzo de 2006, el plazo de quince días expiró el día 15 de abril. En consecuencia, dado que la impugnante se personó, comunicando su crédito, el día 25 de dicho mes, únicamente incluyó como ordinario la suma que constaba en la contabilidad de la concursada (121,67 euros), subordinando el resto (2.532,62 euros). Y si bien la cuestión, de índole exclusivamente jurídica, suscita serias dudas, entiendo que el plazo es procesal (...) entendiéndose que la comunicación se formula en plazo si tiene lugar dentro de las quince horas del día hábil siguiente al de vencimiento (art. 135). Y, obviamente, por tratarse de un plazo procesal, se excluyen los días inhábiles (art. 132.2.º). El llamamiento a los acreedores se ordena en una resolución judicial (art. 21), en el marco de un procedimiento universal. Consiste, en definitiva, en un emplazamiento a los acreedores para que lleven a cabo una actuación que es procesal. Así, aun cuando la comunicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 85, tiene como destinatario a la administración concursal, se presenta ante el Juzgado. Si bien la comunicación del crédito ante el Juzgado no precisa la comparecencia en forma de acreedor (art. 184.3.º), no por ello deja ser una actuación judicial. En definitiva, no se advierten diferencias sustanciales entre, por ejemplo, el emplazamiento para contestar a la demanda o para oponerse al concurso necesario, y el llamamiento a los acreedores para la comunicación, debe estimarse la demanda, ordenando se incluya el crédito de la impugnante para la cuantía reclamada y con la calificación de ordinario». En este sentido se manifiestan GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...*, *cit.*, p. 233.

²⁹ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...*, *cit.*, p. 234.

³⁰ Son razones prácticas las que avalan esta solución, pues en otro sentido se prestaría a todo tipo de maniobras que solo tendrían justificación en un dudoso principio de autorresponsabilidad y que estarían sometidos a los avatares del medio de comunicación escogido por el comunicante. Rechazar esas posibles arbitrariedades no nos impiden aceptar, que las comunicaciones realizadas por vía de Correos debidamente fechadas, que se tengan por recibidas en el día de presentación de este organismo, si viene debidamente probadas. GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...*, *cit.*, p. 235.

³¹ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones...*, *cit.*, p. 227: No obstante, se podría decir que la transcendencia de la comunicación, desde el punto de vista jurídico es escasa, ya que «ni el plazo para insinuar los créditos queda condicionado a la previa comunicación individualizada, ni la norma previene consecuencia alguna en el caso

de que no se haya efectuado, ni, a la postre, será posible realizar en tiempo tal comunicación en algunos casos...».

³² Sentencia de 8 de mayo de la Audiencia Provincial de Madrid (SPAM 9630/2008): «(...) El supuesto incumplimiento de la administración concursal de su obligación de dirigir al actor la comunicación prevista en el artículo 21.4 de la Ley Concursal, no libera a los acreedores del deber de insinuar su crédito en el plazo previsto en el artículo 21.1.º 5.º...».

³³ En este sentido se manifestaron las dos sentencias de 1 de junio de 2006 del Juzgado de lo mercantil número 1 de Cádiz (ponente: la Ilma. Sra. Doña María Auxiliadora Orellana Cano) recaídas en los incidentes 74/2006 y 95/2006, en las que se afirmaban que: (...) «aunque la comunicación hubiera sido tardía, los créditos no debían de ser calificados como subordinados, ya que constaban en otro procedimiento judicial. En consecuencia, procede calificar los créditos como ordinarios».

³⁴ A esta posibilidad se refiere tanto la sentencia de 25 de febrero de 2005 del Juzgado de lo mercantil número 2 de Madrid como en la sentencia de 24 de enero de 2007 (ambas del ponente Ilmo. Sr. D. Pedro M.º Gómez Sánchez). En este sentido, las sentencias señaladas consideran que si bien el artículo 85 LC regula los criterios y requisitos que deben de regir el acto de la comunicación de créditos en el concurso, no establece al mismo tiempo una consecuencia específica cuando se comunican los créditos de modo defectuoso. «De ahí que la Ley no contemple la existencia de vínculo de preclusividad alguno entre dicho precepto y el artículo 96, (regulador las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores), de tal suerte que, pudiendo venir motivada la falta de reconocimiento de un crédito por la deficiente presentación de los documentos capaces de avalar su existencia, el acreedor impugnante que promueve un incidente concursal con el objeto de que se le reconozca como tal goza en el seno de dicho proceso de plenitud de facultades en orden a la demostración de la existencia del crédito que invoca. Solución lógica si se tiene en cuenta la eficacia de la cosa juzgada material que el artículo 196-4 LC atribuye a la sentencia que pone fin al incidente, eficacia que no encuentra paragón alguno en el formalismo propio de una actividad de simple comunicación de créditos que —cual regulada por el artículo 85— se ve dispensada de postulación procesal de acuerdo con lo previsto en el artículo 184-3, último inciso de la referida ley».

³⁵ YANES YANES, P.: Comentarios al artículo 85 LC, *Comentarios a la Legislación Concursal. Tomo I*, dirigida por Pulgar Ezquerro/Alonso Ureba/Alonso Ledesma/Alcover Garau, Madrid, 2005, p. 866.

³⁶ BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, p. 181 y CORDERO LOBATO, E., Comentarios al artículo 85 de la LC, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal. I*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2004, p. 1010.

³⁷ En este sentido la sentencia Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 2.ª) de 1 de marzo de 2006 (AC 2006, 414).

³⁸ BERMEJO GUTIÉRREZ: Créditos y quiebra..., *cit.*, p. 194.

³⁹ MARTÍN ARESTI: «Las previsiones de la Ley Concursal en materia de fianzas...», *cit.*, pp. 2928-2929.

⁴⁰ A lo que debe unirse la previsión del artículo 185 LC que se limita a reconocer, a los acreedores no comparecidos en forma, el derecho a examinar los documentos o informes que consten en las actuaciones sobre sus respectivos créditos.

Auto del Juzgado de lo mercantil número 1 de Madrid de diez de marzo de dos mil cinco y la sentencia del Juzgado de lo mercantil de Valencia (núm. 1) de 11 de noviembre de 2005 (AC 2005, 1794) sostiene un posición restrictiva: «(...) En este caso debemos entender que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso. Y ello sin perjuicio de que dicho acreedor pueda articular los mecanismos procesales que entienda convenientes a los efectos que obtener el reconocimiento de su crédito, lo cual viene abonado por la previsión del artículo 134 LC (RCL 2003, 1748) el cual extiende, en su caso, los efectos del convenio

también a aquellos acreedores que por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos como tales en el concurso...». La STS de 13 de mayo de 2011, sin embargo, permite que se pueda dar por comunicado el crédito surgido a través del incidente.

⁴¹ ALONSO LEDESMA, C., *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*, en la obra colectiva dirigida por García Villaverde, Alonso Ureba, Pulgar Ezquerro, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, p. 398.

⁴² En este sentido, se manifiesta la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 460).

⁴³ Precizando en este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976) y el Auto del mismo juzgado de 10 de marzo de 2005 (AC 2005, 287): recoge el caso en que la una S.L. admitiéndose que no ha comunicado su crédito de ninguna manera, sin embargo, entiende que se encuentra dentro de plazo para ello. El Juzgado, en primer lugar, considera que el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores no es una vía válida para la insinuación de un crédito, ya que los apartados 2 y 3 del artículo 85 LC exigen que se lleve a cabo la comunicación de créditos mediante escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, debiéndose presentarse en el Juzgado con los datos exigidos (además el escrito deberá expresar nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, y características y calificación que se pretenda)... En definitiva, (...) en el sentido de no atribuir a las comunicaciones extemporáneas, esto es, fuera del término que el artículo 74.1 LC..., ninguna eficacia en el ámbito del concurso. Se trata del caso de falta de insinuación del crédito, esto es, bien no comunicado, bien comunicado con posterioridad a la finalización del plazo para la entrega del informe para la Administración concursal. En este caso entendió el Juez mercantil que, a los efectos del concurso, el crédito ha desaparecido y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso en base a los artículos 85.1, 86.1 y 92.1.º de la Ley Concursal...».

⁴⁴ Sentencia del Juzgado de lo mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 460) «La administración concursal considera extemporáneamente comunicado el crédito de la TGSS, que tiene lugar no solo superado el plazo de un mes que disponen los artículos 85.1 y 21.1.5.º LC, sino incluso después de emitido el informe de la administración concursal, al que adjunta la lista de acreedores. (...) No puede compartirse el parecer de la administración concursal. (...) Esa labor de comprobación, (...) no solo corresponde al acreedor poner de manifiesto el importe y clase de su crédito, sino que es obligación principal y decisiva de la administración concursal incluirlos en la lista incluso si no hay comunicación. (...) Por lo tanto, la administración concursal está obligada a indagar, a la vista de los libros y cuentas, e intimar si es preciso al deudor, en la situación patrimonial del mismo y, en consecuencia, en las obligaciones que ha adquirido.(...) La administración concursal no puede escudarse en el retraso en la comunicación de crédito, ciertamente importante pero en todo caso amparado por la especialidad del sujeto público y la excepción del artículo 92.1 LC, para no incluir los recargos, con la calificación que proceda, la cuota obrera y los demás créditos del concursado. (...) En consecuencia, pese a la comunicación tardía de la TGSS, que indudablemente habrá de solucionar algún día la anormal multiplicación de certificaciones, la administración concursal debe también atender su obligación, que en este y en otros significativos casos, como los del artículo 86.2 (créditos derivados del expediente del artículo 64 LC, los que resulten de los libros y documentos del deudor, los que por cualquier otra razón consten en el concurso), deben ser integrados en la lista incluso sin comunicación de su titular».

⁴⁵ Por lo tanto, la Ley Concursal atribuye, en primer lugar, a la Administración concursal la competencia para decidir sobre la inclusión o la exclusión en la lista de acreedores de todos los créditos que ha sido puesto de manifiesto en el concurso por cualquiera de las vías previstas en la Ley. La decisión deberá tomarse por aquella en base a los documentos relativos

al crédito que obren en su poder, cotejando la documentación remitida por acreedor o que por cualquier otro medio haya llegado a su poder, con los datos que obren en el concurso, y valorado su coherencia y su legitimidad. Para ello, la Administración concursal podrá utilizar los medios que considere adecuados con el fin de confirmar la existencia de tales créditos. Quienes no estén de acuerdo con la inclusión o la exclusión, la cuantificación o la calificación de los créditos siempre tendrán en su mano la posibilidad de la impugnación por la vía del incidente concursal (art. 96 LC).

*(Trabajo recibido el 1-2-2015 y aceptado
para su publicación el 15-4-2015)*

La inscripción en el Registro
de la propiedad de los documentos
públicos extranjeros en las nuevas
Leyes de Jurisdicción Voluntaria
y de Cooperación Jurídica
Internacional en materia civil

*Registration of foreign public
documents in Spanish public
registries in the new Act on
voluntary jurisdiction and on Act
on international legal cooperation in
civil matters*

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

*Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España*

RESUMEN: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce una disposición adicional tercera, relativa a la inscripción en los registros

públicos de documentos públicos extranjeros. Esta norma resulta asistemática por dos motivos. En primer lugar, porque la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria incorpora un capítulo I relativo a normas de Derecho Internacional Privado, dentro del cual se ubican dos preceptos destinados a regular la inscripción en los registros públicos españoles de las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial (art. 11), y a determinar los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, incluyendo su reconocimiento no solo por órgano judicial español, sino también por el Encargado del Registro público competente español, en el trámite de su calificación previa a la inscripción de dicho acto en el Registro (art. 12). En segundo lugar, porque la misma materia que es objeto de regulación en la transcrita disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha sido objeto de ordenación, en fecha muy próxima, por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, cuyo capítulo VI se consagra a regular la inscripción en Registros públicos españoles tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 59), como de documentos públicos extranjeros (art. 60), complementando dichos preceptos con dos normas comunes para ambos tipos de títulos inscribibles (arts. 58 y 61, relativos respectivamente a la remisión a las normas registrales internas en materia de requisitos legales y efectos de los asientos, y a la adaptación al Derecho interno de las figuras extranjeras desconocidas en el foro). Y todo ello sometido al sistema de fuentes establecido en el artículo 2 de dicha Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) Las normas especiales del Derecho interno; c) Subsidiariamente, por la citada Ley.

Es decir, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es una Ley de aplicación subsidiaria en defecto de tratados internacionales y normas europeas, y también en defecto de «normas especiales de Derecho interno». Entre estas normas especiales se encuentran las contenidas en la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en dicha ley, normas que deben ser reexaminadas a la luz de este nuevo contexto normativo, a cuya exégesis se dedica este artículo tratando de salvar las confusiones hermenéuticas creadas por la asistemática concurrencia de normas diversas destinadas a la regulación de una misma materia: la inscripción de los documentos extranjeros en los Registros públicos españoles y, en particular, en el Registro de la propiedad.

ABSTRACT: Spanish Act 15/2015 of 2 July on voluntary jurisdiction contains a provision, additional provision three, concerning the registration of foreign public documents in Spanish public registries. This provision is unsystematic for

two reasons. In the first place, Act 15/2015 already includes a chapter, chapter I, concerning rules of private international law. This chapter contains a section regulating the registration in Spain of final decisions handed down by a foreign court in the voluntary jurisdiction (section 11) and a section establishing the effects in Spain of proceedings and acts in the voluntary jurisdiction decided on by foreign authorities, including their recognition not only by Spanish courts, but also by Spanish public registry attendants during the pre-registration scrutiny (article 12). In the second place, the very same subject matter that is regulated in additional provision three of Act 15/2015 was addressed very shortly afterward in Spanish Act 29/2015 of 30 July on international legal cooperation in civil matters, whose chapter VI regulates the registration in Spain of foreign judicial decisions (section 59) and foreign public documents (section 60). Under Act 29/2015, these provisions are supplemented by two common rules for both types of registrable titles (section 58 concerning reference to domestic registration rules in matters of legal requirements and the effects of registration entries, and section 61 concerning the adaptation to domestic law of foreign legal concepts unknown in the forum). These provisions are all subject to the system of sources established in section 2 of the Act on international legal cooperation, pursuant to which international legal cooperation in civil and commercial matters is governed by: a) the rules of the European Union and international treaties to which Spain is a party; b) the special rules of domestic law; c) on a subsidiary basis, the Act on international legal cooperation.

That is to say, the Act on international legal cooperation is a law that is applied on a subsidiary basis where there are no international treaties, European rules or «special rules of domestic law» that apply. «Special rules» include the rules given in the Spanish Mortgage Act, the Spanish Mortgage Regulation, the Spanish Code of Commerce and the Spanish Business Registry Regulation concerning the registration of foreign documents to the extent of the documents' compatibility with the provisions of said act. These rules must be re-examined in the light of the new legislative context. This article is an exegesis of the new legislation. It endeavours to sort out the confused interpretation created by the unsystematic jumble of rules and regulations on the registration of foreign documents in Spanish public registries, particularly the Property Registry.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Voluntaria. Cooperación jurídica internacional en materias civiles. Reglas de Derecho Internacional Privado. Documentos públicos extranjeros. Resoluciones sobre jurisdicción voluntaria adoptadas por tribunales extranjeros. Registros públicos españoles. Registro de la propiedad.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction. International legal cooperation in civil matters. Rules of private international law. Foreign public documents. Decisions

handed down by a foreign court in the voluntary jurisdiction. Spanish public registries. Property Registry.

SUMARIO: I. SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS ESPAÑOLES DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS.—II. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS, EN GENERAL, Y DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO, EN PARTICULAR. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS: 1. EL CARÁCTER DE «DOCUMENTO PÚBLICO» Y LA COMPETENCIA DEL NOTARIO O AUTORIDAD INTERVINIENTE. 2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FORMAL, FUNCIONAL Y PROBATORIA ENTRE EL DOCUMENTO EXTRANJERO Y EL ESPAÑOL: A) *El requisito de tener fuerza en España con arreglo a las Leyes y de autenticidad formal.* B) *El requisito de la equivalencia formal y funcional.* C) *El requisito de la equivalencia de efectos:* a) Los diversos modelos de transmisión del derecho de propiedad. b) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011. 3. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL HECHO O ACTO INSCRIBIBLE CONFORME AL ORDENAMIENTO DESIGNADO POR LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y SU NO CONTRADICCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL: A) *El requisito de la validez del acto.* B) *La aplicación de las normas de conflicto españolas.* C) *La prueba del Derecho extranjero.* D) *La excepción del orden público y adaptación de la figura extranjera desconocida en España al Derecho español.* 4. ASIMILACIÓN AL RÉGIMEN DE LOS DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EN CIERTOS CASOS.

I. SISTEMA DE FUENTES EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN EN REGISTROS PÚBLICOS ESPAÑOLES DE DOCUMENTOS EXTRANJEROS

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, introduce una disposición adicional tercera, relativa a la inscripción en los registros públicos de documentos públicos extranjeros, del siguiente tenor:

«1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b) 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.*

- c) *Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- d) *Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.*

2. *El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según esta ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales».*

Se trata de una norma que llama la atención por su carácter asistemático en cuanto a su incorporación en la citada Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por dos motivos. En primer lugar, porque la propia Ley de Jurisdicción Voluntaria incorpora un capítulo I relativo a normas de Derecho Internacional Privado, dentro del cual se ubican dos preceptos destinados a regular la inscripción en los registros públicos españoles de las resoluciones definitivas extranjeras de jurisdicción voluntaria emanadas de un órgano judicial (art. 11), y a determinar los efectos en España de los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras, incluyendo su reconocimiento no solo por órgano judicial español, sino también por el Encargado del Registro público competente español, en el trámite de su calificación previa a la inscripción de dicho acto en el Registro (art. 12).

En segundo lugar, porque la misma materia que es objeto de regulación en la transcrita disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha sido objeto de ordenación, en fecha muy próxima, por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, cuyo capítulo VI se consagra a regular la inscripción en Registros públicos españoles tanto de resoluciones judiciales extranjeras (art. 59), como de documentos públicos extranjeros (art. 60), complementando dichos preceptos con dos normas comunes para ambos tipos de títulos inscribibles (arts. 58 y 61, relativos respectivamente a la remisión a las normas registrales internas en materia de requisitos legales y efectos de los asientos, y a la adaptación al Derecho interno de las figuras extranjeras desconocidas en el foro).

Y todo ello sometido al sistema de fuentes establecido en el artículo 2 de dicha Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, se rige por: a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte; b) Las normas especiales del Derecho interno; c) Subsidiariamente, por la presente ley.

Es decir, la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es una Ley de aplicación subsidiaria en defecto de tratados internacionales y normas europeas, y también en defecto de «normas especiales de Derecho interno». ¿Cuáles son estas normas especiales? Responde a este interrogante la disposición adicional primera de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, según la cual:

«A los efectos de lo previsto en el artículo 2 de esta ley, tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes:

...

- c) Los artículos 94 a 100 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

...

- f) Las normas de la Ley y Reglamento Hipotecarios, así como del Código de Comercio y del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, reguladoras de la inscripción de documentos extranjeros en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.
- g) Las normas de Derecho Internacional privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria».

Ello supone que son normas especiales de aplicación preferente en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil las contenidas en los preceptos y normas que se citan de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, así como las que a tal materia dedican tanto la Ley y Reglamento Hipotecario, como el Código de comercio y el Reglamento del Registro Mercantil, como finalmente «las normas de Derecho Internacional Privado contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria». Esta última expresión, sin embargo, genera la duda de si se está refiriendo a las «normas de Derecho Internacional Privado» que integran el capítulo I del Título I de la Ley (sobre «normas comunes en materia de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria»), o si dicha consideración de «norma especial» y, por tanto, de aplicación preferente se extiende también o no a la disposición adicional tercera anteriormente transcrita. En caso de respuesta negativa a este interrogante tendríamos que llegar a la conclusión de que el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional, como ley especial en materia de cooperación jurídica internacional y, además, como ley posterior, desplazaría en su aplicación a la citada disposición adicional tercera.

En concreto, el citado artículo 60 dispone que «Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre 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».

Por tanto, vemos que, al margen del requisito relativo a 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», el citado artículo 60 contiene una remisión «*in totum*» a «los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable». ¿Qué legislación es esta? La respuesta nos la proporciona nuevamente la disposición adicional primera de la reiterada Ley de Cooperación Jurídica Internacional en cuanto reconoce como normas especiales los artículos 94 a 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y las normas reguladoras de «la inscripción de documentos extranjeros» contenidas en la Ley y Reglamento Hipotecario, y en el Código de comercio y del Reglamento del Registro Mercantil, previsión que remite en particular a los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, preceptos que en sus respectivos ámbitos (Registro Civil y Registros de la Propiedad y Mercantiles) por razón de su especialidad parece claro que deben resultar de aplicación preferente. En todo caso, la regulación contenida en los citados preceptos de la Ley del Registro Civil, en particular su artículo 97, ha inspirado claramente la redacción de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, de la que prácticamente es un trasunto (si bien se añade una extensión de su régimen jurídico a las resoluciones dictadas por autoridades extranjeras judiciales en materias cuya competencia corresponda en España al conocimiento de autoridades españolas no judiciales).

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Hipotecaria dispone que «También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Precepto que desarrolla el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España». En sus párrafos segundo y tercero se regula el régimen de la prueba del Derecho extranjero aplicable, sobre el que volveremos «*infra*».

Resulta, por tanto, necesario elucidar el sentido que deba atribuirse al requisito impuesto en el citado artículo 4 de la Ley Hipotecaria de que el documento extranjero «tenga fuerza en España con arreglo a las leyes», a la luz de la precisión contenida en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en que vincula la inscribibilidad del documento extranjero a los «requisitos exigidos

por las normas de Derecho Internacional Privado», siempre que, además, quede garantizada su autenticidad. Y en este contexto procede examinar los elementos básicos que se desprenden de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, esencialmente coincidentes por lo demás, como se ha señalado, con los de la Ley del Registro Civil de 2011, y que son los siguientes:

- a) que se trate de un «documento público» no judicial que «haga fe» del hecho o acto que se trata de inscribir;
- b) que el documento haya sido otorgado (*rectius*: autorizado) por notario o autoridad pública extranjera competente conforme a la legislación de su Estado;
- c) 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 que el documento «surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen»;
- d) que el hecho o acto contenido en el documento «sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado»; y
- e) que la inscripción del documento extranjero «no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español».

Como vamos a ver en el análisis subsiguiente, la remisión que el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento hacen a las normas del Derecho Internacional Privado, unido a las exigencias de autenticidad del título inscribible que impone el artículo 3 de la misma Ley Hipotecaria (y 33 de su Reglamento), en combinación con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, conforme al cual «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español», supone que la mayor parte de los requisitos mencionados en la reiterada disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria son de aplicación no solo al Registro Civil, conforme al artículo 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio¹, sino también al Registro de la propiedad (y al Registro mercantil en virtud de la remisión contenida en el artículo 80 del Reglamento de dicho Registro a la legislación hipotecaria), con las adaptaciones o matizaciones que se verán.

Pero antes de proceder a un análisis individualizado de los citados requisitos resultará conveniente que situemos el tema de la inscripción de los documentos extranjeros en el Registro de la propiedad en su contexto histórico e internacional (Registro de la propiedad que es el ámbito en que como caso paradigmático de Registro jurídico, centraremos preferentemente nuestro estudio a fin de no desbordar los límites de extensión que ha de tener este trabajo).

II. INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES JURÍDICO PRIVADAS, EN GENERAL, Y DEL TRÁFICO JURÍDICO INMOBILIARIO, EN PARTICULAR. CONTEXTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La internacionalización económica generada en el marco del proceso de integración supranacional que vienen experimentando los países miembros de la Unión Europea, ha sido acompañada en los últimos tiempos, a su vez, del fenómeno paralelo de la internacionalización del tráfico jurídico inmobiliario, materializado en un elevado número de inversiones extranjeras en bienes inmuebles recíprocas entre los diversos países, así como en el denominado fenómeno de la «mundialización» de los mercados financieros que actúan a través de diversas instituciones y figuras contractuales, de las que destacan singularmente las figuras del préstamo y del crédito, situaciones que tienden a su consolidación e incremento en el inmediato devenir histórico a impulsos de la filosofía liberalizadora que se sustancia en las cuatro libertades fundamentales de la UE y, en particular y por lo que ahora nos afecta, en las libertades de circulación de personas, capitales y servicios.

La citada internacionalización de las relaciones jurídico-privadas plantea desde el punto de vista del sistema registral y en la materia que ahora se analiza (inscripción de documentos extranjeros), dos cuestiones básicas:

1. La eficacia en España de los documentos otorgados en el extranjero.
2. La determinación del alcance y efectos de la publicidad registral de los derechos nacidos de contratos otorgados con arreglo a un Ordenamiento extranjero.

Veremos cómo el tratamiento de estas cuestiones corresponde todavía fundamentalmente al Derecho Internacional Privado nacional, el cual no obstante está experimentando un creciente proceso de «comunitarización», como después se verá.

El objeto del presente estudio se centra en la primera de las cuestiones citadas, esto es, la eficacia en España de los documentos otorgados en el extranjero en cuanto título inscribible en los Registros públicos españoles. Documentos cuyo número se ha visto incrementado notablemente como consecuencia de las libertades comunitarias de circulación de personas y de capitales, siendo muy significativo este fenómeno en nuestro país por razón de su carácter receptor de turistas.

La determinación de la eficacia de los documentos extranjeros requiere de la concurrencia de un conjunto de requisitos que se pueden clasificar en dos grupos según que se refieran a la forma o al fondo de los mismos.

A) Por lo que se refiere a los requisitos de forma, estos vienen configurados por la doctrina del denominado «Estatuto formal» del Derecho Interna-

cional Privado. Como sabemos, es esta una rama jurídica que forma parte de cada Ordenamiento nacional, y por ello sus soluciones difieren de un país a otro. En el ámbito del Derecho comparado europeo son tres básicamente los sistemas adoptados:

1. El sistema de la regla «*locus regit actum*» imperativa, propio del Derecho francés, conforme al cual las formas y solemnidades de los actos y el grado de eficacia de un negocio jurídico está muy ligado a su forma y publicidad. En estos sistemas se aplica la ley del lugar del otorgamiento.

2. El sistema de la regla «*locus*» facultativa, seguido por el Ordenamiento italiano, según el cual el negocio es válido aunque no se ajuste a las formas de la «*lex loci*» si se han adoptado las propias de los otros ordenamientos designados por los demás puntos de conexión (nacionalidad, contenido del contrato, situación de los inmuebles, etc.).

3. Y por último, el sistema de la regla «*locus*» subsidiaria, seguida en Alemania y Portugal, conforme al cual en caso de que la Ley reguladora del fondo del negocio exija determinada forma para su validez esta habrá de cumplirse, aunque no venga exigida por la Ley del lugar del otorgamiento.

Además de lo anterior, en los tres sistemas citados, se superpone la regla denominada «*auctor regit actum*», según la cual los funcionarios investidos de facultades documentadoras o fehacientes, han de sujetarse en la autorización de los documentos en que intervienen a las formas y solemnidades de su propio Ordenamiento. Por ello, el notario español se ha de sujetar necesariamente a la legislación notarial española aunque el documento esté destinado a producir sus efectos en el extranjero (arts. 1216 y 11 núm. 3 del Código Civil). Lo mismo rige respecto de los fedatarios de los restantes Estados.

El Ordenamiento español sigue el sistema de la regla «*locus regit actum*» de carácter subsidiario, de modo que en el caso de que la Ley reguladora del contenido imponga una forma «*ad solemnitatem*» determinada para la validez del acto o contrato, se habrá de observar la misma aunque el documento se otorgue en el extranjero, pudiendo en otro caso escoger los otorgantes entre la «*lex loci*», la «*lex personae*», la «*lex causae*» o la «*lex rei sitae*». El Derecho español, si bien es espiritualista en materia de formas, impone determinadas formas constitutivas o «*ad solemnitatem*» en muy escasas ocasiones, como en el caso de la constitución de hipotecas en las que se impone de forma solemne el doble requisito de la escritura pública y la inscripción en el Registro de la propiedad con carácter constitutivo, de forma que los derechos reales de hipoteca no nacen hasta que no se practica la inscripción. Este es también el sistema seguido, por ejemplo, en Alemania y en Austria, además con carácter general para todo tipo de derechos reales.

Ahora bien, si lo anterior parece irrefutable, es igualmente cierto que en caso de que una ley nacional subordine la eficacia y aún la misma existen-

cia del negocio, como en el caso de las hipotecas, a la observancia de una determinada forma, lo cual es harto frecuente en la medida de la aplicación «*autor regit actum*», aquella puede, sin embargo, resultar de difícil o imposible cumplimiento cuando el negocio se celebre en país distinto de aquel en que ha de producir efectos, lo cual puede devenir incompatible con las exigencias de agilización del tráfico jurídico internacional, especialmente en el caso del tráfico intracomunitario. En estos casos, se hace preciso admitir la utilización de formas disponibles en el lugar del otorgamiento, siempre que sean equivalentes a la forma requerida por la ley del país receptor del documento en que ha de desplegar sus efectos.

Esta es la clave de la cuestión: el denominado principio de la equivalencia de las formas. Este «principio de equivalencia» de los títulos formales aparece hoy recogido también de forma expresa tanto en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (cfr. art. 97.1), como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (cfr. disposición adicional tercera, apart. 1, b), como finalmente en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (cfr. art. 60). Ya veremos que, con las matizaciones establecidas en la jurisprudencia, este principio de equivalencia también debe entenderse implícito en la exigencia de titulación auténtica exigida por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria en el ámbito del Registro de la Propiedad.

Así en el terreno de los documentos notariales extranjeros será preciso para admitir su equivalencia con los documentos notariales españoles que la ley extranjera a que esté sujeto el autorizante o fedatario atribuya a los mismos el valor y efectos que nuestra legislación otorga a la escritura pública en cuanto a su fehaciencia. En concreto, el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera documentos públicos los documentos extranjeros a los que haya de atribuirse la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de la misma Ley, es decir, aquellos que hagan «prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

En esta dirección de equivalencia de formas y efectos se manifestaba ya el «Convenio sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil» firmado por los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el 27 de septiembre de 1968 en Bruselas, en cumplimiento del artículo 220 del Tratado de Roma, y de cuyo artículo 50 se desprende que para considerar en un Estado contratante un documento extranjero como auténtico y ejecutivo, es preciso que el Estado de origen le califique de tal.

Ahora bien, dada la diversidad de sistemas notariales existentes en los distintos países comunitarios —básicamente reconducibles a los de modelo latino y modelo anglosajón, en el último de los cuales, seguido por Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, la intervención del notario es muy limitada y circunscrita a la mera legitimación de firmas—, se ha considerado que la equivalencia de

forma y eficacia probatoria por sí sola no es suficiente, sino que a ella se ha de añadir la exigencia en todo caso de unos mínimos requisitos, a modo de «test de suficiencia». El núcleo irrenunciable de tales requisitos o presupuestos mínimos estaría integrado por el siguiente catálogo:

- Presencia de los otorgantes ante el autorizante;
- Juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes;
- Prestación del consentimiento y firma ante el fedatario².

Desde el punto de vista comunitario, cabe significar que la homologación documental resultante del principio de la «equivalencia» se pretende configurar como la vía por la que fluya el principio de la libre circulación o prestación de servicios en el ámbito de las formas documentales³.

B) Pero junto con los requisitos de forma, habíamos dicho que la validez y eficacia de los documentos extranjeros, requería asimismo del cumplimiento de ciertos requisitos de fondo.

En efecto, y ciñéndonos a los negocios jurídicos relativos a la propiedad inmobiliaria y a los derechos sobre ella constituidos, debe distinguirse entre el acto o contrato en cuya virtud se constituye, transmite, grava o extingue el dominio y demás derechos reales inmobiliarios, de una parte, y, de otra, la relación jurídica ya formada, es decir, el dominio o derecho nacido del acto o contrato citado.

Pues bien, en cuanto a lo primero, como es bien sabido, en nuestro Derecho de obligaciones rige el principio de la autonomía de la voluntad, que en el ámbito del Derecho Internacional Privado se traduce en la posibilidad de sumisión expresa de las partes a cualquier ley que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate. Ahora bien, a falta de sumisión expresa, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos. Por tanto, no existiendo cláusula de sumisión expresa, muy infrecuente en la práctica, los contratos relativos a inmuebles sitos en España se rigen por la legislación española, cualquiera que sea el país en que se celebren y la nacionalidad de los contratantes. Esta solución de nuestro Código Civil es igualmente compartida por la mayoría de las legislaciones del Derecho comparado, habiéndose elevado a la categoría de norma comunitaria mediante la firma del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que pretende uniformar los sistemas nacionales de resolución de conflictos internacionales de leyes entre los países comunitarios, criterio que ha sido ratificado en el nuevo Reglamento de Roma I, al que después volveremos.

Pero donde el imperio de la «*lex rei sitae*» es absoluto es en el terreno del contenido del derecho real ya formado, y así el artículo 10, núm. 1, de nuestro Código Civil declara que «la posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen».

Con arreglo a ello corresponde a la «*lex rei sitae*» determinar los siguientes extremos:

1. Los derechos de que un determinado bien puede ser objeto;
2. La extensión del derecho y las facultades atribuidas al titular del mismo, en orden al uso, aprovechamiento, transmisibilidad, derechos de preferencia, duración, etc.;
3. La forma de ejercicio de los citados derechos y facultades;
4. La competencia de los Tribunales españoles en relación con los inmuebles radicados en España, lo cual constituye una norma que ya sancionaba el Convenio sobre Competencia Judicial de la Comunidad Europea que atribuye competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios y de arriendo de inmuebles a los Tribunales del Estado contratante en que radique el inmueble, y que en nuestro Derecho interno figura en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴.
5. Por último, corresponde asimismo a la «*lex rei sitae*» la determinación de los derechos reales que pueden tener acceso al Registro de la propiedad, las condiciones de fondo y forma para lograr dicho acceso, y los efectos atribuidos a la publicidad registral respecto de los derechos inscritos. Actualmente este criterio («*lex registri*») ha sido consagrado normativamente por el artículo 58 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, conforme al cual «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español».

III. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS.

La exigencia de titulación auténtica en los Registros de la propiedad (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria) y la remisión a las normas de Derecho Internacional Privado del artículo 4 de la misma Ley, obliga a verificar los siguientes extremos en la calificación registral previa de los documentos públicos extranjeros no judiciales (sin carácter excluyente de otros que deban ser exigidos conforme al propio Derecho registral interno, como por ejemplo, los obstáculos que resulten del Registro *ex* artículo 18 de la Ley Hipotecaria):

- a) su carácter de «documento público» fehaciente, vinculado a la competencia del notario o autoridad interviniente con arreglo a la legislación de su Estado;
- b) el principio de equivalencia formal, funcional y probatoria entre el documento extranjero y el español;

- c) la validez del hecho o acto inscribible conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado, y su no contradicción con el orden público español.

Se analizan a continuación separadamente estos tres requisitos.

1. EL CARÁCTER DE «DOCUMENTO PÚBLICO» Y LA COMPETENCIA DEL NOTARIO O AUTORIDAD INTERVINIENTE

Dentro del capítulo I sobre disposiciones generales del Título V de la Ley del Cooperación Jurídica Internacional en materia civil («Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos»), figura su artículo 43, bajo la rúbrica «Definiciones», en el que se establece que a los efectos de dicho título, se entenderá por «documento público: cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin». Se trata, como vemos, de una definición legal autónoma a los efectos del Título V de dicha Ley, y por tanto también a los efectos de su integración en las normas relativas a la inscripción en los Registros públicos de documentos públicos extranjeros.

Este concepto de documento público guarda similitud con el que figura en diversos instrumentos normativos europeos y en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. En concreto el Reglamento (UE) núm. 650/2012 establece en su artículo 3.1, i) que será «Documento público: un documento en materia de sucesiones formalizado o registrado en tal concepto en un Estado miembro y cuya autenticidad: (i) se refiera a la firma y al contenido del documento, y (ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad a tal efecto por el Estado miembro de origen». En un sentido similar se pronuncia el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (si bien en este último se utiliza la expresión de «autoridad pública» y no la de «poder público»)⁵.

Los citados Reglamentos comunitarios dan carta de naturaleza normativa a la definición de documento público adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en el Asunto Unibank C-260/97. En dicha sentencia se estableció que un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del Derecho del Estado de origen, cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por dicho Estado, no constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. De forma que,

dado que las condiciones en que se procede a la ejecución de los documentos a los que se refiere dicho artículo son idénticas que las previstas en el caso de las resoluciones judiciales, el carácter público de tales documentos debe estar acreditado de forma incontestable, de modo que el órgano jurisdiccional del Estado requerido pueda confiar en su autenticidad. Para ello deberá probarse, como dice el artículo 36.2 del Reglamento Hipotecario, «la observancia de las formas y solemnidades extranjeras».

Como título formal inscribible el documento público extranjero debe cumplir, además, un requisito adicional cual es el de haber actuado el notario o autoridad en la labor de autenticación de la firma y contenido del documento dentro del ámbito de las competencias que le atribuya la ley del Estado del que dependa. En este sentido el apartado 1, a) de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en paralelo en el artículo 97.1.º de la Ley 20/2011, del Registro Civil), exige que «Que el documento ha sido otorgado (sic.) por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado». Lo cual exige la previa acreditación o prueba del contenido y vigencia, a la fecha de la firma del documento, de las correspondientes normas del Derecho extranjero, sobre cuyo régimen de prueba volveremos más tarde.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FORMAL, FUNCIONAL Y PROBATORIA ENTRE EL DOCUMENTO EXTRANJERO Y EL ESPAÑOL

Pero que el documento extranjero sea público en el sentido expresado por el artículo 43 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, no es fundamento suficiente para su consideración como título formal inscribible en un Registro público español. Para ello será necesario que dicho documento extranjero cumpla con el principio de equivalencia con los documentos públicos españoles. En este sentido la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece en la letra b) de su apartado 1 el siguiente requisito: «b) 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». En el mismo sentido se pronuncia el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁶. Es el denominado principio de equivalencia formal de que anteriormente hablamos.

Este requisito, que incluso antes de su consagración legal ya venía exigiéndose como habíamos comentado, ha sido analizado cuidadosamente y de forma reiterada tanto por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de particular interés en esta materia, como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido deben analizarse las resoluciones del Centro Directivo de 20 de enero de 2011, 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013

y 5 de marzo de 2015. Igualmente resulta esencial en la materia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 998/2011, de 19 de junio. Del conjunto de tales resoluciones y del actual marco legal resulta lo siguiente.

A) *El requisito de tener fuerza en España con arreglo a las Leyes y de autenticidad formal*

Ya hemos visto cómo el artículo 58 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional establece que «El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español». Por tanto, hay que estar a la regulación de la legislación hipotecaria española, como «*lex registri*», para determinar los requisitos a que deben sujetarse los documentos extranjeros que pretendan servir de título formal para su acceso al Registro de la Propiedad español. En este sentido, como ha declarado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. resoluciones de 11 de junio de 1999 y de 23 de mayo de 2006), el principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, «*erga omnes*», de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así se establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cfr. arts. 3 de la Ley Hipotecaria, 33 y 34 del Reglamento Hipotecario y 1216 y 1280 del Código Civil).

Ahora bien, como ha dicho la propia Dirección General en otras ocasiones (v.gr. resolución de 31 de octubre de 2013), si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1216 del Código Civil, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero.

Para despejar esta cuestión debemos acudir como punto de partida al artículo 608 del Código Civil español, que dentro del Libro Segundo denominado «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo lo siguiente: «Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.

La citada remisión del artículo 608 del Código Civil a la Ley Hipotecaria para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos conduce como segundo paso en este proceso lógico-jurídico al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los documentos otorgados en España, y, en cuanto a los documentos otorgados en país extranjero, a su artículo 4, conforme al cual, como ya sabemos, «también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo —esto es, los que documenten actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales—, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias ..., con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Obsérvese esta llamada a la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la que luego volveremos.

El artículo 4 de la Ley se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, conforme al cual «los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España». Estas normas, como ha señalado la Dirección General, se aplican tanto a los títulos formales principales, es decir aquellos en los que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción «y que haga fe, en cuanto al contenido que sea objeto de inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite» (cfr. art. 33 del Reglamento Hipotecario), como a estos documentos complementarios, incluyendo los eventuales apoderamientos invocados por los otorgantes.

La referencia que el artículo 4 de la Ley Hipotecaria hace a la Ley de Enjuiciamiento Civil conduce a su artículo 323 que es el que da contenido técnico a la idea de «la fuerza en España» de los documentos otorgados en el extranjero. Dicho precepto de nuestra ley procesal civil ha de leerse en paralelo con el artículo 319.1 de la misma ley en el que al delimitar la fuerza probatoria de los documentos públicos se determina esta en los siguientes términos: «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

Pues bien, respecto de los documentos extranjeros el artículo 323 determina los requisitos necesarios para que puedan ser considerados como documentos públicos, con la eficacia probatoria señalada, distinguiendo dos supuestos: aquellos documentos a los que en virtud de un tratado o convenio internacional o de leyes especiales deba considerárseles documentos públicos, y aquellos otros en que no resulte aplicable ningún convenio internacional o ley especial. En este segundo caso un documento necesita cumplir dos requisitos para ser considerado documento público: «1.º Que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio. 2.º Que el

documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España».

Por tanto, a la vista de dicha norma, a la que se remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, como norma especial de aplicación preferente en su ámbito material conforme a la disposición adicional primera de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, y según señalan las resoluciones de la Dirección General de 22 de febrero de 2012 y 31 de octubre de 2013, «no [se] exige que el documento extranjero cumpla los concretos requisitos específicos de la legislación notarial española, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicionales de la “fuerza en España” (que en el otorgamiento se hayan observado los requisitos del país en el que se otorgue, que contenga los requisitos de apostilla y autenticidad y que se hayan observado las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos)».

En este sentido se pronunció la sentencia número 391/2006 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, que confirmó la revocación de la anterior resolución de la Dirección General de 7 de febrero de 2005. La citada sentencia de la Audiencia fue confirmada, a su vez, por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 998/2011, de 19 de junio, al declarar que «la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la propiedad español de la escritura otorgada ante un notario alemán carece de sentido cuando, además, la misma puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que ... por el principio “*auctor regit actum*” cada notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero...». A continuación añade la misma sentencia que «la necesaria aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado español, en cuanto la remisión a las mismas (art. 36 Reglamento Hipotecario) conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil, conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen» (disposición que igualmente aparece en el artículo 11 del Reglamento 593/2008 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio).

B) El requisito de la equivalencia formal y funcional

Por tanto, para determinar si un documento extranjero puede constituir título formal inscribible en el Registro español es necesario que aquel «tenga en Es-

paña fuerza con arreglo a las leyes» por haberse observado en su otorgamiento las normas y solemnidades establecidas en el país de origen y venir revestido de los requisitos para garantizar su autenticidad en España. Pero, como ha señalado la Dirección General en las resoluciones antes citadas, esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la propiedad español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la propiedad.

En este sentido la Dirección General ha venido reiterando que no cabe resolver el problema por aplicación exclusiva de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil, antes aludido, respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. arts. 1278 y sigs. del Código Civil), mientras que lo que se dilucida en el ámbito que ahora estudiamos es un tema adicional y distinto, cual es el de la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. Siendo válido en cuanto a la forma, ¿cumple además el requisito de eficacia como título formal inscribible en el Registro?

En cuanto a este segundo aspecto es el artículo 12.1 del Código Civil el que, según viene insistiendo el Centro Directivo, debe tenerse presente para encauzar la cuestión. Como afirma la resolución de 31 de octubre de 2013, «si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la propiedad —lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados—, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Solo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquel sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011».

¿Cuáles son estos presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan el documento público español? También encontramos en la doctrina de la Dirección General contestación a este interrogante. Así en sus resoluciones de 11 de junio de 1999 y 23 de mayo de 2006, ha afirmado que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes:

- a) que haya sido autorizado «por un notario o empleado público competente» (art. 1216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante

sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial;

- b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (art. 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público. Estas formalidades, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente dos:
 - la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad), y
 - la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad).

Ahora bien, las mismas resoluciones precisan en cuanto a este último requisito que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica necesariamente que este no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. art. 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

C) El requisito de la equivalencia de efectos

Como dijimos anteriormente, la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional no solo exigen 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, sino también que el documento extranjero «surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen».

Ya hemos visto que esta previsión es coherente con la contenida en el artículo 323.2 núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando exige que en el otorgamiento o confección del documento extranjero «se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio», prueba plena en juicio que es el efecto probatorio que en nuestro Ordenamiento se reconoce al documento público español (*vid.* art. 319 LEC).

Pero danto un paso más allá podemos interrogarnos sobre si la exigencia de equivalencia de efectos debe ir más lejos y proyectarse sobre otros aspectos como son los relativos a la eficacia traslativa del dominio, o incluso a otras funciones

asociadas a la intervención de los notarios españoles como la de asesoramiento a los otorgantes y la colaboración con las Administraciones públicas en materia tributaria o de prevención del blanqueo de capitales. Precisamente estos fueron los argumentos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 7 de febrero de 2005 para confirmar la calificación negativa del registrador que denegó la inscripción de una compraventa otorgada entre ciudadanos alemanes ante notario alemán. Sin embargo, como ya se ha dicho, dicha resolución fue revocada por los tribunales mediante sentencias finalmente confirmadas por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de junio de 2012.

Resulta por tanto esencial analizar en este punto dicha sentencia. Pero antes de ello, y a fin de poner el debate sustanciado en la misma en su contexto debe hacerse una referencia previa a los diversos modelos de transmisión de la propiedad existentes en el Derecho comparado que, a los efectos de este estudio, reducimos al ámbito europeo y exponemos de forma sintética.

a) Los diversos modelos de transmisión del derecho de propiedad

Como punto de partida hay que recordar que el propio Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone con cierto énfasis en su artículo 345 que «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros», lo cual responde a que los bienes raíces forman el substrato territorial de los Estados como elemento básico de soberanía. Igualmente coadyuvan a fundamentar esta solución el principio comunitario de mutuo reconocimiento de legislaciones (en el que no hay armonización, sino admisión por cada Estado de la bondad de la legislación de los restantes Estados comunitarios), y el principio, surgido de Maastricht, de la subsidiariedad, conforme al cual en las materias en que no exista una competencia exclusiva de la UE, esta solo puede actuar en caso de que su acción sea más eficaz que la de los Estados.

Todo lo anterior supone la coexistencia en el ámbito europeo de distintos sistemas de tráfico jurídico inmobiliario y de publicidad registral del mismo. Así, desde el punto de vista civil sustantivo coexisten los sistemas de adquisición y transmisión de derechos reales de tipo consensual basados en el mero consentimiento, como el francés, italiano o belga; los que responden a la doctrina del título y el modo, con una doble variante según que el efecto traditorio se atribuya a la escritura —caso español— o a la inscripción registral —caso de Suiza—, y los sistemas basados en el negocio real dispositivo de carácter abstracto, esto es, desconectado de la causa del negocio obligacional subyacente.

Desde el punto de vista de la publicidad registral, atendiendo al criterio de los efectos atribuidos a la misma, coexisten los siguientes sistemas:

1. El sistema francés de mera inoponibilidad, en los cuales la inscripción no es constitutiva, pero la falta de inscripción hace inoponible el título

no inscrito frente a un tercero que haya inscrito. Lo siguen, además de Francia, Bélgica e Italia.

2. El sistema español, además del efecto anterior, determina que el asiento registral se presuma exacto, en sus dos variantes de presunción de exactitud «*iuris tantum*» derivada del principio de legitimación registral, y de presunción «*iuris et de iure*», resultante del principio de fe pública registral. Además, se establece el carácter constitutivo de la inscripción en diversos casos, el principal de los cuales es el de la hipoteca.
3. Por último, el sistema alemán de inscripción constitutiva, en el que la inscripción se requiere como elemento determinante de la adquisición o constitución del derecho real, en todo caso, por tanto también en el de la hipoteca.

b) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011

Encuadrada ya la cuestión, estamos ahora en condiciones de abordar el análisis de la citada sentencia para ilustrar el alcance del requisito relativo a la proximidad de efectos a que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

1. La Abogacía del Estado centraba su impugnación en dos motivos paralelos, a su vez, de las dos causas en que se fundaba la calificación del registrador confirmada primero por la Dirección General en resolución de 7 de febrero de 2005 y después revocada por la sentencia de instancia y de apelación:

a) en primer lugar, que el requisito exigido por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria para que los títulos otorgados en país extranjero sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, en el sentido de que dichos títulos «*tengan fuerza en España con arreglo a las leyes*», presupone la exigencia de que tales documentos tengan efectivamente la consideración de documentos públicos, lo que implica que deben ser otorgados con las solemnidades mínimas que se exigen al notario español, lo cual, a su vez, supone la equivalencia en la concepción de la función notarial en cada país. Formalidades y equivalencia que en el caso del notario alemán no se da, según sostiene el Abogado del Estado, por cuanto dicho fedatario no está obligado a informar a los contratantes sobre el Derecho español, aunque sea aplicable al negocio jurídico la ley española, ni emite un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al ordenamiento jurídico español como, por el contrario ha de hacer el notario en España; y

b) en segundo lugar, porque la escritura pública autorizada por notario español es el instrumento de un contrato, pero también constituye el título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral según el artículo

33 de Reglamento Hipotecario, mientras que el documento alemán, solo es un contrato y no tiene efecto traslativo de la propiedad ni con arreglo al Derecho alemán ni al español.

2. El Tribunal Supremo, sin embargo, va a rechazar ambos motivos de impugnación, y lo hace con una argumentación que articula en un doble nivel: en primer lugar, en base a consideraciones de Derecho comunitario y, en segundo lugar, en base a fundamentos de Derecho interno.

a) En cuanto a los motivos de Derecho comunitario, afirma el Tribunal Supremo que el recurso parte de un entendimiento de la normativa vigente que cuestiona el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea (arts. 56 a 60 del Tratado); de forma que «la necesidad de intervención en todo caso de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español». Esta afirmación la sostiene en los siguientes razonamientos:

- «En primer lugar, no puede desconocerse que el Reglamento 593/2008 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio (ley aplicable a las obligaciones contractuales —Roma I—) dispone en su artículo 11 que *«un contrato celebrado entre personas, o sus representantes, que se encuentren en el mismo país en el momento de su celebración será válido en cuanto a la forma si reúne los requisitos de forma de la ley que lo rija en cuanto al fondo en virtud del presente Reglamento, o de la ley del país donde se haya celebrado»*; disposición que igualmente aparece en el artículo 11.1 del Código Civil y que claramente quedaría vacía de contenido si la observancia de la forma así prevista fuera insuficiente para la producción de los efectos jurídicos propios del contrato».
- «Pero es más, en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto; duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra ante este último».
- «En este sentido cabe anotar la publicación por la Comisión, en fecha 14 de diciembre de 2010, de un Libro Verde que lleva por título “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”».

- «Admitida la equivalencia de forma entre un documento público notarial alemán y otro español a efectos de su validez en España, carecería de sentido la exigencia de volver a escriturar el mismo negocio ante un notario nacional y habría de ser considerado dicho requisito como una reiteración en la exigencia y una duplicidad innecesaria».
- «Puede citarse como significativo lo dispuesto por el Real Decreto 664/1999, de 23 de abril (Ministerio de Economía y Hacienda) que, al referirse a las inversiones extranjeras en España, dispone que pueden ser titulares de las mismas tanto las personas físicas no residentes en España como las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero y entidades públicas de soberanía extranjera (art. 2), siendo objeto propio de tales inversiones la adquisición de inmuebles en España (art. 3-e), y sin embargo no prevé en forma alguna que tal adquisición haya de formalizarse ante Notario español».

b) En cuanto a los motivos de Derecho interno, el Tribunal Supremo, además de invocar el Reglamento UE Roma I y su régimen en materia de forma de los contratos y el argumento de la duplicidad, analiza el tema también desde la perspectiva del Derecho español como Derecho del foro registral, llegando a las mismas conclusiones sobre la validez y eficacia como título formal inscribible en el Registro de la Propiedad español de la escritura de compraventa autorizada por notario alemán. A tal efecto realiza el Alto Tribunal el siguiente *iter* argumental:

- El artículo 10.1 del Código Civil dispone que *«la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen»*, lo que en este caso determina la aplicación de la ley española a la transmisión del dominio sobre el bien de que se trata.
- Subraya a continuación el Alto Tribunal cómo la doctrina ha destacado que «la elección del lugar de situación del bien como punto de conexión ofrece una serie de ventajas ya que permite hacer coincidir la localización jurídica con la localización material y física de los bienes, pone de manifiesto el interés del Estado por controlar la creación, transmisión y modificación de los derechos reales sobre los bienes situados en su territorio y es la expresión en Derecho Internacional Privado de la tutela de la seguridad del tráfico jurídico».
- La consecuencia que extrae el Tribunal de ese régimen de *«lex rei sitae»* en este ámbito es que resulta de aplicación al caso lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil «que no limita sus efectos de *«traditio ficta»* a los supuestos en que la escritura pública de venta se hubiera otorgado ante notario español». De lo que se deduce «que la escritura

otorgada fuera de España, que sea formalmente válida, producirá los mismos efectos y, por tanto, significará la realización de la «entrega» que nuestro derecho exige para el nacimiento del derecho real objeto de la inscripción registral, salvo que de la misma resultare o se dedujere lo contrario».

- Tal exigencia [la necesidad de escriturar ante notario español] en relación con la escritura pública de compraventa de un bien inmueble situado en España no puede justificarse en un adecuado entendimiento de las normas de Derecho Internacional privado español sobre la forma de los contratos, las obligaciones contractuales y la transmisión de los derechos reales.
- Además, entiendo el Tribunal, que la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la Propiedad español de la escritura otorgada ante un notario alemán carece de sentido cuando, además:
 - la escritura puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;
 - resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar;
 - no pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que «por el principio *auctor regit actum* cada notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero»;
 - «el control de la seriedad formal en su otorgamiento —que no parece pueda ser discutido en el seno de la Unión Europea y, concretamente en este caso, en relación con Alemania— se extendería de modo impropio a la práctica exigencia de que el notario extranjero aplicara los requisitos de carácter administrativo vigentes en España».
- Al argumento del Abogado del Estado que entiende que en caso de no prosperar el recurso no quedan garantizados los intereses del foro dada la intervención en el acto de un funcionario extranjero que resultará incapaz para controlar el respeto a una legalidad ajena a su competencia y que no está obligado a cooperar con una Administración Pública a la que no pertenece, dado que no ejerce su función de modo equivalente a como lo haría un notario español, contesta el Tribunal Supremo que «tal argumento no se ajusta a la necesaria aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado español, en cuanto la remisión a las mismas (art. 36 Reglamento Hipotecario) conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil, conforme al cual las for-

mas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate».

- Finalmente en cuanto al segundo motivo del recurso, tampoco es acogido por el Tribunal, pues entiende que «no cabe imputar a la sentencia impugnada vulneración alguna de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Código Civil pues efectivamente parte —respetando la norma— de que «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar en que se hallen»; lo que determina la aplicación de la ley española y, en consecuencia, que la propiedad del bien inmueble objeto de la venta se transmita por su entrega o «*traditio*» (art. 609 Código Civil); y que tal entrega se entienda producida, salvo excepciones previstas en la ley, por el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 Código Civil), pues esta norma contempla el efecto que el cumplimiento de determinada forma ha de producir en el ámbito material, que se rige por el derecho español y no por el alemán, de modo que queda integrado así el título a efectos de inscripción según lo requerido por el artículo 33 del Reglamento Hipotecario».
- La conclusión que alcanza el Tribunal de todo ello es que, partiendo de la aceptación de que la escritura de compraventa autorizada por un notario alemán queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil, «han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicha norma respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto». Y ello es así puesto que «no se ha de acudir al Derecho alemán para determinar sus efectos ya que ello supondría admitir que la transmisión de la propiedad se rige por aquel y no por el Derecho español, como dispone el artículo 10.1 del Código Civil, lo que supondría la exigencia de un posterior negocio de disposición puesto que en Alemania resulta necesario para la transmisión de la propiedad tras la celebración del negocio obligatorio, rigiéndose ambos por el principio de separación (*Trennungsprinzip*) y el de abstracción (*Abstraktionsprinzip*)».

Dado que no hay motivo para poder atisbar un cambio en el estatuto real del Derecho internacional privado español en el sentido de modificar la regla de la «*lex rei sitae*» tal y como aparece definida por el artículo 10.1 del Código civil, ni las normas europeas antes señaladas, en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, es preciso concluir que, a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo que hemos analizado, la exigencia de producir los «mismos o más próximos efectos» no incluye ni la identidad en cuanto a

las formalidades de los documentos extranjeros respecto de los españoles, ni las reglas sobre transmisión de la propiedad que se siguen rigiendo por el Derecho español, incluida la relativa a la «*traditio ficta*» o instrumental, siempre que el documento extranjero cumpla el canon de validez formal exigido.

3. EL REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL HECHO O ACTO INSCRIBIBLE CONFORME AL ORDENAMIENTO DESIGNADO POR LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Y SU NO CONTRADICCIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL

A) El requisito de la validez del acto

Como ha afirmado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad, que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, «*erga omnes*», de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación registral (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria, con su exigencia la exigencia de documento público o auténtico), y en un riguroso examen de la legalidad de los títulos presentados a inscripción a través de la calificación del registrador (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria).

Esta calificación se extiende en todo caso conforme a este artículo, entre otros extremos, a «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», requisito que alcanza evidentemente a los documentos públicos extranjeros por el mismo fundamento que a los documentos públicos españoles evitando la entrada en el Registro de títulos inválidos o claudicantes, a cuya finalidad, que debe quedar salvaguardada en todo caso, es indiferente el hecho de que el título haya sido autorizado por un notario español o extranjero, pues el requisito de la validez formal y sustantiva debe predicarse de todos ellos.

Como afirma la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras muchas, en su resolución de 20 de junio de 2014, la calificación registral debe impedir que «el Registro de la propiedad pueda publicar titularidades no firmes o claudicantes. No cabe olvidar que la finalidad del Registro de dar seguridad jurídica en el tráfico solo se armoniza con la inscripción de titularidades plenamente válidas (cfr. arts. 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento)». Lo que, como señala la resolución de 8 de octubre de 2013, entronca con el hecho de que nuestro sistema registral «se basa en los principios de presunción de exactitud y de fe pública registral, en virtud de los cuales, la inscripción se convierte en inatacable respecto a terceros que hayan confiado en el contenido de los asientos registrales si cumplen los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo que requiere indudablemente que exista la previa calificación

registral de legalidad que comprende no solo los actos claramente ilegales sino los que determinan dudas sobre su eficacia».

B) La aplicación de las normas de conflicto españolas

Por ello es coherente y lógico que la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional que le acompaña «*pari passu*», establezcan como un requisito imprescindible para la inscripción de los documentos públicos extranjeros en los Registros públicos españoles que «el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado». Por tanto, con este precepto se mantiene el citado requisito de la imprescindible validez del acto inscribible y se aclara que el canon normativo material para determinar dicha validez será el determinado por el ordenamiento designado por las normas españolas de derecho internacional privado. Es decir, se aplicarán por el registrador español las normas de conflicto españolas para determinar la ley material aplicable, sea esta la española u otra extranjera, en función de las materias y puntos de conexión señalados por el ordenamiento conflictual patrio.

La solución coincide, por tanto, con la adoptada por el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y por el artículo 36 de su Reglamento que lo desarrolla, en cuanto la remisión que hace al Derecho internacional privado debe entenderse hecha también a las normas de conflicto españolas.

El tema ha sido estudiado también por diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y entre ellas las ya citadas de 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013 y 5 de marzo de 2015, conforme a las cuales el análisis de esta materia debe realizarse por el registrador teniendo en cuenta los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho Internacional Privado, dada la dispersión de los elementos, personales, reales y formales, de la relación jurídica que da lugar a la mutación jurídico-real inscribible, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado reiteradamente el Centro Directivo (cfr. por todas la resolución de 20 de enero de 2011), los tribunales y autoridades españolas, incluidas las registrales, están obligadas a aplicar de oficio las normas de conflicto contempladas en el ordenamiento español (cfr. art. 12.6 del Código Civil).

Prescindiendo ahora de los aspectos relativos a la forma, que han sido analizados con anterioridad, en todos los casos de adquisición y transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes, debe tenerse en cuenta el doble elemento del contrato y de la tradición, y por tanto abordarse el tema desde la doble perspectiva obligacional y real (cfr. art. 609 del Código Civil).

Así, en primer lugar, como señala la resolución de 31 de octubre de 2013, para determinar la ley aplicable al contrato concluido cuando estemos en presen-

cia de un supuesto internacional, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo, «*lex contractus*», la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el cual se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009.

Este Reglamento Roma I tiene carácter universal, conforme a su artículo 2, por lo que resulta aplicable aunque el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado miembro o no miembro de la Unión Europea. En el caso particular de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y salvo que las partes elijan la «*lex contractus*» de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que este presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento (art. 4.1.c en relación con el art. 4.3 del Reglamento Roma I).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, como ha aclarado la Dirección General, que la «*lex contractus*», determinada en la forma señalada, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Este es el caso, por ejemplo, de la capacidad de las personas físicas (*vid.* art. 1.2 del Reglamento, sin perjuicio de la doctrina de la «excepción de interés nacional», que recoge en su art. 13). En el mismo sentido el apartado g) del citado artículo 1.2 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento la representación voluntaria y orgánica. Estas exclusiones de la capacidad de las personas físicas y de la representación del ámbito del Reglamento de Roma I supone que el ordenamiento aplicable a estas cuestiones deberá fijarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado. Así en el caso de España, respecto de la representación, se aplica el artículo 10, número 11, del Código Civil, y en cuanto a la forma el artículo 11.

Pero no basta con determinar la validez del contrato de acuerdo con la «*lex contractus*» designada por el Reglamento Roma I. Este es solo un estadio de la cuestión. A partir de ahí debe el registrador determinar los aspectos reales de la relación jurídica relativos al modo de constitución o transmisión del derecho real, su contenido y efectos, aspectos todos ellos, como vimos al analizar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011, excluidos del ámbito de la «*lex contractus*». A todos estos aspectos deberá aplicarse la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales, esto es, el artículo 10.1 del Código Civil español, conforme al cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

Esta ley («*lex rei sitae*») se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, al momento de la constitución o transmisión del derecho, al contenido del derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad. Así, para el Derecho Internacional Privado español, como ha señalado la Dirección General (*vid.* resolución de 22 de febrero de 2012), las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble.

En definitiva, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española, de forma que es nuestro ordenamiento el que se aplica para determinar los requisitos necesarios para considerar válidamente producido el efecto de mutación jurídico-real de que se trate en cada caso (adquisición, modificación, transmisión, extinción del dominio y demás derechos reales) sobre el bien inmueble, lo que implica que el título formal que se pretende inscribir, aunque esté autorizado por un notario extranjero, incluso en el caso de que en sus aspectos obligacionales estuviesen sometidos a un ordenamiento distinto, su eficacia real queda sometida plenamente a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de constitutivo o traslativo del derecho.

C) *La prueba del Derecho extranjero*

La aplicación de la ley material extranjera reclamada en cada caso por la norma de conflicto española (particularmente en sus aspectos personales, obligaciones y formales) plantea el problema de la prueba del contenido y vigencia de dicha Ley.

El Título III de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional regula en los artículos 34 a 36 «*la información del Derecho extranjero*», lo que comprende el texto, vigencia, contenido, sentido y alcance de la norma, jurisprudencia, marco procedimental, organización judicial y cualquier otra información relevante. Cualquier otra autoridad judicial española, así como los notarios y registradores, puede, de oficio y en el marco de sus competencias, requerir esa información de la autoridad central española —el Ministerio de Justicia según el artículo 7— que, por conducto consular o diplomático, la cursará a la autoridad del Estado correspondiente.

Este tema de la prueba del Derecho extranjero es de suma importancia práctica para el funcionamiento diario de muchos Registros (especialmente en las áreas de costa, con gran presencia de extranjeros, cuya nacionalidad o residencia habitual condiciona en muchas ocasiones, como estatuto personal, su régimen económico-matrimonial y sucesorio). En este sentido el enfoque de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional es muy restrictivo en el sentido de imponer un régimen muy rígido de prueba del Derecho extranjero.

La Ley distingue entre «prueba» e «información» del Derecho extranjero. Parece que la prueba se circunscribiría al ámbito de los procedimientos judiciales y la información se extiende también al ámbito de procedimientos no judiciales. Pero también en este caso la regulación es rígida pues limita la posibilidad de obtención de dicha «información» a la utilización de un procedimiento que pasa por remitir una solicitud en cada caso a la «Autoridad Central» española para que, a su vez, la remita a las autoridades competentes del Estado requerido, a través de la vía consular o diplomática o a través de las respectiva «Autoridad Central» de dicho Estado (*vid.* arts. 34 y 35).

Este procedimiento, sin embargo, no supone suprimir la posibilidad de acreditar el Derecho extranjero aplicable en el registro a través de informe de Cónsul del país extranjero acreditado en España, o a través de informe de notario español, o a través de conocimiento directo del Registrador, conforme a lo previsto por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, norma que no solo permanece vigente tras la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, sino que es de aplicación preferente dada la consideración de norma especial que le reconoce la disposición adicional primera de esta Ley, en relación con su artículo 2.

Por tanto, conserva su valor también la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha ido sentando en la materia, especialmente detallada desde la resolución de 21 de enero de 2011, conforme a la cual el régimen del citado artículo 36 del Reglamento Hipotecario resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». Según la Dirección General, la enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba. El hecho de que el precepto afirme que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios» mediante estos mecanismos así lo acredita. Asimismo, en el caso concreto de los informes elaborados por cónsules, diplomáticos o funcionarios extranjeros, evidentemente deberán ser considerados como documentos extranjeros, si bien no les serán exigibles los requisitos de legalización y traducción impuestos por los artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario para que el registrador pueda hacer uso de ellos en su calificación, ya que tales preceptos se refieren únicamente a los documentos que hayan de ser inscritos. Cuestión distinta será el valor que confiera el Registrador en su tarea calificadora a los documentos que no cumplan tales requisitos.

Por otro lado, igualmente señala la jurisprudencia registral que no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigen-

cia (*vid.*, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999). Es decir, no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.

Asimismo, la Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (*vid.*, entre otras, resoluciones de 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). Ahora bien, «la indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquel no sea invocado por las partes». Por tanto, el registrador, a pesar de que el interesado no acredite el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarlo si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá proceder a suspender la inscripción solicitada.

D) La excepción del orden público y adaptación de la figura extranjera desconocida en España al Derecho español

Finalmente la letra d) del apartado 1 de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria establece como contrapunto a la regla de la aplicación de la ley material designada por las normas de conflicto españolas, el requisito adicional de que «la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español».

El orden público se contempla como causa determinante de la denegación del reconocimiento incluso en distintos instrumentos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil y también como motivo de exclusión de la ley aplicable en los Reglamentos Roma I y Roma II. Lógicamente la intervención de la excepción del orden público será más intensa en relación con los supuestos de aplicación de leyes de Estados no miembros de la Unión Europea.

En todos los casos la intervención de esta cláusula de exclusión de la ley extranjera se subordina a la existencia de una manifiesta incompatibilidad con el orden público del Estado del foro. También sucede así en el caso los nuevos instrumentos comunitarios, como el Reglamento de Sucesiones núm. 650/2012 (*vid.* art. 35). La exigencia del carácter manifiesto de tal incompatibilidad apunta a un claro criterio de intervención mínima y de interpretación restrictiva. En

el considerando 58 de este Reglamento se refuerza este criterio restrictivo, al declarar que «Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». Se trata de un novedoso criterio de delimitación negativa del concepto o extensión del orden público del Estado del foro. Pero también podría emplearse como término de referencia para limitar la aplicación en el territorio de los Estados miembros de ordenamientos extracomunitarios que contengan disposiciones que no respeten los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta de Derechos Fundamentales (v.gr. discriminación por razón de sexo o religión, sin perjuicio de la suavización de la excepción mediante figuras como el orden público atenuado: *vid.* sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, de 28 de octubre de 2008).

Finalmente, la invocación del orden público también puede estar basada, en mi opinión, en la imposible adaptación de derechos o instituciones extranjeras por no responder a las exigencias estructurales mínimas de los derechos reales en España (inmediatividad, absolutidad o eficacia «*erga omnes*», no amortización de la propiedad, causa justificativa suficiente de las limitaciones o gravámenes, libre circulación de los bienes, etc.). Un ejemplo de ello lo encontramos en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 2009, que confirmó la denegación de la inscripción en el Registro de la propiedad español de una escritura por la que se cedía gratuitamente una participación indivisa de un inmueble sito en España al síndico de la quiebra de un ciudadano británico, por considerar que dicha operación no transmitía el dominio, sino una simple titularidad fiduciaria con facultades de representación o de gestión y disposición de derecho ajeno, lo que resulta contrario a principios esenciales y de orden público español en relación con la transmisión del dominio (art. 609 del Código Civil), del régimen de publicidad registral y de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor (art. 608 del Código Civil).

Este tema de la adaptación de los derechos reales constituidos con arreglo a un ordenamiento extranjero al Derecho interno del Estado en el que se encuentra el bien sobre el que dicho derecho recae ha sido prevista por primera vez en el plano normativo interno por el artículo 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, conforme al cual «Cuando la resolución o el documento público extranjero ordene medidas o incorpore derechos que resulten desconocidos en Derecho español, el registrador procederá a su adaptación, en lo posible, a una medida o derecho previstos o conocidos en el ordenamiento jurídico español que tengan efectos equivalentes y persigan una finalidad e intereses similares,

si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Antes de la inscripción, el registrador comunicará al titular del derecho o medida de que se trate la adaptación a realizar». Además se prevé que «Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano jurisdiccional».

Esta novedosa figura de la «adaptación» está sin duda inspirada en el reciente Reglamento Sucesorio Europeo de 2012 (Reglamento (UE) núm. 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012).

Dos son, pues, los condicionantes y requisitos de la adaptación: 1.º que resulte posible (lo que ha de entenderse en el sentido de que la adaptación pueda hacerse sin desvirtuar la esencia de la concreta tipología y naturaleza del derecho sometido a adaptación); y 2.º que exista en el Derecho del Estado miembro en el que se invoque el derecho real desconocido otro derecho real que resulte «equivalente» (lo que deberá entenderse en el sentido de que cumpla la misma función jurídica y económica que el derecho invocado, atendiendo a los objetivos e intereses perseguidos y los efectos producidos por el mismo).

Ambos aspectos aparecen recogidos en el texto del artículo 61, apartado 1, de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. En este sentido merece una crítica positiva. Por el contrario, parece imprecisa la redacción de este precepto en lo relativo a la comunicación que debe realizar el registrador al titular del derecho antes de practicar la inscripción, pues no concreta la finalidad de dicha comunicación, y en particular si permite o no un trámite de alegaciones u oposición, similar al previsto en el artículo 59.2, de la misma Ley. Por su importancia y novedad, este tema de la adaptación requiere un estudio monográfico que excede los límites del presente trabajo.

4. ASIMILACIÓN AL RÉGIMEN DE LOS DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LOS DOCUMENTOS JUDICIALES EN CIERTOS CASOS

El régimen jurídico que venimos comentando previsto para los documentos autorizados por notarios y las resoluciones dictadas autoridades no judiciales extranjeras será aplicable a las resoluciones pronunciadas por órganos judiciales extranjeros en materias cuya competencia corresponda, según la ley, al conocimiento de autoridades españolas no judiciales, conforme a lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Se trata de una norma que «bilateraliza» la solución adoptada para el caso inverso que contempla el artículo 11.3 de la misma Ley, según el cual «El régimen jurídico contemplado en el presente artículo para las resoluciones dictadas por los órganos judiciales extranjeros será aplicable a las resoluciones pronunciadas por autoridades no pertenecientes a órganos judiciales extranjeros

en materia de jurisdicción voluntaria cuya competencia corresponda, según esta Ley, al conocimiento de órganos judiciales».

La solución parece lógica pues el régimen previsto en la Ley sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras, con causas de denegación tasadas que excluyen la revisión del fondo (*vid.* art. 48 de la Ley), solo se justifica en presencia de resoluciones judiciales por razón de la fuerza constitutiva de la «*res iudicata*», en tanto que en el caso documentos extrajudiciales no concurre dicho fundamento, por lo que los mismos son objeto no de un procedimiento o incidente de «reconocimiento», sino de «aceptación» previo examen completo del mismo, incluyendo la revisión de su validez no solo formal sino también material. Por tanto, la lógica de estas soluciones legales es clara al no dejarse condicionar por el criterio del Derecho extranjero sobre el carácter judicial o extrajudicial del operador o autoridad a quien se atribuya la competencia en cada caso, sino que la determinación de este criterio de competencia, en función de la naturaleza de la materia, en cuanto pueda influir en el régimen de reconocimiento «*versus*» aceptación, queda reservado al Derecho español.

NOTAS

¹ Ley cuya entrada en vigor ha sido nuevamente aplazada en virtud de la redacción dada a su disposición final décima por la Ley 19/2015, de 13 de julio, hasta el 30 de junio de 2017.

² Como criterio general, se puede afirmar que tales requisitos se cumplen por parte del Notariado de los países integrantes de la Unión Internacional del Notario Latino, del que forman parte la mayoría de los Notariados de los países de la UE. Por el contrario, en general los documentos autorizados por Notarios de los países no integrados en la mencionada Unión (los del área anglosajona), no cumplen los requisitos vistos ni producen los efectos equivalentes estudiados.

³ *Vid.* sentencias del TJUE de 24 de mayo de 2011 y de 19 de junio de 2012.

⁴ Así sigue siendo tras la reforma introducida en este precepto por el artículo único. 5 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que le ha dado la siguiente redacción: «*Con carácter exclusivo, los Tribunales españoles serán competentes en todo caso y con preferencia de cualquier otro, para conocer de las pretensiones relativas a las siguientes materias: a) Derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles que se hallen en España. No obstante, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles celebrados para un uso particular durante un plazo máximo de seis meses consecutivos, serán igualmente competentes los órganos jurisdiccionales españoles si el demandado estuviera domiciliado en España, siempre que el arrendatario sea una persona física y que este y el propietario estén domiciliados en el mismo Estado.*».

⁵ Esta discrepancia terminológica no se aprecia en las versiones inglesas: Reglamento 650/2012 3.i.ii «*has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose by the Member State of origin*» y en 2.1.c del Reglamento 1215/2012 «(ii) *has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose*». Tampoco en las respectivas versiones en francés: 2.1.c.(ii) Reglamento 1215/2012 ii) *a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire*; y Reglamento 650/2012 3.1.i (ii) *a été établie par une autorité publique ou toute autre autorité habilitée à le faire par l'État membre d'origine*».

⁶ También en un sentido parecido se pronuncia el artículo 97 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, si bien en este último no se incluye el inciso «y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen».

*(Trabajo recibido el 3-11-2015 y aceptado
para su publicación el 13-11-2015)*

La Sucesión Nobiliaria y la Filiación Adoptiva

Nobiliary Inheritance And Adoptive Filiation

por

JESÚS A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS

*Profesor Titular acreditado
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de la sucesión nobiliaria respecto de los hijos adoptivos. Estudiamos si deben ser excluidos de la sucesión por el principio de consanguinidad y debe prevalecer el llamamiento a favor de otros parientes colaterales de la misma sangre del fundador. En este sentido, es necesario plantearse si deben aplicarse los principios y mandatos constitucionales por un lado, o debe mantenerse la regulación histórica por otro, no obstante, incluso, la posibilidad de que los títulos nobiliarios pierdan sus rasgos distintivos.

ABSTRACT: *This paper aims to examine the legal status of inheritance succession in respect of adopted sons. We study if they should be excluded of the succession by the principle of consanguinity and must prevail the eligibility for other collateral relatives of the same blood of the founder. In this sense, it is necessary to consider if the principles and constitutional mandates are be applied on one side, or the historic regulation should be maintained, however, even the possibility that the noble titles lose their distinctive features.*

PALABRAS CLAVE: Sucesión nobiliaria. Títulos nobiliarios. Filiación adoptiva. Principio de igualdad.

KEY WORDS: *Nobiliary inheritance. Noble titles. Adoptive filiation. Principle of equality.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NUEVOS TIEMPOS, ANTIGUAS INSTITUCIONES.—II. LA SUCESIÓN NOBILIARIA Y LA FILIACIÓN ADOPTIVA: RÉGIMEN JURÍDICO. 1. TESIS CLÁSICA DE EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS ADOPTIVOS DE LA SUCESIÓN NOBILIARIA. 2. ESPECIALIDAD DE LA SUCESIÓN NOBILIARIA: LA CONSANGUINIDAD. 3. EL JUEGO DE LA VOLUNTAD DEL POSEEDOR DEL TÍTULO. 4. LA AUTORIZACIÓN POR REAL DECRETO DE LA SUCESIÓN POR HIJO ADOPTIVO.—III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD. 1. LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA SUCESIÓN NOBILIARIA. 2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA SUCESIÓN NOBILIARIA.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: NUEVOS TIEMPOS, ANTIGUAS INSTITUCIONES

La Constitución española de 1978 ha adoptado una serie de principios y derechos que constituyen un nuevo orden jurídico y político respecto de ciertas instituciones históricas. No obstante lo anterior, ello no quiere decir que no haya mantenido la existencia de dichas instituciones, sobre la base de su arraigo y la posibilidad de su supervivencia sin producir, con ello, efectos jurídicos perniciosos ni vulnerar tales derechos y principios. En este sentido, la institución de los títulos nobiliarios constituye un claro ejemplo de reconocimiento de una figura procedente de otros tiempos históricos que ha permanecido, al satisfacer con ello las legítimas aspiraciones de sus titulares y respetar, a su vez, el Ordenamiento jurídico naciente. Todo ello, claro está, siempre que tal solución no suponga la vulneración de los derechos reconocidos por la Constitución.

Uno de los principios sobre los que se sustenta el edificio constitucional y la totalidad del Ordenamiento jurídico es el de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, el cual encuentra manifestaciones más concretas en otros preceptos del texto, como el artículo 39, que proclama la igualdad de los miembros familiares. Como sabemos, el artículo 14 prohíbe la discriminación por razón, entre otros, del nacimiento, lo que determina en pura lógica la proclamación de la igualdad de las personas con independencia de su relación de filiación con los progenitores. De este modo, y como posteriormente proclamaría el artículo 108.2 del Código Civil, «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código». Este precepto establece la equiparación del

régimen jurídico civil aplicable a los hijos, con independencia de su filiación, lo que, sin embargo, no ha sido óbice para sostener la posibilidad de que la regulación sobre algunas cuestiones de derecho especial, por razón de la materia, pueda adoptar soluciones diversas.

En efecto, la sucesión de los títulos nobiliarios ha sido uno de los supuestos que tradicionalmente se ha regido por normas de derecho especial, separado del régimen general de sucesiones. Así, hay consenso en sostener que tales títulos no forman parte de la herencia, por lo que su transmisión a la muerte de quien detenta aquellos no se somete a los preceptos del Código Civil sobre la materia. No obstante, algún precepto del Código Civil sí se ha esgrimido como argumento en pro de la naturaleza y características de la sucesión nobiliaria: así, el artículo 31, que otorga preferencia o condición de primogénito, en los casos de parto doble, al primer nacido. Sea como fuere, dicha singularidad ha permitido que su regulación se apartase de los principios generales de la sucesión hereditaria, los cuales, pensados principalmente para regular la transmisión sucesoria de los bienes de naturaleza patrimonial, no aceptaban la vinculación de los objetos transmitidos. En el caso de los títulos nobiliarios, considerados como bienes desprovistos de significación y valor económicos, se acepta de forma general la aplicación del principio de vinculación. Esta vinculación implica la aplicación, entre otros, del principio de consanguinidad, que determina la necesidad de que los posibles llamados a la sucesión del título pertenezcan al mismo linaje, es decir, tengan la sangre correspondiente a la línea constituida por aquel a quien originariamente se concedió el título.

Esta solución no se vio alterada, en principio y según se deduce de los pronunciamientos de diversos órganos judiciales y otros de carácter consultivo —principalmente, el Consejo de Estado—, por la aparición de la Constitución. Por el contrario, se sostuvo la naturaleza vincular de esta sucesión a pesar de la consagración del principio de igualdad, también en el ámbito familiar, sobre la base de ciertos argumentos de diverso alcance y de discutida admisión, según veremos. En este sentido, el Tribunal Supremo ha proclamado de modo general la no equiparación de la filiación adoptiva a la biológica en la sucesión de los títulos nobiliarios, con la consiguiente preferencia de otros parientes consanguíneos. Recientemente, STS 771/2014, de 12 de enero de 2015, ha establecido la prevalencia de un pariente consanguíneo en línea colateral a un hijo adoptivo. Se trata de un supuesto singular. El causante adoptó en su momento a un sobrino —primeramente, realizó un prohijamiento— y años antes de fallecer solicitó y obtuvo del Rey autorización para la designación del hijo adoptivo como sucesor de un título nobiliario. Si bien en primera instancia el Tribunal rechazó la pretensión del adoptado, en aplicación del régimen tradicional de la consideración como vincular de la sucesión de estos títulos, la Audiencia Provincial aceptó la apelación y reconoció el derecho del hijo al título en cuestión. Finalmente, el Tribunal Supremo aceptó el recurso de casación y revocó la sentencia de apelación, denegando el derecho del referido hijo.

La solución adoptada por el Tribunal Supremo no ha sido precisamente pacífica, como lo demuestra el hecho de que la sentencia incorpore el voto particular de dos magistrados que se apartan de la argumentación y fallo adoptados. Como vamos a comprobar, las posiciones del fallo y del voto distan mucho en los argumentos, pues si bien el primero reproduce la doctrina tradicional sobre esta cuestión, el voto centra su argumentación en el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, del cual el primero guarda absoluto silencio. Pues bien, como se afirma en el voto particular, la cuestión central de esta sucesión no es tanto la constitucionalidad de la institución en sí misma, lo que determinaría, en su caso, su existencia, sino sus condiciones de existencia en sí y, sobre todo, el régimen de su transmisión. Es decir, aceptada su pervivencia en la actualidad como institución de carácter singular que no comporta un privilegio inasumible conforme a las normas constitucionales, sin embargo sí es admisible el planteamiento sobre su perdurabilidad en el tiempo mediante un mecanismo de transmisión que pudiera establecer una discriminación de difícil aceptación. Así las cosas, la cuestión central radica en la consideración sobre la naturaleza de los títulos nobiliarios y su posible alteración como consecuencia del régimen de transmisión: ¿se modifica, hasta eliminar su esencia y con ello su concepto, la naturaleza de los títulos nobiliarios por aceptar la transmisión más allá de lo que la doctrina tradicional denomina linaje o estirpe?

Obviamente, el reconocimiento de los hijos adoptivos como sucesores legítimos de un título nobiliario conlleva su preferencia en las sucesiones a las que concurren con parientes colaterales que descienden de la misma línea con el concesionario del título, incluso en aquellos supuestos en los que haya premuerto el adoptante, por cuanto en tales casos la jurisprudencia ha resuelto en aplicar el principio de representación: han reconocido dicho principio en supuesto de filiaciones biológicas, entre otras, STS de 10 de abril de 1928 o SAP de Madrid de 10 de marzo de 2009. No así en el supuesto de que los colaterales no desciendan de aquel concesionario, en cuyo caso se aplica el principio de propiuncidad, que daría preferencia a los colaterales más próximos en grado frente a descendientes más lejanos¹. Este también parece ser el criterio mayoritario de la jurisprudencia: STS de 17 de octubre de 1984 o 13 de octubre de 1993, en la que se pospone la aplicación del principio de representación cuando sean llamados parientes colaterales que no proceden de la misma línea del fundador².

En cualquier caso, el principal planteamiento al respecto pasa por la admisión del mantenimiento del carácter vincular de esta sucesión, con independencia de que se produzca o no la alteración referida. En este sentido, no sería desdeñable la consideración sobre la evolución de una institución dotada de un fuerte componente de tradición, hasta el punto de aceptar, sin modificar en nada el esquema de esta sucesión —transmisión proveniente del fundador—, la designación de sucesores adoptivos. Así, es necesario analizar la admisión de la ampliación de la lista de sucesores designados por el otorgante del título.

Obviamente, la mentalidad de los creadores de tales dignidades y honores no les permitiría pensar en soluciones que supusieran, como ocurre en el caso de la adopción, la apertura a parientes no consanguíneos. Sin embargo, ello no puede representar un obstáculo para la aplicación, si procede, del principio de igualdad. El mantenimiento de un régimen jurídico histórico es admisible sobre la base del respeto a los principios y derechos consagrados por la Constitución.

Así, el mantenimiento del régimen jurídico histórico de los títulos nobiliarios y la consiguiente exclusión del régimen constitucional no pueden sostenerse en el argumento de la divergencia entre su naturaleza y los principios de la CE: aunque los títulos nobiliarios son productos de una época e ideología bien distinta³, ello no puede servir para justificar, de ser así, una solución contraria a aquella. En relación con lo anterior, no debemos olvidar la superación que se ha producido en este ámbito del derecho nobiliario, precisamente en aplicación del principio de igualdad, con ocasión de la determinación de los posibles sucesores cuando concurren personas de distinto género. Se trataba de un principio infranqueable para la tradición, que sin embargo ha sido rechazado por el legislador. Quizás estas nuevas soluciones normativas constituyan un precedente para otra solución de idéntico signo en el caso de los sucesores adoptivos del poseedor del título.

II. LA SUCESIÓN NOBILIARIA Y LA FILIACIÓN ADOPTIVA: RÉGIMEN JURÍDICO

El reconocimiento de las dignidades u honores nobiliarios a los hijos adoptivos ha sido analizado en reiteradas ocasiones y, en su mayoría, se ha resuelto en contra de dicha posibilidad, sobre la base de la mera aplicación del régimen jurídico histórico anterior a la Constitución. Así, los Tribunales ya habían conocido de la pretensión de personas adoptadas sobre dicho reconocimiento, si bien la mayor parte de los litigios relativos a esta sucesión tenían que ver, en los últimos tiempos, con la concurrencia de descendientes de distinto género. En el caso resuelto por la STS 771/2014, de 12 de enero de 2015, aunque el Tribunal Supremo mantiene la tesis relativa al rechazo de la sucesión a favor de hijos adoptivos, sin embargo ya no se observa una postura pétrea o cerrada de seguimiento de la tradición jurídica en esta materia. Por el contrario, tanto la Audiencia Provincial como algunos magistrados del Alto Tribunal se separan de dicha solución, en aplicación de derechos y principios constitucionales, como veremos a continuación.

1. TESIS CLÁSICA DE EXCLUSIÓN DE LOS HIJOS ADOPTIVOS DE LA SUCESIÓN NOBILIARIA

La argumentación del Tribunal Supremo descansa sobre la esencialidad de la consanguinidad en la sucesión nobiliaria. Así, se trata de un axioma reconocido

por la propia normativa aplicable y por distintos órganos, entre ellos el Consejo de Estado, que se ha pronunciado en este sentido en repetidas ocasiones⁴. La consanguinidad conlleva la pertenencia a una estirpe o linaje, circunstancia fáctica que solamente puede derivar de la concurrencia de un hecho natural, cual es el vínculo de sangre⁵. En este sentido, la sucesión nobiliaria posee un claro carácter vincular, que impide su inclusión en la sucesión hereditaria y su equiparación con la misma. También se ha sustentado la exclusión de la filiación adoptiva en estas sucesiones en el elemento de la primogenitura, que presupone una relación biológica, como consecuencia de la exigencia de ser el primer nacido⁶, argumento que ha esgrimido el Consejo de Estado en diversas ocasiones —por ejemplo, el dictamen de 13 de septiembre de 1995—.

En el momento de fallecer el poseedor del título nobiliario —que no titular del mismo, según la doctrina dominante— el llamamiento se realiza a las personas que el fundador de dicha dignidad hubiese designado, conforme a la normativa del momento y a sus deseos. Se trata de una posesión dotada de provisionalidad, que no confiere ningún derecho de disposición sobre el mismo⁷. Así, el poseedor detenta el título como precarista, lo que impide que este pueda disponer sobre su destino para después de su muerte, circunstancia que se produciría de aceptar la ruptura del régimen sucesorio como consecuencia de la modificación que introduce la decisión voluntaria de la adopción, según ha manifestado el Consejo de Estado en el dictamen de 13 de septiembre de 1995. Por lo tanto, el proceso sucesorio constituye el reconocimiento de una ficción jurídica, en virtud de la cual cuando fallece el último poseedor del título, se produce la referida ficción, en virtud de la cual aquel pasa al fundador y desde ahí a quien detentará de nuevo la dignidad en aplicación de las normas de preferencia.

Frente a lo que pudiera parecer, el apoyo a la regulación histórica no comporta una doctrina pacífica, sostenida de forma unánime por las resoluciones judiciales sobre esta cuestión. Por el contrario, y más allá de las posibles presiones y maniobras para conseguir un cambio de argumentación y concepción de esta cuestión⁸, lo cierto es que el Tribunal Supremo varió su postura, por ejemplo, respecto del reconocimiento del derecho de la mujer a suceder en el título nobiliario. Así, aunque diversas sentencias del Tribunal Supremo —STS de 20 de junio de 1987 y 27 de julio de 1987— proclamaron la inconstitucionalidad del régimen de sucesión de títulos nobiliarios, sobre la base de la contravención del principio de igualdad, mediante argumentaciones a mayor abundamiento que no formaban parte de la *ratio* del fallo, posteriormente dicha doctrina se fue asentando hasta que años después —STS de 28 de abril de 1989— pasó a formar parte de la *ratio decidendi*⁹.

Aunque la inmensa mayoría de la doctrina, así como diversos pronunciamientos judiciales y de los órganos consultivos antes referidos, sostienen la naturaleza posesoria del título en cuya virtud se sucede en estas dignidades, no

ha faltado quien defienda que el sucesor no es un mero poseedor —situación esta que se observa únicamente en los supuestos de usucapión del título o de rehabilitación—, sino un verdadero titular del mismo¹⁰. Mediante un argumento analógico, se ha asimilado la sucesión nobiliaria a un tipo de sustitución fideicomisaria con sucesivos herederos fiduciarios y sin fideicomisario —o siendo la Corona la única fideicomisaria—, la cual no sometida a los límites impuestos por el artículo 781 del Código Civil, dado que no se produce con dicha sucesión afección alguna a la riqueza, ante la falta de contenido patrimonial¹¹. En línea con esta solución, aunque con una estructura distinta, se ha sostenido también que en la sucesión nobiliaria los fideicomisarios —los nuevos sucesores— no suceden al fiduciario —el último poseedor—, sino al fideicomitente —el fundador—¹². En tal caso, la aplicación del régimen de esta doctrina conlleva la consideración del sucesor-fiduciario como verdadero titular, no solamente poseedor. Aunque de dicha titularidad no se debe deducir, necesariamente, el reconocimiento de un *ius disponendi*¹³, sin embargo tal consideración permite otras formulaciones que inciden en la posibilidad de ampliar el juego de la voluntad de quien sucede en el título o la potestad regia de creación de una nueva línea sucesoria.

2. ESPECIALIDAD DE LA SUCESIÓN NOBILIARIA: LA CONSANGUINIDAD

Como se puede comprobar, hay dos elementos fundamentales en las reglas de sucesión de los títulos nobiliarios: el principio de consanguinidad y la naturaleza originaria o *ex novo* de estas transmisiones. De esta forma, se establece un régimen hermético, en el que se requiere la continuidad de la línea de sangre o linaje para suceder en el título y, además, se impide la posibilidad de que el mero poseedor del título pueda influir en la posible alteración del proceso sucesorio determinado por la línea, excepto en los supuestos en los que puede precisar el reparto de diversos títulos entre varios descendientes. De esta forma, se impide la sucesión a favor de los hijos adoptivos. Se afirma que la mera voluntad del adoptante no puede, por sí misma, modificar la ley de sucesión, arrastrando a los demás progenitores hacia una decisión basada en una voluntad que no se corresponde con la originaria del fundador, sin que además dicha decisión posea la visión taumatúrgica de convertir en consanguíneo a quien no lo es, haciéndole participar de toda la «gloria» de dicho linaje¹⁴. Sin embargo, en nuestra opinión el factor esencial que determina la solución propuesta por el Tribunal Supremo es el vincular, consagrado por la consanguinidad. No obstante, debemos reparar en que el mantenimiento de la ley del fundador por encima de otros elementos sobrevenidos con posterioridad es una circunstancia claramente superable, a tenor de la solución adoptada por el legislador en la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre la igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos, que ha rechazado el mantenimiento de esta solución para elevar el

principio de igualdad del artículo 14 de la CE al nivel que la misma le reconoce. En este sentido, el elemento decisivo en la admisión o no de la sucesión a favor de los hijos adoptivos es la prevalencia del linaje o vínculo de sangre como factor de definición de esta sucesión. De esta forma, el carácter vincular de esta sucesión impide la aceptación de estos hijos como posibles sucesores¹⁵.

En línea con lo anterior, el Tribunal Supremo afirma de forma expresa la especialidad de la sucesión nobiliaria respecto de la propia Constitución, de tal forma que dicha característica permite la «desvinculación» de dicho régimen jurídico de la normativa constitucional. Para ello, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina del propio Tribunal Constitucional recogida en la STC 126/1997, de 8 de junio. En este caso, el Tribunal Constitucional argumentó a favor de la vigencia de las normas anteriores a la Constitución que regían estas sucesiones. Para ello, realizó la siguiente argumentación tendente a su reconocimiento como mero título de honor. En este sentido, y sobre la base de la propia normativa histórica, los títulos nobiliarios son *nomen honoris* que no producen mayores consecuencias jurídicas que su posesión y su derecho de adquisición y uso, así como su defensa frente a terceros. Se trata de dignidades que solamente tienen un significado simbólico y poseen una mera referencia histórica, sin que se incluya un reconocimiento jurídico material, conforme proclamó la regulación desvinculadora, ni, en ningún caso, concedan *status* alguno a sus detentadores. Es aquí donde el Tribunal Constitucional realiza un movimiento argumental un tanto curioso: si estos títulos solamente conllevan un efecto honorífico, no es admisible aceptar la generación de posibles discriminaciones en el momento de su transmisión o adquisición.

No alcanzamos a comprender la lógica de estas afirmaciones. La discriminación de trato existe en aquellos supuestos en los que, ante la igualdad de circunstancias fácticas, se aplica sin embargo la norma de forma diversa, sin que concurra alguna razón que legitime dicha diferencia. Y todo ello con independencia de que dicha diversidad normativa genere o no un perjuicio material a su destinatario. La discriminación deriva del proceso de aplicación normativa, no solamente de los efectos que el mismo produce. En este sentido, hay bienes intangibles cuya incidencia afecta al ámbito espiritual, del reconocimiento personal, pero que igualmente pueden incidir también en valores fundamentales como la dignidad personal. De esta forma, la negativa al reconocimiento de un título nobiliario por razón de la filiación puede suponer un ataque a la referida dignidad personal.

Más allá de lo anterior, la STC 126/1997, de 8 de junio, incluyó un voto particular en el que se discute de forma acertada, en nuestra opinión, la conclusión sobre el vacío material de los títulos nobiliarios. Los magistrados Vives Antón y Vives Pi-Sunyer sostienen que los títulos continúan teniendo un contenido jurídico y social innegable —este último es incuestionable, como se deduce de la abundancia de litigios que ha motivado su sucesión—, sin olvidar

además, que su aparente irrelevancia en la actualidad no tiene por qué perdurar en tiempos futuros. Incluso, se ha recordado la posibilidad de que la tenencia de un título genere efectos económicos a quien lo detente¹⁶. En este sentido, es innegable que la adquisición de un título puede reportar beneficios económicos tangibles: se ha reconocido que, no obstante la concepción de los títulos como honor o dignidad, en la práctica su posesión comporta tales beneficios, como lo demuestran diversos litigios judiciales que han versado sobre el uso, como denominación comercial, de tales títulos¹⁷. En cualquier caso, parece obvio que los derechos sin contenido económico propio y específico deben regirse por los mismos principios que los demás derechos, como se deduce de la normativa de 2006 sobre sucesión de títulos nobiliarios¹⁸.

En relación con esta cuestión, se ha argumentado que la desigualdad es esencial a la propia naturaleza de la institución nobiliaria¹⁹, de tal forma que solamente el carácter honorífico o formal de la misma permite su existencia en estos tiempos. En este sentido, se ha sostenido que, a la luz del texto constitucional y el contexto histórico actual, la institución nobiliaria puede servir como instrumento que permite potenciar la propia institución monárquica integrada en un sistema democrático y parlamentario. Por ejemplo, podría servir de reconocimiento de personalidades que han servido a los intereses del país y de la monarquía, mediante la promoción de las funciones y los objetivos del Rey y del propio Estado²⁰. No se acepta por la mayoría —en nuestra opinión, de forma acertada— la consideración de la institución nobiliaria como garantía institucional, lo que supondría, según ha afirmado el Tribunal Constitucional —STC 32/1981, de 28 de julio o 84/1982, de 23 de diciembre, entre otras—, su preservación en el futuro de forma que la misma sea reconocible según la imagen que se tenga en cada momento y lugar.

Como se ha afirmado, no se puede deducir de los artículos 56.2 y 57.2 de la CE, relativos a los títulos de Rey y Príncipe de Asturias, una garantía extensiva a los títulos nobiliarios, de la misma forma que el artículo 62 f) aporta un argumento de carácter histórico que permite la integración de tales títulos en el texto constitucional, pero en modo alguno supone una consagración de los mismos hasta el punto de impedir la posibilidad de su desaparición²¹. En cualquier caso, es obvio que, de admitirse que tales títulos llevasen aparejado algún privilegio de contenido material, no podrían subsistir, por atentar contra el principio de igualdad. Sin embargo, es discutible que esta vacuidad sea argumento suficiente para aceptar su naturaleza de sucesión vincular y excluyente de los hijos adoptivos, como veremos.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional recuerda que la naturaleza excepcional de esta sucesión impide la aplicación del régimen general sucesorio del Código Civil. Estas sucesiones se rigen por las reales cartas de concesión originarias o por la normativa histórica —La Partida 2.15.2—. Ello implica la preexistencia de un orden de llamamientos que debe mantenerse en el tiempo.

Para ello, afirma el Tribunal Constitucional, mediante una argumentación que supone romper con la naturaleza constituyente del texto que interpreta —esa es, precisamente, su función—, que conforma como una paradoja la admisión de criterios diversos a los que han regido históricamente en la transmisión de los títulos nobiliarios, pues supondría la proyección de valores extemporáneos a los propios del momento en que se establece el título y la consideración de un valor material en estos honores meramente simbólicos. Aunque volveremos sobre este asunto en el siguiente epígrafe al analizar la aplicación del principio de igualdad, nos llama la atención la tajante afirmación sobre la exclusión de tales principios y valores en aras del sostenimiento de una normativa contraria a los mismos y dotada de un matiz claramente anacrónico.

No obstante, tal circunstancia no impide que en algún momento de la Historia se haya admitido la sucesión de los derechos dinásticos por parte de hijos adoptivos, como por ejemplo se establecía en el artículo 2 del Estatuto de Bayona de 1808. No se puede negar que la solución adoptada en esta norma respondía a razones de índole política: las autoridades francesas estaban preocupadas por la falta de descendencia del monarca, lo cual afectaba a sus intenciones de sucesión dinástica²². Sin embargo, con independencia de las motivaciones extrajurídicas para adoptar dicha solución, lo cierto es que se observan supuestos —sobre todo en las leyes de sucesión a la corona, lo cual representa un factor cualitativo— en los que se acepta esta solución. Por lo demás, esta opción pone de manifiesto la posibilidad real de alterar un régimen en aplicación de mayores valores u objetivos, como en estos casos sería la estabilidad política de un Estado. De la misma forma, la prevalencia de valores como la igualdad y la dignidad humanas justificarían una solución similar en la sucesión nobiliaria. Queremos decir con ello que, si bien el régimen legal de la sucesión a la corona no es necesariamente aplicable a la sucesión nobiliaria, por cuanto el primero comporta una institución de derecho público constitucional, frente a la naturaleza jurídico privada de las segundas²³, sin embargo parece obvio que si no plantea mayores problemas la aceptación de la sucesión de los hijos adoptivos a la Corona, menos inconvenientes debe haber en caso de los títulos nobiliarios.

Es innegable que la equiparación que el artículo 108.2 del Código Civil realiza entre las filiaciones por naturaleza y adoptiva solamente viene referida a las disposiciones de dicho cuerpo legal. No obstante, ello no impide la posibilidad de un tratamiento igualitario. En este sentido, si bien es obvio que no es sostenible la total equiparación de ambas filiaciones por la propia naturaleza de las cosas, sin embargo nada impide hablar de asimilación. Por lo demás, tampoco en el ámbito del Derecho civil podemos proclamar tal equiparación. Debemos recordar que se trata de una imposibilidad de identificar ambas filiaciones por razón de la diversidad de orígenes, circunstancia, por tanto, que es predicable de la sucesión de títulos nobiliarios o de otros bienes o derechos. Dicho de otra forma: si los hijos adoptivos no son equiparables con los biológicos, no lo son

a ningún efecto, ni para la sucesión nobiliaria, ni para la sucesión hereditaria ni para ningún otro supuesto.

Así, las mismas razones podemos encontrar para reconocer o denegar los derechos a los hijos adoptivos en distintos órdenes o ámbitos jurídicos. Pues bien, sobre la base de lo anterior sería admisible la equiparación sobre la base de una ficción jurídica de consideración de la adopción como un factor determinante de la filiación sin más. Si se afirma la ficción jurídica de retrotraer al momento de la fundación la sucesión del título, mayores razones encontramos para defender la referida ficción, la cual se puede sustentar, además, en valores propios del momento histórico presente y de máximo rango jurídico.

3. EL JUEGO DE LA VOLUNTAD DEL POSEEDOR DEL TÍTULO

Por lo demás, el criterio de la consideración de la filiación adoptiva como la introducción de un elemento de voluntariedad inadmisibles en la sucesión del título nobiliario debe ser matizado. Si bien es cierto que esta sucesión se rige por la decisión del acto fundacional, en ningún caso se puede alcanzar la exclusión total de aquella voluntad en el proceso sucesorio: pensemos, por ejemplo, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia 771/2014, de 12 de enero de 2015. De haber fallecido el poseedor del título con descendencia biológica, la solución hubiese sido diversa: el hermano del finado jamás hubiese heredado. En este sentido, la tenencia de hijos o no, lo cual puede depender de un factor puramente natural o de una decisión libre y voluntaria, influiría en la solución final, lo que permite afirmar el juego de dicha voluntad. Incluso, una voluntad como la práctica de un aborto o un homicidio incidirían de forma directa. Si resulta inevitable la influencia de la voluntad en sentido negativo —en estos supuestos, el poseedor decide sobre la desviación de la línea en favor de otros parientes no descendientes—, no encontramos ninguna razón que permita rechazar el mismo juego en sentido positivo, de tal forma que dicha voluntad pueda determinar quién va a ser el sucesor por razón de la filiación adoptiva. Nada hay más voluntario que la materialización del deseo de la paternidad o la maternidad, mediante la realización de los actos tendentes a la consecución de tal estado, con independencia de cuál sea el tipo de filiación en cuestión.

Así, si bien es admisible que los llamamientos puedan producirse conforme a la voluntad expresada por el concesionario del título en el momento de su creación y de acuerdo con el criterio aplicable en el momento de su fundación, sin embargo es imposible excluir de forma absoluta la voluntad del poseedor, por cuanto la efectividad del llamamiento depende de elementos o factores que se producen y concurren, en su caso, en el momento de su fallecimiento. Por supuesto, en todos estos casos la sucesión del título se somete a las reglas fundacionales, las cuales determinan que aquel se transmita a uno u otro sujeto,

en función de las vicisitudes familiares y de parentesco: el título se adjudicará a quien corresponda conforme a las reglas y orden preestablecido. Sin embargo, sí es posible influir en su destino final, por lo que la voluntad del concesionario se encuentra matizada por la influencia que puede tener el poseedor fallecido.

De esta forma, es innegable que el juego de la ley sucesoria original no es total, de la misma forma que la exclusión del poseedor en el destino del título es también relativa, lo que impide afirmar el carácter hermético y vincular de esta sucesión en términos absolutos. Por lo tanto, se debe reconocer el juego de esta voluntad. Es este el sentido que se deduce de la STS de 7 de diciembre de 1988, que reconoció el carácter discriminatorio de la categoría de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio en relación con la sucesión de los títulos nobiliarios, lo que pone de manifiesto el reconocimiento de la influencia de la voluntad del poseedor del título: es obvio que el matrimonio, como negocio de derecho de familia producto de la voluntad de los cónyuges, incide en el destino del título más allá de las prescripciones de la normativa preconstitucional sobre la materia y, por tanto, de la voluntad del concesionario o fundador de la dignidad, con el fin de proclamar la prevalencia de la Constitución y del principio de igualdad consagrado en la misma.

Aunque el derecho nobiliario se sustenta en la especialidad derivada de la vinculación al acto creador del título por su fundador, sin embargo es innegable que se produce cierta tensión entre dicha vinculación y la voluntad del poseedor. Se trata de una circunstancia que se observa, en mayor o menor grado, en los supuestos de cesión, distribución y en la autorización para designar sucesor²⁴, puesto que todos ellos son ejemplos de declaraciones de voluntad constitutivas de un negocio jurídico. En el caso de la distribución de títulos, se trata de un supuesto en el que se produce la quiebra del principio de primogenitura, al permitir la posibilidad de separar o dividir los títulos que se transmiten mediante su otorgamiento al primogénito y a otro hermano inferior en edad. En el caso de la cesión se habilita el juego de la voluntad del cedente mediante la renuncia al título. Por último, en el supuesto de la autorización el monarca habilita la posibilidad de designación de una persona por el poseedor, al carecer este de descendientes, siempre previa petición²⁵.

En este último caso, resulta curioso que dicha autorización, como parece ocurrir en el supuesto resuelto por la STS 771/2014, de 12 de enero de 2015, posibilite el llamamiento a favor de parientes más lejanos en parentesco cuando el poseedor tiene un hijo reconocido por Ley, aunque la filiación sea adoptiva. Es decir, se articula un mecanismo para superar la ausencia de descendencia que responde a la consanguinidad, por lejano que sea el grado de parentesco, en detrimento de la línea descendente adoptiva por falta de aquel requisito. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que si el Rey tiene potestad para crear títulos, también la tiene para modificarlos o extinguirlos, alterando el orden sucesorio²⁶. Sobre la base de lo anterior, no encontramos inconveniente para

que el monarca pueda alterar dicho orden a favor de los hijos adoptivos, sin necesidad de supeditar la efectividad de dicha autorización a la no concurrencia de otros parientes consanguíneos. El juego de la autorización regia comporta la creación de un nuevo linaje mediante la designación de un nuevo fundador, por lo que no observamos razón alguna que limite dicha designación fundacional a persona de la misma sangre. Si el Rey puede nombrar nuevo fundador de la estirpe, tal potestad debe ser plena, sin que la misma deba someterse a criterios que determinen la vinculación a la sangre. De hecho, la designación por carta de los hijos adoptivos se realiza en defecto de otros parientes con mejor derecho. Por lo tanto, es admisible la designación de alguien no unido al poseedor último ni al fundador por la sangre o perteneciente al linaje de estos. Ello, unido a la amplia potestad regia, permitiría aceptar la autorización directa a los hijos adoptivos.

La adopción genera un *status filii y familiae*²⁷, por cuanto la misma produce la plena integración del adoptado en la familia del adoptante, de tal forma que el mismo no solamente ocupa una posición de parentesco respecto de este, sino de toda su familia. Aunque es cierto que el régimen de la adopción en el Código Civil solamente reconoce de forma expresa la inclusión del adoptado en la familia²⁸, sin embargo tal afirmación pretende poner de manifiesto que la adopción en 1987 va más allá en su eficacia que el régimen anterior, que solamente generaba vínculos con los adoptantes. Ahora se generan con estos y con el resto de su familia, incluyendo por tanto la relación paterno-filial. Razón de más para entender que los hijos adoptivos se integran en el seno del conjunto familiar en una posición más integrada y en la que desaparecen las diferencias existentes por razón de la generación. Así, el silencio del artículo 178 del Código Civil no puede suponer, en modo alguno, la negativa a la existencia de una relación entre adoptante o adoptantes y adoptado. Es doctrina general que la adopción se ha configurado como un acto solemne que da al adoptante como hijo al adoptado, creando con ello un vínculo jurídico de parentesco por disposición legal y con igual fuerza y efectos que si fuera de sangre, según se deduce del artículo 108.2 del Código Civil²⁹. Por ello, parece lógico pensar que, aunque el Código Civil no regula el contenido de la relación paterno-filial nacida de la adopción, la misma existe³⁰. Como afirma PRATS ALBENTOSA, la adopción produce el efecto positivo de la creación de un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado equiparable a la filiación por naturaleza³¹.

La adopción, como corresponde a su consideración como negocio jurídico de derecho de familia de carácter pleno —se abandonó la distinción entre adopción plena y menos plena—, produce al respecto mayores efectos que los que se derivan del matrimonio y la constitución del parentesco por afinidad. En concreto, del artículo 178 se deduce dicha integración como consecuencia de la separación de la familia biológica, conclusión manifestada en reiteradas ocasiones por los Tribunales y los diversos centros directivos al resolver sobre

la equiparación de la adopción establecida en otros países —por ejemplo, la Dirección General de los Registros y del Notariado lo ha manifestado, entre otras, en la resolución de 4 de julio de 2005—. En este sentido, la equiparación en el parentesco con los hijos biológicos pone de manifiesto la «confusión» que se produce entre ambos tipos de filiación. Es decir, se produce una integración total en la familia receptora, más allá de la mera asimilación que el propio término «afín» pone de manifiesto en la relación entre cada cónyuge con la familia de su pareja. En tal caso, sobre la base del significado y los efectos que en la actualidad tiene y produce respectivamente la adopción, no parece que se compadezca esta visión social y del propio legislador con la tradicional concepción de la consanguinidad.

Sea como fuere, lo cierto es que la adecuación de los llamamientos en la sucesión nobiliaria al principio de igualdad no encuentra como obstáculo el posible juego de la voluntad del último poseedor del título. En nuestra opinión, no se trata tanto de dirimir si, en efecto, es admisible o no esta opción para posibilitar la entrada en el proceso sucesorio de los hijos adoptivos. Más bien, la solución pasa por la adaptación de la normativa histórica reguladora de esta sucesión y de los actos de concesión a las exigencias derivadas del texto constitucional. De esta forma, la admisión de los hijos adoptivos no se produciría como resultado del juego de una voluntad, sino por efecto de la aplicación integradora de la norma constitucional, que permitiría, sin más, entender incluidos todos los hijos en aquella sucesión con independencia de su filiación. Se ha alegado que esta opción solamente sería admisible de haberse extendido el llamamiento originario también a los hijos adoptivos³². Ello, además de petrificar y blindar el Derecho anterior a la Constitución y rechazar la adaptación o derogación del que resulte contrario a la misma, resulta contradictorio con la exigencia, de carácter esencial, del principio de consanguinidad y la concepción de la estirpe o del linaje.

4. LA AUTORIZACIÓN POR REAL DECRETO DE LA SUCESIÓN POR HIJO ADOPTIVO

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo ha afirmado en varias sentencias que las Reales Cartas por las que se autoriza la designación de un hijo adoptivo como sucesor en el título no alteran en nada la solución adoptada de reconocimiento del título a favor de otros familiares consanguíneos de grado más lejano, por cuanto tales concesiones se realizan en tanto no haya otra persona con mejor derecho. Quiere ello decir que, de no solicitar la autorización, tampoco el título podría otorgarse al hijo adoptivo, hubiese o no otros parientes. Es decir, dado que la vía sucesoria en favor de estos hijos no se reconoce como regla general, se establece esta posibilidad sobre la base de las prerrogativas que la Constitución reconoce al monarca en relación con la concesión de honores. En cualquier caso, de lo anterior parece deducirse la posibilidad de que una

decisión real altere el régimen general de la sucesión nobiliaria, al prescindir de la consanguinidad como criterio de aplicación absoluta e insoslayable. En tal caso, sería aceptable la designación por Real Carta de un hijo adoptivo como sucesor del título³³, si bien ello supondría, según la normativa sucesoria, la apertura de una nueva stirpe o linaje.

Es decir, es posible otorgar un título a un hijo adoptivo en caso de ausencia de parientes con mejor derecho. Ahora bien, ¿quién es pariente consanguíneo de mejor derecho? O mejor dicho, ¿hasta qué grado de consanguinidad alcanza esta preferencia? La consideración de la sucesión nobiliaria como supuesto especial no sometido a las normas de la sucesión hereditaria supondría la no aplicación de las reglas relativas a limitación de grados, por ejemplo, de la sucesión intestada. Por otro lado, la concepción absoluta de la consanguinidad conlleva la preferencia sin límite de cualquier pariente consanguíneo, siempre que proceda de la línea del título, por delante del hijo adoptivo. En nuestra opinión, este grado de vinculación comporta una solución excesiva y contraria al concepto actual de familia, así como a la dignidad personal, según veremos a continuación.

En relación con lo anterior, también habría que preguntarse por la constitucionalidad de aquellas Cartas de concesión que restringen la sucesión del título nobiliario a favor de parientes consanguíneos. Así, en las cartas de títulos como el ducado de Suárez o el marquesado de Salobreña se limitan los llamamientos a los sucesores legítimos. En estos casos, debemos reseñar que la terminología empleada hace referencia a una filiación hoy día superada por las reformas del Código Civil sobre la materia. Así, la referencia a la legitimidad de la descendencia podría venir referida a la filiación matrimonial, pero el Tribunal Supremo ha rechazado, como hemos visto, la distinción de las categorías matrimonial y no matrimonial para determinar la procedencia de la sucesión nobiliaria. En tal caso, este término no puede ser interpretado en su sentido clásico ni tampoco en el significado propuesto, pues si bien el derecho nobiliario, como regulación de carácter especial, aceptaría en principio el mantenimiento de conceptos y categorías preconstitucionales correspondientes a concepciones de otros tiempos, parece difícil aceptar el encaje o integración de tales ideas en el esquema constitucional presente.

III. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En línea con lo anterior, creemos que la solución de inclusión de los hijos adoptivos en la sucesión de los títulos nobiliarios se fundamenta en el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución y, de forma más específica, en su manifestación respecto de los hijos con independencia de su filiación, a que se refiere el artículo 39. La igualdad de los hijos con independencia de su filiación

y la prohibición de discriminación por razón del nacimiento ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en relación con el otorgamiento de prestaciones de seguridad social o con ocasión del impago de prestaciones económicas familiares —STC 80/82, de 20 de diciembre, 74/97, de 21 de abril o 84/98, de 20 de abril, entre otras—. Sin embargo, hay que reconocer que se trata de pronunciamientos realizados con ocasión o a raíz de litigios que versaban sobre el contenido de derechos materiales. Respecto de los títulos nobiliarios, la STC 126/1997, de 8 de junio ha sostenido, según vimos, que su carácter honorífico no permite observar discriminación en la exclusión de los hijos adoptivos de los procesos sucesorios, por cuanto los mismos están desprovistos de dicho contenido material.

1. LA EXCLUSIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA SUCESIÓN NOBILIARIA

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia que analizamos no se asienta en el pleno consenso. Por el contrario, dos magistrados han incluido en la misma un voto particular. Su rechazo al fallo se sustenta en una argumentación, en nuestra opinión impecable, que resiste un examen de contraste con el sentido común. En concreto, se afirma que, en todo momento, el texto de la sentencia guarda silencio respecto del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Silencio que, sin embargo, no permite obviar su aplicación. En relación con esta cuestión, se recuerda que la discriminación por razón del nacimiento no supone la inconstitucionalidad de la institución de los títulos nobiliarios en sí misma, sino del régimen de su aplicación. En este sentido, no se discute la posibilidad de suceder en un título, sino las reglas que determinan que dicha sucesión recaiga en una u otra persona, como consecuencia de las reglas de primogenitura y consanguinidad. El voto particular rechaza la solución propuesta por entender que la misma es contraria a la igual dignidad de los seres humanos, dado que la condición de hijo, sin más, no permite establecer distinciones de origen a los efectos, en este caso, de la sucesión nobiliaria. Sobre la base de la propia doctrina del Tribunal Constitucional, no son admisibles las diferencias de trato en supuestos de situaciones que son comparables, sin que exista una razón que pueda justificar tales diferencias en el caso que nos ocupa. En este sentido, sostienen los magistrados que debe rechazarse la aplicación de normativa preconstitucional con arreglo a una serie de principios que, en el momento de su promulgación, no respondían al valor fundamental de la igualdad de todos los seres humanos. Todo lo cual permite concluir en la aplicación retroactiva a relaciones jurídicas pendientes de ejecución.

En nuestra opinión, se trata de una argumentación que satisface los más elementales requerimientos jurídicos y de sentido común, como dijimos. Cuando la intención del constituyente fue el mantenimiento de instituciones históricas,

así lo incluyó de forma expresa en el texto constitucional. No obstante, tal consagración no permitía, salvo mención específica al efecto, la pervivencia de un régimen de aplicación contrario, entre otros, al principio de igualdad. Así, el artículo 62 f) de la Constitución establece que «Corresponde al Rey: expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes». De lo anterior podemos deducir que la Constitución reconoce la institución nobiliaria en sí, pero sin que ello suponga la consagración de una discriminación que no se fundamenta en criterios de justificación objetiva y razonabilidad, como ha exigido el Tribunal Constitucional en relación con los elementos legitimadores de un tratamiento desigual. Es cierto que la sucesión nobiliaria puede evitar la exigencia de equiparación del artículo 108.2 del Código Civil por su especialidad, pero no evita el principio de igualdad constitucional. De la misma forma que el legislador dio cumplimiento al principio de igualdad material con relación a la eliminación de la discriminación por género en estas sucesiones, así también debe satisfacer dicha exigencia en el caso de los hijos adoptivos.

El propio Tribunal Supremo ha rechazado la posibilidad de aplicar una solución de discriminación por razón de la filiación en la sucesión de un título nobiliario: en concreto tanto la STS de 7 de diciembre de 1988, como la de 28 de abril de 1989 admiten la sucesión a favor de un hijo cuya filiación fue legitimada *ex post*, como consecuencia del matrimonio de los padres. Aunque en este caso se cumplía el requisito de la consanguinidad, sin embargo la sucesión se rechazaba debido al carácter ilegítimo del hijo contraído fuera del matrimonio. Finalmente, la STS de 29 de diciembre de 1998 rechazó la exclusión de esta filiación de la sucesión nobiliaria, al aceptar que la regulación histórica jamás exigió este requisito³⁴. Pues bien, la superación de este obstáculo permite, de forma analógica, la misma solución en el caso de la filiación adoptiva. El mismo criterio de la inadmisión de imputación de actos de los progenitores y sus efectos a los hijos resulta predicable en el caso de la adopción: más si cabe, por cuanto no se trata de un acto susceptible de reproche alguno, ni siquiera en el plano moral. Esta sentencia resulta de gran interés, por cuanto adopta criterios hermenéuticos de interés en aplicación del principio de igualdad y en relación con la consideración de la naturaleza de los títulos nobiliarios.

Así, se afirma la vocación totalizadora del texto constitucional, lo que conlleva que sus principios y valores inciden «...sobre todas y cada una de las normas de Ordenamiento Jurídico, aún de aquellas más aparentemente alejadas de los temas políticos de base. La interpretación conforme a la Constitución, de todas y cualquier norma del Ordenamiento, tiene una corrección lógica en la prohibición que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contrario con los valores constitucionales». Como se puede comprobar, el Tri-

bunal Supremo proclama la interpretación, de forma inevitable, conforme a los principios y valores de la Constitución, entre ellos el principio de igualdad, de todas las normas del Ordenamiento sin excepción. Se rechaza con ello la admisión del carácter singular o de privilegio de la sucesión nobiliaria para justificar una solución apartada de un mínimo esencial de igualdad o no discriminación. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha rechazado, siquiera mediante argumentos a mayor abundamiento, que no es admisible sostener en un recurso la vigencia de normas anteriores a la Constitución que se oponen a sus mandatos y principios³⁵.

La superación del criterio del carácter meramente simbólico de los títulos nobiliarios, como factor de exclusión en su sucesión, ha sido esgrimida por el propio legislador con ocasión de la sucesión en aquellos por la mujer. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se puede leer lo siguiente: «El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando estas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquel de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey».

Es decir, el legislador ha superado el argumento de la naturaleza simbólica de estos honores como elemento que impide o, más bien, posibilita un tratamiento desigual por razón del sexo. No obstante su carácter simbólico, es necesario equiparar las posiciones de ambos géneros, dado que los títulos vienen reconocidos por las Leyes, las cuales deben adaptarse, por muy antiguas que sean, a los principios constitucionales. Sobre la base de lo anterior encontramos que la igualdad también se proyecta, según el artículo 14 de la Constitución, sobre los hijos, con independencia de su filiación. Por ello, también la sucesión de un título nobiliario debe cumplir esta exigencia cuando se trata de hijos adoptivos. Es cierto que en la mencionada Exposición de Motivos el legislador reconoce el derecho a ostentar estos títulos a quienes pertenecen al linaje. Sin embargo, no encontramos ninguna razón que pueda avalar un tratamiento distinto para la mujer respecto de los hijos adoptivos. La concepción tradicional del linaje no se compagina con las actuales exigencias constitucionales. Además, no se observa ninguna lógica en el reconocimiento de las mujeres en estas sucesiones mediante la ruptura con los principios tradicionales y en el simultáneo mantenimiento de aquellos otros que impiden la sucesión a los hijos adoptivos. Es cierto que la consanguinidad se mantiene en el caso de la mujer, sin embargo se rompe el criterio de línea, de tal forma que la sucesión a favor de la mujer puede, en caso de mantener el orden de los apellidos paterno y materno, producir el

efecto —como de hecho ocurría históricamente— de que el título se asocie a un apellido distinto al original que fundó el linaje.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA SUCESIÓN NOBILIARIA

La anterior sentencia resolvió un recurso de casación interpuesto con ocasión de un litigio por causa de sucesión de un título nobiliario en el que una de las partes apreció discriminación por razón de sexo. Pues bien, tanto en esta como en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha manifestado que el respeto a la institución nobiliaria y a la voluntad del fundador o concesionario de la merced debe compaginarse con el cumplimiento de los valores y principios constitucionales, en cumplimiento de un básico criterio de interpretación acorde con las circunstancias sociales del momento. Por ello, como se afirma en el voto particular de la STS 771/2014, de 12 de enero de 2015, la constitucionalidad de los títulos nobiliarios no impide la posibilidad de que sean inconstitucionales las normas sobre su transmisión sucesoria. Como se afirma en la STS de 28 de abril de 1989, la desigualdad de la norma que establece la preferencia a favor del género masculino no es el producto de la voluntad del poseedor del título, que no puede disponer del mismo, sino que se trata de una consecuencia de la norma en sí. Por ello, dicha norma o el acto que las materializa —las normas reguladoras de la sucesión nobiliaria o la carta de concesión— deben interpretarse a la luz de la Constitución³⁶.

Sobre la base de lo anterior, también se puede sostener la constitucionalidad de los llamamientos sucesorios efectuados respecto de los títulos tal como resultan de la redacción de la carta fundacional. Así, cuando la carta designa como sucesores a los descendientes, no es necesario forzar el texto, siquiera formal, de aquella, por cuanto la mera aplicación de las normas constitucionales y la interpretación conforme al momento presente, según el artículo 3.1 del Código Civil, permiten concluir en la admisión, sin más, de los descendientes adoptivos como integrantes del grupo de los llamados al título. Esta es la posición de la STS de 18 de abril de 1995 —fundamento jurídico 5.º— respecto de la igualdad de sexos en la sucesión nobiliaria³⁷.

En relación con la equiparación de sexos en la sucesión de los títulos nobiliarios, la jurisprudencia ha adoptado, desde hace tiempo, dos posturas encontradas. Frente al rechazo motivado por el mantenimiento del principio de masculinidad, en aplicación de las reglas preconstitucionales, dada la naturaleza especial de estas sucesiones, otras resoluciones han proclamado, como hemos visto, la prevalencia del artículo 14 de la Constitución, sin que se admitan espacios a los que no alcance la igualdad. Estas resoluciones han afirmado que la discriminación no es admisible, dado que el trato diferente que se presta a

la mujer deriva simplemente de la circunstancia de su género, lo que conlleva la irracionalidad de la desigualdad y, por ende, su inadmisión. Frente a esta conclusión, se estima sin embargo que el principio de primogenitura sí encuentra una justificación objetiva y razonable, pues se fundamenta en la necesidad de satisfacer el principio de singularidad de la sucesión nobiliaria, que exige la transmisión del título a uno solo de los llamados; la máxima *prior in tempore, potior in iure*, propia del mundo jurídico; la necesidad de proporcionar un nivel adecuado de seguridad jurídica. Y todo ello, sin dejar de reconocer, como ya se ha afirmado, que en sí, tanto el principio de primogenitura como la indivisibilidad de los títulos nobiliarios producen una discriminación, aunque sea esta asumible³⁸.

En el caso de la primogenitura, la justificación de dicho tratamiento radica en la necesidad de resolver sobre el otorgamiento del título de acuerdo con un criterio razonable, puesto que, dado que hay que otorgar el título a uno de los posibles sucesores, por razón de la referida singularidad o indivisibilidad de los mismos, no existe inconveniente en aplicar el criterio del primer nacimiento frente a otros que podrían resultar de menor justificación —la suerte, por ejemplo—. No obstante, se ha sostenido que, si se afirma que el elemento de masculinidad debe prevalecer frente al principio de igualdad, también entonces debe serlo la exigencia de primogenitura, por cuanto la misma tiene su fundamento en una discriminación, en su caso, por razón del nacimiento. Así, se ha entendido que la regla de la prioridad es aplicable a situaciones jurídicas posesorias o registrales, pero en modo alguno encuentra acomodo para su aplicación a situaciones personales y, más aún, para el reconocimiento de derechos fundamentales³⁹.

En nuestra opinión, la razón que permite la admisión de este tratamiento desigual radica en su justificación objetiva y razonable: como se ha dicho anteriormente, se trata de una solución que respeta la singularidad de los títulos, es compatible con la regla de la preferencia temporal y aporta seguridad jurídica al proceso transmisivo. La primogenitura responde a un principio jurídico consagrado y se ha sostenido, obviando otras posibles discriminaciones como el origen de la filiación, que este principio no prejuzga, como en el caso de la masculinidad, la incapacidad o inferioridad del no preferido para ostentar el título⁴⁰. Ahora bien, no debemos olvidar que este principio ha sido criticado, incluso en momentos históricos lejanos, en los que no se entendía que el mismo debiera ser aplicado sino con carácter restrictivo⁴¹. Se demuestra, con ello, que los títulos nobiliarios constituyen una institución sujeta a alteraciones derivadas de los principios políticos, jurídicos y éticos de cada momento, cuando no a intereses u objetivos no tan merecedores de protección por la Ley.

La primogenitura plantea problemas respecto de la integración de los hijos adoptivos en la sucesión nobiliaria. Como es sabido, la primogenitura hace alusión a la prioridad o antelación en el nacimiento de uno de los hermanos.

Nuestro Ordenamiento realiza alguna alusión a tal situación: así, el artículo 31 del Código Civil para determinar la preferencia de derechos en los casos de partos dobles. Pues bien, sobre la base de dicho concepto, la adopción no puede ser constitutiva de la situación de primogenitura, dado que el adoptado no ha sido concebido por los adoptantes en ningún caso —excepto, en los supuestos de adopción del hijo biológico de la pareja del adoptante—. Así, en los supuestos de adopción por padres que tienen hijos biológicos, los adoptivos nunca podrán ser sucesores del título, con independencia de su edad mayor o menor que la del resto de hermanos. La admisión de la opción contraria supondría la postergación de la regla fundacional del título por detrás de la voluntad omnímoda de los adoptantes. Aunque ya hemos señalado que es imposible afirmar la absoluta exclusión de la voluntad del poseedor del título, sin embargo ello no justifica la solución opuesta de la suprema ley de la voluntad del poseedor.

Ahora bien, no debemos olvidar que la regla de primogenitura suponía la aplicación de dos principios básicos del derecho nobiliario: la consanguinidad y la masculinidad, de tal forma que solamente los varones consanguíneos mayores en edad podían ostentar tal categoría. En este sentido, si el elemento de la masculinidad se puede obviar, quizás también sería admisible la misma solución respecto de los hijos adoptivos, de tal forma que admitiese la sucesión a favor de aquellos si son de mayor edad que el resto de los hermanos. En tal caso, se introduciría una solución que no rompe con las exigencias de seguridad jurídica, prioridad temporal y singularidad. No obstante, no debemos olvidar que esta solución supondría otorgar un protagonismo, quizás excesivo, a la voluntad del poseedor del título.

La preferencia de la sucesión a favor de los varones se había sustentado también en la circunstancia de que el primer apellido, al que se vincula el título nobiliario objeto de sucesión, solamente conserva dicho ordinal en tanto se trate de descendencia masculina. Lógicamente, se trata de un argumento que no se puede sostener en la actualidad, por cuanto la modificación de la Ley de Registro Civil ha introducido la posibilidad de alterar este orden en los apellidos mediante acuerdo —artículo 49.2 de la Ley del Registro Civil—, con el fin de eliminar, precisamente, la discriminación que introducía la normativa anterior, que daba preferencia a los apellidos paternos. En tal caso, este argumento no puede continuar sustentando esta tesis, por cuanto ya no se aplica la regla de masculinidad en los apellidos debido a la discriminación referida.

IV. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, la exclusión de los hijos adoptivos de la sucesión de los títulos nobiliarios vulnera el principio de igualdad del artículo 14, pues es

contraria a la dignidad personal. En efecto, el mantenimiento de una discriminación solamente encuentra acomodo en una justificación objetiva y racional. Así, la consanguinidad podría justificarse si la misma fuese esencial para la preservación de lo que en la actualidad se considera esencial al concepto de estas dignidades: el reconocimiento de un *nomen honoris* sin mayor significación o contenido material añadido. Pues bien, dicho honor, dignidad o merced a las personas que lo detentan y a la estirpe que representa en nada se resiente por su otorgamiento a descendientes —que lo son, según la ley— que han adquirido tal condición por vía de la voluntad de una persona consagrada por una decisión de los poderes públicos. La adopción no afecta a la singularidad del título, a la seguridad jurídica o la referida dignidad familiar. El otorgamiento de un título nobiliario respondía y responde en la actualidad al reconocimiento a quien lo recibe por su significación y acciones a favor del monarca y del país. Por supuesto, la sucesión en el título no responde a la herencia de determinados caracteres personales por vía genética a favor de los descendientes, sino que más bien obedece a la transmisión que de tales valores se hace a través de la educación y la convivencia del grupo familiar en sus distintas generaciones. Pues bien, esta circunstancia afecta por igual a todos los hijos, sea cual sea su filiación.

Quizás por las razones antes apuntadas se ha sostenido que no hay en la actualidad argumento alguno que pueda justificar la «sucesión» en un título y mucho menos su perpetuidad más allá de la persona del fundador de la estirpe⁴². Es decir, la lógica de la concesión por razón de los méritos personales e intransferibles de quien obtiene el título elimina cualquier justificación de la transmisión referida. No vamos a ahondar ahora en este argumento, que nada aporta de manera directa a la tesis defendida en estas líneas. Sin embargo, indirectamente sí permite reforzar aquella. Si la ausencia de méritos en la estirpe subsiguiente, que puedan legitimar la posesión del título, no permite la sucesión, el efecto debe ser total. En este sentido, la misma solución debe aplicarse a todos los hijos del poseedor con independencia de cuál haya de ser su filiación, por cuanto todos ellos han hecho los mismos méritos: ninguno. En esta línea, no debemos olvidar que en la actualidad la concesión de la mayoría de los títulos nobiliarios *ex novo* se realiza con carácter vitalicio, lo que pone de manifiesto que tampoco la estirpe constituye un elemento esencial al título nobiliario, que conlleve necesariamente su sucesión.

En este orden de cosas, conviene reconocer que la pretendida vacuidad, siquiera material, de los títulos nobiliarios que refirió el Tribunal Constitucional no se corresponde con la realidad ni con los hechos que la conforman. En este sentido, el número ingente de litigios que ha motivado la sucesión de numerosos títulos, tanto respecto de hijos legitimados y adoptivos como de mujeres, así como la legislación aparecida en 2006 para terminar con la discriminación por razón de sexo, ponen de manifiesto precisamente lo contrario. Es indudable

que estas distinciones no comportan reconocimiento legal alguno en lo material o sustantivo, más allá del campo de los honores. Sin embargo, es igualmente innegable que el reconocimiento personal o social que aquellos conllevan en ciertos ámbitos exige que el Derecho tome en consideración estas situaciones a los efectos de evitar una distinción de trato que puede generar beneficios tangibles a quien la detenta. Si como parece los títulos nobiliarios otorgan a sus portadores ciertos efectos positivos, nada justifica que el Derecho no remueva los obstáculos que impiden participar de dichos beneficios a quienes la Constitución sitúa en un plano de igualdad en su posición familiar respecto del resto de sus miembros.

Sobre la base del anterior argumento extrajurídico, no encontramos razón que pueda justificar el tratamiento diverso y discriminatorio de los hijos adoptivos, de tal forma que dicha opción, al igual que en el caso de la sucesión de los títulos a favor de la mujer, implica que la diversidad de trato tiene lugar por la exclusiva razón de que los hijos adoptivos no pertenecen al linaje en sentido clásico, no tienen la sangre del fundador de dicho linaje. Por ello, estimamos que esta solución es contraria al principio de igualdad, el cual sí es de aplicación al supuesto que nos ocupa, por cuanto no es conforme a los criterios justificativos de una discriminación y resulta contrario a un principio universal y básico de dignidad personal, que no permite establecer distinciones arbitrarias entre miembros de una familia de igual grado y condición.

Llegados a este punto, es necesario preguntarse por la naturaleza especial de la sucesión nobiliaria o, más bien, por la naturaleza especial de los propios títulos. Se ha sostenido de forma acertada que la razón de ser de los títulos nobiliarios reside en la voluntad de premiar y destacar a determinados ciudadanos frente a los demás, así como también a sus herederos, por causa de las hazañas, méritos o servicios que han prestado a la comunidad, lo que conlleva necesariamente una distinción y la consecuente adopción de unos criterios discriminatorios. Es decir, la discriminación se encuentra en la esencia misma de la institución, lo que, para algunos, no presupone necesariamente, una desigualdad⁴³. Ahora bien, si dicha excepcionalidad alcanza tal grado que no permite su adecuación a los principios y valores del momento recogidos en el texto constitucional, entonces la cuestión radica en la propia subsistencia de esta institución.

En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional encontró un argumento que permitía, de forma elegante, su pervivencia, mediante su vaciado de contenido material alguno. Ahora bien, su existencia debe compaginarse, a su vez, con unas reglas de sucesión que no vulneren el orden constitucional vigente. Es aceptable sostener que la única razón de ser de estos títulos en la actualidad es la de servir de señuelo o recuerdo de una tradición histórica que no comporta privilegio para sus detentadores. Sin embargo, la preservación de dicha imagen

no se puede lograr a costa de sacrificar principios jurídicos de mayor importancia y rango. Si la imagen histórica no se puede mantener sin vulnerar la igualdad y la dignidad humanas, entonces quizás no deba sobrevivir.

Ya se sostuvo con anterioridad que la eliminación de la discriminación por razón de sexo no desnaturaliza esta institución ni la desdibuja⁴⁴. ¿Qué novedades pueden dar lugar a una desnaturalización de la institución? Por ejemplo, la Ley de 4 de mayo de 1948 afirma en su Preámbulo que tales distinciones no tienen que tener necesariamente un origen o legitimación militar, sino que se amplía su uso como reconocimiento de esfuerzos de diversa índole. Es obvio que la Historia ha generado cambios en las concepciones de cada momento histórico que, a su vez, han propiciado alteraciones en la configuración y concepción de los títulos nobiliarios. Pues bien, en nuestra opinión el objetivo de la proyección a futuro de una dignidad familiar no encuentra obstáculo alguno en el reconocimiento de dicha dignidad a quien por voluntad de su poseedor ha pasado a formar parte a todos los efectos de la familia. En este sentido, el juego de la voluntad en la adopción no es absoluto. Si bien se trata del elemento originario, que activa el procedimiento para adoptar, sin embargo se trata de un supuesto en el que el nuevo *status* deriva de la decisión de los poderes del estado, que resuelven, a la vista de las circunstancias puestas de manifiesto en el mencionado procedimiento, a favor de una nueva filiación. En este sentido, es la Ley o el decreto de la autoridad los que conectan el efecto de la filiación a la voluntad manifiesta del adoptante.

Así, la sucesión a favor de un hijo adoptivo no constituye un excesivo juego de la voluntad del poseedor del título, sino que es acorde a una decisión de la autoridad o a los efectos derivados de la propia norma, que desea la equiparación de los tipos de filiación. Y todo ello mediante la superación de la normativa histórica que el Tribunal Supremo ha decidido mantener a través de sus sentencias. En este sentido, si el régimen jurídico de la institución nobiliaria es, en la actualidad, producto de las argumentaciones y decisiones judiciales⁴⁵, entendemos que las mismas no pueden sustraerse a los principios básicos del orden constitucional.

En otro orden de cosas, no sería aceptable la consideración de estos supuestos como casos de sucesión nobiliaria irregular. Se denomina así a aquellos supuestos en los que la sucesión de aquel se aparta de las reglas generales o regulares, mediante la adopción de una solución diversa por vía de Real carta de concesión o de posterior modificación por parte del monarca. Aunque en efecto se ha argumentado en este trabajo acerca de dicha posibilidad, sin embargo en el caso de la filiación adoptiva el derecho de estos hijos no derivaría de dicho acto —aunque, sin duda, reforzaría esta solución—, sino más bien de las exigencias y principios constitucionales. De esta forma, no se podría alegar la necesidad de precisión de la Carta en la determinación de los posibles sucesores, dada la excepcionalidad de esta sucesión irregular⁴⁶. Se trata de una solución

que encuentra su fundamento en la Constitución, lo que pone de manifiesto su generalidad, no su consideración como un acto singular que altera la aplicación de la regulación histórica general.

Es precisamente el texto constitucional el factor que determina la solución propuesta. Como afirma expresamente DE LOS MOZOS⁴⁷, no es admisible sin más la exclusión de los hijos adoptivos de la sucesión nobiliaria, no puede aceptarse sin problemas. Este autor manifiesta de forma nítida que su admisión se sostiene, incluso, en perjuicio de aquellos familiares que, en su defecto, serían llamados a suceder. Es decir, no hay problema —más bien, al contrario, como señala el autor referido— en aceptar la solución que la adopción introduce en este tipo de sucesiones especiales respecto de la aplicación del principio de consanguinidad. Como exigencia histórica, la concepción tradicional de la estirpe no es fundamento suficiente para sostener la discriminación que conlleva la exclusión de los hijos adoptivos en estas sucesiones. Principios como la consanguinidad o la masculinidad son manifestación de etapas históricas concretas que no se corresponden con los propios del momento presente encarnados en la Constitución. Por ello, la Historia, como proceso continuado, presupone, necesariamente la evolución, cuando no la superación, de antiguas estructuras que no se compadecen con las actuales.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STC 126/1997, de 8 de junio
- STC 80/82, de 20 de diciembre
- STC 74/97, de 21 de abril
- STC 84/98, de 20 de abril
- STS de 20 de junio de 1987
- STS de 27 de julio de 1987
- STS de 28 de abril de 1989
- STS de 10 de abril de 1928
- STS de 17 de octubre de 1984
- STS de 13 de octubre de 1993
- STS de 7 de diciembre de 1988
- STS 771/2014, de 12 de enero de 2015
- STS de 7 de diciembre de 1988
- STS de 29 de diciembre de 1998
- STS de 28 de abril de 1989
- STS de 18 de abril de 1995
- STS de 27 de julio de 1987
- SAP de Madrid de 10 de marzo de 2009
- ATC de 12 de junio de 2000

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, 12.^a edición. Madrid: EDISOFER.
- ALZAGA VILLAAMIL, O. (1998). *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, vol. II. Madrid: CEURA.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2006). La prioridad del nacimiento. Derechos de primogenitura. Sucesión de títulos nobiliarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698.
- DE LOS MOZOS, J. L. (1978). En CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo sexto, vol. III. Madrid: Reus.
- DE PARADA RODRÍGUEZ, M. (2009). *Tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*. Madrid: Thomson Reuters.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2011). El principio de propinquidad en la sucesión de los títulos nobiliarios. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 80.
- DURÁN RIVACOVA, R. y CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2012). Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26.
- GETE-ALONSO y CALERA, M. C. (2008). Condición civil de la persona y género (1). *Actualidad Civil*, núm. 11.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. (1992). *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*. Madrid: Civitas.
- JOVER GÓMEZ-FERRER, R. (2002). Negocios jurídicos nobiliarios, en J. M. de Areilza Carvajal (coord.), *Compendio de Derecho Nobiliario*, Madrid: Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1998). *Elementos de Derecho Civil*, V. Sucesiones. Madrid: Dykinson.
- (2002). *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ-VILAS, R. y MARTELO DE LA MAZA, M. (2009). *El nuevo derecho nobiliario. La Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J. (2002). La sucesión. Conceptos generales y cuestiones que plantea, en J. M. de Areilza Carvajal (coord.), *Compendio de Derecho Nobiliario*, Madrid: Civitas.
- MARTÍN VIDA, M. A. (1998). La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio). *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (1996). *El machismo en el Derecho. Sociología jurídica de la igualdad*. Granada: Comares.
- MONTES, V. L.; ROCA TRÍAS, E. y otros. (1995). *Derecho de Familia*, 2.^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, Valencia.
- MOZO SEOANE, A. (2005). El Derecho nobiliario español actual. Dignidades nobiliarias, títulos, honores y distinciones. Las órdenes militares, en C. Rogel Vide, *Derecho nobiliario* (coord.). Madrid: Reus.
- PERALTA CARRASCO, M. (2007). *La sucesión «mortis causa» de los títulos nobiliarios*. Madrid: Dykinson.
- RAMS ALBESA, J. (2005). Cesión, distribución y rehabilitación de títulos nobiliarios, en C. Rogel Vide, *Derecho nobiliario* (coord.), ed. Reus, Madrid.

- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones. Común y Foral, tomo III* (La sucesión en los títulos nobiliarios, capítulo redactado por J. Feas Costilla). Madrid: Dykinson.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005). La sucesión de los títulos nobiliarios y los principios inspiradores de la misma. Sucesión regular y sucesión irregular, en C. Rogel Vide, *Derecho nobiliario* (coord.). Madrid: Reus.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2002). Los títulos nobiliarios en nuestro constitucionalismo histórico y en la Constitución de 1978, en J. M. de Areilza Carvajal (coord.), *Compendio de Derecho Nobiliario*, Madrid: Civitas.
- ROGEL VIDE, C. y DÍAZ-BASTIEN. E. (2011). *En torno a la sucesión de los títulos nobiliarios*. Madrid: Reus.
- SERRANO GARCÍA, I. (1993). Comentario al artículo 178, en *Comentario al Código Civil*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- TABOADA ROCA, M. (2001). *Estudios de Derecho Nobiliario*, Tomo I: Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (1983). *Las sucesiones nobiliarias y su regulación legislativa después de la Constitución*. Madrid: Hidalguía.
- VALTERRA FERNÁNDEZ, L. (2007). *Títulos Nobiliarios. Los principios de gracia y de petición*. Granada: Comares.

NOTAS

¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2011). El principio de propincuidad en la sucesión de los títulos nobiliarios, en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 80, octubre-diciembre de 2011. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 375.

² MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J. (2002). La sucesión. Conceptos generales y cuestiones que plantea, en *Compendio de Derecho Nobiliario*. Madrid: Civitas, pp. 132-133.

³ LÓPEZ-VILAS, R. y MARTELO DE LA MAZA, M.: *El nuevo derecho nobiliario. La Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios*, ed. Tirant Lo Blanch Tratados, Valencia, 2009, pp. 49 y sigs.

⁴ Entre otros, los dictámenes de 13 de septiembre de 1995, 20 de marzo de 2003 o 18 de diciembre de 2008.

⁵ TABOADA ROCA, M. (2001). *Estudios de Derecho Nobiliario*, tomo I. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 730-732.

⁶ DURÁN RIVACOVA, R. y CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2012). Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre de 2012, p. 21.

⁷ LÓPEZ-VILAS, R. y MARTELO DE LA MAZA, M. (2011). *Op. cit.*, p. 15. También, ROGEL VIDE, C. y DÍAZ-BASTIEN. E.: *En torno a la sucesión de los títulos nobiliarios*. Madrid: Reus, p. 23.

⁸ VALTERRA FERNÁNDEZ, L. (2007). *Títulos nobiliarios. Los principios de gracias y de petición*. Granada: Comares, pp. 117-122.

⁹ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. (1992). *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*. Madrid: Civitas, pp. 185-186.

¹⁰ RAMS ALBESA, J. (2005) Cesión, distribución y rehabilitación de títulos nobiliarios, en *Derecho nobiliario* (Coord. ROGEL VIDE, C.). Madrid: Reus, pp. 137-138.

¹¹ RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). La sucesión en los títulos nobiliarios (capítulo redactado por Feas Costilla, J.), en *Derecho de Sucesiones. Común y Foral*, tomo III. Madrid: Dykinson, p. 2913.

- ¹² RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2005). La sucesión de los títulos nobiliarios y los principios inspiradores de la misma. Sucesión regular y sucesión irregular, en *Derecho nobiliario* (coord. Rogel Vide, C.). Madrid: Reus, pp. 98-99.
- ¹³ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 2919.
- ¹⁴ PERALTA CARRASCO, M. (2007). *La sucesión «mortis causa» de los títulos nobiliarios*. Madrid: Dykinson, pp. 231-232.
- ¹⁵ DE PARADA RODRÍGUEZ, M. (2009). *Tutela sustantiva y procesal de los títulos nobiliarios*. Madrid: Thomson Reuters, pp. 138-140.
- ¹⁶ MARTÍN VIDA, M. A. (1998). La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio), en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 99, enero-marzo de 1998. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales, p. 312.
- ¹⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 2928.
- ¹⁸ GETE-ALONSO y CALERA, M. C. (2008). Condición civil de la persona y género (1), en *Actualidad Civil*, núm. 11. Madrid: La Ley, p. 1094.
- ¹⁹ Así se afirma en el voto particular emitido por el Magistrado Jesús Marina Martínez-Pardo en la STS de 18 de abril de 1995.
- ²⁰ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J. (2002). Los títulos nobiliarios en nuestro constitucionalismo histórico y en la Constitución de 1978, en *Compendio de Derecho Nobiliario*. Madrid: Civitas, p. 52.
- ²¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. (1998). *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, vol. II. Madrid: CEURA, p. 274. También, MOZO SEOANE, A. (2005). El Derecho nobiliario español actual. Dignidades nobiliarias, títulos, honores y distinciones. Las órdenes militares, en *Derecho nobiliario* (coord. Rogel Vide, C.). Madrid: Reus, pp. 50-51.
- ²² DURÁN RIVACOVA, R. y CARFBAJO GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, p. 20.
- ²³ DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2006). La prioridad del nacimiento. Derechos de primogenitura. Sucesión de títulos nobiliarios, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, núm. 698, noviembre-diciembre de 2006. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, p. 2496.
- ²⁴ JOVER GÓMEZ-FERRER, R. (2002). Negocios jurídicos nobiliarios, en *Compendio de Derecho Nobiliario*. Madrid: Civitas, pp. 65-67.
- ²⁵ JOVER GÓMEZ-FERRER, R., *op. cit.*, pp. 68 y sigs.
- ²⁶ STS de 27 de julio de 1987.
- ²⁷ Frente a lo que han sostenido algunos autores, que solamente reconocen el primero. PERALTA CARRASCO, M.: *op. cit.*, p. 226.
- ²⁸ SERRANO GARCÍA, I. (1993). *Comentario al Código Civil (art. 178)*. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 593.
- ²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, 12.^a edición. Madrid: EDISOFER, p. 263.
- ³⁰ LACRUZ BERDEJO y otros (2002). *Elementos de Derecho Civil*, IV, Familia. Madrid: Dykinson, p. 403.
- ³¹ En MONTES, V. L. y ROCA TRÍAS, E. y otros (1995). *Derecho de Familia*, 2.^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 440.
- ³² TABOADA ROCA, M. (1983). *Las sucesiones nobiliarias y su regulación legislativa después de la Constitución*. Madrid: Hidalguía, pp. 177-185.
- ³³ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 2916.
- ³⁴ No obstante, se ha sostenido la posibilidad de que la carta de concesión exija dicha legitimidad. LACRUZ BERDEJO, J. L. (1998). *Elementos de Derecho Civil*, V. Sucesiones. Madrid: Dykinson, p. 647.
- ³⁵ ATC de 12 de junio de 2000.
- ³⁶ Aunque en efecto, hay que aceptar que la carta de concesión es más bien un acto en virtud del cual se produce la sucesión del título, sin embargo la vocación de dicho acto es claramente regulatoria, lo que permite aludir, siquiera en sentido figurado, a su carácter nor-

mativo. Ahora bien, su innegable naturaleza de acto impide su equiparación a una norma, lo que conlleva la imposibilidad de aplicar, por ejemplo, el efecto derogatorio resultante de la contravención de la CE, como sí se produce, en su caso, respecto de las normas reguladoras de estas sucesiones anteriores a la CE. En este sentido, HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. (1992). *op. cit.*, pp. 203-205.

³⁷ «...cuando tal conclusión no contradice las cartas fundacionales de los títulos objeto del procedimiento puesto que en ellas no se excluye la sucesión de las mujeres...». De la misma forma se puede entender que la expresión «descendientes» no excluye, *per se*, la sucesión de los hijos adoptivos.

³⁸ HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. (1992). *op. cit.*, pp. 205-211.

³⁹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L. (1996). *El machismo en el Derecho. Sociología jurídica de la igualdad*. Granada: Comares, p. 215.

⁴⁰ MARTÍN VIDA, M. A., *op. cit.*, p. 311.

⁴¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pp. 114-115.

⁴² En este sentido, VALTERRA FERNÁNDEZ, L.: *op. cit.*, pp. 38-40.

⁴³ PERALTA CARRASCO, M.: *op. cit.*, pp. 128-129.

⁴⁴ Voto particular del Magistrado Cruz Villalón en la STC 126/1997, de 3 de julio.

⁴⁵ RIVAS MARTÍNEZ, J. J., *op. cit.*, p. 2911.

⁴⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p. 101.

⁴⁷ DE LOS MOZOS, J. L. (1978). En CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo sexto, vol. III. Madrid: Reus, pp. 364-365.

*(Trabajo recibido el 15-4-2015 y aceptado
para su publicación el 6-5-2015)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Sustitución del término incapacitado
por el de persona con discapacidad
necesitada de una especial protección.
¿Acierto o desacierto del legislador de
la Ley Orgánica 1/2015?

*The replacement of the term disabled
by person with disabilities in need
of special protection. ¿Correction
or mistake by the legislator of the
Organic Law 1/2015?*

por

PEDRO IGNACIO BOTELLO HERMOSA

Doctor Internacional en Derecho Civil por la Universidad de Sevilla

RESUMEN: Recientemente el Gobierno español aprobó la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, entre cuyas novedades se encuentra la sustitución del término procedimiento de incapacitación por el de procedimiento de modificación de la capacidad, y el término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de especial protección. En cuanto a esta segunda definición me planteo si no habrá sido un error por parte del legislador el haber incluido en el nuevo término el concepto de persona con discapacidad. Debido a ello hoy pueden surgir en nuestra sociedad las siguientes

cuestiones: ¿Qué sucederá entonces con aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de la ley estuviesen incapacitadas judicialmente pero no ostentasen la condición de persona con discapacidad? ¿Necesitará en el futuro una persona para acudir al procedimiento de modificación de la capacidad haber obtenido previamente la resolución administrativa de persona con discapacidad? Y lo que es más importante aún, ¿a favor de qué incapacitados judicialmente se podrá constituir ahora la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que permite la Ley 41/2003, de 18 de noviembre?

ABSTRACT: Recently the Spanish Government approved the Organic Law 1/2015, of March 30th, reforming the Penal Code, being one of its innovations the replacement of the term disability procedure by the term procedure for capacity modification, and the term incapable by disabled person in need of special protection. Regarding this second definition I ask myself if it wasn't a mistake by the legislator having included in the new term the concept of person with disability. Because of this today may appear in our society the following questions: what will happen with those by which, before the application of this new law, were judicially disabled and didn't hold the condition of person with disabilities? Will a person need, in the future, to address the procedure for capacity modification, to have had a previous administrative resolution of person with disability? It occurs to me that to solve this judicial problem in which the legislator, once again, got us into, we will have to take the civil way and put on the same level once and for all, automatically, the ruling on incapacitation and the administrative resolution that recognizes the condition of person with disabilities. And what's more important, in favor of those whom it will be possible to constitute how judicially disabled with Law 41/2003, of 18 de november?

PALABRAS CLAVES: Convención Naciones Unidas. Artículo 12. Ley Orgánica 1/2015. Procedimiento de incapacitación. Discapacidad.

KEY WORDS: *United Nations Convention. Article 12. Organic Law 1/2015. Incapacitation procedure. Disability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. LA SUSTITUCIÓN DEL TÍTULO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y DEL TÉRMINO INCAPACITADO EN LA RECIENTE LEY ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.—IV. LA GRAVE PROBLEMÁTICA DE LOS INCAPACITADOS Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE EL

TERCIO DE LEGÍTIMA ERICTA QUE SE PUEDE ESTABLECER A SU FAVOR.— V. CONCLUSIONES.— VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención), es sin lugar a dudas la norma jurídica más importante jamás aprobada a nivel mundial a favor de las personas con discapacidad, como queda reflejado en los principios que la componen, que son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas.

La Convención fue el resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores, como Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las de personas con discapacidad y sus familias, y muy señaladamente las españolas¹.

Desde su ratificación por España el 23 de noviembre de 2007², la Convención pasó a formar parte a todos los efectos de nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución española, y en el artículo 1.5 del Código Civil, quedando por tanto obligado el Estado español a adaptar o modificar una serie de leyes relacionadas con el ámbito de la discapacidad hasta que la Convención quede implementada cien por cien a nuestro sistema.

Prueba de ello fue la aprobación del *Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*, con idea de implementar el artículo 29 de la Convención³; o la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, mediante la cual se modifican una serie de Leyes en la misma línea.

Precisamente, en su Disposición Final segunda, la Ley 26/2011 recogía un mandato que obligaba al Gobierno a refundir ciertas leyes sobre discapacidad⁴, lo cual se acabó llevando a cabo mediante la publicación del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.

Aunque hay que reconocer el esfuerzo legislativo que en los últimos años está haciendo el Gobierno español para adaptar la Convención, también lo es que la reforma legislativa más esperada por los organismos relacionados con el

mundo de la discapacidad sigue sin producirse. Me refiero, como no, a la aprobación del proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (incluyéndose en esta tanto la capacidad jurídica española como la de obrar) en igualdad de condiciones con el resto de personas. O dicho de otra forma, que se implemente el artículo de la Convención que exige que las personas con discapacidad sean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten, sin que ello conlleve la privación total de su capacidad de obrar.

Por mi parte entiendo que la Convención mediante su artículo 12 lo que pretende es que dejemos de plantearnos hasta qué grado necesita una persona que se modifique su capacidad de obrar para realizar una vida plena en nuestra sociedad, y comencemos a verlo desde el punto de vista de que la persona con discapacidad lo que necesita son apoyos, no modificaciones en su capacidad de obrar. De ahí que la verdadera cuestión que la Convención pretende que se planteen los Estados Parte tras adaptar su artículo 12 sea la siguiente, ¿qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa persona con discapacidad para desarrollar su vida con total normalidad e igualdad con el resto de personas?

II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El artículo 12 es el de mayor importancia de todos los que componen la Convención, dado que en él se regula el hecho de que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas.

Y dentro de los cinco apartados que lo conforman, he de destacar el tercero y el cuarto por ser los que establecen que los Estados Parte, deberán adoptar todas las medidas necesarias para facilitar a las personas con discapacidad el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica.

Podemos llegar a la conclusión de que el artículo 12 de la Convención dio problemas desde su propia redacción. Y es que el tema de la capacidad jurídica a la que hace referencia suscitó grandes discusiones entre los Estados firmantes, llegándose incluso en algún momento a temer por la ruptura de la adopción del texto final de la Convención.

La dificultad se centraba en la distinción, ya clásica por otra parte, de capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya que mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar⁵, prevaleciendo finalmente esta última opción.

De ahí que la *capacidad jurídica* a la que hace referencia la Convención englobe tanto el concepto de capacidad jurídica de nuestro sistema como el de capacidad de obrar.

En el Derecho español se entiende por *capacidad jurídica* la aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; mientras que por *capacidad de obrar* se entiende la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

El resultado de la redacción del definitivo artículo 12 de la Convención, como mínimo, podemos calificarlo de complejo y excesivamente largo. GARCÍA CANTERO⁶ lo considera como uno de los preceptos más extensos, complejos, con alguna frecuencia difuso, en exceso quizás casuístico y hasta de los de más oscura y confusa redacción de la Convención.

En nuestro ordenamiento jurídico, cuando hablamos de apoyo o asistencia en la capacidad de obrar de las personas hacemos referencia al procedimiento de incapacitación, título que por parte de nuestra doctrina más cualificada, coincide con la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad en la necesidad de sustituir el actual título por otro más acorde al espíritu de la Convención, y parece ser que el Gobierno español por fin les ha escuchado.

III. LA SUSTITUCIÓN DEL TÍTULO DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y DEL TÉRMINO INCAPACITADO EN LA RECIENTE LEY ORGÁNICA 1/2015 DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

Por mi parte siempre he defendido la necesidad de otro título del procedimiento de incapacitación, que anuncie a las personas que van a iniciarlo (o a sus familiares) que una vez obtengan la sentencia correspondiente podrán ser considerados frente a la sociedad como una persona que necesita el apoyo de otra para realizar ciertas actividades (como al fin y al cabo nos sucede a todos en algún ámbito de la vida, o nos sucederá), dejando por fin atrás el estigma que conllevaba el hecho de que se dictase a favor de alguien una sentencia de incapacitación, momento en el cual esa persona dejaba de ser capaz frente a la sociedad (incapaz).

En este sentido el Gobierno español al año siguiente de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, a través de la Ley 1/2009, de 25 de marzo⁷, concretamente mediante su Disposición Final Primera, se obligaba a «*remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de seis meses un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a*

denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención».

Como nos tiene acostumbrado nuestro legislador en los últimos tiempos, la Disposición Final Primera únicamente sirvió para reflejar las buenas intenciones de este, si bien el contenido de la misma jamás se llevó a efecto.

Cuatro años después, concretamente el 5 de julio de 2010, ve la luz en la página web del Consejo General del Poder Judicial español, el *«Documento de trabajo elaborado por el Ministerio de Justicia sobre la posible reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de protección y apoyo de menores y de personas con capacidad modificada judicialmente»*, en el cual se dirigen al procedimiento de incapacitación como «modificación judicial de la capacidad», y al incapacitado como «persona con capacidad modificada judicialmente».

Sin embargo, lo cierto es que dicho documento expresa solo unas líneas generales a desarrollar, a modo de borrador de anteproyecto de ley, por lo que no se le puede conceder importancia práctica alguna más allá de mencionarla.

El verdadero paso al frente en cuanto a la sustitución de los términos «procedimiento de incapacitación» e «incapacitado» se ha producido muy recientemente mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo⁸, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que entrará en vigor a partir del próximo 1 de julio del presente año.

A partir de dicha fecha, en nuestro Código Penal se hará referencia al incapacitado como «persona con discapacidad necesitada de una especial protección»⁹, y al procedimiento de incapacitación como «procedimiento de modificación de la capacidad»¹⁰.

Dicho lo cual, lo cierto es que hasta el 1 de julio el título del procedimiento seguirá siendo el mismo en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que nos referimos a este en el resto del trabajo como procedimiento de incapacitación.

Pero llegados a este momento hemos de cuestionarnos, ¿acertó el legislador al elegir como término sustitutorio del de incapacitado, el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección?

En el apartado quince de su artículo único, recoge la referida Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que *«A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad

que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

¡Ojo! Habla la nueva ley siempre de persona con discapacidad como beneficiaria, con las consecuencias que ello puede suponer, tal vez no desde el ámbito penal, pero sí si extrapolamos el nuevo concepto al ámbito civil, tal y como expondremos a continuación.

De dicho artículo se desprende que la prioridad del legislador ha sido ampliar la protección del Código Penal no solo a las personas que ostentasen la condición de incapacitadas, ya que dice *que tenga o no modificada su capacidad de obrar*, sino que pretende incluir en el nuevo término a todas las personas con discapacidad intelectual o mental en general, aún sin haber sido incapacitadas.

Sin duda, intención loable la del legislador de proteger a todas las personas con discapacidad, pero particularmente considero que debido a la redacción dada en la nueva ley podemos encontrarnos con un vacío legal de importantes consecuencias jurídicas. Y es que, particularmente se me ocurren las siguientes preguntas: ¿Qué sucederá con las personas que teniendo reconocida judicialmente su incapacidad con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, no tengan en cambio acreditada ninguna discapacidad? ¿Conllevará la nueva definición dada por el legislador a que todas las personas que intenten ser incapacitadas deberán haber pasado antes por un procedimiento administrativo que le reconozca la condición de persona con discapacidad? La respuesta a ambas preguntas parece muy clara, por incoherente que resulte, y es la siguiente: Sí.

Y es que, en base a la literalidad del artículo mencionado, estas personas quedarían en un limbo jurídico en el nuevo Código Penal, aún estando legalmente incapacitados, por lo que considero que necesitarían iniciar, (insisto, por absurdo que parezca) el reconocimiento administrativo de persona con discapacidad, ya que así lo exige literalmente la Ley 1/2015.

Por mi parte, considero que una de las posibles soluciones que pueden darse a los importantes problemas jurídicos que venimos planteando sería la de acudir a la vía civil con la intención de equiparar la sentencia de incapacitación a la resolución administrativa que otorga la condición de persona con discapacidad. ¿Pero cómo? Pues a través del contenido de la Ley 41/2003¹¹, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, en adelante LPPD.

La LPPD introduce en nuestro Código Civil una de las reformas más importantes llevadas a cabo en los últimos tiempos, como refleja, entre otras cuestiones, el hecho de que añada al propio Código Civil una nueva Disposición Adicional, la cuarta, que se suma a las tres existentes desde su promulgación en 1.889, y la cual supuso la introducción en nuestro sistema civil por primera vez del término «*discapacidad*».

En referencia a la importancia de la reforma llevada a cabo por la LPPD en nuestro Código Civil expone GONZÁLEZ PORRAS¹² que: *«es a mi juicio, una de las más importantes, si no la de mayor calado entre las que han reformado el articulado de nuestro Código Civil, y diré que pienso que es así porque afecta de manera directa a los tres pilares fundamentales del “Sistema”, que son “la persona física” y además la persona física discapacitada, primer elemento sobre el que se apoya el Derecho civil (recordemos la sabia y luminosa advertencia de GAYO en sus Instituciones cuando nos recuerda que “Omne ius quo utimur vel ad personas, vel ad res, vela c acciones pertinet”); “La familia” como dimensión básica de la personalidad y célula fundamental de la sociedad de la que CICERÓN dijo que era “principium urbis et quasi seminarium reipublicae” y el “patrimonio” como factor necesario para su desarrollo».*

Recoge la Disposición Adicional 4.^a de nuestro Código Civil: *«La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 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».*

Establece el artículo 2.3 de la LPPD que: *«Personas con discapacidad son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento o por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento, grado de minusvalía que se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».*

Observando la definición de persona con discapacidad dada por la LPPD, que reiteramos, es la válida para nuestro ámbito civil, se llega a la conclusión de que el grado de discapacidad podrá acreditarse de dos formas diferentes:

1. Certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente. Para obtener el certificado de discapacidad han de seguirse los pasos establecidos en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad¹³. Dicho Real Decreto vio modificado su título en su última palabra, minusvalía, introduciéndose la que hoy aparece, discapacidad, mediante el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

En esta norma queda regulado no solo el procedimiento que hay que seguir para que se reconozca el grado de discapacidad, sino también los baremos aplicables así como los órganos competentes para su reconocimiento.

2. Resolución judicial firme. En cuanto a la resolución judicial firme, el legislador no se pronuncia en cuanto a qué resolución judicial se refiere. ¿Qué quiere ello decir?

Una vez estudiado el RD 1971/1999, se aprecia que, si bien no existe intervención del juez en ningún momento del procedimiento, las resoluciones en las que se reconozca el grado de discapacidad podrán ser recurridas, primero en vía administrativa, y, posteriormente, en vía judicial. Sin embargo, la jurisdicción competente para recurrir la resolución administrativa es la social¹⁴, a diferencia de la jurisdicción a la que se acude cuando se quiere incapacitar a una persona, que es la civil.

Entonces, ¿por qué no hace referencia expresa el artículo 2.3 de la LPPD a que la resolución judicial firme provendrá siempre del orden jurisdiccional social?

¿Por qué reza literalmente en dicho artículo que el grado de discapacidad se deberá acreditar, en uno u otro caso, mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o «*por resolución judicial firme*», sin especificar si la resolución judicial debe ser del orden jurisdiccional social o civil?

En mi opinión, el legislador no fijó en la LPPD exclusivamente la resolución judicial del orden social como única vía para acreditar la discapacidad, por un único motivo: Para que la resolución judicial de incapacitación de la vía civil conlleve también automáticamente el reconocimiento de persona con discapacidad.

De admitirse tal posibilidad, estaríamos afirmando que cualquier persona incapacitada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal, formaría parte de las denominadas «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», aún cuando no tenga la condición de persona con discapacidad reconocida, salvando con ello los problemas que venimos planteando.

¿En qué me baso para otorgar a la sentencia de incapacitación la misma validez que a la resolución administrativa de discapacidad? Principalmente en los siguientes argumentos:

1.º Para que una persona sea incapacitada tiene que padecer una enfermedad mental persistente que le impida gobernarse por sí misma, por lo que una persona que haya sido incapacitada judicialmente por su discapacidad psíquica siempre se encontrará afectada, como mínimo, por el grado del 33% que exige la LPPD para considerarla una persona con discapacidad psíquica.

O dicho de otra forma, toda persona incapacitada judicialmente tendrá como mínimo un grado de discapacidad psíquica del 33%, aunque no lo tenga acreditado mediante resolución administrativa porque jamás lo hubiese intentado.

De ahí que entiendo que no tendría sentido que si ya le han reconocido mediante la sentencia de incapacitación una enfermedad psíquica que le impida gobernarse por sí misma, se le exija por otra parte que inicie un nuevo procedimiento administrativo cuya finalidad es acreditar que sufre una enfermedad psíquica calificada como mínimo del 33%, que es el grado que exige la LPPD para reconocerla persona con discapacidad psíquica.

2.º Por otra parte, la falta de equiparación supondría el sin sentido de que las medidas de protección de la LPPD no beneficiasen a la persona incapacitada, sino solo a las personas con discapacidad, lo cual podría llevar a una serie de consecuencias, bajo mi punto de vista, un tanto rocambolescas, como por ejemplo, la defendida por PEREÑA VICENTE¹⁵, de que los incapacitados no podrán disfrutar del patrimonio protegido que se puede crear a favor de una persona con discapacidad, o a favor de una persona incapacitada judicialmente que sí tenga el grado de discapacidad reconocido administrativamente¹⁶ (arts. del 1 al 8 de la propia LPPD).

Y yo me pregunto, ¿acaso sería lógico que a favor de la persona con discapacidad que ha sido incapacitada judicialmente sí pueda constituirse un patrimonio protegido, y no pueda en cambio constituirse este mismo patrimonio protegido a favor de la persona incapacitada judicialmente que no haya pasado por el procedimiento administrativo para obtener resolución que fije su grado de discapacidad?

Otra de las medidas introducidas por la LPPD a favor de las personas con discapacidad-incapacitadas es el de la nueva causa de indignidad que afecta a los familiares de estas que no le prestaren las atenciones necesarias durante su vida (arts. 10.1 de la LPPD y 756.7 del Código Civil). De ahí que de no otorgársele el mismo alcance a la sentencia de incapacitación que a la resolución administrativa de discapacidad, los familiares de las personas incapacitadas judicialmente que no le hubiesen prestado a esta en vida las atenciones debidas no se verían afectados por las nuevas causas de indignidad sucesoria que sí afectan a los familiares de una persona con discapacidad¹⁷ a la que no tampoco le hubiesen prestado la atención necesaria. ¿Parece esto razonable?

E igualmente creo falto de lógica no entender sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad (art. 1041.2.º del Código Civil), y en cambio que sí quedasen sujetos a colación los gastos realizados a favor del hijo incapacitado por sus padres y ascendientes.

Como último ejemplo de los supuestos introducidos por la LPPD que, en mi opinión, debe favorecer indistintamente a persona con discapacidad e incapacitada, me refiero a la donación o el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de una persona con discapacidad, los cuales no se computarán para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella. Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario con discapacidad que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten (art. 822 del Código Civil).

¿Tendría sentido que el derecho al que se refieren los 2 párrafos anteriores no se pueda aplicar igualmente a las personas incapacitadas judicialmente?

Una vez expuesto nuestro pensamiento en cuanto a la conveniencia de equiparar las personas incapacitadas a las personas con discapacidad a fin de que puedan beneficiarse de todas las ventajas introducidas por la LPPD, considero necesario resaltar que no estoy defendiendo al mismo tiempo la situación inversa, es decir, que las personas con discapacidad se vean beneficiadas por la medida de protección que introduce la LPPD a favor de las personas incapacitadas judicialmente, que es la sustitución fideicomisaria que se puede establecer por parte del testador a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado sobre el tercio de legítima estricta, ya que dicha medida protectora única y exclusivamente podrá establecerse por el testador a favor de hijos o descendientes incapacitados judicialmente, y nunca a favor de hijos o descendientes que tengan reconocida una discapacidad, y todo ello debido a las consecuencias jurídicas que dicha figura conlleva, tal y como expondré en el siguiente epígrafe.

3.º El último de los motivos en el que me apoyo para apostar por la equiparación automática entre la sentencia de incapacitación y la resolución administrativa de concesión de reconocimiento de persona con discapacidad es precisamente porque esta postura viene defendida no solo por diversos autores¹⁸, sino también por algunas sentencias de Audiencias Provinciales¹⁹.

IV. LA GRAVE PROBLEMÁTICA DE LOS INCAPACITADOS Y LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA SOBRE EL TERCIO DE LEGÍTIMA ERICTA QUE SE PUEDE ESTABLECER A SU FAVOR

Expuestos los problemas anteriores que pueden plantearse a raíz de la elección del término «persona con discapacidad necesitada de especial protección» como sustituto del término «incapacitado», debemos destacar ahora otro que, si cabe, puede llegar incluso a alcanzar una mayor relevancia jurídica.

Me refiero a la protección exclusiva a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente (nunca a hijos o descendientes con discapacidad) que la LPPD reconoce mediante el establecimiento de una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta en la que fiduciario sea el incapacitado, y fideicomisarios el resto de coherederos forzosos. Protección que, reitero, tiene como finalidad poder beneficiar, o mejorar, exclusivamente al incapacitado, conclusión a la que ha de llegarse tras el estudio de la Exposición de Motivos de la LPPD, apartado VII, b), en el cual se expone que *«se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero solo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado. En este caso (...) se exige que concurra la incapacitación judicial del beneficiado»*.

Así compartimos, la opinión de DIAZ ALABART²⁰, con la que coincide la gran mayoría de la doctrina, en cuanto a que la incapacidad debe ser considerada como una «*conditio iuris*» resolutoria e implícita en la institución, sin la cual no puede existir la sustitución fideicomisaria especial.

Pero, ¿por qué exclusivamente hace hincapié el legislador en proteger mediante esta figura a los incapacitados judicialmente, y no a las personas con discapacidad?

Principalmente por el objeto sobre el que recae la institución, es decir, el tercio de legítima estricta. Y más concretamente por la excepción a la intangibilidad de la legítima estricta que dicha institución supone.

Es decir, que en los supuestos en los que el testador establezca una sustitución fideicomisaria sobre toda la herencia, incluido el tercio de legítima estricta, a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado, el resto de coherederos forzosos que quedarán instituidos como fideicomisarios, deberán esperar a que llegue el término o se cumpla la condición fijada por el testador para poder disfrutar de su parte de herencia.

Pero la importancia de la figura que venimos comentando va aún más allá, ya que la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD no solo puede conllevar la intangibilidad cuantitativa de la legítima, sino que también, he aquí la novedad incluso histórica, puede suponer su intangibilidad cuantitativa. ¿Pero cómo? Pues siempre y cuando se admita la posibilidad de que el testador tras la LPPD pueda establecer no solo una sustitución fideicomisaria pura u ordinaria, sino también una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta.

Y efectivamente, las consecuencias de admitir o no la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima estricta, podrán llegar a ser de tal calado que se llegue, incluso, a producir la desheredación del resto de fideicomisarios, ya que, en el caso de aceptar tal posibilidad, estaríamos admitiendo la opción de que el fideicomitente concediese al fiduciario la posibilidad de disponer de forma «definitiva» de todos los bienes, o, en particular, de alguno de ellos, que conforman el tercio de legítima estricta.

Es decir, que a través de la sustitución fideicomisaria de residuo el testador autoriza a disponer, total o parcialmente, al fiduciario de los bienes de la herencia de forma que el fideicomisario, llegado el momento, solo recibirá los que queden o los que resten.

Esta doble posibilidad de disposición, total o parcial, existe debido a que el fideicomiso de residuo se divide en dos:

a) Fideicomiso *de eo quod supererit*, en cuyo caso se entiende que el fiduciario tiene capacidad de disponer solo sobre ciertos bienes, porque algunos otros han de ser transmitidos obligatoriamente a los fideicomisarios, por lo que se entiende que el fiduciario no tendrá la facultad de disponer de todos los bienes fideicomitados, quedando siempre ciertos bienes a favor de los fideicomisarios.

b) Fideicomiso en *si aliquid supererit*, siendo este el supuesto en el que el fiduciario queda autorizado por el fideicomitente para disponer de la totalidad de los bienes fideicomitidos, procediéndose, por ello, a la sustitución a favor del fideicomisario, exclusivamente, en el caso de que, tras el fallecimiento del fiduciario, reste o quede algo o alguno de los bienes fideicomitidos.

Según la doctrina mayoritaria, la sustitución fideicomisaria de residuo tiene cabida en nuestro Derecho²¹, lo cual se desprende de lo expuesto en el último párrafo del artículo 783 del Código Civil que establece que *«El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa»*.

Sin embargo, también la gran mayoría de autores consideran que sí se puede dar el fideicomiso de residuo en nuestro Derecho común, pero no en la sustitución fideicomisaria especial²², ya que esto podría implicar la privación definitiva de la legítima estricta del resto de legitimarios-fideicomisarios, vulnerándose, por tanto, al mismo tiempo, el principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima y el de intangibilidad cualitativa de esta misma.

Aunque lo cierto es que la corriente mayoritaria se opone a ello, también existen otros autores que admiten la posibilidad de instituir una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta a raíz de la Ley 41/2003, como por ejemplo PEREÑA VICENTE²³, RIPOLL SOLER²⁴ y GONZÁLEZ PORRAS²⁵.

DÍAZ ALABART²⁶, aunque con menos rotundidad, razona que *«como en el precepto nada se dice sobre qué tipo de fideicomiso ha de ser el constituido, es seguro que podrá ser el fideicomiso normal, en el que el fiduciario tiene la obligación de conservar (...). O también admitirse la posibilidad de disposición del fiduciario en casos de necesidad absoluta. Admitiéndose la licitud del fideicomiso de residuo, también podría tratarse de un fideicomiso de este tipo, en el que falta esa obligación de conservar, pues el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos dentro de los límites marcados por el testador. La disponibilidad de los bienes fideicomitidos que en el fideicomiso de residuo el testador conceda al fiduciario puede ser muy variada (...)*».

E igualmente, en otro de sus trabajos comenta la autora²⁷ que *«parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente»*.

Por mi parte entiendo que el testador está facultado desde la entrada en vigor de la LPPD para instituir la sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta con la idea de favorecer al hijo o descendiente incapacitado, porque de esta forma, llegado el momento, el fiduciario podrá disponer total o parcialmente de los bienes fideicomitidos para satisfacer sus necesidades vitales si fuese necesario. De no admitir tal posibilidad, en el caso

de que el incapacitado necesitase disponer de dichos bienes y no pudiese hacerlo, quedaría totalmente desprotegido, convirtiéndose entonces la LPPD en una ley inútil por no haber podido proteger a las personas incapacitadas cuando realmente más lo necesitaban.

Aparte, parece lógico que de haber sido la intención del legislador la de imposibilitar la constitución de una sustitución fideicomisaria de residuo sobre el tercio de legítima estricta lo hubiese reflejado así expresamente, tal y como sí hizo, por ejemplo, en cuanto a los posibles beneficiarios de la nueva sustitución fideicomisaria, de los que no cabe ninguna duda (los hijos o descendientes judicialmente incapacitados). A lo que hay que sumar que en realidad, la sustitución fideicomisaria de residuo es el tipo de sustitución más usada en la práctica. De hecho, razona LASARTE²⁸ que *«la sustitución fideicomisaria de residuo es más frecuente en la realidad que la sustitución fideicomisaria pura. Así se deduce de la jurisprudencia al respecto y así lo afirman la mayor parte de los Notarios, buenos conocedores por antonomasia de la práctica sucesoria. Valga pues la paradoja: el fideicomiso de residuo no puede ser considerado una figura residual en la práctica testamentaria, al menos si se le compara con la sustitución fideicomisaria propiamente dicha»*.

Pero una vez expuesta la importancia de la sustitución fideicomisaria introducida por la LPPD en nuestro ordenamiento, debemos hacernos las siguientes preguntas: ¿A qué personas beneficiará a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2015, si a través de dicha norma se entenderá por incapacitados todas las personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, haya visto o no modificada su capacidad de obrar? ¿Quiere ello decir que cualquier persona con discapacidad podrá verse beneficiada por la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta que introdujo la LPPD a favor de los incapacitados?

Pongamos un ejemplo práctico. Con la regulación actual, podemos exponer que los padres o ascendientes de un hijo o descendiente con discapacidad (imaginemos el caso de una persona afectada por una discapacidad visual o auditiva igual o superior al 65%; o una persona que debido a su adicción al alcohol o a las drogas le ha sido reconocido un grado de discapacidad psíquica del 33%) jamás podrán constituir una sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta a favor de esta persona con discapacidad, gravando con ello al resto de coherederos. Es decir, o se ha incapacitado a la persona con discapacidad mediante sentencia judicial firme, o no se podrá instituir fiduciario de la sustitución fideicomisaria que venimos estudiando.

Y así considero que debe continuar regulándose la institución, es decir, protegiendo únicamente a aquellas personas que debido a su enfermedad psíquica o mental no puedan autogobernarse, sin que se permita su establecimiento a favor de cualquier persona con discapacidad.

Teniendo en cuenta que la Ley 1/2015 también supone la sustitución del título del procedimiento actual de incapacitación por el de *procedimiento de*

modificación de la capacidad, tal vez la solución pase por permitir el tipo de protección que venimos estudiando únicamente a favor de aquellas personas que *hayan visto modificadas su capacidad de obrar*, es decir, aquellas cuyo antiguo (hoy aún vigente) procedimiento de incapacitación finalizase con sentencia estimatoria en cuanto a la necesidad de la modificación de su capacidad de obrar. ¿Y cómo se denominará a esas personas?

Habrà que esperar a ver con qué nos sorprende esta vez el legislador español.

V. CONCLUSIONES

Lo cierto a día de hoy es que la adaptación definitiva de dicho artículo (el de mayor trascendencia jurídica de toda la Convención) sigue sin producirse.

Y es que la adaptación del artículo 12 de la Convención obliga a los Estados Partes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (la capacidad jurídica de la Convención engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar española) en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que todas las personas con discapacidad que lo necesiten, se vean apoyadas o asistidas por otra persona sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad jurídica ni su capacidad de obrar.

Poco a poco parece que el legislador español se viene decantando por implementar el conflictivo artículo 12 de la Convención ONU a nuestro ordenamiento mediante una serie de adaptaciones y modificaciones de diversas normas, en vez de aprobar el tan anunciado Proyecto de Ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención.

Primero fue con el reconocimiento de nuestro Tribunal Supremo mediante la sentencia 282/2009 de 29 de abril de 2009, de la compatibilidad existente entre nuestro procedimiento de incapacitación y la Convención de la ONU, descartando con ello nuestro Alto Tribunal cualquier necesidad de sustituir dicho procedimiento por otro que se base en más apoyos a favor de las personas que los necesiten.

Años más tarde, a raíz de la sentencia 421/2013, de 24 de junio de 2013, el Tribunal Supremo fijó la curatela como el medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención, sentencia que en la actualidad, y debido a su interés casacional, siguen todas las Audiencias Provinciales españolas.

Y el último de los pasos dados por el legislador para que el artículo 12 de la Convención siga implementándose paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico es el de la sustitución de los términos procedimiento de incapacitación e incapacitado por los de modificación de la capacidad y persona con discapacidad necesitada de una especial protección.

¿Acierta con la inclusión del concepto *persona con discapacidad* en el nuevo término?

Bajo mi punto de vista no. Es más, considero que va a conllevar a ciertas confusiones en nuestra sociedad, que esperemos salve de forma rápida con la aclaración de las dudas planteadas en el presente estudio, el cual concluyo lanzando una pregunta al aire: ¿Por qué el legislador de 2015 no aprovechó la ocasión para disipar cualquier duda equiparando directamente la sentencia de incapacitación con la resolución administrativa que acredita la condición de discapacidad de una persona? ¿Por qué dejó igualmente pasar la oportunidad de establecer a qué personas podrá proteger, y cuáles no, el testador mediante la sustitución fideicomisaria que introdujo en su día la LPPD para proteger exclusivamente a los incapacitados?

VII. BIBLIOGRAFÍA

- 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 personas con discapacidad, *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2006, pp. 1099-2133.
- La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), Ibertuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, http://www.iberutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.html.
 - La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, Coordinación: M. Pereña Vicente, La Ley, Madrid, 2011, pp. 849-934.
 - 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), *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo, 2004, pp. 259-270.
 - Principios de protección jurídica del discapacitado, en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, pp. 93-116.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 53, enero-marzo de 2005.
- GARCÍA CANTERO, Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2014.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ PORRAS, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la*

- Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coords.), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005.
- Las Sustituciones Hereditarias, *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Coordinador Francisco Javier Sánchez Clavero, 4.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- GÓMEZ GÁLLIGO, La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado, en *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario*, núm. 687, enero-febrero de 2005.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, Editorial Marcial Pons, Madrid de 2011.
- *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, 5.^a Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona de 2008.
- LEÑA FERNANDEZ, R., Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacidad, patrimonio separado y legítima, Cuadernos de Derecho Judicial*, XX, 2005.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, a favor de las personas discapacitadas, en *La Encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, Director: José Pérez de Vargas Muñoz, Coordinación: Montserrat Pereña Vicente, La Ley, Madrid de 2011.
- PEREÑA VICENTE, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2006.
- RIPOLL SOLER, A., La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2004.
- VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010.

NOTAS

¹ Así se establece en el Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

² Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 96, de 21 de abril de 2008. Entrando definitivamente en vigor el 3 de mayo de 2008.

³ El artículo 29 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone: «*Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás*».

⁴ La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

⁵ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. Colección Por más Señas. p. 43.

⁶ GARCÍA CANTERO, Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa, en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, 2.014, p. 68.

⁷ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios.

⁸ Publicada en el *BOE* de 31 de marzo de 2015.

⁹ Tal y como se desprende del apartado XXVII de su Preámbulo.

¹⁰ Como establece la Disposición adicional primera.

¹¹ 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. Fue publicada en el *BOE* de 19 de noviembre de 2003.

¹² GONZÁLEZ PORRAS, Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, Casado Raigón y Gallego Domínguez (coords.), Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2005, pp. 699 y 700.

¹³ RD 1971/1999, de 23 de diciembre sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (*BOE* núm. 22, de 26 de enero de 2000), posteriormente modificado por el RD 1169/2003, de 12 de septiembre (*BOE* núm. 238, de 4 de octubre), por la Disp. Fin. 3.^a del RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (*BOE* núm. 45, de 21 de febrero), por el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (*BOE* núm. 96, de 21 de abril) que deroga el Anexo 2 y por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 26 de diciembre), que modifica tanto su título como su contenido en cuanto a la sustitución del término minusvalía por el de discapacidad.

¹⁴ Establece el artículo 12 del RD 1971/1999: «*Contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril*».

¹⁵ PEREÑA VICENTE, Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 53, 54, 55 y 56, la cual, centrándose en la medida de protección del patrimonio protegido, acaba confesando que «este es uno de los principales problemas de la Ley, que no ofrece el mismo grado de protección a los incapacitados judiciales y a los discapacitados. (...) Con toda seguridad, en la mayor parte de los supuestos en los que una persona está judicialmente incapacitada su grado de minusvalía será igual o superior al exigido por la Ley para constituir el patrimonio protegido, pero la sentencia de incapacitación, como hemos visto en el capítulo I, no será suficiente para proceder a su constitución».

¹⁶ Estipula, en primer lugar, la Exposición de Motivos de la LPPD, en su apartado III que: «*Esta constitución del patrimonio corresponde a la propia persona con discapacidad que vaya a ser beneficiaria del mismo o, en caso de que esta no tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores de acuerdo con los mecanismos generales de sustitución de la capacidad de obrar regulados por nuestro ordenamiento jurídico...*». En el mismo sentido, recoge el artículo 3.1.b) que: «*Podrán constituir un patrimonio protegido: Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente*». Entendemos que, al nombrar a los tutores o curadores de las personas que no tengan capacidad de obrar suficiente, se está refiriendo a personas que hayan sido judicialmente incapacitadas, ya que es esta la única forma legal de que se nombre un tutor o curador a favor de la persona que lo necesita.

¹⁷ Mientras que en el artículo 10.1 de la LPPD sí se concretiza que: «*Tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado...*», no ocurre lo mismo en la Exposición de Motivos, apartado VII de la misma Ley, donde se recoge que: «*Se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad*

para suceder abintestato el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida...». No especifica que se trate de una persona con discapacidad, sino que habla del causante, por lo que podría entenderse bien la persona con discapacidad bien la persona incapacitada judicialmente.

¹⁸ VIVAS TESÓN, *La dignidad de las personas con discapacidad. Logros y retos jurídicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2010, p. 55, considera que «Otra opción podría ser considerar innecesario que la persona incapacitada judicialmente deba tramitar la obtención de su certificado de discapacidad al reconocérsele esta automáticamente. (...) Así las cosas, creemos que el legislador debería recoger expresamente, a los efectos del Derecho civil, la equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad». RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *La reforma del Derecho de Sucesiones...*, *op. cit.* p. 359 entiende por su parte que «Mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin embargo, la afirmación inversa». DÍAZ ALABART, *Principios de protección jurídica del discapacitado, en Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, Bello Janeiro, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, p. 99, argumenta que «Es más, de la Exposición de Motivos de esta norma parece deducirse que el concepto de discapacitado pretende dejarse al margen de la incapacitación, como si ambas regulaciones transcurriesen absolutamente paralelas, lo cual es de todo punto imposible, puesto que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, si bien todos los discapacitados no siempre serán incapaces, porque aquel es un concepto más amplio que este». Continúa la autora DÍAZ ALABART, S., *et alii: La protección jurídica de las personas con discapacidad: (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibertuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, http://www.iberutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.html, exponiendo que «no presenta ningún problema que a los incapacitados judicialmente se les considere «discapacitados» en el sentido de la LPPD (...). A pesar de dicho silencio, como ya hemos señalado con anterioridad, todo incapacitado es un discapacitado, (pero no viceversa), por lo que podrá ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga esta Ley». Y en el mismo sentido, NÚÑEZ NÚÑEZ, *Diversos aspectos sucesorios introducidos por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, a favor de las personas discapacitadas*, en *La Encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Director: José Pérez de Vargas Muñoz, Coordinación: Montserrat Pereña Vicente, La Ley, Madrid, 2011, p. 963, quien afirma que en la práctica, todos los judicialmente incapacitados son discapacitados psíquicos, de manera que muchas veces las dos situaciones van juntas, si bien la Ley 41/2003 contiene normas que se aplican únicamente a uno de los dos supuestos.

¹⁹ Entre otras por la SAP de Cádiz (Sección 2.ª), de 21 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 144287), en la cual se equiparan las figuras de personas con discapacidad y de incapacitado, «sea cual sea el régimen peculiar del patrimonio de este, puesto que, en suma, estaríamos discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución del patrimonio separado a que se refiere la Ley 41/2003, sin que en nada difiera la naturaleza y fundamento de la venta de bienes de personas discapacitadas de la de los bienes de personas judicialmente incapacitadas, de modo que, si para aquellas es beneficioso el que se prescinda de la pública subasta en la enajenación de sus bienes, también habrá de serlo para estas».

²⁰ 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 personas con discapacidad), *cit.*, p. 2104 y en *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), p. 16, ya que en ambas considera que «Además el fiduciario ha de haber sido incapacitado. El fideicomiso así constituido está pues sometido a una condición esencial, la condición de incapacitado del fiduciario. No es una condición puesta por el testador, sino que está implícita en la propia figura, una «conditio iuris».

²¹ En tal sentido, entre muchos otros, LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil*, Tomo Séptimo, *cit.*, p. 128, establece que «Sin duda alguna, ambas modalidades son admisibles en la actualidad, dependiendo naturalmente de los términos en los que se emplee el testador». Cuando habla de «ambas modalidades» se refiere al fideicomiso de *eo quod supererit* y al de *si aliquid supererit*; o GONZÁLEZ PORRAS; *Las Sustituciones Hereditarias*, Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones. Coordinador Francisco Javier Sánchez Clavero, 4.^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 629, que dice: «Queda por hablar de una modalidad fideicomisaria no regulada en el Código Civil, pero que es frecuente en la vida real. Me refiero a las sustituciones fideicomisarias de residuo».

²² En este sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, *La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado*, *cit.*, p. 24, considera que «el fideicomiso regulado en los artículos 808 párrafo tercero, y 813 párrafo segundo, son siempre fideicomisos ordinarios, con obligación —salvo los supuestos excepcionales estudiados— de transmitir a los fideicomisarios todos los bienes gravados»; por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *El gravamen de la legítima en el Código civil. Situación de la reforma del mismo por la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, *cit.*, p. 133, expone que «en este sentido, no es posible acogerse por el testador a la posibilidad que otorga el párrafo segundo del artículo 783 del Código Civil de establecer un fideicomiso en el que el fiduciario cuente con la facultad de disposición. Ello nos parece que no es posible en este caso porque relegaría a los legitimarios a la condición de meros receptores del residuo, lo que debería haber sido expresamente autorizado por el legislador, pues conllevaría un mayor gravamen para la legítima de los no incapacitados (que pudiera quedar reducida a la nada)»; por último, LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003*, *cit.*, p. 195, entiende que «ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código civil no limitan el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliera la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».

²³ PEREÑA VICENTE, *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: Las soluciones del Derecho Civil*, *cit.*, pp. 121 y 122.

²⁴ RIPOLL SOLER, *La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo*, *cit.*, pp. 1751 y 1752.

²⁵ GONZÁLEZ PORRAS, *Algunas cuestiones sobresalientes en la reforma del Código Civil sobre la protección de las personas discapacitadas o incapacitadas*, en *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*, *cit.*, p. 709.

²⁶ DIAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *cit.*, pp. 261 y sigs.

²⁷ DIAZ ALABART, *La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente* (art. 808 Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), *cit.*, pp. 261 y sigs.

²⁸ LASARTE ALVAREZ, C., *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho Civil, Tomo Séptimo*, 5.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2008, p. 128.

*(Trabajo recibido el 18-5-2015 y aceptado
para su publicación el 25-6-2015)*

Dictámenes y Notas

El tratamiento registral de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas*

Property registry treatment of the early termination clauses of mortgages

por

LAURA ZUMAQUERO GIL

Profesora Ayudante-Doctora

Departamento de Derecho Civil, Derecho Eclesiástico del Estado y Derecho Romano

RESUMEN: El artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina científica, dividida entre aquellos autores que son favorables a la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las hipotecas, y aquellos otros que consideran que la redacción de este precepto impide a los registradores realizar un control de legalidad sobre este tipo de cláusulas al ordenar la transcripción de las mismas a efectos de publicidad noticia.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado recientemente admitiendo que el registrador realice una mínima actividad calificadora sobre las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, pudiendo denegar su inscripción solamente cuando su carácter abusivo pueda ser apreciado de manera objetiva. Aunque pueda considerarse un avance

* Este trabajo ha sido realizado dentro del Proyecto de Investigación «Mercado Hipotecario y Vivienda. Propuestas de reforma (DER 2012, 32742)», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por la Dra. Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga.

respecto al criterio que ha venido manteniendo la Dirección General desde los años noventa en contra de la calificación registral de este tipo de cláusulas, esta solución no es suficiente, al seguir privando de autonomía a los registradores a la hora de calificar las cláusulas abusivas de un contrato. Esta doctrina limita claramente el control preventivo que deben realizar los registradores en aras a una efectiva protección de los consumidores.

ABSTRACT: Article 12 of the Mortgage Law has been interpreted differently by the scientific doctrine, divided between those authors who are agree with the registration qualification of early termination clauses and those who believe that this article doesn't let Registrars perform legality of such clauses to order the transcript of the same for purposes of advertising news.

The Directorate General of Registries and Notaries has recently confirmed that the Registrar can make a minimum qualifying activity on the early termination clauses, may refuse registration only if it is unfair to be assessed objectively. Although it may be considered an improvement on the opinion that has maintained the Directorate General since the nineties against the registration qualification of such clauses, this solution is not enough autonomy to continue depriving the Registrar when qualifying unfair terms of a contract. This doctrine clearly limits the preventive control to be performed by registrars in order to effective consumer protection.

PALABRAS CLAVE: Calificación registral. Cláusulas de vencimiento anticipado. Hipotecas. Cláusulas abusivas. Control preventivo.

KEY WORDS: Registry qualification. Early termination clauses. Mortgages. Unfair terms. Preventive control.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTROL DE LEGALIDAD DEL REGISTRADOR Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.—III. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LAS HIPOTECAS.—IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del

sistema hipotecario y financiero, otorga nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, estableciendo, en su párrafo segundo, la obligación del registrador de hacer constar en el Registro las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas en los mismos términos en los que aparecen en la escritura de constitución, siempre y cuando se trate de entidades contempladas en el artículo 2 de la Ley y se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real. Este precepto ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de la doctrina científica, dividida entre aquellos autores que consideran que el legislador ordena la mera transcripción de la cláusula en cuestión, sin que pueda entrarse a valorar la validez del contenido de la misma; y aquellos otros que defienden la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado y, por consiguiente, su calificación al tratarse de cláusulas que inciden directamente en el procedimiento de ejecución hipotecaria.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha interpretado la expresión «hacer constar» en el sentido de un mandato dirigido a los registradores para que realicen una mera transcripción de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas que tuviesen vocación de acceder al Registro a efectos de publicidad noticia. Esto hace que queden excluidas del control de legalidad, ya que el hecho de transcribir no permite entrar a valorar su contenido.

La aplicación de esta doctrina ha supuesto un grave problema en el caso de contratos celebrados con consumidores, puesto que ha permitido que prosperen multitud de ejecuciones hipotecarias con fundamento en cláusulas de vencimiento anticipado nulas por abusivas.

Este criterio ha sido recientemente modificado por la Dirección General de los Registros y del Notariado al permitir que el registrador deniegue el acceso al Registro de la propiedad de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas, si tras una previa labor calificadora detecta el carácter abusivo de la misma, no siendo necesario, tal y como se venía exigiendo con anterioridad, que se haya dictado una sentencia judicial previa que declare la cláusula nula por abusiva. Simplemente bastará con que se determine su abusividad a partir de criterios objetivos que no requieran de valoración de las circunstancias del caso concreto.

Esto supone una nueva restricción a la función calificadora de los registradores, que siguen sin gozar de plena autonomía a la hora de controlar la legalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en las escrituras. De hecho, solamente podrán denegar el acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado si existe una sentencia judicial que declare su nulidad (sin necesidad de que haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación), si infringen normas imperativas o prohibitivas o cuando la determinación del carácter abusivo de la cláusula pueda realizarse de forma objetiva sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto; esto es, cuando puedan insertarse en la llamada lista negra de cláusulas abusivas.

En aplicación de esta nueva doctrina, el registrador deberá permitir el acceso al Registro de aquellas cláusulas que resulten abusivas en virtud de los parámetros que establece el artículo 82 del Texto Refundido de Consumidores y Usuarios, pero que no han sido objeto de pronunciamiento judicial ni pueden incardinarse en alguno de los supuestos contemplados en los artículos 85 a 91 del Texto Refundido de Consumidores.

A lo largo de este trabajo reflexionaremos acerca de la necesidad de reabrir el debate sobre el control registral de las cláusulas abusivas y, en particular, de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas a partir de la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

II. CONTROL DE LEGALIDAD DEL REGISTRADOR Y CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificadora debe controlar la legalidad de los documentos que se presenten a Registro para su inscripción. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece el alcance de esta calificación, señalando que el control de legalidad debe extenderse no solo a las formas extrínsecas del documento presentado, sino también a la capacidad de las partes y a su validez, cuando se trate de escrituras públicas¹.

Calificar supone, en palabras de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (2001, p. 552), «*decidir si el hecho del cual se solicita el asiento llega al Registro con los requisitos exigidos por la ley para ser registrable*»²; o —como afirma LACRUZ (1979, p. 127)— «*examinar los diversos aspectos del instrumento supuestamente inscribible sometidos al juicio del registrador, para decidir si el acto o contrato contenido en él puede tener acceso a los libros o bien si debe denegar la práctica del asiento*»³. El registrador comprobará y examinará la legalidad de los títulos presentados antes de proceder a la inscripción de los mismos registrándolos, si ello es procedente, o denegando o suspendiendo su inscripción, cuando no sean conformes a Derecho⁴. En el caso de las escrituras públicas de hipoteca la calificación se proyecta sobre la validez del acto inscribible, pero también sobre la existencia y condiciones del derecho adquirido⁵.

La calificación de los títulos inscribibles es el medio adecuado para hacer efectivo el principio de legalidad que impone que los títulos sobre los que se pretende la inscripción sean sometidos a examen con el objetivo de que al Registro solamente tengan acceso los títulos válidos desde un punto de vista formal y material, lo que concuerda con un sistema registral en el cual lo que accede al Registro se presume exacto o acorde con la realidad jurídica⁶. Con los medios que posee, el registrador decidirá si el documento que se presenta a inscripción reúne los requisitos para su acceso al Registro. Entre los medios

de que dispone el registrador se incluyen las leyes que integran nuestro Ordenamiento jurídico, de tal modo que el registrador deberá comprobar si los documentos presentados a inscripción se adecuan o no a ellas⁷.

En el caso de los contratos con condiciones generales de la contratación celebrados con consumidores ha sido una cuestión bastante discutida si su clausulado podía ser objeto de control por parte del registrador, de manera que pudiera suspender la inscripción en el caso de detectar cláusulas abusivas. La posición que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha mantenido sobre este particular desde los años noventa ha sido la de negar que el registrador pueda realizar un control de legalidad sobre las condiciones generales suspendiendo la inscripción, si no ha existido previamente una sentencia judicial que así las declare y haya sido inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, exigencia esta última que se ha visto suavizada en resoluciones posteriores en las que únicamente se exige que se haya dictado sentencia judicial declarando su nulidad. El argumento principal reside en que los medios de que dispone el registrador para la calificación le impiden conocer verdaderamente el carácter abusivo de la cláusula, ya que para ello necesita atender a circunstancias extrarregistrales. Conceptos como «la buena fe» y «el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes» son conceptos imprecisos o indeterminados que hay que valorar para determinar si una cláusula es abusiva o no, y esos conceptos no pueden extraerse de la propia escritura. Admitir dicho control implicaría —a juicio de la Dirección General— otorgarle al registrador funciones jurisdiccionales que no posee⁸.

Este criterio ha sido defendido por la Dirección General de los Registros y del Notariado no solo bajo la vigencia de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), sino también tras la Directiva 93/13/CCE, de 5 de abril, del Consejo sobre cláusulas abusivas e incluso tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁹. Mientras inicialmente se hacía referencia a que la regulación del artículo 10 LGDCU no podía ser aplicable *ipso iure*, posteriormente se pasa a defender la falta de medios del registrador para apreciar el carácter abusivo de una cláusula¹⁰.

Esta tesis ha sido admitida por un amplio sector de la doctrina científica que ha visto con buenos ojos que el registrador no entre a valorar el carácter abusivo de las condiciones generales del contrato¹¹. Sin embargo, no falta autores que se han mostrado favorables a la calificación por parte del registrador de las cláusulas abusivas de los contratos. En este sentido, se han manifestado MIGUEL GONZÁLEZ (2011, p. 768)¹², BUSTO LAGO (2001, p. 1963)¹³, ALBIEZ DOHRMANN (1993, p. 1437)¹⁴, GALLEGO DOMÍNGUEZ (2006, p. 718)¹⁵ o BALLUGUERA GÓMEZ (2000, p. 29)¹⁶. Para estos autores el control de validez es un control legal que no requiere de sentencia judicial para que

dichas cláusulas puedan tenerse por no puestas, teniendo en cuenta los efectos que el legislador prevé para el caso de cláusulas abusivas.

Que el control de validez es un control legal ha sido admitido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 4 de junio de 2009 (caso Pannon, C-43/08), en un supuesto en el que se planteaba la interpretación que debía realizarse del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Luxemburgo se pronunció en el sentido de que una cláusula abusiva no vincula al consumidor, aunque este no la haya impugnado previamente, ni exista una sentencia judicial que así lo declare.

Esta interpretación del artículo 6 de la Directiva ya fue puesta de manifiesto por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de octubre de 2006, en el caso Mostaza Claro (asunto C-168/05) y ha sido acogida más recientemente en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, en el caso Banco Español de Crédito (asunto C-618/10), y en la sentencia de 14 de marzo de 2013, en el caso Aziz (asunto C-415/11), en relación con la calificación de las cláusulas financieras abusivas, recordando el deber de actuación de las autoridades públicas para cumplir el contenido de la Directiva 93/13/CE.

Aunque esta última tesis parece más conforme tanto con la normativa de protección de los consumidores, en su mayoría de origen comunitario, como con nuestro sistema registral, sin embargo, la redacción otorgada al artículo 84 TRLGDCU ha venido a complicar el problema, al reproducir el contenido del artículo 10.6 de la antigua Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tras su modificación por la LCGC, en relación a la función de registradores y notarios ante las cláusulas abusivas de un contrato¹⁷: *«los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en lo que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación»*.

Este precepto admite que el registrador deniegue el acceso al Registro de la propiedad de las cláusulas que sean declaradas abusivas por sentencia judicial pero no se refiere a aquellas otras que pueden serlo, pero que por el contrario no han sido objeto de un pronunciamiento judicial previo. No obstante, el contenido de este artículo ha venido a ser interpretado tanto por un amplio sector de la doctrina científica como por la Dirección General de los Registros y del Notariado a *sensu* contrario, en el sentido de no admitir la calificación del registrador respecto de aquellas cláusulas que no hayan sido declaradas abusivas mediante sentencia judicial¹⁸. Consideran que lo contrario llevaría a una situación de inseguridad jurídica para los consumidores que verían como las mismas cláusulas pueden acceder o no al Registro dependiendo de la inter-

pretación que se realice de ellas, haciendo depender de valoraciones subjetivas del registrador su validez o nulidad¹⁹.

Para MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 772) sacar esta frase de contexto puede llevar a una lectura contradictoria con los artículos que establecen la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas (arts. 8 LCGC y 83.1 TRLGDCU), con el principio de legalidad de los artículos 9 y 103.1 de la Constitución española, con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, así como con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁰. Para evitar dicha circunstancia este precepto debe ser interpretado —a juicio de este autor— en el sentido de exigir que los registradores denieguen el acceso al Registro de esas condiciones, sin que ello suponga permitir que el resto de condiciones nulas de pleno derecho puedan acceder al Registro²¹. La interpretación que propone MIQUEL GONZÁLEZ (2010, p. 43)²², y que ha sido seguida por otros autores²³, es considerar que el artículo 84 simplemente nos dice que las cláusulas declaradas nulas por abusivas por sentencia judicial inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no deben acceder al Registro, lo cual no empuja a que otras cláusulas abusivas no declaradas nulas por sentencia judicial puedan resultar no inscritas en estricto cumplimiento de la normativa de consumidores y de la propia esencia de los actos nulos de pleno derecho, que no requieren de declaración de nulidad para considerarlos sin efectos. Ya advertía DE CASTRO (1949, p. 475), en su obra *Derecho Civil de España*, que «la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las leyes significa que no es precisa la declaración judicial previa y es obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación»²⁴.

Por su parte, el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, que no ha sido por el momento modificado, parece apuntar en este último sentido al señalar que «el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Este precepto permite una interpretación más amplia de las funciones calificadoras del registrador en el caso de contratos celebrados con un consumidor al admitir que el registrador deniegue el acceso al Registro de aquellas cláusulas que sean nulas conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 10 bis LGDCU, que en la regulación actual se corresponde con el listado de cláusulas abusivas contenido en los artículos 85 a 91 TRLGDCU²⁵, no resultando estrictamente necesario que aparezcan integradas en las condiciones generales de la contratación.

En este sentido, parece que el legislador está autorizando al registrador a no inscribir aquellas cláusulas que son consideradas en todo caso como abusivas al aparecer en la *lista negra* y que no requieren de interpretación alguna por su parte. No obstante, hay que tener en cuenta que el que aparezcan en dicho listado no exime en ocasiones de la necesidad de realizar una valoración para

detectar si la cláusula puede tacharse de abusiva en el caso concreto. Es el caso de las cláusulas en las que se establece una indemnización desproporcionadamente alta o que reservan al empresario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, ambos supuestos incardinados en el artículo 85 TRLGDCU²⁶.

Tampoco podemos perder de vista lo que el artículo 103 de la Constitución Española establece en relación a los funcionarios públicos. El registrador, como funcionario público que es, se encuentra sometido a la Ley en su actividad profesional y, por tanto, debe aplicarla a la hora de ejercitar sus funciones calificadoras. La denegación del acceso de determinadas cláusulas al Registro de la propiedad por resultar contrarias a normas imperativas, previa la oportuna calificación, es el reflejo de la labor que debe realizar el registrador como funcionario defensor de la legalidad vigente, que debe además velar por la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, de manera que los derechos de terceros resulten protegidos y no se vean posteriormente afectados por la entrada al Registro de títulos nulos²⁷. Y precisamente, en esa labor de respeto a la ley, la normativa de consumidores permite en numerosas ocasiones al registrador realizar esta calificación sin necesidad de acudir a medios extrarregistrales, sino al análisis exclusivo del contenido del título presentado. Con él se puede llegar a la conclusión de que en el mismo se han insertado cláusulas que contravienen la buena fe objetiva rompiendo el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, de forma que perjudiquen al consumidor. Ello interpretado conjuntamente con el artículo 18 LH, que obliga al registrador en el caso de las escrituras públicas a controlar la validez de su contenido, lleva a la conclusión de que el registrador debe aplicar el derecho y, por consiguiente, también las normas sobre protección de consumidores, detectando las cláusulas que puedan resultar abusivas, no solo por constar en la llamada lista negra o porque hayan sido declaradas nulas por sentencia, sino también porque no cumplan los requisitos contenidos en el artículo 82 TRLGDCU, esto es que, en contra de la buena fe produzcan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor²⁸. Tampoco hay que olvidar que los efectos de la nulidad son *ipso jure*, siendo obligación de todos los funcionarios públicos negarles su cooperación, debiendo rechazar de plano todo acto o contrato contrario a la ley.

Que el registrador no sea juez no le impide realizar valoraciones con los documentos de que dispone. Otra cosa es que los medios no sean deseables, en cuyo caso, si de las circunstancias que puede valorar el registrador no puede denegar la inscripción porque no dispone de datos suficientes para considerar una cláusula abusiva, no podrá calificarla como nula y, por tanto, deberá inscribirla. Pero esto es muy diferente a entender que los registradores no pueden denegar la inscripción de las cláusulas abusivas, salvo que una sentencia judicial así lo declare.

Este criterio ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, que otorga un papel activo al registrador en el control de las cláusulas abusivas al reconocer la posibilidad de que el registrador pueda denegar el acceso al Registro de las condiciones generales que puedan resultar abusivas. En base a esta doctrina la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante resolución de 1 de octubre de 2010, admite una mínima actividad calificadora por parte del registrador de las cláusulas financieras o de vencimiento anticipado de las hipotecas, pudiendo denegar el acceso al Registro de la propiedad no solo de aquellas cláusulas que hayan sido declaradas nulas mediante sentencia judicial, sino también de aquellas otras que infrinjan una norma imperativa o estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente de abusividad. Sobre el concreto contenido de esta resolución nos referiremos al tratar el control de legalidad preventivo de las cláusulas de vencimiento anticipado.

III. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

Es relativamente frecuente encontrar en los contratos de préstamo hipotecario cláusulas que permiten el vencimiento anticipado de la deuda para el caso de que concurran determinadas circunstancias que pueden estar relacionadas con el incumplimiento de la obligación principal o con la falta de cumplimiento de obligaciones accesorias²⁹. De concurrir tales circunstancias, el acreedor podrá dar por vencida la deuda exigiendo la totalidad del pago, al haber perdido el deudor todo derecho al plazo. No siendo posible afrontar el pago íntegro de la misma por parte del deudor, se podrá proceder a la ejecución de la hipoteca.

La cláusula de vencimiento anticipado se convierte así en un mecanismo de protección del acreedor frente al deudor que nace de la pérdida de confianza del acreedor en la persona del deudor y la necesidad de conceder al acreedor una protección más vigorosa ante una espera que puede resultar altamente perjudicial para este³⁰.

Aunque el artículo 1129 del Código Civil establece los supuestos legales que originan el vencimiento anticipado de la obligación, sin embargo, esta enumeración no es considerada *numerus clausus* por nuestros tribunales³¹. El Tribunal Supremo ha admitido en reiteradas ocasiones la posibilidad de que las partes acuerden la inclusión de otro tipo de causas, distintas a las contempladas en el Código Civil, que activen el vencimiento de la deuda de forma anticipada, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, y siempre que concurra justa causa que justifique su inserción en el contrato, lo cual sucederá si existe «una verdadera y manifiesta dejación por parte del deudor de las obligaciones de carácter esencial»³².

Pero cuando se trata de contratos con condiciones generales de la contratación celebrados con consumidores hay que tener en cuenta que el principio de autonomía de la voluntad no juega del mismo modo, y aunque debemos partir de la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en este tipo de contratos, sin embargo, no son pocos los casos en los que nuestros tribunales han declarado abusivas cláusulas de vencimiento anticipado por producir un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor³³.

Desde el punto de vista registral, uno de los mayores problemas que se han planteado en relación a las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas es aquel relativo a su calificación registral. Con anterioridad a la reforma operada en materia hipotecaria, mediante Ley 41/2007, los problemas se centraban en el posible acceso de las cláusulas de vencimiento anticipado al Registro de la propiedad. Se consideraba que al ser cláusulas contractuales de naturaleza obligacional y sin ninguna eficacia real, estas no debían en ningún caso acceder al Registro³⁴. Este problema fue superado años más tarde al considerar la Dirección General de los Registros y del Notariado que a pesar de tratarse de una cláusula de naturaleza obligacional, sin embargo, las repercusiones que la misma tiene sobre la ejecución hipotecaria debían hacer admisible su inscripción. Denegar por el registrador el acceso al Registro de este tipo de cláusulas supondría que, aunque concurriesen las condiciones necesarias para su activación, dichas cláusulas tendrían un efecto *inter partes*, no pudiendo el acreedor hipotecario solicitar la ejecución por el procedimiento directo con fundamento en la misma, por no constar dicho pacto inscrito en el Registro de la propiedad. De ahí que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya cambiado más tarde su criterio en el sentido de admitir el acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas³⁵.

Este criterio encuentra apoyo legislativo en el artículo 693.2 de la Ley 7/2000, de Enjuiciamiento Civil, que en su redacción originaria ya establecía para el caso de ejecuciones hipotecarias promovidas con fundamento en la activación de una cláusula de vencimiento anticipado, la necesidad de que dicho pacto constase inscrito en el Registro de la propiedad, requisito que se mantiene en la actualidad tras la reforma del citado precepto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. También en el artículo 12, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, tras su nueva redacción, al permitir el acceso al Registro de la propiedad de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en los contratos de préstamo hipotecario; y en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, que recoge la necesidad, para que prospere el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, de que dicha ejecución tenga lugar sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título y que además hayan sido recogidos en el respectivo asiento.

Superada ya esta cuestión, el problema se centra en la actualidad en la interpretación que deba realizarse del artículo 12, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria, en relación al control de legalidad que debe llevar a cabo el registrador respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, teniendo en cuenta el tenor literal del citado precepto que establece que *«las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización»*.

Este precepto parece impedir la calificación registral de este tipo de cláusulas al ordenar a los registradores que estas accedan al Registro de la propiedad en los mismos términos en que fueron redactadas en la escritura de hipoteca³⁶. De hecho, si acudimos al preámbulo de la Ley 41/2007, que modifica la Ley Hipotecaria en el sentido indicado, en él se hace referencia a la importancia de esta medida para evitar calificaciones registrales discordantes: *«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real»*.

Con esta reforma se trata de evitar que los registradores apliquen las reglas de control de legalidad a través de la calificación porque ello supondría que existiese diversidad de calificaciones registrales y, por consiguiente, una falta de uniformidad en los asientos de inscripción de las hipotecas, lo que a juicio del legislador no favorecería en absoluto el impulso y fomento del mercado hipotecario.

Esta interpretación ha sido adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en distintas resoluciones. A modo de ejemplo pueden citarse las resoluciones de 2 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8196], 21 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 2086], 1 de febrero de 2008 [RJ 2008, 633], 28 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2792], 29 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2793], 6 de marzo de 2008 [RJ 2008, 805], 10 de marzo de 2008 [RJ 2008, 806], 14 de marzo de 2008

[RJ 2008, 2103], 19 de marzo de 2008 [RJ 2008, 1483], 25 de marzo de 2008 [RJ 2008, 8277], 5 de mayo de 2008 [RJ 2008, 2795], 6 de mayo de 2008 [RJ 2008, 2796], 24 de julio de 2008 [RJ 2008, 7718]³⁷. En ellas se establece la imposibilidad de que el Registrador entre a calificar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas, debiendo limitarse a transcribir su contenido: «[...] el Registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el Registro, esto es, a transcribir sin más las mismas [...]»³⁸. Por otra parte, se hace referencia una y otra vez a que el Registrador no puede emitir juicios de valor acerca de la legalidad de las estipulaciones ni proceder a la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas por corresponder en exclusiva a los tribunales³⁹.

Esta regla contenida en el artículo 12 LH choca frontalmente con nuestro sistema hipotecario, que es precisamente de inscripción, además de poner en tela de juicio la labor del registrador, que a pesar de estar obligado por ley a controlar la legalidad de aquellos actos que acceden al Registro, sin embargo, se ve privado de estas funciones cuando se trata de cláusulas de vencimiento anticipado que son abusivas, pero que no han sido declaradas como tal por una sentencia judicial⁴⁰.

Se trata de una limitación en toda regla del juego del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que debe resolverse mediante una interpretación integrada de las normas que componen nuestro Ordenamiento Jurídico. Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ (2013, p. 226) esta doctrina aplicada por la Dirección General de los Registros desde antes de la reforma de 2007 y en resoluciones posteriores, es totalmente errónea porque ha favorecido la ejecución hipotecaria con cláusulas abusivas, distinguiendo la nulidad de pleno derecho derivada de la aplicación de las normas de consumidores de la nulidad de pleno derecho derivada de la aplicación de otras normas jurídicas, cuando se trata de la misma nulidad⁴¹.

En aplicación del artículo 83 TRLGDCU los registradores deben denegar el acceso al Registro de la propiedad de las cláusulas de vencimiento anticipado que sean nulas de pleno derecho por resultar abusivas. La redacción del artículo 84 TRLGDCU no impide que las cláusulas que sean abusivas y no hayan sido declaradas nulas por sentencia judicial inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación no accedan al Registro de la propiedad, sino que simplemente establece que las que cumplan tales requisitos no accederán al Registro. De hecho, la Ley 2/2009, de 31 de marzo por la que se regula la contratación con los consumidores de los créditos o de los préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito establece en su artículo 18 que los registradores denegarán la inscripción de escrituras públicas de préstamos y créditos hipotecarios cuando no cumplan la legalidad vigente. Esta Ley autoriza a los registradores a denegar la inscripción de las escrituras públicas en el caso de préstamos con garantía hipotecaria cuando esta no cumpla la legalidad vigente, esto es, cuando infrinjan también la normativa de consumidores⁴².

El registrador debe argumentar las razones que le han llevado a considerar una cláusula abusiva y denegar su acceso al Registro, sin que ello deba entenderse como una usurpación de las funciones judiciales ni una declaración de nulidad en sentido estricto, sino como una forma de cumplimiento del mandato que la ley dirige a los registradores para que cumplan la ley en el ejercicio de su función calificadora.

Las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas no deben ser una excepción a la doctrina relativa a la calificación de las condiciones generales contenidas en los contratos celebrados con consumidores.

Esta última doctrina fue acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 al referirse al papel activo que el registrador debe desempeñar en presencia de una cláusula abusiva. Esta sentencia ha venido a considerar como no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado, confirmando así la necesidad de proceder a su calificación porque solo así es posible inscribir unas y excluir otras⁴³.

En consonancia con esta doctrina del Tribunal Supremo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la resolución de 1 de octubre de 2010⁴⁴, cambia de criterio reinterpretando la función del Registrador, de manera que pueda realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas de vencimiento anticipado, en virtud de la cual pueda rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de la propiedad de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, debiendo limitarse a las que estén afectadas de una tacha de abusividad apreciable objetivamente. La Dirección General fundamenta este cambio de criterio en atención a las siguientes consideraciones:

1.º La necesidad de interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria en consonancia con los principios registrales y las normas de protección de los consumidores, y, por consiguiente, con el artículo 18 de la Ley 2/2009, que reafirma el control de legalidad de los notarios y registradores. En este sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma lo siguiente: *«[...] lo cierto es que no resulta admisible interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria de forma aislada sino mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa distintos de los refrendados. De este modo, los objetivos perseguidos con la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada*

a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo [...]».

2.º La importancia de atender a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea teniendo en cuenta el origen comunitario de gran parte de la normativa española de protección de los consumidores. Esta doctrina incide reiteradamente en la idea de que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor.

La Dirección General de los Registros y del Notariado hace referencia a la sentencia von Kolson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo que señala la obligación de los Estados miembros, derivada de la Directiva, de conseguir el resultado que la misma prevé, así como el deber de adoptar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento, lo que se impone a las autoridades de los Estados miembros, incluidos tanto notarios como registradores.

En este sentido resultan especialmente significativas las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (caso Banco Español de Crédito; C-618/10) y 14 de marzo de 2013 (caso Aziz; C-415/11), que hacen referencia al principio de efectividad de las Directivas Comunitarias en relación a la protección de los consumidores.

En el caso Banco Español de Crédito, la Audiencia Provincial de Barcelona planteó una cuestión prejudicial para conocer, entre otras cuestiones, si la cláusula de intereses moratorios contenida en el contrato de crédito al consumo y que se activó a partir del vencimiento anticipado de la deuda, podía ser declarada nula de oficio por un tribunal por ser abusiva, en aplicación de los dictados del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE, que establece que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor; incluso en el curso de un procedimiento monitorio y sin que el consumidor hubiera formulado oposición alguna.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce que la normativa española no se ajusta al principio de efectividad por hacer excesivamente difícil la protección que dispensa la Directiva, ya que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula, si el consumidor no ha formulado oposición.

A partir del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo, la Audiencia Provincial de Barcelona declara la nulidad del tipo de interés de demora del 29%, lo que ha posibilitado entre los jueces de instancia la posibilidad de excluir las cláusulas abusivas a pesar de no existir oposición.

Esta doctrina permite también al registrador calificar las cláusulas abusivas al ser nulas y no vincular al consumidor, y, por consiguiente, denegar su acceso al Registro, sin que puedan ser integradas de ningún modo.

En el caso Aziz se cuestiona también la validez de un pacto de intereses de demora del 18,75%, además de la legalidad de la cláusulas de vencimiento anticipado en caso de un solo impago de principal e intereses. A partir de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona,

acerca de la adecuación del derecho español a la Directiva 93/13/CEE, dada la dificultad de garantizar la protección del consumidor en un procedimiento de ejecución hipotecaria, debido a las escasas posibilidades de alegar el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario y cuya ejecución puede estar basada en una cláusula nula, nuevamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refiere a la necesidad de que el juez de oficio aprecie el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de la Directiva para poder subsanar el desequilibrio existente, reconociendo que la normativa procesal española no permite garantizar el principio de efectividad, al no permitir que el juez que conoce del procedimiento declarativo abierto adopte medidas cautelares que puedan suspender el procedimiento de ejecución hasta que se determine si la cláusula en la que se funda la ejecución es o no abusiva. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea da una serie de pautas al juez español para poder determinar si en el caso concreto la cláusula de vencimiento anticipado puede considerarse abusiva por infringir la Directiva⁴⁵.

3.º La oponibilidad que las cláusulas de vencimiento anticipado tienen frente a terceros y la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en esas cláusulas. El estar contenidas en el asiento de inscripción es lo que verdaderamente legitima el ejercicio de la acción real hipotecaria con fundamento en las mismas. El artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala que el procedimiento de ejecución directa de los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos que estén contenidos en el título pero que a su vez hayan sido inscritos en el respectivo asiento.

A partir de estos argumentos la Dirección General de los Registros y del Notariado concluye que *«solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de los consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una moralización en cuanto a su extensión»*.

Este criterio ha sido confirmado posteriormente por las resoluciones de 4 de noviembre de 2010 [RJ 2011, 2461], 21 de diciembre de 2010 [RJ 2011, 263], 11 de enero de 2011 [RJ 2011, 269], 8 de junio de 2011 [RJ 2012, 3168], 13 de septiembre de 2013 [RJ 2013, 8277] y 18 de noviembre de 2013 [RJ 2013, 8046]. En estas resoluciones se admite la calificación negativa por parte del registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas por

abusivas, siempre y cuando tal carácter pueda ser determinado a partir de la aplicación de una norma imperativa, de una sentencia judicial que así la declare o cuando incurran en una tacha apreciable objetivamente de abusividad. En último término, la función calificadoradora se limitará a «*la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos*». En otro caso la cláusula de vencimiento anticipado seguirá el sistema de transcripción a efectos de mera publicidad noticia y no podrá ser denegado su acceso al Registro.

Esta doctrina ha sido seguida por la Audiencia Provincial de Tarragona, que en la sentencia de 1 de abril de 2011 [AC 2011, 1178], revocó la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 24 de julio de 2008, mediante la cual se dejaba sin efectos la calificación negativa por parte de la registradora de las cláusulas de vencimiento anticipado, en aplicación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. El debate que se produce en la instancia gira en torno a la competencia de la registradora para calificar las cláusulas de vencimiento anticipado, teniendo en cuenta que había denegado su acceso al Registro.

El Juzgado de Primera Instancia aplica la vieja doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en consecuencia considera incompetente a la registradora para valorar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en la hipoteca. Tras el correspondiente recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Tarragona falla a favor de la anulación de la citada resolución con fundamento en la nueva doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de 16 de diciembre de 2009, y de la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de 2010, admitiendo que los registradores pueden calificar este tipo de cláusulas y, por tanto, apreciar su abusividad, siempre que se trate de cláusulas cuyo carácter abusivo no requiera de juicio de ponderación alguno:

«[...] De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadoradora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo queda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadoradora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que la exprese), sin que puedan entrar

en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p. ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial. Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos, sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente convertiría la intervención del Registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva».

La Audiencia Provincial de Tarragona destaca la importancia de esta nueva doctrina, que altera claramente la interpretación que del artículo 12 de la Ley Hipotecaria se ha venido haciendo durante años, al permitir la calificación por parte del registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas. Considera la Audiencia Provincial que se trata de una interpretación más acorde con la normativa registral:

«En este punto, es preciso poner de manifiesto que si bien lo resuelto por la Dirección General no vincula a la Sala, el hecho de que la misma altere radicalmente la interpretación del repetido artículo 12 de la LH y la circunstancia de que la nueva interpretación se funde, en gran medida, en los argumentos expuestos en la referida sentencia del Tribunal Supremo, lleva necesariamente a la Sala a la conclusión contraria a la que con base en la anterior doctrina del citado Centro Directivo, adoptó la sentencia que ahora se recurre. Partiendo de lo anterior, resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la LH no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción. No debe de olvidarse que dicho precepto, sin diferenciación alguna de los extremos asentados en el Registro, indica que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». Como ya se ha señalado y expresa la DGRN en sus últimas resoluciones citadas, una interpretación diferente supondría la exclusión

de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello. A tal efecto, para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que recogen las resoluciones de la DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula».

En esta misma línea, la Audiencia Provincial de Málaga, en las sentencias de 23 de abril de 2012⁴⁶ y 17 de abril de 2013⁴⁷, tras referirse al control de legalidad por parte del Registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado, admite la necesidad de interpretar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria conjuntamente con el resto de las normas que operan en relación al mercado hipotecario y, por tanto, con los principios que inspiran las normas de protección de los consumidores.

Aunque la Audiencia Provincial llega a la conclusión de la imposibilidad de excluir de manera absoluta la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, sin embargo, considera limitado este control a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente de abusividad.

En el caso de la sentencia de 23 de abril de 2012 se planteaba si la calificación negativa realizada por el registrador, con fundamento en el carácter abusivo de la cláusula, era o no conforme a los dictados del artículo 12 de la Ley Hipotecaria. La Audiencia Provincial de Málaga interpreta el artículo 12, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria en un doble sentido:

1.º Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras han de inscribirse en el Registro de la propiedad, siempre y cuando el registrador haya calificado favorablemente el resto de cláusulas con trascendencia real.

2.º El reflejo registral de dichas cláusulas se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, salvo que hubiera sido declarada nula por sentencia judicial o fuera contraria a una norma imperativa, no pudiendo el registrador entrar a valorar circunstancias del caso concreto.

A pesar de que Audiencia Provincial de Málaga ve clara la finalidad del legislador (limitar el juego del artículo 18 LH), no obstante se muestra conforme con la necesidad de interpretar esta norma de forma coherente con el resto de normas de protección de los consumidores en el mercado hipotecario. El resultado de tal interpretación le impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de las

hipotecas, aunque sí habla de modalización en cuanto a su extensión, no pudiendo ir más allá de aquellas cláusulas afectadas de una tacha de abusividad apreciable objetivamente, debiendo el resto ser declaradas abusivas mediante sentencia judicial.

En la sentencia de 17 de abril de 2013 la Audiencia Provincial de Málaga reproduce idéntica doctrina en un caso en el que se plantea la adecuada revocación por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado de la calificación negativa de las escrituras públicas de hipoteca, en virtud de las cláusulas de vencimiento anticipado. Esta sentencia admite la calificación registral negativa de las cláusulas de vencimiento anticipado únicamente cuando pueda ser determinada su abusividad de forma objetiva, salvo que exista una sentencia judicial que así lo declare o infrinjan claramente una norma imperativa o prohibitiva.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión, sorprendentemente anulando la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona. Tras referirse el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de septiembre de 2013⁴⁸, a la correcta interpretación que realiza la Audiencia Provincial del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en conexión con otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, como el artículo 18 de la ley 2/2009, o la normativa general de protección de consumidores, recogiendo así la nueva doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, no obstante, revoca la sentencia de la Audiencia, dejándola sin efectos y otorgando eficacia a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que precisamente niega la validez de esta nueva doctrina⁴⁹. Esto resulta un tanto extraño cuando además en el propio fundamento jurídico tercero se afirma lo siguiente: *«Sucedee que esta es la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, que trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos»*.

La explicación de tal revocación la encontramos en el fundamento jurídico cuarto, en el cual se hace referencia a la falta de legitimación activa de la registradora de la propiedad para interponer esta demanda, lo que parece finalmente ha motivado la revocación de la sentencia de la Audiencia: *«El iter por el que transcurre la motivación expuesta debería dirigir, en esta encrucijada, al examen de las concretas cláusulas objeto de calificación negativa de la registradora de Falset. Sin embargo, lo impide la falta de legitimación de la misma, por no resultar de las actuaciones que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de junio de 2008 afecte a un derecho o interés de la que sea titular, en términos del artículo 328 de la Ley Hipotecaria [...]»*.

Esta sentencia ha sido criticada por la doctrina que considera que del contenido de la misma parece desprenderse la intención del Tribunal Supremo de

fallar en contra de los criterios recogidos por la doctrina de la Audiencia Provincial de Tarragona respecto a la interpretación que debe darse al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, habiendo encontrado como argumento para poder revocar la sentencia de la Audiencia y dotar de efectos a la del Juzgado, contraria a esta nueva doctrina, la falta de legitimación por parte de la registradora para interponer la demanda⁵⁰. Sea cual sea la intención del Tribunal Supremo en esta sentencia, no puede considerarse que haya existido un nuevo giro respecto a la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en relación a la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado, al reproducir los mismos argumentos que la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 2009, y reconocer expresamente que este criterio parece el más adecuado en consonancia con las normas de protección de los consumidores. Simplemente habrá que entender que la falta de legitimación activa de la registradora para interponer la demanda es causa suficiente para que el Tribunal Supremo revoque la sentencia de la Audiencia, a pesar de ser partidario de la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria en el sentido marcado por la Audiencia siguiendo la última doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA RECIENTE DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

El cambio de criterio que en relación a la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas tiene lugar a partir de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 2010 reduce el control de legalidad de los registradores a los casos en que la cláusula pueda incardinarse en alguno de los supuestos contemplados en la lista negra contenida en los artículos 85 a 91 TRLGDCU. De hecho, la resolución de 13 de septiembre de 2013 [RJ 2013, 8277], siguiendo los dictados de la ya citada sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, identifica la expresión «*tacha apreciablemente objetiva de abusividad*», con el listado de cláusulas abusivas contenido en los artículos 85 a 91 TRLGDCU⁵¹.

Aunque no todas las resoluciones que se han dictado con posterioridad identifican este concepto con el listado de cláusulas abusivas, como sucede en el caso de la resolución de 18 de noviembre de 2013⁵², que a pesar de recoger los argumentos anteriores no realiza una referencia clara a la lista de cláusulas abusivas como las únicas que presentan una tacha apreciable objetivamente de abusividad, sin embargo, se hace mención a la necesidad de que se trate de cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado de forma objetiva, sin entrar a valorar las circunstancias concretas del contrato celebrado. En este sentido,

admite la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado y la negativa de su acceso al Registro cuando se trate de cláusulas «cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador».

En el caso resuelto por la reciente resolución de 5 de febrero de 2014, en el que se plantea si la suspensión de la inscripción por parte de la Registradora de la cláusula relativa a la bonificación del tipo de interés, para el caso en que se tenga contratada con una entidad del grupo un Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente, por no cumplir con los requisitos del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo es o no ajustada a derecho, se hace referencia nuevamente a la posibilidad de denegar la inscripción de las cláusulas que puedan resultar abusivas por estar afectadas de una tacha apreciable objetivamente de abusividad. La Dirección General de los Registros y del Notariado no identifica necesariamente esta expresión con los casos recogidos en la llamada lista negra del texto refundido de consumidores, al utilizar el término «especialmente», cuando hace referencia a las cláusulas que pueden ser rechazadas por el registrador:

«[...] la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma Ley, y el mandato legal de tenerlas por no puestas dirigidos a todos los funcionarios que aplican la Ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a la previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente “lista negra”, bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera de otras causas que aparezcan expresamente enunciadas en el artículo 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados».

Respecto a la interpretación que deba realizarse del artículo 12, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria reitera el criterio jurisprudencial ya manifestado en resoluciones anteriores respecto a la necesaria interpretación de este precepto junto con el resto de normas sobre el mercado hipotecario, recordando que la nulidad del artículo 83 TRLGDCU es una nulidad que declara directamente la ley y que va dirigido también a funcionarios públicos.

A pesar de que estas últimas resoluciones parecen dejar la puerta abierta a una nueva jurisprudencia registral que reconozca como posible la calificación por parte del Registrador de las cláusulas abusivas, en atención a los dictados del artículo 82 TRLGDCU, sin embargo, en resoluciones posteriores se vuelve a hacer hincapié en la necesidad de identificar las cláusulas que el registrador puede calificar con aquellas que estén incluidas en la llamada lista negra de

cláusulas abusivas. En este sentido, pueden citarse las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de octubre de 2014 [EDD 2014, 183009], 6 de octubre de 2014 [EDD 2014, 187115] o 9 de octubre de 2014 [EDD 2014, 186266], en las que finalmente no se aplica esta doctrina para resolver el caso, al no haberse denegado en ninguno de ellos el acceso al Registro de la cláusula objeto de litigio por una cuestión de abusividad.

Esta doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado plantea un problema ya conocido, al que nos hemos referido con anterioridad. Se trata del alcance de la intervención que debe tener el registrador cuando se trata de controlar la legalidad de las cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecarios celebrados con consumidores. Aunque ciertamente se haya producido un cambio de criterio al ampliarse el margen de actuación de los registradores cuando se enfrentan a cláusulas abusivas, permitiendo incluso la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, sin embargo, se siguen poniendo límites a la autonomía de los registradores, que no pueden determinar el carácter abusivo de una cláusula aplicando la normativa general de consumidores.

Conforme a la doctrina actual, se puede denegar el acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas cuando dicha cláusula sea contraria a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, a las que hayan sido declaradas nulas por una sentencia judicial previa (no exigiéndose actualmente la inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación) o resulten nulas porque puedan incluirse en alguno de los supuestos recogidos en la llamada lista negra de cláusulas abusivas. Quedarían fuera, por tanto, las ineficacias derivadas de la aplicación de la cláusula general contenida en el artículo 82 TRLGDCU.

Atender únicamente al listado de cláusulas abusivas para poder denegar el acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado en aquellos casos en que no exista una previa sentencia judicial que declare su carácter abusivo y, por consiguiente, su nulidad, no parece suficiente. Si sostenemos que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado de forma sistemática junto con los principios registrales y la normativa de consumidores, no tiene sentido admitir el acceso de una cláusula de vencimiento anticipado al Registro de la propiedad cuando esta sea contraria a la buena fe y rompa de manera desproporcionada el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor; máxime teniendo en cuenta los efectos que produce respecto de terceros. La nulidad que establece el artículo 83 TRLGDCU es una nulidad que opera por virtud de la ley y que no necesita de una declaración judicial para que la cláusula no vincule al consumidor, como bien reconoce la Dirección General de los Registros y del Notariado. Esta solución es además conforme con el artículo 18 de la Ley 2/2009, que impone a los registradores la obligación de denegar la inscripción de las escrituras de préstamo hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente.

Continuar afirmando, para evitar la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, que el registrador no dispone de medios suficientes para valorar de manera objetiva el carácter abusivo de una cláusula que no aparece inserta en la lista negra no parece que sea una máxima que deba admitirse como tal. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, es claro sobre este particular: «*Los Registradores calificarán [...] y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*». Y con estos medios el registrador calificará las condiciones generales de las hipotecas, de tal modo que, si de tal operación no puede desprenderse su carácter abusivo, simplemente la inscribirá.

Considerar que se puede llegar a una calificación discrecional si se permite al Registrador valorar la abusividad de la cláusula a partir del principio de buena fe y del desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes es no comprender el alcance de la nulidad de pleno derecho ni el significado del concepto de cláusula general. La utilización de conceptos jurídicos indeterminados no tiene por qué conducir a calificaciones discrecionales. Concretar conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales no es directamente proporcional a actuación discrecional⁵³. Distinto será que sea más o menos acertada su valoración, al igual que puede ser más o menos acertada la aplicación que realice un juez de estas cláusulas generales.

En definitiva no deben confundirse los medios de que dispone el registrador con las mayores o menores dificultades para valorar la abusividad de una cláusula. Si el registrador no tiene clara la abusividad de una cláusula a partir de los medios de que dispone, evidentemente la inscribirá. No se comprende, por tanto, que la calificación registral no pueda extenderse a otras cláusulas diferentes de las que contiene el listado⁵⁴. Como ha señalado MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 786), el criterio que se adopte al respecto dependerá en buena medida del concepto que se mantenga de cláusula general. Si se mantiene que la cláusula general del artículo 82 TRLGDCU es una disposición de Ley, entonces habrá que concluir que el control legal que debe realizar el registrador deberá observar los dictados del citado precepto⁵⁵. Aplicando este control el registrador en ningún momento asume funciones jurisdiccionales, ya que no declara la nulidad de las mismas, sino que simplemente se limita a no inscribirlas, teniendo eficacia en las relación entre las partes, y siempre queda abierta la vía judicial para su determinación.

Esta solución parece más conforme con el concepto de nulidad de pleno derecho y con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que considera que el consumidor no puede quedar vinculado por este tipo de cláusulas, a pesar de que no haya un pronunciamiento judicial al respecto. En este sentido, los funcionarios públicos, incluidos notarios y registradores, tienen la obligación de no autorizar o no inscribir los documentos que contengan cláusulas abusivas. En el caso de las hipotecas, se deberá proceder a la inscripción

parcial en beneficio del consumidor⁵⁶. Además hay que tener en cuenta que el criterio de la subsunción automática en una de las cláusulas incluidas en la lista negra no evita que en ocasiones deban realizarse interpretaciones de términos que allí se recogen.

Toda esta problemática ha propiciado la elaboración por parte del Colegio de Registradores de un documento interno en el que se hace constar las cláusulas abusivas no inscribibles en el Registro de la Propiedad, haciendo expresa mención a las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas⁵⁷. En él se se recogen, como cláusulas de vencimiento anticipado no inscribibles, los pactos de vencimiento anticipado del préstamo por impago de una o dos cuotas del mismo, en aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; los pactos de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca, no inscripción en plazo determinado o denegación parcial, por ser rechazado por la STS de 12 de diciembre de 2009; los pactos de vencimiento anticipado para el caso de que la parte prestataria sea declarada en concurso, en aplicación del artículo 61.3 de la Ley Concursal; los pactos de vencimiento anticipado en caso de enajenación o realización de actos dispositivos respecto de la finca hipotecada, por infracción de los artículos 27 y 107.3 de la Ley Hipotecaria, según doctrina reiterada de la Dirección General y de la STS de 16 de diciembre de 2009; los pactos de vencimiento anticipado por prohibición absoluta de arrendar o de constituir un arrendamiento urbano de vivienda por plazo superior al mínimo legal de cinco años, en aplicación de los artículos 27, 133 y 175.2 de la Ley Hipotecaria, admitiéndose tal pacto cuando se trate de arrendamientos excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa y que sean gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración del valor de la finca por rentas bajas o por anticipo de rentas; los pactos de vencimiento anticipado en caso de despacho de mandamiento de ejecución o embargo contra la finca hipotecada o contra la parte deudora hipotecante porque no disminuye la garantía real y, por tanto, vulnera los artículos 1129.1 del Código Civil y 131 y 133 de la Ley Hipotecaria; los pactos de vencimiento anticipado por disminución del valor de la finca por deterioro de la misma, a juicio del prestamista o apreciada por perito vinculado a esta, si no se amplía la garantía a otros bienes, por ser contrario al artículo 1256 del Código Civil y 85.3 del Texto Refundido de Consumidores; o por fluctuación de los precios de mercado al haberse suprimido el artículo 5.3 de la Ley del Mercado Hipotecario por entenderse que tenía carácter abusivo; los pactos de vencimiento anticipado por expropiación de la finca, en atención a la doctrina de la Dirección General y algunas sentencias de Audiencias Provinciales; los pactos que vinculan el vencimiento anticipado de la deuda a causas ajenas al contrato de hipoteca, en atención a la doctrina de las Audiencias Provinciales; los pactos de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, aunque advierte la

Comisión que el criterio de accesoriidad del pacto dependerá de cada caso en particular en atención a la naturaleza de la obligación garantizada y la finalidad del préstamo.

Con independencia de que se pueda estar más o menos de acuerdo con el contenido de este documento, no parece razonable que se deje en manos del Colegio de Registradores la responsabilidad de tener que decidir qué es inscribible y qué no para tratar de dotar de uniformidad los criterios de interpretación sobre la calificación de las cláusulas abusivas⁵⁸. Debe ser el legislador en su caso quien clarifique esta cuestión. Esto nos lleva a reflexionar acerca de la conveniencia de modificar el artículo 12 de la Ley Hipotecaria para eliminar las confusiones generadas respecto a la transcripción de las cláusulas financieras y los efectos de la publicidad-noticia, así como del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al impago de tres mensualidades o equivalente para considerar conforme a derecho la activación de la cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago por un sistema de porcentajes que se ajuste a los criterios de duración de la obligación contraída y al porcentaje de incumplimiento con respecto a la totalidad de la deuda. De no proponerse soluciones en este sentido, no quedará más remedio que seguir reivindicando la correcta calificación negativa por parte de los registradores cuando se enfrenten a cláusulas de vencimiento anticipado abusivas en aplicación de los dictados del artículo 82 TRLGDCU, sin que ello suponga invasión alguna de competencias jurisdiccionales por parte de los registradores.

V. CONCLUSIONES

I. La Dirección General de los Registros y del Notariado admite actualmente la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las hipotecas permitiendo una mínima actividad calificadora que debe ser interpretada en el sentido de poder denegar su acceso al Registro cuando su carácter abusivo pueda ser apreciado de manera objetiva, sin necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto. Esto se traduce en la mera subsunción automática de la cláusulas en los supuestos contenidos en los artículos 85 a 91 TRLGDCU o en el supuesto de hecho de una norma imperativa que permita como resultado detectar su abusividad en términos claros y precisos. Esta solución no resulta acorde con las normas de protección de los consumidores ni tampoco con los principios que se derivan de nuestro sistema hipotecario. El artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe ser interpretado en el sentido de impedir la declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas pero no la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado de las hipotecas, cuyo mandato imponen los artículos 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, 83 y 84 del Texto Refundido de

Consumidores, y 18 de la Ley 2/2009 de protección del consumidor en materia de préstamos hipotecarios.

II. Aunque es preciso subsanar el error contenido en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria mediante una reforma legislativa, por haber permitido que prosperen las ejecuciones hipotecarias con cláusulas de vencimiento anticipado nulas, un buen control de legalidad preventivo minimizaría los problemas derivados de la interpretación literal de este precepto. Ese control preventivo que deben realizar los registradores no debe limitarse al listado de cláusulas abusivas, sino que debe ir más allá, aplicándose los parámetros que marca el artículo 82 del Texto Refundido de Consumidores para valorar si una cláusula es o no abusiva, con independencia de que haya existido un pronunciamiento judicial previo.

ÍNDICE

- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STS de 7 de febrero de 2000
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS de 7 de febrero de 2011
- STS de 13 de septiembre de 2013
- SAP de Tarragona de 1 de abril de 2011
- SAP de Málaga de 23 de abril de 2012
- SAP de Málaga de 17 de abril de 2013
- RDGRN de 5 de junio de 1987
- RDGRN de 15 de julio de 1998
- RDGRN de 28 de enero de 1998
- RDGRN de 30 de enero de 1998
- RDGRN de 14 de marzo de 2000
- RDGRN de 3 de septiembre de 2006
- RDGRN de 2 de diciembre de 2006
- RDGRN de 21 de diciembre de 2007
- RDGRN de 1 de febrero de 2008
- RDGRN de 25 de marzo de 2008
- RDGRN de 24 de julio de 2008
- RDGRN de 1 de octubre de 2010
- RDGRN de 4 de noviembre de 2010
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010

- RDGRN de 11 de enero de 2011
- RDGRN de 8 de junio de 2011
- RDGRN de 13 de septiembre de 2013
- RDGRN de 18 de noviembre de 2013
- RDGRN de 5 de febrero de 2014
- RDGRN de 3 de octubre de 2014
- RDGRN de 6 de octubre de 2014
- RDGRN de 9 de octubre de 2014

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, J. (1993). El control de las condiciones generales abusivas e imprecisas en el ámbito registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, 1421-1486.
- (2001). La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8, 69-104.
- (2008). El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *La calificación registral* (dir. Gómez Gállego), tomo I, Navarra, Aranzadi.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1997). El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 839-902.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1985). El leasing inmobiliario y su inscripción registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, 863-926.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2009). Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores*, núm. 153, 309-328.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2007). Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de octubre de 2006, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2373-2389.
- BUSTO LAGO, J. M. (2001). El control registral de las condiciones generales de los contratos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 1939-2004.
- (2010). Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coord. Sánchez González y otros), Navarra, Aranzadi, 377-432.
- CLEMENTE MEORO, M. (1991). *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DE CASTRO, F. (1949), *Derecho Civil de España*, Madrid, Civitas.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1999). Comentario al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. Albaladejo y Díaz Alabart), Madrid, Edisofer, 127-144.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1980). El pago anticipado, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, Civitas, 113-175.
- *Fundamentos de Derecho Civil II*, Madrid, Civitas.

- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2014). Calificación por el registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en la escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, 259-290.
- (2013). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales, *e-Cesco*, núm. 5, 5-25, disponible en (<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/254>).
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, J. (2006). Las cláusulas abusivas y el Registro de la Propiedad, *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, Madrid, Wolters Kluwer, 713-736.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992). La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1313-1358.
- (2005). La calificación registral, El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil, tomo I, Madrid, Civitas.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1997). *La calificación registral*. Ciclo de conferencias en conmemoración de los cincuenta años de la legislación hipotecaria de 1946, La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años. Madrid. Centro de Estudios Registrales.
- (2014). La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el ámbito de calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, 2153-175.
- GÓMEZ JENÉ, F. (2009). Seguridad jurídica y mercado secundario. La publicidad registral de las cláusulas de las hipotecas como base de la seguridad jurídica, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores*, núm. 160, 1827-1838.
- LACRUZ, J. L. (1979). Dictamen sobre la función registral y la figura del registrador, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, 75-95.
- (2011). *Derecho Inmobiliario Registral*, Navarra, Aranzadi.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2010). Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad, *El Notario del siglo XXI*, núm. 30, disponible en (<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/opinion/opinion/1265-libertad-contratual-condiciones-generales-y-control-de-legalidad-0-7112038579873776>).
- (2011). Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (dir. S. Cámara), Madrid, Colex, 768-788.
- (2013). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 223-252.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2013). Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3021-3072.
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012). *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Tarragona, Reus.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad*, Madrid, Civitas.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Civitas.
- PÉREZ HEREZA, J. (2010). Los mecanismos de protección del consumidor bancario, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 30, disponible en (<http://www.elnotario.es/index>).

php/hemeroteca/revista-30/opinion/opinion/1263-los-mecanismos-de-proteccion-del-consumidor-bancario-0-5046687261244922).

ROCA SASTRE, R. M. (1997), *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, Bosch.

NOTAS

¹ Artículo 18 LH: «Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Civitas, p. 552.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1979). Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 530, p. 127.

⁴ ROCA SASTRE, R. M. (1997). *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, Bosch, p. 2.

⁵ AMOROS GUARDIOLA, M. (1985). El leasing inmobiliario y su inscripción registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 569, p. 919; ROCA SASTRE, R. M. (1997). *Derecho Hipotecario*, tomo IV, Barcelona, Bosch, p. 41; GARCÍA GARCÍA, J. M. (2005). La calificación registral, *El procedimiento ante el Registro de la Propiedad y el Registro Mercantil*, tomo I, Madrid, Civitas, p. 326; DE PABLO CONTRERAS, P. (1999). Comentario al artículo 18 LH, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (coord. Albaladejo y Díaz Alabart), tomo VII, Madrid, Edersa, pp. 49 y 50.

⁶ Afirma GÓMEZ GALLIGO (1997, p. 143) que, en definitiva, se trata de determinar si el título reúne los requisitos tanto formales como materiales, exigidos por nuestro Ordenamiento para su validez y eficacia frente a terceros, La calificación registral. Ciclo de conferencias en conmemoración de los cincuenta años de la legislación hipotecaria de 1946, *La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

⁷ GARCÍA GARCÍA, J. M. (1992). La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, p. 1335.

⁸ Vid. RRDGRN 8 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7494], 9 de octubre de 1991 [EDD 1991, 9506], 10 de octubre de 1991 [EDD 1991, 9554], 11 de octubre de 1991 [EDD 1991, 9601], 14 de octubre de 1991 [EDD 1991, 9647], 4 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4835], 1 de junio de 1992 [RJ 1992, 5814], 29 de junio de 1992 [RJ 1992, 5951], entre otras.

⁹ Vid. RDGRN de 19 de abril de 2006 [EDD 2006, 59196], 20 de mayo de 2008 [RJ 2008, 7715].

¹⁰ ALBIEZ DOHRMANN (2001, p. 80) concluye a este respecto que el control del registrador en materia de cláusulas abusivas no deja de ser un control formal a pesar de considerar que ello no casa con nuestro sistema registral, La Ley 7/1998, de 13 de abril, ¿excluye el control registral de las cláusulas abusivas?, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 8.

¹¹ DE PABLO CONTRERAS, P. Comentario al artículo 18 de la Ley Hipotecaria», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (coord. Albaladejo y Díaz Alabart), tomo VII, Madrid, Edersa, p. 50, nota núm. 77; BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, E. (2007, p. 2373), «Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 2 de octubre de 2006», *Aranzadi Civil*, núm. 2, p. 2373; PÉREZ HEREZA, J. (2010, p. 2), «Los mecanismos de protección del consumidor bancario», *El Notario del Siglo XXI* (<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-30/opinion/opinion/1263-los-mecanismos-de-proteccion-del-consumidor-bancario-0-5046687261244922>).

Para ALFARO (1997, p. 889) existen cuatro argumentos por los cuales debe limitarse la función calificadoradora del Registrador, excluyendo el control de legalidad cuando se trata de cláusulas abusivas. En primer lugar, afirma que atribuir a los Registradores esta facultad supone una contradicción de las afirmaciones realizadas por la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación respecto de lo que ha de ser la regulación que contenga la Ley a este respecto; en segundo lugar, porque contradice la doctrina de la Dirección General de los Registros anterior a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación; en tercer lugar, porque la función calificadoradora no puede alcanzar a rechazar la inscripción alegando el incumplimiento de los requisitos legales o la nulidad de determinadas cláusulas, ya que ello supondría una invasión intolerable en la libertad de los particulares y en la tutela judicial de derechos; en cuarto lugar, porque supone la atribución de competencias a la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer sobre el carácter abusivo o no de las cláusulas contractuales insertas en contratos celebrados entre particulares, puesto que contra la calificación del Registrador debería acudir a esta jurisdicción y no a la civil, El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67.

¹² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, pp. 768 y 788.

¹³ Para BUSTO LAGO (2001, p. 1963) de no admitirse la extensión de la función calificadoradora a la determinación de las cláusulas abusivas se estaría consintiendo el acceso al Registro de la propiedad de actos nulos de pleno derecho con las consiguientes consecuencias que en orden a la presunción de validez resultan de la inscripción, El control registral de las condiciones generales de los contratos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667.

¹⁴ ALBIEZ DOHRMANN, J. (1993). El control de las condiciones generales abusivas e imprecisas en el ámbito registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, pp. 1437 y 1443.

¹⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, J. (2006) Las cláusulas abusivas y el Registro de la propiedad, *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 718, 731 y 732.

¹⁶ BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2013). La sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013, *La Ley* 2-1013, p. 1534. También en Tratamiento Registral de las Cláusulas abusivas de las hipotecas, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 153-2000, p. 29.

¹⁷ No obstante, ciertos autores detractores de la calificación por parte del registrador de las cláusulas abusivas admiten, con base en el citado precepto, el cierre registral de aquellas cláusulas abusivas contenidas en la lista negra porque consideran que para ello no hace falta la declaración de un juez. En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad*, Madrid, Civitas, p. 201.

¹⁸ Hay que decir que esta interpretación tiene su apoyo en la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando establece en su apartado cuarto que «la Ley parte de que el control de validez de las cláusulas generales tan solo corresponde a Jueces y Tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquellas a través del Registro regulado en el capítulo III y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas».

Sobre la información de los riesgos que asume el prestatario y que deben constar en la escritura pública, véase MUÑIZ ESPADA, E. (2014). Adquisición de productos financieros y los riesgos de asimetría, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3058.

¹⁹ Para MIQUEL GONZÁLEZ (2011, p. 772) es inadmisibles realizar una lectura del artículo 84 TRLGDCU en el sentido de negar la calificación de las cláusulas abusivas, ya que la nulidad que se contiene en el artículo 83 respecto de las cláusulas abusivas es la nulidad

de pleno derecho, por lo que los registradores deben tenerlas por no puestas en los contratos sin necesidad de sentencia judicial que lo declare.

²⁰ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, pp. 772 y 773.

²¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, p. 773. En este mismo sentido, se ha pronunciado ALBIEZ DOHRMANN (2008). El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *La calificación registral* (dir. Gómez Gállico), tomo I, Navarra, Aranzadi, p. 795.

²² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2010). Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad, *El Notario del siglo XXI*, núm. 30, p. 43.

²³ BUSTO LAGO, J. M. (2010). Las cláusulas de interés variable y de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios: perspectiva del derecho de consumo (a la luz de algunas reformas legislativas recientes), *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma* (coord. Sánchez González y otros), Navarra, Aranzadi, p. 414; BALLUGERA GÓMEZ, C. (2012), «Tratamiento registral de las cláusulas abusivas de las hipotecas», *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto* (coord. Salas Carceller), Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, p. 430); A favor de esta interpretación, GÓMEZ GÁLIGO, J. (2014), «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el ámbito de calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741, p. 166.

²⁴ DE CASTRO, F. (1949). Derecho Civil de España, Madrid, Civitas, p. 475.

²⁵ En un sentido bien distinto se ha manifestado PERTINEZ VÍLCHEZ (2009, p. 1675) al afirmar que el artículo 258.2 LH tiene un carácter tan limitado que no permite calificar negativamente con apoyo en la lista gris, ya que la valoración sobre la abusividad debe hacerse teniendo en cuenta circunstancias de las que el registrador no puede tener conocimiento.

²⁶ Para GÓMEZ GÁLIGO (2014, p. 165). Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, pp. 772 y 773.) tanto los notarios como los registradores deben rechazar las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores no solo en el caso en que dicha cláusula esté incluida en la lista negra contenida en los artículos 85 a 91 TRLGDCU, sino también cuando sean contrarias a normas imperativas o cuando se trate de cláusulas declaradas nulas en sentencia judicial firme, pero no en el caso en que la calificación tenga por base el artículo 82 TRLGDCU, La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el ámbito de calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 741.

²⁷ Como señala MIQUEL (2013, p. 234) «aunque los Notarios y los Registradores sean funcionarios con características muy especiales, y su función no sea administrativa, ni los Notarios pueden poner la fe pública al servicio de las cláusulas nulas, ni los Registradores pueden permitir su acceso al Registro. Ambos son titulares de una función pública que les obliga, en su ejercicio, al respecto de la ley», Condiciones Generales Abusivas en los préstamos hipotecarios, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27.

²⁸ Para ALBIEZ DOHRMANN (1993, p. 1477) cuando una cláusula abusiva es objeto de calificación, el registrador puede enjuiciarlas sin necesidad de limitarse a comprobar si la cláusula en cuestión está incluida entre las señaladas como abusivas, siendo suficiente valorar si una cláusula es contraria a la buena fe, rompe el justo equilibrio, perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, para que esta no sea inscrita. El control de las condiciones generales abusivas e imprecisas en el ámbito registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618.

²⁹ El vencimiento anticipado de la deuda podrá tener lugar cuando el plazo haya sido pactado en beneficio del deudor o de ambas partes de la relación obligatoria (DÍEZ-PICAZO, L. (1980). El pago anticipado, *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, pp. 174 y 175).

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L. (1993), *Fundamentos de Derecho Civil II*, Madrid, p. 519; CLEMENTE MEORO, M. (1991), *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de las obligaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 36.

³¹ El artículo 1129 del Código Civil enumera las causas que hacen que el deudor pierda el derecho al plazo:

1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.

2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiera comprometido.

3.º Cuando hayan disminuido las garantías establecidas por actos propios del deudor o hayan desaparecido por caso fortuito, salvo sustitución por otras nuevas e igual de seguras.

³² Vid. SSTs de 7 de febrero de 2000 [RJ 2000, 282], 4 de junio de 2008 [RJ 2008, 3196].

³³ SSTs de 20 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7753], 13 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1252], 7 de febrero de 2000 [RJ 2000, 282], 12 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 152], 4 de junio de 2008 [RJ 2008, 3196]; SSAP de Pontevedra de 4 de noviembre de 2005 [AC 2005, 2379], AP de Málaga de 17 de abril de 2013 [AC 2013, 1316].

³⁴ RRDGRN de 5 de junio de 1987 [RJ 1987, 4835], 15 de julio de 1998 [RJ 1998, 5969], 30 de enero de 1998 [RJ 1998, 5220].

³⁵ RRDGRN de 28 de enero de 1998 [RJ 1998, 279]; 14 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1104]; 3 de septiembre de 2006 [RJ 2005, 6928], 2 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 9694].

³⁶ Afirma LACRUZ (2011, pp. 306 y 307), siguiendo a De Page, que la transcripción no añade nada a la validez del acto, ni tampoco lo purga de los vicios que pueda tener, de tal modo que si el acto es nulo, la transcripción no hace más que publicar un acto nulo, *Derecho Inmobiliario Registral*, Navarra, Aranzadi.

³⁷ Esta última resolución ha sido posteriormente anulada por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona el 1 de abril de 2011 [AC 2011, 1178].

³⁸ Para GÓMEZ JENÉ (2009, p. 1834) el término «hacer constar» no debe ser identificado con la idea de transcripción, ya que considera que si el legislador hubiera querido que se transcribieran las cláusulas de vencimiento anticipado lo habría dicho expresamente, Seguridad jurídica y mercado secundario. La publicidad registral de las cláusulas de las hipotecas como base de la seguridad jurídica, *Boletín Oficial del Colegio de Registradores*, núm. 160.

³⁹ A favor de esta doctrina se ha mostrado BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2007, p. 10). Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. resolución de la Dirección General del Registro y Notariado del 2 de octubre de 2006, *Aranzadi Civil*, núm. 2.

⁴⁰ En esta línea, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013), La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales, *Revista e-Cesco*, núm. 5, p. 17.

⁴¹ Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *cit.*, pp. 226, 227 y 234. De la misma opinión se muestra MÚRTULA LAFUENTE, V. (2012). La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos, Madrid, p. 161.

⁴² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2013), Libertad contractual, condiciones generales y control de contenido, *cit.*, p. 5; también en Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, p. 226.

⁴³ RJ 2010, 702.

⁴⁴ RJ 2010, 5273.

⁴⁵ Los criterios que el TJUE recomienda utilizar al juez de lo mercantil para poder valorar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado son los siguientes: 1.º Si la facultad del profesional de dar por vendida la deuda tiene por objeto el incumplimiento de una obligación esencial; 2.º si el incumplimiento es lo suficientemente grave en relación a la duración y la cuantía; 3.º si esta facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables a la materia; 4.º si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

⁴⁶ AC 2012, 2301.

⁴⁷ AC 2013, 1316.

⁴⁸ RJ 2013, 7856.

⁴⁹ «[...] Sin embargo, es lo cierto que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por más que merezca la consideración de básico sobre la materia, no es el único referido a ella. Así, la ley 2/2009 [...] tras destacar, en el artículo 2, que los derechos reconocidos por ella a los consumidores que contraten las actividades incluidas en su ámbito de aplicación son irrenunciables, y que son nulos la renuncia previa a tales derechos y los actos realizados en fraude de ley, proclama, en el artículo 18, con ocasión de referirse a los deberes de notarios y registradores, que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente [...]. En general, las normas de protección de los consumidores y las exigencias de su interpretación conforme a la legislación europea, contienen una llamada al elemento sistemático de interpretación. Finalmente no hay que olvidar las consecuencias que se derivan de los que nuestra doctrina ha venido denominando actos nulos «apud acta», las cuales se imponen de una manera inmediata; entre ellas, la de mandar que los funcionarios se nieguen a prestar su colaboración profesional a los títulos jurídicos que sean evidentemente nulos».

⁵⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2014), «Calificación por el registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en la escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, p. 284.

⁵¹ «[...] Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma ley, y el mandato legal de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados. Así lo ha confirmado la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, en la que el Tribunal llega a la conclusión de que «pueden claramente los Registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea alguna de las tipificadas en los artículos 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren juicio de ponderación alguno». En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria, no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de enero, tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores».

⁵² RJ 2013, 8046.

⁵³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, p. 783.

⁵⁴ En este mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M. (2001). El control registral de las condiciones generales de los contratos, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, pp. 1939-2004.

⁵⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios al artículo 84 TRLGDCU, Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, p. 786.

⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentarios al artículo 84 TRLGDCU, Comentario al artículo 84 TRLGDCU, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (coord. Cámara Lapuente), Madrid, Colex, p. 787.

⁵⁷ http://www.registradores.org/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23152.

⁵⁸ Sobre este particular, DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2014). Calificación por el Registrador de las cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en la escritura de constitución de hipoteca. Impugnación ante la jurisdicción civil de una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 95, p. 285.

*(Trabajo recibido el 2-6-2015 y aceptado
para su publicación el 30-6-2015)*

DERECHO COMPARADO

La persona jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la nación argentina. Intersecciones con el derecho constitucional

The legal entity in new civil and commercial code of the nation argentina. Intersection with constitutional law

Por

MAURICIO BORETTO*

RESUMEN: La teoría de la persona jurídica que regula el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene por finalidad construir un sistema general

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. de Córdoba). Especialista en Sindicatura Concursal (Univ. Nac. De Cuyo). Especialista en Docencia Universitaria (Univ. Nac. De Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Univ. Nac. del Litoral). «XI Premio de Derecho Privado CASTÁN TOBEÑAS» (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España). «Premio Joven jurista 2007» (Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Córdoba). Profesor de la asignatura «Derecho privado VIII» (títulos de crédito y concursos) y «Derecho Privado IV» (Derecho de los contratos) (Facultad de Derecho, Univ. Nac. de Cuyo). Profesor de la cátedra de «Introducción al Derecho Privado» (Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nac. De Cuyo). Publicaciones Internacionales: Chile, México, España (Revista Crítica de derecho Inmobiliario y Revista de Derecho Bancario y Bursátil), Francia (Revista Juris-Unión Internacional des Huissiers de Justice en co-autoría con Aida

aplicable a todas las personas jurídicas. Las personas jurídicas no constituyen un instituto independiente, sino que son reguladas dentro de la unidad conceptual que la persona recibe en el mundo del derecho. La persona humana debe tener un reconocimiento jurídico, pues abarca al ser como una unidad teleológica; en cambio, la persona jurídica es reconocida teniendo en cuenta un fin especial que el derecho reconoce y le interesa tutelar y promover.

ABSTRACT: The theory of the legal entity that regulates the new Civil and Commercial Code of the Nation aims to build a general system applicable to all legal persons. Legal entities are not an independent institution, but are regulated within the conceptual unity that person receives in the legal world. The human person must have a legal status, it covers the self as a teleological unity; however, the legal entity is recognized considering a special purpose recognized by law and protect and promote interests

PALABRAS CLAVES: Persona jurídica. Comienzo de la existencia. Personalidad diferenciada. Asociaciones. Bien común. Fundaciones.

KEY WORDS: Legal person. Top existence. Distinct personality. Associations. Common benefit. Foundations.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PERSONA JURÍDICA: PARTE GENERAL. A) DEFINICIÓN. B) COMIENZO DE LA EXISTENCIA. C) PERSONALIDAD

Kemelmajer de Carlucci), Rusia (en co-autoría con Aida Kemelmajer de Carlucci), Brasil (civilista.com) e Italia («Comparazione e diritto civile»). Libros: Autor de 12 libros. Entre otros, «Las garantías autoliquidables» (Rubinzal Culzoni), «Concurso, fideicomiso de garantía, cesión de crédito en garantía y descuento bancario» (*Ad-Hoc*), «Reformas al Derecho Privado Patrimonial en el Código Civil y Comercial: primeras aproximaciones y análisis críticos» en co-autoría con Francisco Junyent Bas (Errepar), Manual de Derecho Privado en co-autoría con Aida Kemelmajer de Carlucci (Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nacional de Cuyo). Publicaciones nacionales: más de 80 artículos publicados en la revista *La Ley*, *El Derecho*, *Jurisprudencia Argentina*, *Revista de Derecho Comercial* y de las Obligaciones, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, entre otras. Se desempeñó como consultor y asesor sobre la temática de las «garantías a primera demanda» de la Sub Comisión de «garantías patrimoniales (reales y personales)», designada por la «Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación» (decreto presidencial 191, 2011). Profesor invitado para el dictado de Cursos y Posgrados de la Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de Mendoza, Universidad de Palermo (Buenos Aires), Universidad Austral (Buenos Aires), Universidad Católica de Córdoba, Universidad Católica de San Juan y Universidad de Chile. Miembro pleno del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. Evaluador experto CONEAU.

DIFERENCIADA. D) INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.—III. PERSONAS JURÍDICAS EN PARTICULAR. A) BREVE REFERENCIA A LAS ASOCIACIONES. B) BREVE REFERENCIA A LAS FUNDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de estas líneas es analizar la nueva normativa en vigencia desde agosto de 2015 en la República Argentina, intentando desentrañar los pilares o ejes esenciales de la teoría de la persona jurídica tal como fue receptada por el legislador unificador.

Con la sanción del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), el Derecho Privado argentino ha venido a experimentar importantes cambios.

El nuevo cuerpo normativo define los grandes paradigmas del derecho privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento jurídico.

Entre los diversos paradigmas receptados en la nueva legislación (diálogo de fuentes, tutela de la persona humana, sociabilidad en el ejercicio de los derechos, no discriminación, etc.), hallamos el de la *Constitucionalización del derecho privado*, que rompe con el viejo esquema de división tajante entre derecho público y privado; consagrando, por el contrario, una fluida comunicación de principios entre lo público y lo privado.

Ante este nuevo escenario, con las presentes líneas hemos tratado modestamente de hacernos cargo de este argumento, encarando el análisis de la normativa que rige a la persona jurídica sin prescindir de la Constitución ni de los Tratados Internacionales.

II. LA PERSONA JURÍDICA: PARTE GENERAL

A) DEFINICIÓN

El artículo 141 del Nuevo Código comienza con la definición de la *persona jurídica*, al expresar: «*Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*».

Con este artículo comienza la regulación de las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

En esta *sección primera* se establecen los ejes de la regulación y sistematización de la *persona jurídica*.

En tal sentido:

- 1 Se la define.

2. Se regula el comienzo de su existencia.
3. Se consagra la personalidad jurídica diferenciada —como rasgo esencial de la persona jurídica— en relación a sus miembros.
4. Se estatuye con vocación general —para todas las personas jurídicas y no solo para las sociedades (cfr. art. 54, 3.^{er} párrafo, ley «general de sociedades» núm. 19.550)— la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

La persona jurídica —llamada *persona de existencia ideal* en la redacción originaria del código civil de Vélez Sarsfield— es un ente que normalmente recibe de las personas físicas, miembros o integrantes que la componen, el sustrato indispensable para poder existir como tal.

En efecto, en el orden jurídico, la personalidad corresponde, como regla, a los individuos humanos; sin embargo, también es conferida a los núcleos o grupos humanos constituidos por apetencia de sociabilidad, propia de la naturaleza humana, cuando tales núcleos reúnen las exigencias requeridas por el ordenamiento.

Como puede apreciarse el Nuevo Código Civil y Comercial ha terminado con la confusión que generaba el Código de Vélez en cuanto a las diferentes denominaciones que utilizaba: *personas jurídicas* y *personas de existencia ideal*. Así, la terminología se ha unificado desde que —excluidas las personas humanas— solo existen las personas jurídicas.

La existencia concomitante de *individuos humanos* dotados de personalidad, que con su actividad contribuyen a realizar actos que el orden jurídico imputa al *grupo*, presenta la delicada cuestión de distinguir la personalidad del *grupo*, de la personalidad de los *individuos* humanos que lo conforman.

En el artículo que analizamos, la persona jurídica es definida como un ente (va de suyo que no es persona humana) al cual el ordenamiento jurídico le otorga aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones *para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*.

De este modo, el nuevo Código Civil y Comercial reglamenta la garantía constitucional de asociarse con fines útiles (art. 14, Constitución Nacional y artículos 16 Convención Americana de Derechos Humanos y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), aclarando que el reconocimiento de la persona jurídica como ente con capacidad de derecho (según terminología del art. 22, Nuevo Código Civil y Comercial) es para «el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación». Consagra así claramente la «regla de la especialidad».

Recordemos que el artículo 41 del Código de Vélez establecía que: «*Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos,*

constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales».

Sin embargo, en manera alguna esta disposición legal importó equiparar —desde el punto de vista de la capacidad jurídica— a la persona humana con la persona jurídica.

En efecto, a continuación, el artículo 53 del Código de Vélez (ubicado en el título II sobre la «persona de existencia visible») aclaró que a la persona humana: «*Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política*». Es que, para el ser humano, *todo lo que no está prohibido está permitido* (conf. principio de legalidad y principio de reserva, artículo 19, Constitución Nacional).

Si bien esta regla de libertad y de capacidad que rige para las personas físicas también opera para las personas jurídicas, existe una importante salvedad: ellas pueden adquirir todos los derechos y ejercer todos los actos que no les sean prohibidos y que se ajusten al *principio de especialidad*.

El principio de especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica solo puede ejercerse en orden a los fines de su constitución, es decir, de acuerdo a aquellos objetivos que, en su momento, el Estado computó como conducentes y en vista de los cuales reconoció al ente como sujeto de derecho. Al margen de esos fines, la persona jurídica está privada de toda capacidad porque, en verdad, también carece de personalidad.

Según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, la interpretación sobre la determinación de la actividad autorizada a la persona jurídica debe ser realizada con *prudencial amplitud*; en tal sentido, se ha resuelto que es necesario apreciar los fines de la entidad de modo tal que, además de los actos jurídicos correspondientes a su *objeto*, se entienda que ella también está capacitada para practicar los actos que por implicancia sean requeridos para la mejor consecución de tales *fines*.

Por aplicación de este criterio, debe considerarse que la persona jurídica está habilitada para encarar toda actividad más o menos relacionada con el fin de su creación, desde que son sus autoridades las que deben elegir los medios adecuados para el logro de ese fin y, en orden a ese propósito, realizar los actos jurídicos consecuentes; p. ej., una sociedad, aunque su actividad no sea «adquirir bienes automotores», tiene capacidad para adquirir un automotor para la distribución de los productos que fabrica; de igual modo, puede realizar actos jurídicos encaminados a la organización de centros culturales para su personal y otorgarles préstamos para la construcción de la vivienda propia, porque ello contribuye al bienestar de los empleados y redundará en un mayor rendimiento en la producción; etc.

Por el contrario, el principio de la especialidad impide que se desvirtúe el objeto para el cual la persona jurídica se ha constituido; v. gr., una sociedad anónima constituida para explotar una mina no puede realizar actividad financiera; una asociación cultural no puede dedicarse a ejercer el negocio inmobiliario, etc.

En suma, mientras que a la persona humana le son permitidos todos los actos y puede ejercer todos los derechos que no le estén expresamente vedados, la persona jurídica solo goza de capacidad jurídica para todo lo que está comprendido en sus «fines propios»: en la terminología del Código de Vélez (art. 35) «para los fines de la institución» y en el Nuevo Código Civil y Comercial (art. 141) —con mejor factura— «para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación».

B) COMIENZO DE LA EXISTENCIA

El artículo 142 se refiere al comienzo de la existencia de la persona jurídica: *«La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla»*

El reconocimiento de la persona jurídica como ente con capacidad de derecho puede ir desde el otorgamiento formal de la personalidad jurídica mediante autorización y aprobación del Estado hasta la simple consideración de la entidad como sujeto de derecho sin necesidad de autorización estatal expresa.

La fuerza jurígena de la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas dentro del marco de las formas admitidas, adopta como principio general aquel según el cual —excepto disposición en contrario— la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades (desde la constitución).

El Nuevo Código establece, de este modo, el principio de la libre constitución de las personas jurídicas: nacen desde el acto de su constitución y fruto de la libre voluntad de las partes, sin otro recaudo; excepto que la ley exija un requisito adicional.

A decir verdad, el reconocimiento estatal y el registro —en su caso— son elementos formales necesarios para la personificación de una entidad aunque el carácter decisivo es la voluntad privada; siendo la intervención estatal un reconocimiento, meramente complementario y en función de policía de la entidad creada por los particulares.

Ello no obsta a que, cuando expresamente se requiere autorización estatal, la personalidad quede condicionada de algún modo a ese acto de la administración pública pues la persona jurídica privada solo podrá funcionar como tal desde que obtenga dicha autorización¹ (aún cuando exista como sujeto de derechos

desde su constitución y *puedan inscribirse preventivamente a su nombre bienes registrables en tanto entidad en formación, artículo 154 Nuevo Código Civil y Comercial*).

Nuestro sistema legal (tanto en el Código de Vélez cuanto en el Nuevo Código Civil y Comercial) contiene diferentes regulaciones según el «tipo de persona jurídica», aunque la pauta general es el sistema de libre constitución:

1. Sistema de concesión o autorización estatal:

El poder de policía del Estado constituye un acto mixto de autorización de la personería y aprobación de los estatutos de la entidad.

Es el caso de las asociaciones civiles y fundaciones (conf. art. 45 Código de Vélez y artículo 169 Nuevo Código Civil y Comercial).

2. Sistema de disposiciones normativas o sistema de registro:

Es un sistema intermedio en el cual no se llega a la plena libertad en materia de constitución de las personas jurídicas privadas, sino que se la reglamenta en base al cumplimiento de recaudos legales por parte de los fundadores.

Es el supuesto actual de las sociedades «comerciales», ley 19.550 (cuya denominación cambió a partir del 1 de agosto de 2015 como «Ley General de Sociedades» conforme al anexo II de la ley 26.994), según el cual los socios fundadores pueden elegir entre varios tipos sociales preestablecidos legalmente, cada uno de los cuales —a su vez— tiene requisitos esenciales tipificantes que lo caracterizan como tal (p. ej., la sociedad anónima) y lo diferencian de los otros (p. ej., la sociedad de responsabilidad limitada); debiendo inscribirse además en el registro público correspondiente.

3. Sistema de constitución libre:

Sin perjuicio de observar ciertas formas legales, la libertad en materia de constitución de personas jurídicas es mayor. Es lo que ocurría con las sociedades civiles (referenciadas en el art. 1184 del Código de Vélez y que desaparecen en el Nuevo Código Civil y Comercial) y las simples asociaciones (según art. 46 del Código de Vélez y artículo 187 del Nuevo Código Civil y Comercial).

Desde antiguo, se formularon críticas al sistema de autorización estatal:

- *Que constituye una restricción al derecho de asociación, al otorgar al poder público facultades para hacer de la consideración del objeto de bien común una cuestión política*

- Que *el derecho de asociarse con fines útiles lleva implícito el derecho de obtener la autorización estatal a favor de las personas jurídicas que, como consecuencia de esa asociación, fueren constituidas*

Sin embargo, a favor del sistema de autorización estatal —que hoy impera en el Derecho argentino y lo hará en la «era» del Nuevo Código Civil y Comercial para algunos tipos de personas jurídicas— se ha contestado las críticas afirmando que *«el derecho de asociarse que garantiza la Constitución Nacional no genera el derecho subjetivo de acceder a la personería jurídica. De donde no hay agravio a ningún derecho subjetivo cuando no se concede la autorización para funcionar en los términos del artículo 33 Código Civil puesto que los interesados pueden funcionar como simples asociaciones del artículo 46 Código Civil que son sujetos de derecho aunque no tengan existencia legal como personas jurídicas»* (voto del Dr. Belluscio CSJN, 22/XI/91, L. L. 20/XI/91, fallos 90.000, «Comunidad Homosexual Argentina»).

Siguiendo esta última línea de razonamiento, si bien hoy los sujetos de derechos que no son personas humanas son personas jurídicas (no hay otra alternativa), una entidad que no obtiene autorización estatal para funcionar como «asociación civil» podrá hacerlo como «simple asociación» (arg. art. 169, Nuevo Código Civil y Comercial) bajo un régimen jurídico distinto (sin perjuicio de recurrir judicialmente la decisión que deniega la autorización).

Por lo demás, el ejercicio del poder de policía por parte del Estado no implica concebir que la persona jurídica es una ficción, ni tampoco que la personalidad sea un favor o concesión «discrecional» de la Administración Pública. Por el contrario, se trata del control que debe ejercer el Estado —encargado de preservar el orden público— verificando que las personas jurídicas que autoriza para funcionar como tales sean coherentes o compatibles con aquel.

C) PERSONALIDAD DIFERENCIADA

El artículo 143, por su parte, se refiere a la «personalidad diferenciada» de la persona jurídica respecto de sus miembros: *«La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial»*.

La diversa personalidad de la entidad y de sus miembros componentes es esencial para la comprensión del tema: cada entidad es un sujeto de derecho independiente y, por eso, es titular exclusivo de las relaciones jurídicas en que interviene.

Cuando una entidad dotada de personalidad jurídica contrata y adquiere bienes, ella resulta obligada o favorecida por las consecuencias del contrato y

propietaria de los bienes que adquiere. Así, p. ej., las instalaciones existentes en un club deportivo (asociación civil) son de la entidad y no de los socios o asociados, que no tienen sobre ellas ni siquiera un virtual condominio sino solamente la posibilidad de usarlas conforme a la reglamentación interna establecida por la propietaria de los bienes, o sea la entidad.

Por aplicación de la *regla de la distinta personalidad*, dado un conflicto que requiere intervención judicial, corresponde demandar a la persona jurídica como tal y no a los miembros que la componen, ni a los individuos que integran sus organismos directivos (comisión directiva, directorio, gerencia, etc.), aun cuando la notificación de la demanda deba hacerse en la persona de quien ejerce la representación de la entidad.

Se satisface, así, la finalidad principal perseguida por quienes constituyen una persona jurídica: crear un nuevo sujeto de derecho con distinto patrimonio y distinta responsabilidad.

Desde la óptica constitucional, la libertad de asociación (art. 14, Constitución Nacional y artículo 16 Convención Americana de Derechos Humanos y art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional) —cuya titularidad ostentan cada uno de los habitantes de la Nación Argentina— tiene un perfil bifronte:

a) Como *derecho individual* implica un reconocimiento a las *personas humanas* de:

— La libertad de asociarse o no:

- Según el artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos (*ídem* art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional), que también reconoce la libertad de asociación de una persona, expresa que: «1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía».

— Formar una asociación (o persona jurídica).

— No ingresar a una asociación (o persona jurídica) determinada o no ingresar a ninguna.

- Dejar de pertenecer a una asociación (o persona jurídica) de la que se es socio o asociado. Muchas veces el interés general lleva a limitar este ejercicio negativo del derecho asociativo como ocurre, por ejemplo, con la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión, lo que ocurre en los supuestos de «asociaciones impuestas o forzosas». El Estado, en estas circunstancias, y a fin de asegurar el cumplimiento de ciertos fines públicos puede restringir la regla básica de la libertad negativa de asociación.
 - en este sentido, se ha dicho que no es constitucional cualquier forma coactiva de asociación².
 - como regla: el ingreso a una asociación debe ser voluntario, no pudiendo compelerse a nadie a incorporarse a una asociación determinada, o a una cualquiera entre varias existentes, sean de derecho privado o derecho público.
 - En el caso «Ferrari, A. c/ Estado Nacional» (26 de junio de 1986), la CSJN sostuvo la constitucionalidad de la ley que en la Ciudad de Buenos Aires estableció la colegiación obligatoria de los abogados (personas jurídicas públicas no estatales), estimando que el Colegio Público de Abogados, dada su naturaleza, no es una asociación que se integre con la adhesión libre y espontánea de cada componente y que, por no serlo, tampoco se viola el derecho a no ser compelido a ingresar a una asociación por la circunstancia de que los abogados tengan que matricularse forzosamente en ese Colegio para ejercer su profesión.
 - Los Colegios tienen potestades de gobierno de las respectivas matrículas, las que no pueden ser asimiladas a las facultades sancionatorias de las asociaciones.
- b) Como derecho *de la asociación*:
 - Se le reconoce un status jurídico distinto de sus miembros.
 - Por lo tanto, la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus socios o asociados y los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente prevé la ley (p. ej., socios de una sociedad colectiva; conf. art. 125, ley general de sociedades núm. 19.550).
 - De este modo, se le reconoce a la entidad una zona de libertad jurídicamente relevante en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del Estado. Como dijimos, dicho reconocimiento puede ir:
 - Desde el otorgamiento formal de la personalidad jurídica mediante autorización y aprobación del Estado.
 - Hasta la simple consideración de la entidad como sujeto de derecho sin necesidad de autorización estatal expresa.

Así las cosas, la personalidad diferenciada de las «personas jurídicas» se traduce en una «porción» de libertad jurídica de la que son titulares las entidades y que implica reconocerles en general:

- un status jurídico en virtud del cual se les concede cierta capacidad de derecho.
- un poder de disposición para realizar actos jurídicamente relevantes dentro del fin propio de la asociación. Es decir, rige el principio de legalidad constitucional (art. 19, Const. Nacional) pero a tenor de la «regla de la especialidad».
- un área de libertad inofensiva para regir con autonomía la órbita propia de la entidad. Así, por ejemplo, en materia de poder disciplinario de la persona jurídica sobre sus miembros no debe interferir el Estado (no controla medidas ni sanciones) y, en su caso, las sanciones solo se revisan judicialmente en caso de violación del derecho de defensa del afectado o en caso de arbitrariedad manifiesta.

Por su parte, en concreto, de la neta distinción entre la personalidad del ente y la de sus miembros surgen importantes consecuencias prácticas, cuales son:

- existencia de distintos *patrimonios*: el de la entidad y el de los individuos que con su actividad humana nutren la actividad de la entidad;
- distinta *titularidad de derechos* a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa;
- diversa *responsabilidad* a que da lugar la aludida actividad que, en principio, solo compromete la de la entidad actuante;
- posibilidad de alterar la *composición humana del núcleo* sin que se modifique la situación jurídica de la entidad;
- posibilidad que la entidad *rija su propio orden interno* y establezca los derechos y deberes de los individuos que componen la persona jurídica (corporación) o que se beneficien de su actividad (fundación).

D) INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El artículo 144 regula la teoría de la «Inoponibilidad de la personalidad jurídica» con vocación expansiva para todas las especies de persona jurídica: *«La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios*

causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados».

En la actualidad, este instituto se halla expresamente contemplado en la ley general de sociedades núm. 19.550 (art. 54, tercer párrafo) bajo el rótulo «inoponibilidad de la personalidad jurídica».

Se trata de la desestimación, prescindencia o inoponibilidad de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación entre la entidad y sus miembros. La nueva normativa consagra, así, el principio de relatividad de la persona jurídica cuando es usada con fines *contra legem* o para perjudicar a terceros.

En efecto, el principio de separación de la personalidad no es absoluto. Cuando la persona jurídica es usada para obtener finalidades distintas de aquella para la cual ha sido creada y ello provoca perjuicio a un tercero, resulta lícito indagar qué hay detrás del ente creado e imputar la responsabilidad directamente a sus integrantes (*socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos*):

- Cuando se trata de una persona jurídica constituida con causa ilícita o simulada.
- Cuando la persona jurídica es un mero recurso para violar la ley, esto es, con su actuación se transgrede la norma jurídica.
- Cuando a través de la persona jurídica se evita o elude fraudulentamente la aplicación de la norma imperativa correspondiente.

Esta tesis ha sido ampliamente desarrollada en el ámbito societario y laboral (cfr. art. 54 ley 19.550) con abundante doctrina y jurisprudencia (a título de ejemplo, «Delgadillo Linares, Adela c/ Shatell S.A. y otros s/ Despido», CNAT, sala III, 11 de abril de 1997, L. L. on-line, AR/JUR 1997, 5968; CSJN, «Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A. y otro», L. L. 2003-F-731).

La novedad del Nuevo Código Civil y Comercial es que hace extensiva esta teoría a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad —tanto genética como en la posterior dinámica funcional— constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la *personalidad*, que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general³.

III. PERSONAS JURÍDICAS EN PARTICULAR

A) BREVE REFERENCIA A LAS ASOCIACIONES

Según el artículo 168 del Nuevo Código «*La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés*

general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros».

Las asociaciones civiles son personas de existencia ideal que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas que persiguen la realización de un fin de bien común no lucrativo⁴.

Si la asociación se realiza entre personas jurídicas, también con una finalidad de bien común no lucrativo, estamos en presencia de asociaciones de segundo grado. Es el caso de las Federaciones, que nuclea asociaciones de primer grado (p. ej., la AFA que se forma con las asociaciones civiles —clubes— que practican deportes).

En otras palabras, la asociación surge de la unión, con cierto grado de estabilidad, de un grupo de personas (miembros) que la integran, en virtud de un vínculo jurídico que les confiere esa posición, ya sea por haber participado en el acto constitutivo o por incorporación posterior

La asociación tiene sus propios atributos de la personalidad y su existencia es independiente del cambio de sus miembros que pueden ingresar y egresar de la misma en virtud de la libertad de asociación garantizada por el artículo 14 de la Constitución Nacional (art. 143 Nuevo Código).

Según los fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil y Comercial las asociaciones civiles se caracterizan:

- Como personas jurídicas privadas.
- Se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad, del que también participan y se benefician sus miembros.
- deben tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común.

¿Cómo se entiende el «interés general» o el «bien común»?

Según el Nuevo Código Civil y Comercial *el interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales; no pudiendo perseguir la entidad el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.*

Por su parte, para el artículo 33 del Código Vélez, de manera similar y aunque con otra terminología *«las asociaciones debían tener como fin el bien común».*

En suma, ¿Qué debe entenderse por bien común en materia de asociaciones? Dificultades que plantea el tema:

- Las fundaciones no tienen miembros ni benefician a su fundador, por lo que sus fines deben ser necesariamente altruistas.

- las asociaciones, por el contrario, pueden tener fines altruistas, mixtos o beneficiar principalmente a sus miembros.

Por ello, en la práctica, en las asociaciones civiles se observa que:

- Aún cuando el fin de la entidad persigue el interés general, puede beneficiar a los propios asociados (p. ej., como ocurre con un club deportivo).
- Cuando decimos que la utilidad debe ser general, debe entenderse en el sentido de que el fin de la asociación no solo debe ser útil para los miembros que componen la entidad sino que debe trascender mas allá de ellos y extenderse a la comunidad en la que se desarrollan en conjunto.
- Por ello se ha considerado que la normativa debe interpretarse en el sentido de que es suficiente que el fin sea «lícito» para considerarlo de «utilidad general» (p. ej., la creación de la entidad «club», si bien beneficia a sus socios, fomenta la práctica del deporte y el interés general se encuentra satisfecho).
- La interpretación del bien común en relación al artículo 33 del Código de Vélez, según la CSJN en el precedente «ALITT» (CSJN, 21 de noviembre de 2006, «Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Estado Nacional», fallos: 329: 5266), fue que:
 - El bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los Estados democráticos, y que es posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de vida social que permite a los integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos
 - Con relación a la garantía constitucional del artículo 14 de la Const. Nacional, la trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil, solo la ilicitud de promover la asociación un objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el artículo 19 o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del Pacto Fundacional de la República vigente desde 1853, podría justificar una restricción al derecho de asociación.
- Por ello es acertada la sentencia núm. 45 de la Provincia de Córdoba dictada el 17 de febrero de 2014 por el juez del juzgado de conciliación de 5.º nominación en los autos caratulados «*ARAVENA, MARÍA EUGENIA-MENDOZA, BLANCA AZUCENA-ASOCIACIÓN CIVIL AMMAR CORDOBA-ASOCIACIÓN CIVIL CLÍNICA JURÍDICA DE INTERÉS PÚBLICO CÓRDOBA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA*

PROVINCIA DE CÓRDOBA-AMPARO (LEY 4915)» - (Expte. núm. 251172/37), la cual concede personería jurídica a la asociación civil Ammar Córdoba.

- Como ya lo hemos mencionado la asociación civil debe estar destinada a cumplir fines útiles, que no solo beneficien a los miembros de la entidad si no que los trascienda y por ende beneficien también a la comunidad en general. En el caso de Ammar Córdoba (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina) se desprende de su objeto social que se nuclea a *ex* y actuales trabajadoras sexuales a fin de luchar contra la discriminación, promover derechos humanos de la salud, educación, igualdad de trato, del trabajo, de la salud sexual (p. ej., Prevención de VIH SIDA), evitar y erradicar la trata de niños y niñas, representar a las trabajadoras sexuales en temas de discusión pública, entre otras. Es decir, se tratan de derechos humanos que el Estado debiera proteger y garantizar. Cabe hacer presente que el mismo objeto social determina que estos derechos no solamente se ejercen en favor de los socios si no también se extiende a la sociedad mediante su concientización y participación.

— Conclusión:

- Tal como dice el Nuevo Código: «*Las asociaciones puede tener fines artísticos, asistenciales, políticos, culturales, deportivos, educacionales, mutualistas, religiosos, científicos, gremiales, de defensa de sectores empresariales, de fomento edilicio, profesionales, etc.*».
- Como vemos se recepta el concepto actual de bien común en función de lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:
- Así, la esencia de la asociación es el bien común.
- No hay una interpretación única.
- En la práctica puede plantearse como un conflicto entre «el derecho de asociarse» y «la incidencia de su objeto sobre la comunidad, el orden y la moral pública (por los que debe bregar el Estado)».
- El Estado debe hacer un uso medido de sus facultades discrecionales y de control al autorizar el funcionamiento de la entidad.
- La negación de la personería a un grupo debe ejercerse con criterio restrictivo.
- P. ej., se ha rechazado el pedido de personería de un grupo que pretendía fundar una asociación de «espiritismo» pues no es conducente al bien común ni redundaría en beneficio de la comunidad.

- De igual modo se ha negado la personería a una agrupación *swingers* pues choca contra el deber de fidelidad que media entre cónyuges impuesto en el artículo 198 Cód. de Vélez (Asociación Argentina de Swingers c/ Insp. Gral. Justicia - CNCiv., sala A, 17 de marzo de 2003, RDPC 2004-3). A todo evento, y en vista a la nueva normativa, destacamos que el artículo 431 del Nuevo Código Civil y Comercial dice que «*los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad*»; lo que daría a entender que, actualmente, un nuevo pedido de personería en este sentido sería igualmente rechazado pues el fin de la asociación no solo debe ser útil para los miembros que componen la entidad sino que debe trascender mas allá de ellos y extenderse a la comunidad en la que se desarrollan en conjunto. En efecto, aún cuando el deber de fidelidad ha perdido carácter jurídico, sigue siendo considerado como sustento moral para conformar el proyecto de vida en común de los esposos. El propio legislador reconoce que es uno de los pilares del matrimonio aunque su violación no tenga consecuencias «jurídicas». Desde esta óptica, nada aporta al bien «común» la práctica *swinger* *definida como una propuesta alternativa en materia sexual y cultural en la estructura matrimonial y de parejas, según una visión progresista y pluralista de los vínculos afectivos e íntimos, fomentando el intercambio responsable de experiencias, entre ellas las sexuales; determinándose como una opción para la pareja, priorizando los valores familiares*» (según estatuto de la Asociación Argentina de Swingers en AAS c/ IGJ - CNCiv., sala A, 17 de marzo de 2003 - RDPC 2004-3). Recordemos que lo expuesto no obsta a que la entidad sea considerada como «simple asociación» (sin personería jurídica).
- Por otro lado, en el fin de la asociación sí debe estar ausente el lucro aunque ello no obsta a que la entidad despliegue actividades que le permitan obtener ganancias para cumplir con su finalidad específica (p. ej., el club organiza una rifa para ampliar las instalaciones con los fondos recaudados). Coherente con ello, se explica en los fundamentos del Anteproyecto que «*El punto determinante de su conformación es que no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación. Si para el cumplimiento de su objeto realizan actividades por las que obtienen algún resultado económico positivo, este debe aplicarse a la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquel*».
- En este sentido, el artículo 168 del Nuevo Código aclara que la asociación no puede *tener por fin el lucro para sus miembros o terceros*.

A los terceros que se vinculan con la entidad no se les puede exigir un fin altruista, pero el legislador ha querido vedar la obtención de ganancias por parte de los integrantes de los órganos de administración o fiscalización que no formen parte de la asociación, como así también a los miembros del voluntariado cuando actúan en beneficio de una entidad en la cual no son socios.

- Por lo expuesto, existe también una diferencia con la sociedad: esta última se organiza con la finalidad de obtener utilidades apreciables en «dinero», lo que implica obtener un beneficio propio y perseguir un fin de lucro (arg. art. 1º Ley General de Sociedades núm. 19.550).

Existen 2 especies de asociaciones:

- Asociaciones civiles con personería jurídica (requieren autorización estatal e inscripción registral - Inspección General de Justicia o Dirección de Personas Jurídicas, en Pcia. de Mendoza, p. ej.), arts. 169 y 174 Nuevo Código.
- Simples asociaciones (art. 187 - Nuevo Código).

En ambos casos, gozan de personalidad jurídica en tanto ente al cual el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141 - Nuevo Código y artículo 32 Código de Vélez)

Para lograr sus fines, y siendo una persona distinta de sus miembros, cuenta con patrimonio propio (art. 154 - Nuevo Código).

En este sentido, el acto constitutivo debe contener (art. 170, inc. G - Nuevo Código):

- las contribuciones que conforman el patrimonio inicial de la asociación civil y el valor que se les asigna. Los aportes se consideran transferidos en propiedad, si no consta expresamente su aporte de uso y goce.

Por último, debe existir una desvinculación patrimonial del Estado.

Expresamente lo decía el artículo 33 del Cód. de Vélez: *las asociaciones no deben subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado*. Es decir que el Estado puede subvencionar parcialmente actividades de la asociación. Sin embargo, si la Institución depende exclusivamente de los aportes estatales, deja de ser una persona jurídica privada y pasa a pertenecer a la órbita de la Administración Pública⁵.

B) BREVE REFERENCIA A LAS FUNDACIONES

Cuando el tema de las fundaciones se analiza desde la perspectiva de la legalidad es frecuente tratarlo juntamente con las asociaciones. En el ámbito

constitucional, en cambio, mientras existe uniformidad normativa respecto a la introducción de la libertad constitucional de asociarse, son escasas las constituciones que contienen expresas disposiciones referidas a las fundaciones (p. ej., art. 34 Constitución Española reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley)⁶.

Desde la óptica constitucional se extraen las siguientes consecuencias⁷:

- a) El derecho a fundar implica excluir la idea de que la fundación constituye un negocio bilateral donde el Estado interviene como contrayente; por el contrario, se trata de un negocio unilateral, en un sistema de amplia libertad.
- b) Al igual que en materia asociativa, el derecho de fundar, verdadero derecho subjetivo, supone dos aspectos:
 - Positivo:
 - Derecho de crear una persona jurídica.
 - Derecho de la persona jurídica ya creada, que no podrá ser disuelta ni suspendida sin resolución judicial, siendo insuficiente la decisión administrativa.
 - Negativa: nadie puede ser obligado a fundar, ni a incluir cosas que están autónomamente fuera de lo que él resolvió fundar.
- c) La fundación debe constituirse para fines de interés general.
- d) El derecho a crear una fundación está sujeto a la reglamentación legal.

Según el artículo 193 del Nuevo Código: *«Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines. Para existir como tales requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar. Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad.»*

La fundación es una persona jurídica que se constituye con un objeto de bien común, sin fin de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines.

Este tipo de entidad resulta necesaria cuando se decide realizar actividades y obras de bien común, para las cuales el Estado prevé un régimen especial y con beneficios exclusivos (particularmente en materia fiscal).

Entre los caracteres tipificantes de este sujeto de derecho podemos mencionar:

1. Es una Persona jurídica.
2. Nace de un acto jurídico unilateral (del fundador).

3. Desde este aspecto la fundación tiene diferencias con otras personas jurídicas:

- No se requiere el concurso de varias voluntades
- No tiene miembros: no necesita de la unión estable o transitoria de un grupo de personas.
 - El fundador pasa a ser un tercer extraño a la entidad una vez que el Estado la autoriza a funcionar como tal.
- Tiene órganos de conducción y beneficiarios
 - Los beneficiarios no forman parte de la fundación, sin embargo constituyen la razón de su existencia. A tal efecto, es necesario que el estatuto —y en el plan de acción fundacional— se los identifique.
 - Existen distintos «grados» de individualización:
 - a) P. ej., Fundación para sostener el Colegio Primario «San Expedito» ubicado en la Villa «las Tablitas» en la Provincia de Buenos Aires (individualización precisa).
 - b) Fundación para ayudar a los pobres (individualización por pertenencia a un grupo).
 - La Doctrina⁸ discute si los beneficiarios pueden reclamar a la fundación el cumplimiento de su finalidad y, concretamente, obtener personalmente los beneficios previstos. La respuesta, se dice, depende del grado de individualización del beneficiario:
 - a) Si la individualización es precisa, parecería existir una «suerte» de «derecho subjetivo», y se reconoce amparo judicial a los beneficiarios si los administradores de la entidad no cumplen la manda del fundador.
 - b) Si la individualización no es tal, aunque hay un «interés legítimo», no habría acción judicial para reclamar el beneficio lo que no obsta a denunciar ante la autoridad de control el incumplimiento de las finalidades de la fundación.

4. El fundador puede ser una persona física o jurídica.

5. Se constituyen por instrumento público, de tal modo que el fundador tenga la posibilidad de reflexionar sobre la entidad del acto jurídico que va a celebrar; quedando descartada la posibilidad de constituir fundaciones mediante instrumento privado con firmas certificadas por escribano público.

6. Tiene un fin de bien común no lucrativo (fin altruista):

- No puede pretenderse un beneficio económico a distribuir directamente entre los integrantes de los órganos que dirigen y administran la fundación.

- Además, la tarea de la fundación está destinada a personas ajenas a la entidad llamados, como vimos, «beneficiarios».
 - Estos puede recibir «ventajas» mensurables económicamente, p. ej., atención médica (va de suyo que deben estar autorizadas por el fundador en el acto fundacional).
 - Sin embargo, y desde el punto de vista de la entidad, la Inspección General de Justicia ha establecido que la mera atención médica de pacientes mediante el pago de una suma de dinero, sin cumplirse con tareas de investigación o estudio, no encuadra dentro del objeto de «bien común», sino que encubre una sociedad comercial destinada a explotar una clínica o consultorio médico (Res. IGJ 132/90 *in re* «Fundación Leibowich»⁹).
- Si puede encarar actividades lucrativas para conservar su patrimonio y obtener nuevos recursos: p. ej., si lo permite el estatuto, puede adquirir títulos públicos, acciones de sociedades anónimas, etc.
- Debe ser autorizada y controlada por el Estado para que no se desvíe el cumplimiento del fin altruista:
 - P. ej., que no se utilice la estructura fundacional para desgravar impuestos.
- Es necesario un «acto de dotación»: mediante acto unilateral «entre vivos» (donación) o «*mortis causa*» (legado o testamento) se afecta la totalidad o parte de los bienes del fundador, que pasan a constituir el peculio de la fundación.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CSJN, 22/XI/91, L. L. 20/XI/91, fallos 90.000, «Comunidad Homosexual Argentina».
- CSJN, «Ferrari, A. c/ Estado Nacional» (26 de junio de 1986).
- CNAT, sala III, 11 de abril de 1997, «Delgadillo Linares, Adela c/ Shatell S.A. y otros s/ Despido», La Ley On-line, AR/JUR 1997, 5968.
- CSJN, «Palomeque, Aldo c/ Benemeth S.A. y otro», La Ley 2003-F-731.
- CSJN, 21 de noviembre de 2006, «Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual c/ Estado Nacional», fallos: 329: 5266.
- Juzgado de conciliación de 5.º nominación en los autos caratulados «ARAVENA, MARÍA EUGENIA - MENDOZA, BLANCA AZUCENA - ASOCIACIÓN CIVIL AMMAR CÓRDOBA - ASOCIACIÓN CIVIL CLÍNICA JURÍDICA DE INTERÉS PÚBLICO CÓRDOBA C/ SUPERIOR GOBIERNO

DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA - AMPARO (LEY 4915)» - (Expte. núm. 251172/37).

- Asociación Argentina de Swingers c/ Insp. Gral. Justicia - CNCiv., sala A, 17 de marzo de 2003, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2004-3.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, G., *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, Ediar, Bs. As. 2006.
- BORDA, G. J., La doctrina del «disregard» en materia de asociaciones y fundaciones. Estado actual de la cuestión, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2004-3.
- COSTE, D. y BOTTERI (h), J. D., Asambleas unánimes, en *Tratado de los conflictos societarios*, tomo 2, (dir.) Diego Duprat, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2013.
- CROVI, D., *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentado, tomo I, (dir.) Ricardo Luis LORENZETTI, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014.
- DOBSON, J. I., El interés social como protección del objeto social, en *Sociedades comerciales*, suplemento especial de la revista *La Ley*, dirigido por Julio César Rivera, diciembre de 2004.
- GAGLIARDO, M., Gobierno corporativo y códigos de buena conducta: reflexiones y perspectivas, *Sociedades*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2003-2.
- GENTILE, J. H., Las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial. *El Derecho Constitucional* (2015). 15 de mayo de 2015, núm. 13.728.
- GIUNTOLI, M. C., Fundaciones. Aspectos jurídicos, contables e impositivos, *Ad-Hoc*, Bs. As., 1994, p. 108.
- JUNYENT BAS, F., Apuntes sobre la persona jurídica en el Código Civil y Comercial, *Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones*, núm. 272, mayo-junio de 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PARELLADA, C., *Responsabilidad Civil*, Jorge Mosset Iturraspe, (dir.), capítulo XV, ed. Hammurabi, Bs. As.
- Breves referencias a las fundaciones en el constitucionalismo comparado, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 2004-3.
- LLAMBIAS, J. J., *Tratado de Derecho civil*, Parte General, tomo 2, decimoquinta edición actualizada, Bs. As., ed. Perrot, 1993.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., Las fundaciones en la Constitución española de 1978, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, fasc. IV, octubre-diciembre de 1983.
- NAVARRO FLORIA, J. G., Las personas jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial(*). *El Derecho* (263), 8 de junio de 2015, núm. 13.743.
- NISSEN, R., Curso de derecho societario, Bs. As., ed. *Ad-Hoc*, 1998, p. 478.
- Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas. *El Derecho* (263), 6 de julio de 2015, núm. 13.763.
- Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas. Conclusión del diario del 6 de julio de 2015. *El Derecho* (263), 7 de julio de 2015, núm. 13.764.
- RICHARD, E. H., Sobre la personalidad jurídica privada en el nuevo Código Civil y Comercial (ley 26.994), *elDial.com*, Biblioteca jurídica on-line, del 13 de marzo de 2015.

- RIVERA, J. C., *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, tomo II, 2.^a edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As.
- ROCA, E. A., Orientación en el confuso campo de la sociedad extranjera no inscripta, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* núm. 2003-I, concursos II.
- *La sociedad extranjera no inscripta*, Bs. As., ed. Abeledo Perrot, 1997.
- RUBÍN, M. E., Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada «desestimación de la personalidad jurídica, y su incorporación al Código Civil y Comercial. *El Derecho* (263), 19 de junio de 2015, núm. 13.752.
- TAPIA RODRÍGUEZ, M., *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2005.
- VANASCO, C. A., Reglas del buen gobierno (corporate governance), Sociedades anónimas, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2000-1.

NOTAS

¹ Ha dicho, en este sentido, la Doctrina que primero ha comentado esta disposición: «(...) Se impone, en primer lugar, y respecto de las personas jurídicas de carácter privado mencionadas en el artículo 148 del CCyCN, distinguir cuáles son aquellas que, para la adquisición de su carácter de sujetos de derecho, solo requieren la formalización de un instrumento constitutivo, como las sociedades y las simples asociaciones, de aquellas que requieren autorización estatal para funcionar, como las asociaciones civiles (art. 169), las fundaciones (art. 193), las sociedades cooperativas (art. 10, ley 20.337) y, finalmente, aquellas entidades en las que el carácter de sujeto de derecho nace con su inscripción registral, como las mutuales (art. 3.º, ley 20.321) o el consorcio de propiedad horizontal (art. 2038, CCyCN). La importancia de la solución del artículo 142 del CCyCN radica en que, en principio, la persona jurídica no podrá realizar actos jurídicos antes de instrumentar su acto constitutivo, su inscripción registral o —según el caso— obtener su autorización para funcionar, al ser ellos inoponibles a la propia entidad. (...) Es importante destacar que, como hemos visto, el sistema de la autorización estatal se mantiene para casos especiales —asociaciones civiles, fundaciones y cooperativas—, lo cual implica que el Estado somete a determinadas personas de existencia ideal al ejercicio de su poder de policía, autorización que exige la previa autorización de sus estatutos y que entendemos como un requisito constitutivo de la persona jurídica (...). NISSEN, Ricardo, «Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas». *El Derecho* (263), 6 de julio de 2015, núm. 13.763.

² BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, tomo II, Ediar, Bs. As. 2006, p. 54.

³ Ver por todos, BORDA, Guillermo J., La doctrina del 'disregard' en materia de asociaciones y fundaciones. Estado actual de la cuestión, *RDPC* 2004-3, p. 201. Ampliar en RUBÍN, Miguel E., Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada «desestimación de la personalidad jurídica» y su incorporación al Código Civil y Comercial. *El Derecho* (263), 19 de junio de 2015, núm. 13.752.

⁴ Cfr. RIVERA, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil*, Parte General, tomo II, 2.^a edición actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., p. 307.

⁵ En contra Ricardo NISSEN quien sostiene que: «(...) Importante es destacar que en el *Código Civil y Comercial de la Nación desaparece la exigencia, prevista en el artículo 33 del derogado Código Civil, para las asociaciones civiles y fundaciones, el cual no permitía que estas personas jurídicas subsistan exclusivamente de asignaciones estatales (...)*». «Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas». *El Derecho* (263), 6 de julio de 2015, núm. 13.763.

⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Breves referencias a las fundaciones en el constitucionalismo comparado, *RDPC* 2004-3, p. 65.

⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., Las fundaciones en la Constitución española de 1978, *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, fasc. IV, octubre-diciembre de 1983.

⁸ RIVERA, Julio C., Instituciones de Derecho Civil, Parte General, tomo II, *ob. cit.*, p. 352.

⁹ Citado por CROVI, Daniel, *Código Civil y Comercial de la Nación*, comentado, tomo I, (dir.) Ricardo Luis Lorenzetti, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 692.

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 21-12-2015

(BOE 6-1-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 11

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS PARA SUBSANARLA.

Este Centro Directivo ha reiterado (resoluciones en «Vistos») que «de lo que no cabe ninguna duda, y se colige directamente del artículo 313 del RH y de todos los concordantes que afectan al principio del tracto sucesivo y de la tutela judicial efectiva y la proscripción de la indefensión, es de que en el procedimiento declarativo en que se residencie la correspondiente controversia sobre la preferencia de uno u otro folio registral y, por tanto, de los derechos en ellos reflejados, han de ser llamados todos los titulares de cualquier derecho o carga que puedan verse afectados o perjudicados por la eventual sentencia que ponga fin al procedimiento, y no solo los titulares dominicales. Por todo lo expuesto, resulta evidente que en el presente caso, para la rectificación registral ahora pretendida, no concurre el consentimiento expreso de todos los titulares registrales, ni el de todos sus herederos o causahabientes, como reconoce el propio recurrente, por lo que el primer defecto señalado por la registradora ha de ser confirmado, y desestimado el recurso en este punto. No obstante, debe destacarse aquí que, en puridad conceptual y legal, ni siquiera hubiera bastado reunir el consentimiento de todos los supuestos herederos o causahabientes extrarregistrales de los titulares registrales, como pide y con el que parece conformarse la registradora, sino que en virtud de los mismos artículos 20 y 38 de la LH en los que se fundamenta su calificación, y de otros del mismo texto legal, sería precisa además la con-

currencia de muchos otros requisitos, que aunque no sean objeto del presente recurso por no haber sido señalados en la concreta calificación registral recurrida, no merecen ser obviados en la presente resolución, sino al menos referidos siquiera someramente, pues resulta evidente que por exigencia del principio de tracto sucesivo, faltaría la previa inscripción registral del derecho que aleguen los supuestos causahabientes que presten tales consentimientos, con el cumplimiento de los requisitos documentales, civiles y fiscales que en cada caso proceda, así como la previa inscripción de los negocios subyacentes y cuya inscripción quedó omitida y burlada por la vía de la doble inmatriculación consciente, tales como las supuestas segregaciones y adjudicaciones por extinción del condominio existente sobre la finca registral, todo ello con el cumplimiento también de los requisitos documentales, civiles, fiscales y además urbanísticos en cada caso pertinentes. Y aún cumpliendo todo ello, quedaría sin solventar la situación confesada de doble inmatriculación, la cual exigiría, salvo sentencia judicial, el acuerdo expreso no solo entre todos los titulares registrales de la finca inicial y que primero se inmatriculó, que es la registral 1025, sino también el de todos los titulares actuales de las otras fincas que, siendo en realidad parte de ella, se inmatricularon posteriormente incurriendo en doble inmatriculación confesada. Y es claro que en el caso que nos ocupa, ni se ha reunido el consentimiento de todos los titulares registrales de la finca 1025, ni se ha intentado siquiera reunir el consentimiento de los titulares registrales de las otras fincas que se dicen ser porciones de ella doblemente inmatriculadas. No es que simplemente estemos ante un exceso de cabida propiamente dicho, en el que la registradora albergue dudas fundadas sobre la identidad de la finca, sino que es obvio que de las propias manifestaciones de los interesados resulta que no estamos ante una rectificación de la medición superficial errónea de una finca que permanece perimetralmente inalterada, sino algo sustancial y radicalmente distinto y que ni siquiera sería posible inscribir por la vía exigida por la registradora, y con la que de nuevo parece conformarse, del acta de notoriedad anunciada en la escritura, pero en realidad no tramitada ni aportada.

Resolución de 21-12-2015

(BOE 6-1-2016)

Registro de la propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación

de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la propiedad (p. ej. arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. Calificación registral de las cláusulas de los préstamos y créditos hipotecarios. La resolución de 28 de abril de 2015 después de fijar los supuestos de aplicación de la legislación sobre transparencia de las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario y de protección de los consumidores, y de aclarar, con base en el referido criterio de interpretación sistemática, el contenido necesario de la inscripción de hipoteca y los efectos jurídicos de la misma, procede a señalar cuál es el alcance de la calificación registral de las estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios atendiendo a la aplicabilidad o no de la citada normativa de defensa de los consumidores. Así el registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente el registrador podrá rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho. A este respecto debe recordarse que la ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (las predisuestas por una de las partes con el objeto de incorporarlas a una pluralidad de contratos) es aplicable aunque el adherente —persona física o jurídica— sea un profesional y actúe en el marco de su actividad (art. 3) y que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en dicha Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1), sin necesidad de que tengan la condición de abusivas. Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad

hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas por razón de abusividad en dos supuestos concretos: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH, con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. Deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen. Por último, respecto del controvertido tema de la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que cumplan con el requisito de determinación hipotecaria que es de exigencia ineludible para la eficacia del derecho real de que se trate; c) que proceda la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. En el presente supuesto, como queda dicho, se ha aportado la expresión manuscrita del deudor acerca de su comprensión real de las consecuencias de la cláusula suelo, por lo que la única objeción a la inscribibilidad de la cláusula que se podría hacer en el ámbito registral sería la corrección de la dicción del escrito del prestatario acerca del efectivo conocimiento de su posición contractual en cuanto a las limitaciones del interés variable, comprensión que en el contexto catalán exigirá una adaptación de la redacción del escrito a cada uno de los

distintos supuestos que según el artículo 251.6 número 4, letra b), del Código de consumo de Cataluña generan la necesidad de su aportación; lo cual no ha sido alegado por el registrador. Por último, en cuanto a la afirmación del registrador de que el límite techo fijado —15%— es superior al límite máximo de los intereses ordinarios a efectos hipotecarios —12%— indicados en la escritura, y que esta circunstancia es contraria a las exigencias recogidas en el artículo 12 de la LH que, según el entendimiento del registrador, impide la inscripción de una cláusula techo obligacional superior al límite máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios, porque «siendo la hipoteca accesoria del préstamo conforme a la naturaleza de la hipoteca que garantiza los intereses ordinarios como de tráfico, a diferencia de la de seguridad de los de demora», ambas cifras deben coincidir; se trata de un argumento que debe ser rechazado.

Resolución de 4-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Torredembarra

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL. COMPETENCIA PARA RESOLVER ESTE RECURSO.

No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la propiedad (p. ej., arts. 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas

abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal. El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato». Esta norma sería aplicable, en tanto no se presente recurso ante el TC, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios, como expresamente se indica en la escritura; por lo que resulta aplicable la legislación estatal. En este caso, frente a lo que ya se resolvió en las resoluciones de 25 de septiembre de 2015, 9 y 10 de octubre de 2015 y 17 de noviembre de 2015, debe rechazarse la aplicación de la norma autonómica, porque la concurrencia de los requisitos de aplicabilidad de la norma estatal, que no tenía lugar en los supuestos de esas resoluciones y que goza de jerarquía normativa, es inconciliable con aquella, ya que ambas normativas establecen un régimen distinto de fijación del interés moratorio: «tres veces el interés legal del dinero en el momento del devengo» la norma estatal, y «tres veces el interés legal del dinero en el momento de la firma del contrato» la norma autonómica, cuyas consecuencias económicas para el deudor difieren. No puede afirmarse en contrario que la norma autonómica supone, en este supuesto concreto, un reforzamiento de la protección del consumidor, porque siendo idéntico el interés moratorio inicial en ambas legislaciones, mientras que en la legislación catalana el mismo permanece inalterado durante toda la vida del préstamo; en la legislación estatal, si bien es susceptible de aumento, el cual siempre será moderado dada la fijación del interés legal del dinero por el Gobierno nacional, también es susceptible de disminución, de cuyo beneficio la normativa catalana priva al prestatario. En consecuencia, al ajustarse la cláusula suspendida a las exigencias de la normativa estatal aplicable, el recurso en cuanto a este defecto debe ser admitido. La determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, cuando sea aplicable el artículo 114.3.º de la LH, por destinarse el préstamo o crédito a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario, deberá incluir expresamente la referencia de que el tipo máximo fijado no será aplicable «en caso de exceder de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo», es decir, que solo se aplicará como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, y nunca como un límite general a efectos hipotecarios. Y la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía

hipotecaria que se constituye y cuya determinación (resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, 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. Lo que en ningún caso puede admitirse, so pretexto de que la variabilidad futura de los tipos de interés legal del dinero es imprevisible, es que se pacte un tipo fijo de intereses de demora que ya, a presente en la misma fecha de la constitución de la hipoteca, infrinja el límite legal de los que se pueden devengar en el año de constitución, como ocurre en el supuesto de hecho de esta resolución. Es necesario, por tanto, que de la propia cláusula contractual de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios resulte inequívocamente que el tipo máximo pactado para dicha cobertura del derecho real solo será aplicable si en el momento del devengo de los intereses moratorios dicho tipo es igual o inferior al referido límite legal impuesto en el artículo 114, párrafo tercero, de la LH.

Resolución de 7-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Zaragoza, número 3

PLUSVALÍA: ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES.

Son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (*vid.* resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los ITPO y AJD y de S. y D., como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (Plusvalía). 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. 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 (aparts. 2 a 4 del art. 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 (p. ej., 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 caso la registradora alberga dudas fundadas sobre el alcance de la no sujeción al producirse la división del patrimonio líquido derivado del consorcio conyugal de manera abiertamente desigual entre los cónyuges, generando un gran exceso de adjudicación a favor de don J. C. S., sin que se especifique la compensación que justifique dicho exceso por lo que no queda claro que tenga su causa en el acto liquidatorio en sí, sino que cabe la posibilidad de que existan cualesquiera otros negocios o acuerdos entre los esposos que se han desarrollado de forma paralela al proceso de divorcio y de liquidación del patrimonio consorcial y que se hacen efectivos en el convenio regulador.

Resolución de 7-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Icod de los Vinos

SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Sobre la posibilidad de acudir a un juicio declarativo para obtener la reanudación del tracto en estos casos, esta Dirección General ha señalado que, 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, y en que se pidiese la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios, en este caso, lo que se estaría haciendo al inscribir la sentencia sería inscribir todos los títulos intermedios, con lo que el supuesto no sería propiamente reanudación de un tracto interrumpido. Debe por tanto dilucidarse si cuando en la sentencia no se reflejan todas las transmisiones operadas ni se identifican las personas demandadas y en qué concepto lo fueron pueden mediante instancia privada completarse dichos datos. Respecto de esta cuestión, este Centro Directivo ha reiterado en numerosas ocasiones (*vid.*, resoluciones en los «Vistos») que todo documento que acceda al Registro y que pretenda alterar su contenido debe reunir los requisitos previstos en la legislación hipotecaria (art. 21 de la LH). Bien es cierto que la instancia privada es admisible como complementaria de los documentos judiciales en algunas ocasiones, como por ejemplo a efectos de completar la descripción de la finca o las circunstancias personales de los adjudicatarios o adquirentes, siempre y cuando a tenor del contenido del documento no existan dudas sobre cuál es la finca o los titulares afectados. Sin embargo en este supuesto la instancia no puede suplir la competencia del Juzgado para determinar la condición y el carácter de la intervención de los demandados.

Resolución de 8-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Puerto de la Cruz

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN DEPARTAMENTOS INDEPENDIENTES.

Es cierto que, tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel

cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (*vid.*, art. 7 de la Ley sobre propiedad horizontal). Pero una modificación en la descripción de un elemento privativo como la presente, en cuanto excede de ese ámbito de actuación individual que se reconoce por la Ley a su propietario, no puede llevarse a cabo sin que se acredite el acuerdo unánime de la junta de propietarios (*vid.* arts. 5 y 17, apartados 6 a 8, de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 8-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Mora de Rubielos

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

En ningún caso corresponde a esta Dirección General realizar manifestación alguna sobre la adecuación a la legalidad o no de la anotación preventiva practicada, debiendo limitarse el recurso, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 324 de la LH sobre «las calificaciones negativas del registrador», limitando su contenido a «cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador; rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma» (art. 326 LH). Es por todo ello por lo que en el presente expediente este Centro Directivo debe pronunciarse exclusivamente sobre si una instancia privada presentada por el titular registral de un inmueble es título suficiente para solicitar la cancelación de una anotación preventiva de embargo ordenada en sede judicial. Esta cuestión ha sido resuelta por este Centro Directivo (resolución de 28 de marzo de 2011) al entender que «la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa y, por tanto, el recurso debe ser desestimado. Al carácter excepcional del documento privado en el procedimiento registral que implica, como regla general, no solo su falta de aptitud formal para la práctica de asientos en los libros de inscripciones del Registro, sino incluso la denegación de su presentación en el Libro Diario (cfr. arts. 3 de la LH, y 420.1 del RH), se une el hecho de que practicado un asiento en el Registro, este queda bajo la salvaguardia de los Tribunales y solo puede ser rectificado o dejado sin efecto de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos (cfr. arts. 1.2, 40, 82 y 83 de la LH), sin que una mera instancia privada tenga virtualidad alguna, cualquiera que sea la causa que se invoque, para rectificar o cancelar una anotación».

Resolución de 11-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 28

RECURSO GUBERNATIVO: PUEDE INTERPONERSE AÚN DESPUÉS DE SUBSANAR EL DEFECTO. ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE.

Con carácter previo hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual 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. La nota de calificación que da origen al presente recurso cuestiona la certeza de la manifestación hecha por el vendedor-arrendador de haber renunciado el arrendatario a su derecho de adquisición preferente ya que ni se une a la escritura copia del contrato de arrendamiento celebrado, ni consta que el mismo se haya exhibido al notario, ni se acompaña copia del contrato. La Ley 4/2013 no ha derogado el régimen del derecho de adquisición preferente contenido en los números 1 a 7 del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque sí ha introducido en el artículo 25 un nuevo párrafo para reconocer con amplitud la posibilidad de renuncia por parte del arrendatario a ese derecho e imponiendo al arrendador la obligación de comunicar al arrendatario su intención de vender la vivienda con una antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa. Tal comunicación no tiene por objeto servir como «*dies a quo*» para el inicio del cómputo del plazo en que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de tanteo o en su caso de retracto, del que contractualmente carece, sino como una obligación impuesta por la ley al arrendador-vendedor que, en su caso, podría determinar alguna responsabilidad por falta de cumplimiento o de protección al arrendatario por el pago de buena fe de la renta arrendaticia a quien no fuera ya arrendador. A la vista de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se exige un plus de diligencia en el arrendatario para que su derecho sea oponible frente a tercero inscrito (arts. 7 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); de tal modo que es precisamente en estos supuestos de manifestación inexacta del vendedor-arrendador sobre la situación de estar libre de arrendamientos la vivienda transmitida o la manifestación de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente, donde la inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la propiedad adquiere toda su importancia al objeto de que el mismo le sea oponible al tercer adquirente, de tal modo que no puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y que adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendamientos o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente.

Resolución de 12-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Escalona

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: ORDEN DE CALIFICACIÓN Y DESPACHO. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUBROGACIÓN DEL ADQUIRENTE DE LA FINCA EN LA POSICIÓN DE ARRENDADOR.

Desde una perspectiva procedimental, el artículo 18.2 de la LH determina que «si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o la inscripción del título previo, respectivamente. En estos casos, la vigencia del asiento de presentación se entenderá prorrogada hasta la terminación del plazo de inscripción». Esto es lo que ocurre precisamente en este expediente, pues con anterioridad a la presentación de la escritura de arrendamiento con opción de compra, que motiva este recurso, estaban presentados, pendientes de calificación, el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de

cargas derivados del procedimiento de ejecución hipotecaria a instancia de «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid» (hoy «Bankia, SA»). Debe manifestarse que desde una perspectiva exclusivamente registral, en lo que se refiere a la calificación del registrador, y sin prejuzgar, en modo alguno, la conclusión judicial que en su caso proceda, la subrogación que ordena el artículo 22.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos no puede ser apreciada automáticamente por el Registrador, pues debe determinarse en primer lugar, y como requisito previo, que estemos en presencia precisamente de un arrendamiento rústico, es decir, de un arrendamiento que entre dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos, tanto en lo que se refiere al ámbito personal de la indicada Ley (cfr. art. 9 de la citada Ley), como por la existencia de supuestos exceptuados (art. 6), o de inaplicación (art. 7 de la Ley). Y, esta calificación del arrendamiento como rústico, a los efectos de aplicar la subrogación automática del adquirente, no puede hacerla el registrador. Debe tenerse en cuenta que, en el supuesto de que no fuera aplicable la Ley de Arrendamientos Rústicos y ser aplicable, por ejemplo, las normas del Código Civil, la solución es muy distinta, pues el artículo 1549 del Código Civil claramente establece que «con relación a terceros, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la propiedad» y el artículo 1571.1 dispone que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la LH». Es precisamente mediante la inscripción del arrendamiento en el Registro de la propiedad el medio por el que se logra la protección del arrendatario y la eficacia del arriendo frente a terceros, incluso en los supuestos de arrendamientos de fincas rústicas, atribuyendo, ahora sí, efectos subrogatorios automáticos y de oponibilidad del arrendamiento inscrito frente a terceros adquirentes. Siempre y cuando se justifique la causa del cambio de una voluntad válidamente emitida, sería posible formular un nuevo negocio jurídico (o rectificar el antiguo, como ocurre en el supuesto planteado) que pudiera acceder al Registro, siempre y cuando se cumplieran los demás principios hipotecarios necesarios para practicar la inscripción. Por ello, y teniendo en cuenta las consideraciones practicadas, el defecto debe ser matizado, dentro de su relatividad, puesto que las declaraciones contradictorias sobre el estado arrendaticio provienen de distintos titulares y se producen en diferentes momentos temporales, y esta volatilidad puede justificar el cambio en la voluntad expresada sin que ello implique la vulneración de la tesis de los actos propios. Cabe recordar que siendo el contrato de arrendamiento un convenio que tiene por objeto la explotación y aprovechamiento de unos inmuebles concretos, se ha tenido en ponderación la calidad, ubicación y características de los mismos a la hora de su celebración y por ello el cambio de objeto debe recibir la plena aprobación de todas las partes, arrendatario y arrendador —en su condición de titular registral de las fincas arrendadas—, lo cual en el presente caso no se produce. Por lo demás, cabe cuestionar si la escritura de permuta, otorgada con posterioridad entre dos titulares registrales diferentes al actual (en su calidad de arrendador), y que accede al Registro antes de que el contrato de arrendamiento sea objeto de presentación, implica que las fincas tenidas en consideración en este, y objeto del contrato de permuta, deben entenderse de manera directa con las fincas resultantes de ella. La respuesta debe ser negativa, ya que la intervención de titulares registrales diferentes hace imposible entender como intención implícita y tácita sustituir unas fincas por otras y su sometimiento al derecho de cesión de uso creado, surtiendo efecto de nuevo el principio de prioridad comentado a la hora de analizar el primer defecto.

Resolución de 13-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Oropesa del Mar, número 1

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CÓDIGO SEGURO DE VALIDACIÓN EN DOCUMENTOS GENERADOS ELECTRÓNICAMENTE.

Es cierto, como esta Dirección General tiene declarado (*vid.* resoluciones de 10 de junio de 2009 y 12 de enero de 2012), que el procedimiento registral tiene una naturaleza especial que no encaja en la puramente administrativa, al versar sobre cuestiones civiles, por lo que la normativa a que está sujeto es la específica contenida en la legislación hipotecaria. De esta doctrina, reforzada por la STS de 3 de enero de 2011. Sin embargo, cabe concluir la plena vigencia de la Ley 11/2007 y su normativa de desarrollo con relación a los documentos administrativos presentados en el ámbito registral. A la vista de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 11/2007 y 20 y 21 del Real Decreto 1671/2009, se permite el uso de sistemas de código seguro de verificación, para la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, no solo para actuaciones automatizadas, sino también para su uso por parte del personal al servicio de la misma, con independencia de que dicho personal también pueda utilizar una firma basada en el DNI electrónico o basada en certificado de empleado público al servicio de la Administración General del Estado expresamente admitidos con esta finalidad. Para el uso de código seguro de validación por parte de personas físicas al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes se precisan los mismos requisitos que para la utilización del mismo en procesos automatizados, establecidos en el artículo 20 del citado Real Decreto. Las notas características de la actuación administrativa automatizada son: a) declaración de voluntad, juicio o conocimiento realizada por una Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa; b) empleo de un sistema de información adecuadamente programado, y c) adopción sin necesidad de intervención de una persona física. En el presente expediente, se presenta en el Registro de la Propiedad diligencia del Ayuntamiento de Cabanes en la que se hace constar que el edicto ha estado publicado en el tablón de anuncios del Ayuntamiento durante un mes, firmado con sello de la Secretaría del Ayuntamiento de Cabanes. El Ayuntamiento de Cabanes, en el uso de las competencias que en materia de sello de órgano para actuaciones administrativas automatizadas le atribuye la Ley 11/2007 en los citados artículos 18, 38 y 39, y en virtud del artículo 19 del Real Decreto 1671/2009, de 4 de noviembre de 2009, por el que se desarrolla parcialmente la mencionada ley, determinando que la creación de los sellos electrónicos se realizará mediante resolución del titular del organismo público competente, que se publicará en la sede electrónica correspondiente, regulando los datos que necesariamente deben figurar en la resolución aprobatoria, dictó resolución de Alcaldía 2014-1268 de fecha de 21 de noviembre de 2014 por la cual determina cuáles son las actuaciones administrativas automatizadas y entre las que se encuentra la diligencia de exposición de los edictos o anuncios publicados en el tablón que serán firmados por el sello de órgano que le acompañara un código seguro de verificación (csv), que facilitará la comprobación de forma remota de la existencia y validez del documento. Consecuentemente el defecto debe ser revocado.

Resolución de 13-1-2016

(BOE 4-2-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 28

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN DEPARTAMENTOS INDEPENDIENTES.

Es cierto, que, como afirma el registrador, la modificación de la superficie de los elementos privativos tiene consecuencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, en la fijación de la cuota de participación de tales elementos privativos en relación con el total valor del inmueble. Esta circunstancia justificaría la imprescindible intervención del resto de propietarios del edificio si se tratara de fijar o modificar dicha cuota. En este sentido, tiene razón el registrador al afirmar que la superficie puede determinar la modificación de la cuota porque es un factor determinante de la misma, conforme al artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal, pero ello no implica una modificación automática, sino que podrá exigirse por los demás propietarios en la correspondiente junta de propietarios o por vía judicial. En el presente expediente, no se ha producido modificación alguna en las cuotas de participación en los elementos comunes, ni alteración en las superficies de las fincas privativas de los restantes propietarios y en la de los elementos comunes. Tratándose de un elemento privativo, se admite la posibilidad de modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquel cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario (*vid.* art. 7 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 18-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Salou

ANOTACIÓN DE EMBARGO: CADUCIDAD. ANOTACIÓN DE EMBARGO: CONVERSIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO EN EJECUTIVO.

Los recurrentes apoyan sus alegaciones en la resolución de este Centro Directivo de 28 de enero de 2015, en la que se recoge la posibilidad de que la conversión de una anotación de embargo preventivo en embargo ejecutivo, lleve implícita en la conversión la prórroga de la anotación, pero olvida el recurrente que la misma resolución recoge en su fundamento de Derecho 5, que la conversión podría interpretarse como prórroga, si la anotación no se hubiese cancelado, y en este caso, se ha cancelado, señalándose además en la indicada resolución de 28 de enero de 2015 «...que en el decreto se hizo constar que no cabría acordar nuevamente el embargo, sino ordenar su afección a la ejecución mediante la correspondiente conversión y anotación en el Registro de la propiedad (fundamento segundo), si bien en el mandamiento judicial se ordenó la conversión del embargo en virtud de nota marginal».

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas

posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.^a del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

Resolución de 19-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Roquetas de Mar, número 3

USO DE VIVIENDA FAMILIAR: NATURALEZA. USO DE VIVIENDA FAMILIAR: EXTINCIÓN.

Al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito, ya que esta es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, del Código Civil). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Esto no impide que si así se acuerda en el convenio y el Juez lo aprueba, en atención al interés más necesitado de protección, aprobar la medida acordada por los cónyuges y, en consecuencia, atribuir el uso del domicilio familiar a los hijos menores, sin olvidar que «vivirán en compañía de su madre».

El derecho de uso, como se ha señalado en el punto anterior, supone la atribución al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos o con un interés más necesitado de protección de la facultad de ocupar la vivienda. Es precisamente la posibilidad de habitar la vivienda el fundamento último de este derecho de uso. Pues bien, si ningún obstáculo había para la inscripción del derecho de uso cuando la vivienda aparecía inscrita a nombre de ambos cónyuges por mitades indivisas, menos aún los habrá cuando la titularidad sea exclusiva del esposo al que no se le ha atribuido tal derecho. Es por ello que tampoco cabe invocar como impedimento de la inscripción el principio de prioridad registral y el artículo 17 de la LH, ya que el derecho de uso configurado en la sentencia objeto de calificación es perfectamente compatible con la nueva situación de titularidad sobre la finca derivada de la inscripción de la escritura de disolución de condominio.

Cuando se enajena la vivienda a un tercero con el consentimiento del titular del derecho de uso, dicho derecho queda extinguido. Es más, si se constituye hipoteca con ese mismo consentimiento, la ejecución de dicha hipoteca llevará consigo la extinción del derecho de uso (cfr. SSTs de 8 de octubre de 2010 y 6 de marzo de 2015, y resoluciones de 31 de marzo de 2000 y 8 de abril de 2015). Pero las circunstancias concurrentes en el caso que es objeto de recurso son claramente diferentes. Se trata de una disolución del condominio existente entre ambos cónyuges sobre la finca respecto de la que se ha constituido el derecho de uso. Sin necesidad de profundizar en el complejo asunto de si el acto de disolución de comunidad tiene naturaleza traslativa, declarativa o, como sostiene

mayoritariamente la jurisprudencia, determinativa o especificativa (cfr. resolución de 19 de mayo de 2011), lo cierto es que como consecuencia del mismo acaba siendo propietario de la totalidad de la finca el marido.

Resolución de 25-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Sant Cugat del Vallés, número 1

DOCUMENTOS JUDICIALES: INTERPRETACIÓN ARTÍCULO 708 LEC.

Cuando el registrador suspende la inscripción por entender que el testimonio del auto judicial no es el vehículo formal adecuado para el acceso al Registro, está actuando dentro del ámbito de sus facultades de calificación y no vulnera la obligación general de respeto y cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Con respecto a la cuestión central objeto de recurso, vuelve a plantearse ante este Centro Directivo el alcance e interpretación del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como resulta de diversas resoluciones referidas en los «Vistos», la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de 2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, da nueva redacción al artículo 708. El precepto deberá ser interpretado en el sentido de que serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el Juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio, pero teniendo presente que la sentencia en nada suple la declaración de voluntad del demandante, tratándose de negocio bilateral, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública.

Resolución de 25-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Aofz, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN POR CLÁUSULAS ABUSIVAS.

El requerimiento de pago es necesario efectuarlo a todos los deudores, además de al hipotecante no deudor y tercer poseedor si los hubiere, cualquiera que sea la relación de mancomunidad o solidaridad que mantengan respecto al crédito, sin perjuicio de que en este último caso la demanda pueda interponerse contra cualquiera de ellos según el artículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citado. En este sentido se pronuncia el TS que en la reciente sentencia de 12 de enero de 2015 señala: «A la hora de valorar tales circunstancias se ha de obrar con cautela, pues si solo se atiende a la efectiva indefensión con relevancia constitucional, relegando los defectos de forma en los actos procesales, se corre el riesgo de tolerar una sistemática violación de las normas procesales por trasladar plenamente la doctrina constitucional a la de la jurisdicción ordinaria». Por lo tanto la falta de demanda contra el deudor y en cualquier caso la ausencia del requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad, teniendo en cuenta la rigidez de

los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la Ley y en consecuencia es obligación del registrador apreciar su cumplimiento. En cuanto al requerimiento de pago, además, si no se acredita su realización al presentar la demanda, en el mismo auto en el que se despache la ejecución se ordenará que se requiera de pago al deudor y en su caso al hipotecante no deudor o al tercer poseedor.

De las disposiciones transitorias cuartas de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre de 2014, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo de 2015, resulta, que tratándose de procedimientos ejecutivos ya iniciados a la entrada en vigor de la Ley, como sucede en este supuesto, se reconoce al ejecutado la posibilidad de abrir un incidente extraordinario de oposición fundado en la existencia de cláusulas abusivas que puede ser planteado en todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente y, por tanto, aun cuando ya se haya dictado el decreto de adjudicación, si todavía no se ha producido el lanzamiento. Asimismo, en caso de que se hubiese planteado tal incidente y se hubiese dictado auto desestimatorio, cabe interponer recurso de apelación. Esta disposición expresamente afirma su carácter retroactivo. La literalidad de la misma es incuestionable y de forma que el incidente posterior, de plantearse, podría provocar el sobreseimiento de la ejecución, con los consiguientes efectos en la eficacia de la adjudicación.

Resolución de 26-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Santiago de Compostela, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: RANGO HIPOTECARIO.

El denominado «rango registral» de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real pre-existente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (cfr. arts. 24 y 25 LH); y si bien es cierto que en determinadas hipótesis se admite una denominada «alteración paccionada del rango hipotecario» (cfr. art. 241 RH) no lo es menos que ello presupone el consentimiento del titular del derecho pospuesto. En el supuesto que da lugar a la presente la actora del procedimiento que da lugar a la anotación de embargo posterior a la hipoteca inscrita pretende que se modifique el contenido del Registro por su mera solicitud, rectificando el rango de la anotación preventiva anteponiéndolo al de la hipoteca inscrita con anterioridad y en perjuicio de su titular.

Resolución de 28-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 2

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS FRENTE A ACTOS DISPOSITIVOS ANTERIORES.

Ciertamente la doctrina del Centro Directivo y la jurisprudencia no son constantes a la hora de admitir o no la inscripción de actos anteriores a la

anotación de la prohibición de disponer que se presentan en el Registro con posterioridad a la anotación de la prohibición. No cabe someter a todas las prohibiciones de disponer a un solo y único régimen jurídico, pues su regulación y finalidad no son unitarias. Por ello es preciso distinguir entre las voluntarias y las administrativas y judiciales y, entre estas, entre las decretadas en procedimientos civiles y penales.

Las anotaciones preventivas de prohibición de disponer voluntarias tienen su régimen jurídico en la LH (arts. 26, 27 y 42.4.º) y en el RH (art. 145). De estos preceptos cabe deducir: que respecto de los actos dispositivos posteriores a la inscripción de la prohibición de disponer, es claro el cierre registral producido por la prohibición de disponer. En este último sentido, como ha señalado la doctrina de este Centro Directivo en resolución de 31 de enero de 2013, debe tenerse en cuenta que la prohibición de disponer solo impide las enajenaciones voluntarias del titular registral. En cuanto a los actos dispositivos anteriores a la inscripción de la prohibición de disponer debe estarse a lo dispuesto en el artículo 145 del RH punto en el que debe tenerse en cuenta que la prohibición de disponer no excluye la validez sustantiva de las enajenaciones anteriores a la prohibición, motivo por el cual hay resoluciones (6, 7, 8 y 18 de abril de 2005) que sostienen que el «efecto de cierre registral viene claramente determinado por el tenor del artículo 145 del RH, que lo restringe a los actos dispositivos que se hayan realizado con posterioridad a la práctica de la misma anotación; no respecto de los anteriores». Sin embargo esta posición no ha sido unívoca. Si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitada su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse.

Las prohibiciones de disponer judiciales ordenadas en procesos civiles tienen su régimen jurídico en los mismos preceptos que las voluntarias, pero han de añadirse las normas procedimentales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (fundamentalmente los arts. 726 y 727). Su regulación es la misma que corresponde a las prohibiciones de disponer voluntarias. Tampoco en estas cabe la cancelación de oficio de la anotación preventiva, tanto porque la inscripción posterior del título anterior no priva de su eficacia a la anotación, cuanto porque solo el juez puede ordenar la cancelación (art. 83 LH). No obstante, la anotación preventiva decretada por el órgano judicial es una medida cautelar que tiene por finalidad garantizar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria, teniendo el órgano judicial amplia libertad para determinar su alcance y contenido, conforme al artículo 735.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondiendo al órgano judicial determinar el alcance la medida cautelar.

En las prohibiciones de disponer decretadas en procesos penales y en expedientes administrativos se aplica por este Centro Directivo el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más o menos literal y laxa del artículo 145 del RH en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición. Abunda sostener el criterio de la registradora el hecho de que al tiempo de la firma de la escritura cuyo acceso al Registro se deniega, ya estuviera iniciado el procedimiento penal contra el enajenante.

Resolución de 29-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro de la propiedad de Villacarriedo.

HERENCIA: SUSTITUCIÓN VULGAR.

La vocación constituye dentro del fenómeno sucesorio, el elemento esencial de las sucesivas fases que terminan en la adjudicación y adquisición de los bienes hereditarios. La forma de acreditar quienes sean estos sustitutos vulgares es múltiple. El artículo 82 del RH, consagra un sistema abierto. De los párrafos 3.º y 4.º del precepto reglamentario, que son específicos de aplicación las sustituciones hereditarias «de cualquier clase» se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el RH, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que el supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato; y, 4.º) Que el acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido, (...) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara.

Centrados en el supuesto de este expediente, se ha acreditado el fallecimiento del heredero premuerto mediante el certificado de defunción y la identificación de sus hijos mediante su libro de familia. A mayor abundamiento, en el testamento de la esposa del causante, cuya herencia también se adjudica en la misma escritura, consta con claridad la circunstancia del fallecimiento del hijo y el llamamiento por designación nominal de los hijos del mismo, nietos de los causantes, al haber sido otorgado posteriormente al óbito del hijo premuerto. Es cierto que podrían existir otros descendientes desconocidos por ambos causantes y por los herederos, pero estas dudas también existirían en el caso del acta de notoriedad.

Resolución de 4-2-2016

(BOE 23-2-2016)

Registro de la propiedad de Alcázar de San Juan, número 1

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN. HERENCIA: ACEPTACIÓN. HERENCIA: DERECHO HEREDITARIO.

Se trata de un caso en el que se dan los presupuestos que implican el juego del derecho de transmisión. Sin embargo, tanto en la escritura en la que se formaliza la partición de la herencia del transmitente, como en la referida a la partición de herencia del causante originario, se manifiesta que el transmitente había aceptado la herencia del causante originario tácitamente antes de su muerte. En coherencia con este planteamiento, en la escritura de herencia del transmitente se inventaría la cuota hereditaria derivada de la herencia del causante originario con referencia genérica a una serie de bienes, que se adjudica al padre legítimo del transmitente. A continuación, se otorga la escritura de partición del causante originario sin que intervenga la heredera del transmitente.

Ciertamente la jurisprudencia (*vid.* «Vistos») relacionada en la nota de calificación es concluyente en cuanto a que la liquidación del Impuesto de Sucesiones no supone la aceptación de la herencia, lo que no discute el recurrente, que en su escrito ha manifestado que la declaración en la escritura de esta circunstancia no es en absoluto una justificación ni una prueba de tal aceptación ni tienen relación ambas circunstancias. Ahora bien, sí se manifiesta y reitera en ambas escrituras que ha sido aceptada la herencia tácitamente. Ciertamente, concurriendo entre ambos actos el consentimiento de todos los interesados entre ambas herencias, en que se produjo la aceptación tácita de la herencia de la primera causante, no puede existir duda de esta circunstancia.

Ahora hay que esclarecer que una cosa es la aceptación de la herencia y otra el derecho a intervenir en la partición. Por la aceptación de la herencia el heredero adquiere derecho a los bienes y acciones del causante desde el mismo momento de su fallecimiento (art. 989 del Código Civil). Pero esto no supone la adjudicación de los bienes de la misma, que en el caso de ser varios herederos llamados precisa de la partición. Así pues, la cuestión que se ha de resolver ahora es si se ha producido una cesión del derecho hereditario —y no solo del patrimonio resultante de ese derecho hereditario— por parte de la viuda del hijo fallecido a favor de su suegro o de alguno de sus cuñados, lo que permitiría al cesionario intervenir en la partición de la herencia cedida tal como si se tratase del heredero. Existiendo dudas respecto a la identidad de ambas fincas (según la descripción realizada en las respectivas escrituras), no puede entenderse de manera indubitada que en la cesión de derechos realizada por doña C. C. B., se entienda incluida la indicada porción de terreno, consentimiento que debe ser concluyente en sede registral. Defecto, no obstante, que podrá ser fácilmente subsanado, si el notario rectifica la primera escritura en su descripción.

Resolución de 4-2-2016

(BOE 23-2-2016)

Registro de la propiedad de Olmedo

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

En relación al primero de los defectos, debemos recordar que todo título que pretende acceder al Registro debe, entre otros aspectos, incluir los datos precisos

para extender el asiento de que se trate, cumpliendo de esta manera el llamado principio de especialidad o de determinación registral, con independencia del origen del título formal de que se trate. Y para el supuesto específico de las inscripciones, el mismo deberá aportar para su constancia en los libros los extremos contenidos en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento. Atendiendo de manera más concreta a la expresión del número de identificación fiscal estos preceptos deben completarse con la previsión impuesta en el artículo 254 de la LH. Esta misma conclusión debe obtenerse cuando la omisión del título inscribible se refiera a las circunstancias descriptivas del inmueble sobre el que va a verificarse la inscripción, máxime cuando nos encontremos en la inmatriculación o primera inscripción —formal y material— del inmueble como base territorial del Registro.

El artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en vigor hasta el 1 de noviembre de 2015, es decir al tiempo de la presentación y, por ende, de la calificación del título que nos ocupa) que «en lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Este Centro Directivo ha considerado en doctrina reiterada que esta exigencia resultaba aplicable a todos los medios inmatriculadores previstos en la legislación hipotecaria, incluido el expediente judicial de dominio con finalidad inmatriculadora.

Los titulares colindantes reconocidos como tales en el propio título inmatriculador deben ser necesariamente citados, según el artículo 201 de la LH, y cuya citación debe resultar del propio auto, a fin de que el registrador pueda calificar su cumplimiento, como garantía esencial, evitando que se generen indefensiones (art. 24 de nuestra Constitución), especialmente importante si se tiene en cuenta la no suspensión de efectos respecto de terceros, a diferencia de otros medios inmatriculadores. Por ello, es preciso que para permitir la labor calificadora del registrador, se exprese en el documento judicial que se ha procedido a la notificación a los colindantes, indicando a quién se ha realizado y en qué concepto. Esta falta implica que el defecto sea igualmente mantenido.

Resolución de 5-2-2016

(BOE 23-2-2016)

Registro de la propiedad de Villacarrillo

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN. REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU CONSTANCIA EN EL REGISTRO.

Es claro que en nuestro sistema registral rige el principio de rogación como consecuencia de la voluntariedad en la inscripción (resolución de 12 de enero de 2012) por lo que no se puede practicar un asiento que no haya sido solicitado, pero la solicitud de inscripción está dispensada de rigor formal según resulta del artículo 39 del RH y se prevé que comprende todos los actos del documento, conforme al artículo 425 del RH (resolución de 20 de julio de 2006). Aunque quede suficientemente acreditado el presupuesto para consolidación del pleno dominio en los herederos como es el fallecimiento del causante, no se relaciona en el inventario el usufructo del que era titular registral el causante por lo que en este caso ha quedado al margen del documento notarial la consumación del acto o negocio de extinción del usufructo y la consiguiente consolidación de la

titularidad dominical en los herederos por razón de la cuota que hasta entonces estaba gravada.

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 (art. 437 del RH y resoluciones en «Vistos»), por lo que es correcta la afirmación contenida en la nota de despacho de que «no se aporta documento suficientemente acreditativo de la Referencia Catastral de la/s finca/s que comprende, de conformidad con los artículos 44 al 48 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario...».

Registro mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 21-12-2015

(BOE 6-1-2016)

Registro mercantil de Valencia III

CUENTAS ANUALES. PRESENTACIÓN TELEMÁTICA. FORMATO ELECTRÓNICO. HUELLA DIGITAL.

En caso de presentación a depósito de cuentas anuales en formato electrónico mediante comunicación telemática con firma electrónica, la correspondencia entre el archivo que las contiene (en formato zip) y el archivo que contiene el certificado del acuerdo aprobatorio de la junta se lleva a cabo por la propia aplicación que genera automáticamente el algoritmo o huella digital al llevar a cabo la incorporación de los archivos. Solo si se hace la presentación telemática del archivo zip que contiene las cuentas sin acompañamiento del que contiene el certificado del acuerdo será preciso, si este último se acompaña posteriormente en formato papel, que se haga en el mismo mención expresa del código alfanumérico que representa la huella digital. Es este último caso el contemplado en el artículo 2 de la Instrucción de la DGRN de 30 de diciembre de 1999.

Resolución de 22-12-2015

(BOE 6-1-2016)

Registro mercantil de Madrid VII

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

El cierre registral por falta de depósito de cuentas es consecuencia de un incumplimiento y subsiste mientras persista dicho incumplimiento. Para enervarlo únicamente es necesario depositar las cuentas o acreditar la falta de su aprobación. El levantamiento del cierre no queda impedido por el hecho de que la certificación de aprobación o no aprobación haya sido expedida por quien

no ha podido inscribir su nombramiento como administrador precisamente por haberse producido dicho cierre.

Resolución de 23-12-2015
(BOE 6-1-2016)
Registro mercantil de Madrid VII

CUENTAS ANUALES. CIERRE. TRACTO. SOCIEDAD IRREGULAR.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores. Se trata de una sociedad constituida en 2012 e inscrita en 2014. Para poder efectuar el depósito de las cuentas de 2014, es preciso el previo depósito de las de los años 2012 y 2013. Las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de cierta personalidad, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así, como contraer obligaciones y ejercitar acciones. La inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran no la personalidad jurídica en abstracto, sino “su” especial personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido, que añade la limitación de responsabilidad de los socios, y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores.

Resolución de 7-1-2016
(BOE 4-2-2016)
Registro mercantil de Asturias, número II

REACTIVACIÓN. DERECHO DE SEPARACIÓN.

Para poder inscribir el acuerdo de reactivación de una sociedad disuelta, cuando un socio ha ejercitado su derecho de separación es preciso que conste, o bien la reducción de capital, o la adquisición de participaciones o acciones, haciendo constar en ambos casos el pago o la consignación a favor del socio separado (arts. 356, 358, 359 a 70 LSC).

El derecho de separación del socio en las SRL se justifica como tutela, en una forma social de carácter cerrado, para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría. La ley vincula la inscripción de la reactivación a la acreditación de que se han ejecutado las consecuencias del ejercicio del derecho de separación. Por ello dicha inscripción debe contener todas las menciones y circunstancias que derivan del ejercicio de dicho derecho (art. 208 RRM).

Resolución de 11-1-2016
(BOE 4-2-2016)
Registro mercantil de Navarra

SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.

La resolución, que es una reproducción casi literal de la de 20 de julio de 2015, analiza la evolución de su doctrina y declara que, tras la STS de 18 de

julio de 2011, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos estemos en presencia de una sociedad profesional sometida a la Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo de 2007.

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 de 2007, no procede la inscripción de unos acuerdos que, prescindiendo de dicha situación, pretenden la modificación del contenido registral en lo que se refiere al cambio de sistema de administración, cese y nombramiento de administrador.

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.

Una vez abierta la hoja social y adecuado el contenido del Registro a las exigencias legales, la sociedad podrá llevar a cabo las modificaciones que su junta general, como órgano superior de formación de la voluntad social, estime oportunas.

Resoluciones de 18 y 19-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro mercantil de Sevilla, número III

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA. CALIFICACIÓN.

Se trata de un supuesto en el que se ha solicitado el nombramiento de auditor por la minoría, el registrador ha estimado procedente el nombramiento y su decisión ha sido impugnada ante la DGRN. Al existir una indeterminación sobre si procede o no el nombramiento y, consecuentemente, si ha de acompañarse o no informe de auditor, el registrador debe esperar a la resolución de la DG para calificar el depósito de las cuentas anuales instado por la sociedad. El artículo 18 LH prevé que el registrador de la propiedad no emita calificación hasta que la situación del contenido del Registro no sea definitiva. Lo mismo ocurre en el ámbito del Registro Mercantil sin que la particular existencia de más de un Libro Diario altere el principio general del artículo 18.4 del Código de Comercio dada la coordinación prevista en el ordenamiento.

Resolución de 21-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro mercantil de Madrid, número XIII

RECURSO. REQUISITOS DE ADMISIÓN. OBJETO SOCIAL. VALORES MOBILIARIOS. ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

Conforme al artículo 327 de la LH, para la interposición del recurso es preciso acompañar el título objeto de la calificación, original o testimonio del mismo, para que el registrador, a la vista del recurso y de las alegaciones presentadas, pueda, si lo estima procedente, rectificar la calificación. Para ello debe volver a examinar los mismos documentos que en su día fueron calificados u otros que garanticen la identidad de su contenido. En este caso se resuelve que una copia de dicho documento, compulsada por diligencia extendida por la Jefa de Negociado de Registro de la Comunidad de Madrid, equivale a testimonio del mismo, a los efectos del referido artículo.

Se discute la inclusión en el objeto social de la siguiente expresión: «Tenencia, administración, adquisición y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales de empresas, bajo la normativa de la Ley del Mercado de Valores». Como señaló la resolución de 29 de enero de 2014, el mero hecho de que la sociedad tenga prevista como una de sus actividades la compra y venta de valores, sin más especificación, no la convierte en sujeto activo del Mercado de Valores ni en sujeto obligado al cumplimiento de los rigurosos requisitos que para los mismos exige la legislación especial. Esas limitaciones se predicán exclusivamente de las empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre determinados instrumentos financieros, sin que sean de aplicación a aquellos supuestos en que las personas no realicen más servicio de inversión que negociar por cuenta propia. Lo que ocurre en este caso es que no solo no se excluyen de la definición estatutaria del objeto social aquellas actividades relativas a los valores —o a determinadas operaciones sobre ellos— que estando comprendidas en el ámbito de la citada Ley especial no se ajusten a los requisitos establecidos en ella, sino que se incluyen en el mismo las actividades cuestionadas y expresamente se sujetan a la normativa especial.

Como reiteradamente tiene declarado la DGRN, el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer. Al limitarse la cláusula cuestionada a establecer que el cargo será retribuido con la cantidad que, para cada ejercicio, acuerde la junta general, es evidente que deja al arbitrio de este órgano el concreto sistema de retribución del administrador, con la falta de seguridad que ello supone tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador cuya retribución dependería de las concretas mayorías que se formen en el seno de la junta general.

Resolución de 25-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro mercantil de Madrid, número VII

RECURSO. IMPROCEDENCIA. CUENTAS ANUALES. CIERRE. TRACTO. SOCIEDAD IRREGULAR.

Es continua la doctrina de la DGRN (por todas resoluciones de 13 de octubre de 2014, basada en el art. 326 LH y en la doctrina del Tribunal Supremo sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del recurso es exclusivamente la determinación de si la calificación del Registrador es o no ajustada a Derecho y también que no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el Registrador (resolución de 19 de enero de 2015).

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores. Se trata de una sociedad constituida en 2009, e inscrita en 2014. Para poder efectuar el depósito de las cuentas de 2014, solicitado en 2015 y por tanto transcurrido más de un año desde la fecha de cierre de los ejercicios 2011, 2012 y 2013, es preciso el previo depósito de las cuentas correspondientes a los mismos. Las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica o, al menos, de cierta personalidad, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así, como contraer obligaciones y ejercitar acciones. La inscripción en el Registro Mercantil solo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran no la personalidad jurídica en abstracto, sino «su» especial personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido, que añade la limitación de responsabilidad de los socios, y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores.

Resolución de 27-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro mercantil de Vizcaya, número I

RECURSO. PLAZO DE INTERPOSICIÓN. JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. FORMA.

En el cómputo de plazos por meses al que se refiere el artículo 48 de la Ley 30/1992, a la que se remite el artículo 326 de la LH, el día final debe coincidir con el de la notificación del acto impugnado. Al no constar acreditación fehaciente o prueba alguna de la notificación en la fecha alegada por el registrador, ha de admitirse el recurso.

La convocatoria judicial de la junta general tiene una singularidad respecto de la regla general tan solo respecto de la legitimación para hacerla y la libre designación de las personas que hayan de ejercer de presidente y secretario, sin que tal singularidad alcance a la forma de trasladarla a los socios, que ha de ser la estatutaria o, en su defecto, la legalmente prevista, sin posibilidad de sustituirla por otra, goce de mayor o menor publicidad. Constando en los estatutos sociales que la convocatoria de la junta ha de realizarse mediante carta certificada a cada uno de los socios, no puede entenderse correcta ni válida la convocatoria realizada mediante publicaciones en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y un periódico. En el caso contemplado, además, a diferencia de otros en los que

la DGRN ha admitido que la notificación por el Juzgado al socio no asistente tenga una eficacia equivalente al sistema de correo certificado establecido en los estatutos, no resulta acreditado que la efectiva convocatoria —con señalamiento de orden del día, y fecha y lugar de celebración de la junta—, fuese notificada por el juzgado en forma personal a la socia —y administradora— no asistente.

Resolución de 28-1-2016

(BOE 11-2-2016)

Registro mercantil de Madrid, número V

RECURSO. IMPROCEDENCIA.

Conforme tiene reiteradamente declarado la DGRN, no cabe instar recurso frente a la calificación positiva del Registrador que motiva la extensión del asiento. El recurso contra la calificación negativa del Registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca (cfr. arts. 1, párrafo tercero, y 40.d) de la LH, 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil).

Resolución de 3-2-2016

(BOE 23-2-2016)

Registro mercantil de Madrid VII

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN. DOMICILIO.

En todo supuesto de reproducción estatutaria de las respectivas normas legales que atribuyan a los administradores competencia para el cambio de domicilio dentro del mismo término municipal, debe admitirse que, después de la entrada en vigor de la modificación legal por la que se amplía su competencia «para cambiar el domicilio dentro del territorio nacional», será esta la norma aplicable.

No puede entenderse que haya una voluntad contraria de los socios a la aplicación del régimen legal supletorio respecto del órgano competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional por el hecho de que en los estatutos se atribuya competencia al órgano de administración para trasladar el domicilio social «dentro de la misma población» en vez de emplear las palabras «término municipal».

Resolución de 4-2-2016

(BOE 23-2-2016)

Registro de Bienes Muebles de Córdoba

HIPOTECA MOBILIARIA. CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES. CALIFICACIÓN.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar entre otros extremos, la observan-

cia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los titulares registrales están establecidas por las leyes y los reglamentos.

No puede llevarse a cabo la cancelación de un asiento de anotación de embargo posterior al de hipoteca mobiliaria cuando no resulta del procedimiento de ejecución de esta que el titular registral ha sido notificado de la existencia del procedimiento.

En el ámbito del procedimiento de ejecución de hipotecas mobiliarias o inmobiliarias, es imprescindible solicitar del Registro la expedición de certificación de cargas y de practicar, subsiguientemente, notificación a los titulares de derechos o cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta. No es óbice a ello la circunstancia de que el Reglamento General de Recaudación de la Tesorería General de la Seguridad Social no haga una expresa referencia a dicha exigencia en materia de ejecución de garantías sobre bienes muebles, so pena de incurrir en patente tacha de inconstitucionalidad.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Suspensión del régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato*

Suspend visiting arrangements of the child with the parent who was convicted for an offence of mistreatment

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

ABSTRACT: *The judge or court may suspend visiting arrangements of the child with the parent who was convicted for an offence of mistreatment with your wife or partner and/or for an offence of mistreatment with the minor or any other children, evaluating the existing risk factors.*

PALABRAS CLAVE: Menores. Régimen de Visitas. Suspensión. Delito de maltrato.

KEY WORDS: *Minors. Visitation of the child. Suspension. Crime of abuse.*

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR O DOMÉSTICA RESPECTO A DETERMINADOS MIEMBROS.—III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES.—IV. EL DERECHO DE VISITA EN LA LEGISLACIÓN FORAL.—V. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS A *POSTERIORI*.—VI. LA LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA Y LAS ACTUACIONES DE PROTECCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN¹

Desde los albores del presente siglo se ha puesto de manifiesto la lucha contra la violencia de género² que actualmente ha pasado a tener una denominación más amplia; al tener en cuenta todas las manifestaciones de la misma, resultando la violencia doméstica o intrafamiliar.

Así tuvo lugar la publicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que abarcó tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad de las Administraciones Públicas. Igualmente se abordó en dicha ley con decisión la respuesta punitiva que debían recibir todas las manifestaciones de violencia que se regularon en ella³.

En el ámbito positivo de esta ley se introdujeron dos artículos importantes: el artículo 65 que dice que «*El juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera*», y el artículo 66 que admite que «*El juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes*».

Preceptos que se encuentran en conexión con el mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 CE según el cual «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución». Por tanto, dichos poderes públicos, entre los que se halla el judicial, tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud⁴.

Respecto de la regulación expresa de las medidas que podrá adoptar el Juez de violencia de género se le posibilita la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso. Y se creó la figura del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal y la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscriben Fiscales con especialización en la materia. Fiscales que intervienen en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia de Género, y en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

El comentario de hoy se centra en un supuesto específico que origina la suspensión del derecho de visitas del padre, donde ha tenido lugar una importante evolución de la jurisprudencia⁵, y que se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita, o como vamos a ver en la sentencia objeto de comentario, cuando la violencia se ha dirigido sobre el hermano mayor y se pretende reiniciar el ejercicio de tal derecho con el hijo menor, al que apenas conoce y sobre el que no ha habido malos tratos.

Por ello retomamos el concepto de violencia doméstica o violencia intrafamiliar como el utilizado para referirse a la violencia ejercida dentro de la convivencia familiar por parte de uno de los miembros contra otros, contra alguno de los demás o contra todos ellos. Así se introduce la violencia o el maltrato infantil hacia uno solo de los hijos, por ejemplo, frente al otro que es el supuesto que nos ocupa en este comentario.

II. LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR O DOMÉSTICA RESPECTO A DETERMINADOS MIEMBROS

Los hechos probados de la sentencia se refieren a la existencia de un matrimonio que tiene una hija y se divorcian, aunque posteriormente se produce una reconciliación previa a la ruptura definitiva, momento en el cual nació una segunda hija. El Juzgado de lo Penal condenó al demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, y un delito de amenazas (a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias). Al momento de interponerse la demanda existía una orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor. Pero no existía ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor, de ahí que a través de la demanda se solicitó por el progenitor que la hija menor de edad, Sofía, quedase bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, y sobre todo se fijase un régimen de visitas a su favor respecto de dicha menor.

La parte demandada se opuso a la demanda, solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija en base a:

- La situación de maltrato que ella y su hija mayor habían sufrido lo cual demuestra que el progenitor no es una persona apta para atender y cuidar a la menor, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad.
- Se alega que las consecuencias para su hija mayor, podrían ser nefastas al ver como su padre puede tener una relación con su hermana y no con ella.
- La menor sobre la que se solicitó el régimen de visitas no conoce a su padre ya que dejó de tener contacto con el cuándo tenía un solo año de edad, siendo para ella un completo desconocido.
- La madre argumentó que la sentencia recurrida era contraria a la doctrina señalada por cuanto el régimen de visitas acordado era perjudicial para el interés de la menor,
- En el informe emitido por el Instituto de Medicina Legal de Cádiz se desaconsejó expresamente la realización de visitas por el progenitor a la menor.

Tanto en Primera Instancia como en la Audiencia se acordó atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre, con ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores. En cuanto al régimen de visitas ambas instancias optaron por su establecimiento pero con carácter restrictivo, (un día a la semana dos horas y en el PEF) en favor del padre. Visitas que se producirán a la salida de la cárcel donde se ha sometido a un programa terapéutico en el que se le trate su violento carácter.

El argumento para adoptar tal criterio se basó en que no había ninguna condena entre el padre y la menor por lo que no cabe prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la niña, siendo adecuado fomentar la relación paterno filial.

Otro supuesto diferente que debemos tener presente es el indicado en el artículo 160 del Código Civil⁶ que reconoce el derecho de los hijos menores a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161 del Código Civil⁷. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomienda visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la Administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita.

Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor. Se precisa que los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4 del Código Civil⁸. Además, no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos inclusión expresa con la reforma, abuelos y otros parientes y allegados. Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento internacional del derecho del niño a mantener contacto directo y regular con ambos progenitores, salvo que ello sea contrario a su superior interés (art. 9.3 de la Convención de Derechos del Niño), se extiende también a los menores separados de su familia por la Entidad Pública.

III. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

El TC, en sentencia de 22 diciembre de 2008, señaló que «Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquel podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo “graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”⁹».

Sentencia que indicó el carácter bidireccional del derecho de visitas ya que es «en realidad, un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos».

Sin embargo recuerda que existe un interés supremo del menor en nuestro ordenamiento jurídico y en los textos internacionales a los que aquel se ha adaptado, los cuales «contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación

del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así en el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño¹⁰, y en el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en resolución de 18 de julio de 1992¹¹; y en el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea»¹².

La progenitora recurrente basó su recurso de casación en la existencia de jurisprudencia contradictoria tanto del TS como de las Audiencias. Antes de centrarnos en ella cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico los jueces de Instancia más cercanos a la realidad social y más sensibles a las nuevas realidades suelen expresar su discrepancia con el Tribunal Supremo, facilitando así la evolución jurisprudencial y el diálogo entre jueces de instancia y TS, encargado de sentar doctrina. Hay cierta flexibilización del principio de la fuerza vinculante de la doctrina del TS, y esta flexibilización se consigue a través del desvío jurisprudencial de los Tribunales inferiores, siempre que se aporten razones de peso para justificar tal discrepancia, aunque también se puede acudir al mecanismo de la cuestión prejudicial en materia interpretativa¹³.

Por otro lado, como dice XIOL, debe hacerse la «limitación de los poderes del juez por la vía de la autorrestricción, puesto que no se le puede atribuir un papel elitista de interpretación singular de los principios constitucionales, sino más bien un papel de árbitro encargado de interpretar la voluntad de la sociedad en relación con la Constitución»¹⁴.

No obstante, como indica FERRERES, es inevitable que en determinados casos la legislación existente no ofrezca respuesta alguna, o respuesta clara, por lo que los tribunales gozan de un cierto poder de interpretación e integración del Derecho. Y ante el riesgo de interpretaciones dispares se impone la necesidad de unificar criterios a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Jurisprudencia a la que se le asigna fuerza vinculante (gracias a la estructura orgánica y procesal existente en nuestro ordenamiento jurídico) y que en nuestro sistema se concreta a través del cauce del recurso de casación donde el TS corrige las sentencias de instancia que se apartan de la doctrina del TS¹⁵.

Y completa esta argumentación LAPORTA diciendo que «la ley no lo llena todo, que debemos hacer un hueco a la evidencia cotidiana de que el derecho no es pleno, que tiene lagunas, que las leyes no responden a todas las preguntas pertinentes y que los jueces han de decidir a veces sin disposiciones anteriores, sin ley, poniendo en pie normas no previstas por el legislador. Y seguramente no es descabellado desear que esos supuestos estén armonizados bajo una común inspiración jurisprudencial»¹⁶.

Pero volviendo al caso que nos ocupa, en relación con la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, se recuerda la existencia de cuatro sentencias que se posicionan negando o admitiendo el régimen de visitas al progenitor maltratador. Así nos encontramos con la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de febrero de 2011, de Encarnación ROCA¹⁷ en la que se consideró que tras la ruptura de la convivencia de una unión no matrimonial debía atribuirse a la madre la guardia y custodia del hijo sin fijar un régimen de visitas a favor del padre debido a los episodios de violencia protagonizados por él. Y en el que la violencia persistía con una orden de alejamiento del progenitor.

Pero previamente, la STS de 9 de julio de 2002¹⁸, había estimado que concurría por un lado la falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre, y por otro lado, el alejamiento temporal. De modo que el Tribunal admitía el recurso al no haberse probado el perjuicio, que no tenía

nada que ver con los episodios de violencia, admitiéndose el derecho de visitas del progenitor con carácter progresivo.

Y ya anteriores en el tiempo nos encontramos con otras dos sentencias donde el enfrentamiento se producía entre los progenitores. Así, la de 19 de octubre de 1992¹⁹, donde no se apreciaron circunstancias de riesgo para el menor y consiguientemente se permitieron las visitas, y la de 21 de julio de 1993²⁰ en la que a consecuencia de las tensas relaciones entre los padres el juez prefirió suspender el derecho de visita.

Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales se citan como opuestas a la sentencia recurrida la de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 12 de febrero de 2014²¹ donde el menor reconoce como figura paterna al actual compañero de la madre, ya que el progenitor se ha despreocupado del menor desde siempre, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 17 de marzo de 2011²² donde hay una desatención del padre respecto a sus hijas de carácter prolongada y grave. En dichas resoluciones se acuerda no establecer un régimen de visitas a favor del padre por entender que la relación padre-hijo puede resultar perjudicial para el menor, en la segunda incluso se le priva de la patria potestad.

Frente a esta jurisprudencia hay que tener en cuenta varias cuestiones, en relación con la sentencia objeto de comentario. Las dos instancias mantienen el criterio de conceder el régimen de visitas de la menor de las dos hijas, frente a las cuales, como veremos el TS sentencia en contra. Aquellas mantenían en relación con el interés del menor (la pequeña de sus dos hijas) y su protección, la necesidad de minimizar los riesgos que pueda sufrir la menor pues el horario de visitas es muy restringido, está condicionado a la salida de prisión del padre y a su acreditación de haberse sometido a terapia, visitas que se desarrollarían durante dos horas a la semana y en un punto de encuentro familiar.

Todo ello teniendo en cuenta el interés del menor, cuyo concepto ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ley que no puede aplicarse a la sentencia objeto de comentario (por ser la Ley posterior) pero que hay que tener en cuenta porque su principio básico se concreta en la necesidad de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

Ley que exige que la vida y desarrollo del menor tenga lugar en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

El Ministerio Fiscal apoyó la tesis de la progenitora, insistiendo en que el padre, una vez fuera de la prisión, pudiera plantear procedimiento contradictorio en el que acreditase fehacientemente que las visitas no generaban riesgo a la menor.

Y en conexión con tal argumento, el TS declara que «en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos, por lo que de acuerdo con el artículo 94 del Código Civil y el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija pequeña, sin perjui-

cio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para la niña, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y con su hermana mayor».

IV. EL DERECHO DE VISITA EN LA LEGISLACIÓN FORAL

La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante en las distintas regulaciones autonómicas.

Así, el actual y vigente Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, indica en su artículo 60, la importancia de la relación personal del hijo menor, estableciendo en su apartado 1.º que «El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja»²³.

Asimismo, el artículo 233-8.3 del Código Civil de Cataluña, que establece que «la autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de manera prioritaria el interés del menor»²⁴.

La Ley 2011/3975, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dispone en su artículo 4, la necesidad de convenir un pacto de convivencia familiar, cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, donde acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas. Pacto que deberá contener: el régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores. Y el régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de estos a ejercer tal relación²⁵. Teniendo en cuenta que dentro del precepto 3.º dedicado a las definiciones indica que «por régimen de relaciones debe entenderse el sistema dirigido a regular y organizar el contacto, las estancias, visitas y comunicaciones entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, cuando no exista convivencia»²⁶.

V. LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LA SUSPENSIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS A POSTERIORI

Son muchos los supuestos en los cuales en la actualidad el juez entra a disponer de múltiples cuestiones relativas a la patria potestad, guarda y custodia y derecho de visitas amparado siempre por el paraguas del principio del interés superior del menor y de su protección. Y que en nuestro caso objeto de análisis implica que es el propio legislador quien destaca y quiere poner de manifiesto que se trata de una opción que la Ley otorga al juez para su examen y la valoración de todos los datos concurrentes, a fin de tener motivos y razones para acordar la supresión del régimen de visitas si con ello entiende protegidos a los menores. El régimen de visitas puede ser suspendido aunque se haya establecido *ab initio* si se comprueba, tras el examen por el juez de los menores, que este régimen les perjudica.

La cuestión radica en la comprobación y posterior conclusión de que realmente se produce un «perjuicio de los menores». Perjuicio que no debe confundirse con que la madre, familiares o el propio menor prefieran estar solo con uno de sus progenitores, ya que si no se acredita un comportamiento indebido de este no se suspenderá el régimen.

En cualquier caso, es el interés del menor el que preferentemente debe tenerse en cuenta a la hora de adoptar las medidas que les afecte, con fundamento en la previsión legal contenida en el artículo 66 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, tal y como hemos indicado al principio de este breve comentario.

En la resolución de la AP de Barcelona, Auto de 8 noviembre 2007²⁷, se puso de manifiesto un caso en el que quedó constatado en los informes del punto de encuentro donde se recogía a los menores «el comportamiento anómalo del ahora recurrente durante la comunicación con los niños, tanto respecto a estos como respecto al personal del servicio del Punt, y señala que a medida que se han ido realizando las visitas, los hijos se han mostrado más negativos a ver al padre», por lo que, teniendo en cuenta que como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, «el derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (sentencias de 30 de abril de 1991²⁸, 19 de octubre de 1992²⁹ y 22 de mayo de 1993³⁰ y 21 de julio de 1993³¹). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto, al derivarse de dicho informe que la salud psíquica de los menores, con el rechazo que manifiestan a ver al padre, puede ponerse en peligro si se les obliga sin que el padre muestre una actitud más comprensiva hacia el comportamiento de los mismos, procede, igualmente la desestimación del recurso de apelación»³².

En consecuencia, las medidas de suspensión del régimen de visitas deben ser de una interpretación restrictiva por su propia naturaleza.

VI. LA LEY ORGÁNICA DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA Y LAS ACTUACIONES DE PROTECCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, tienen en cuenta también la violencia de género y la situación de los menores³³.

Se modifica por dicha LO de 2015, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 12, y se garantiza el apoyo necesario para que los menores bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica puedan permanecer con la misma. Asimismo, se introduce la presunción de minoría de edad de una persona

cuya mayoría de edad no haya podido establecerse con seguridad, hasta que se determine finalmente la misma. En este mismo precepto se establece que se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas.

También se recoge otro de los ejes de esta reforma, como es la obligación de las Entidades Públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas.

De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño, niña o adolescente y una revisión de la medida de protección³⁴.

VII. CONCLUSIONES

I. La Constitución en su artículo 9.2 establece el mandato por el que los poderes públicos, y entre ellos el judicial, no pueden ser ajenos a la violencia de género.

II. Desde 2004, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género posibilitó que el juez suspendiere tanto el ejercicio de la patria potestad, de la guarda y custodia, como la suspensión de visitas cuando el inculcado lo fuera por violencia de género.

III. La cuestión a determinar gira en torno a si en base al *interés supremo del menor* principio existente en nuestro ordenamiento jurídico y en los textos internacionales a los que aquel se ha adaptado, debe otorgarse el derecho de visitas a su progenitor; o, por el contrario en razón a su propio interés tuviera que acordarse su suspensión debido al carácter violento y a su condena penal de malos tratos respecto a su otra hermana y respecto de su madre.

IV. El Tribunal Supremo establece como *criterio de unificación doctrinal* que el juez tiene la potestad de suspender el régimen de visitas del progenitor cuando este ha sido condenado por delito de maltrato o violencia doméstica o intrafamiliar, esto es tanto con su esposa como con alguno de sus hijos, ya sea sobre el que previamente se le ha otorgado el derecho de visitas o de otros hijos sobre el que ha existido maltrato. Y ello porque el Juez o Tribunal deberá valorar y tener en cuenta todos los factores de riesgo existentes.

V. Y en este caso se consideran factores de riesgo el haber sido condenado por delito de maltrato doméstico, el tener un carácter violento, el no haber convivido con la menor sobre la que quiere un derecho de visitas y quien apenas le conoce. Basándose el juzgador en el informe del Instituto de Medicina Legal de Cádiz que desaconseja la realización de visitas por el progenitor; y la postura del Ministerio Fiscal.

VI. Igualmente se considera que no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que debe seguir el padre en relación con su carácter violento, ni ante quién lo debe desarrollar, ni quién homologará los resultados obtenidos.

VII. Todo ello sin perjuicio de que cuando el progenitor cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

FERRERES CUMELLA, V., Sobre la posible fuerza vinculante de la Jurisprudencia, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico europeo. Madrid. 2010. p. 43.

IGLESIA MONJE, M.^a I. de la., Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. núm. 738, julio-agosto de 2013. Pp. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. núm. 739, septiembre-octubre de 2013. Pp. 3423-3439.

— Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia / *Completion of the testamentary service for the inheritance of minors*. en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. núm. 745, septiembre-octubre de 2014. Pp. 2459-2479 - Vlex: 555245810.

— Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme en base al supremo interés del menor, en *Diario La Ley*. Sección Tribuna. núm. 8590, Ref. D-301.

— La Ley 5021/2015. La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución, en Revista electrónica <http://hayderecho.com/autor/isabel-de-la-iglesia/> 20 de septiembre de 2015.

LAPORTA, F. J., La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico europeo. Madrid de 2010, p. 11.

MAGRO SERVET, V., El régimen de visitas en la violencia de género, en *Práctica de Tribunales*, núm. 100, Sección Práctica Procesal, enero-febrero de 2013, Editorial La Ley. La Ley 2012, 19268.

XIOL RÍOS, J. A., Notas sobre la Jurisprudencia, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid, 2010, p. 81.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (*La Ley* 2015, 177561).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 54/2011 de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (*La Ley* 2011, 2156).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 720/2002 de 9 de julio de 2002, Rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (*La Ley* 2003, 306).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de julio de 1993, Rec. 3467/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (*La Ley* 1993, 13311).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de mayo de 1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. (*La Ley* 1993, 897-5).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. (*La Ley* 1993, 15050-R).
- STS Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de abril de 1991. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (*La Ley* 1991, 2486).
- SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, sentencia 285/2014 de 12 de febrero de 2014, Rec. 33/2013. Ponente: José María TAPIA CHINCHÓN. (*La Ley* 2014, 18190).

- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, sentencia 189/2011 de 17 de marzo de 2011, Rec. 768/2010. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (*La Ley* 2011, 145200).
- AAP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 8 de noviembre de 2007, rec. 348/2007. (*La Ley* 2007, 235581).

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española.
- Código Civil (art. 94).
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* 29 de julio).
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Artículo 65.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros. *BOE* núm. 234 de 30 de septiembre de 2003.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. Publicado en: *BOE* núm. 183, de 1 de agosto de 2003.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (*BOA* núm. 63 de 29 de marzo de 2011).
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (*DOGC* núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y *BOE* núm. 203 de 21 de agosto de 2010).
- Ley 2011/3975, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. [2011/3975]. (*DOCV* núm. 6495 de 5 de abril de 2011).

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 680/2015 de 26 de noviembre de 2015, Rec. 36/2015. Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas. *La Ley* 2015, 177561.

² Ejemplos de los avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial.

³ Cuyo origen se encuentra en las recomendaciones de los organismos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer (proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General); las resoluciones

de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. La Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

⁴ En cuanto a las medidas jurídicas asumidas se han adoptado las siguientes: especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

⁵ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. núm. 738, julio-agosto. 2013. Pp. 2650-2666 - Vlex: 458215318 y Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. núm. 739, septiembre-octubre. 2013. Pp. 3423-3439.

⁶ Artículo 160 redactado por el apartado diez del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio):

1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor.

Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4.

⁷ Artículo 161 por el apartado once del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio).

La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor.

El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la LEC.

⁸ Artículo 178 redactado por el apartado veintitrés del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 de julio).

4. Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones

entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El Juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al Juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del Juez.

Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

⁹ STC, Sala Primera, 176/2008 de 22 de diciembre de 2008, Rec. 4595/2005. (*La Ley* 2008, 198334).

Sentencia que determinó la no vulneración del principio de igualdad. derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual y se aborda el tema de la restricción del régimen de visitas a un menor inicialmente concedido a un padre transexual.

El TC concluyó que la disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas. Esta se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre.

¹⁰ Convención adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*»).

¹¹ «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño».

¹² «Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses».

¹³ FERRERES CUMELLA, V., Sobre la posible fuerza vinculante de la Jurisprudencia, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico europeo. Madrid. 2010, p. 43.

¹⁴ XIOL RÍOS, J. A., Notas sobre la Jurisprudencia, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico europeo. Madrid. 2010, p. 81.

¹⁵ FERRERES CUMELLA, V., Sobre la posible fuerza vinculante de la Jurisprudencia, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio jurídico europeo. Madrid. 2010, p. 43.

¹⁶ LAPORTA, F. J., La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. Fundación Coloquio Jurídico europeo. Madrid. 2010, p. 11.

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, 54/2011 de 11 de febrero de 2011, Rec. 500/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. *La Ley* 2011, 2156.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, 720/2002 de 9 de julio de 2002, Rec. 482/1997. (*La Ley* 2003, 306). El progenitor dejó de cumplir sus deberes pues al poco tiempo del nacimiento del

menor abandonó el hogar y se despreocupó de él. La despreocupación y alejamiento temporal no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Se impone un régimen progresivo.

¹⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 19 de octubre de 1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. (*La Ley* 1993, 15050-R). Una cosa es la postura de enfrentamiento de la pareja y otra el peligro para la salud de la menor que, al no apreciarse, determina que reanuden las relaciones de visita el padre y la hija fijada por el juez en favor de ambos.

²⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de julio de 1993, Rec. 3467/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (*La Ley* 1993, 13311). Para negar el derecho de visitas es preciso probar su inconveniencia para el menor. No es incondicionado, sino subordinado al interés del menor, puede ser suspendido o limitado cuando las circunstancias lo aconsejen o se incumplieren los deberes impuestos por la resolución judicial. Las tensas relaciones de los padres aconsejan su suspensión.

²¹ SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, 285/2014 de 12 de febrero de 2014, Rec. 33/2013. Ponente: José María TAPIA CHINCHÓN. (*La Ley* 2014, 18190). No procede el establecimiento del régimen de visitas en una unión no matrimonial a favor del padre, porque su relación con el menor puede resultar perjudicial para este por la falta de contacto entre ambos durante años. El padre no se ha preocupado ni ha manifestado ningún interés por su hijo. Está en proceso de exclusión social, reside en un centro de atención a personas con drogodependencia, tiene escasos recursos económicos y carece de apoyo familiar. El menor identifica la figura del padre con el actual compañero sentimental de la madre.

²² SAP de Vizcaya, Sección 4.ª, 189/2011 de 17 de marzo de 2011, Rec. 768/2010. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (*La Ley* 2011, 145200). Privación y suspensión del régimen de visitas en base a la desatención del padre respecto a sus hijas, de carácter prolongada y grave. El incumplimiento del régimen de visitas por el padre ha provocado inestabilidad en la menor y ni siquiera ha mostrado interés en conocer a su hija menor. La privación de la patria potestad, total o parcial, no constituye una sanción perpetua, sino condicionada a la persistencia de la causa que la motivó.

²³ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011).

El anterior artículo 57 de la derogada Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, establecía que «1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja. 2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija».

²⁴ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010).

²⁵ Ley 2011, 3975, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. [2011, 3975]. (DOCV núm. 6495 de 5 de abril de 2011).

²⁶ Las distintas legislaciones autonómicas también tienen leyes propias sobre violencia de género. Recordemos entre otras la Ley Foral 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres. (BON núm. 71 de 15 de abril de 2015 y BOE núm. 107 de 05 de mayo de 2015).

Ley 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón. (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2007, páginas 25632 a 25640).

Ley 7/2012, de 23 de noviembre, de la Generalitat, Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el Ámbito de la Comunitat Valenciana. (DOCV núm. 6912 de 28 de noviembre de 2012 y BOE núm. 297 de 11 de diciembre de 2012).

²⁷ AP de Barcelona, Sección 1.ª, Auto de 8 noviembre 2007 rec. 348/2007. (*La Ley* 2007, 235581).

²⁸ STS Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de abril de 1991. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (*La Ley* 2486/1991). El derecho de visitas surge del derecho natural y puede reconocerse incluso al padre privado de la patria potestad. El artículo 160

reconoce el derecho, aunque no se ejerza la patria potestad. Imponer como lugar el domicilio de la madre puede ir contra la inviolabilidad del domicilio. Por ello debe ser sustituido por otro a determinar de acuerdo las dos partes oyendo al menor.

²⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 19 de octubre de 1992. Ponente: Rafael CASARES CÓRDOBA. (*La Ley* 1993, 15050-R). Una cosa es la postura de enfrentamiento de la pareja y otra el peligro para la salud de la menor que, al no apreciarse, determina que reanuden las relaciones de visita el padre y la hija fijada por el Juez en favor de ambos.

³⁰ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de mayo de 1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. (*La Ley* 1993, 897-5). Lo acordado por el Juez no tiene carácter definitivo, ha de tomarse toda decisión en beneficio de los menores, con facultad discrecional y sin acceso a la casación. Los pactos privados requieren la aprobación judicial.

³¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de julio de 1993, Rec. 3467/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (*La Ley* 1993, 13311). Para negar el derecho de visitas es preciso probar su inconveniencia para el menor. No es incondicionado, sino subordinado al interés del menor, puede ser suspendido o limitado cuando las circunstancias lo aconsejen o se incumplieren los deberes impuestos por la resolución judicial. Las tensas relaciones de los padres aconsejan su suspensión.

³² STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 720/2002 de 9 de julio de 2002, Rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (*La Ley* 2003, 306).

³³ *Vid.*, mis artículos sobre la misma: Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme en base al supremo interés del menor, en *Diario la Ley*. Sección Tribuna. núm. 8590, Ref. D-301; y «La Ley 5021/2015. La LO 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: otra ley sin recursos económicos para su ejecución», en Revista electrónica <http://hayderecho.com/author/isabel-de-la-iglesia/> 20 de septiembre de 2015.

³⁴ Siete. Se modifica el artículo 12, que queda redactado como sigue: «Artículo 12. Actuaciones de protección.

1. La protección de los menores por los poderes públicos se realizará mediante la prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley.

En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.

2. Los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores.

3. Cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación.

4. Cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad. A tal efecto, el Fiscal deberá realizar un juicio de proporcionalidad que pondere adecuadamente las razones por las que se considera que el pasaporte o documento equivalente de identidad presentado, en su caso, no es fiable. La realización de pruebas médicas para la determinación de la edad de los menores se someterá al principio de celeridad, exigirá el previo consentimiento informado del afectado y se llevará a cabo con respeto a su dignidad y sin que suponga un riesgo para su salud, no pudiendo aplicarse indiscriminadamente, especialmente si son invasivas.

5. Cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años se revisará cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad se revisará cada seis meses. En los acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses...

7. Los poderes públicos garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares,

velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos y a fin de prevenir su ocultación, abandono, negligencia o segregación velarán porque se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias».

1.2. Familia

Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial

Claim of the food pension after declaring itself the nonexistence of the filiation

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La determinación de la filiación conlleva determinados efectos, tales como la prestación de alimentos por los progenitores, deber inherente a la patria potestad (arts. 113 y 154 del Código Civil). Tras la estimación de una acción de impugnación cabe plantearse si es posible el reembolso de las cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos abonados por el que no es padre biológico frente al otro progenitor, o incluso, el progenitor biológico, aplicando para ello la doctrina del pago de lo indebido (art. 1895 del Código Civil), y la eficacia retroactiva de la sentencia con efectos *ex tunc*, o simplemente, operando con efectos *ex nunc*. El presente estudio se va a centrar en la impugnación de la filiación paterna matrimonial y el alcance de sus efectos, en concreto los que se derivan de los alimentos debidos a los hijos menores de edad.

ABSTRACT: *The determination of the filiation carries certain effects, such as the food presentation for the progenitors, duty inherent in the native legal authority (articles 113 and 154 of the Civil Code). After the estimation of an action of challenging it is necessary to raise if there is possible the reimbursement of the quantities satisfied with a view to alimony paid by the one that is not a biological father opposite to another progenitor, or even, the biological progenitor, applying for it the doctrine of the payment of the undue thing (article 1895 of the Civil Code), and the retroactive efficiency of the judgment with effects ex-tunc, or simply, operating with effects ex-nunc. The present study is going to centre on the challenging of the filiation on matrimonial small boat and the scope of his effects, in I make concrete those that minors stem from the food due to the children.*

PALABRAS CLAVES: Filiación. Impugnación. Alimentos. Pago de lo indebido. Error Reintegro.

KEY WORDS: *Filiation. Challenging. Food. Payment of the undue thing. Mistake. Refund.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONTENIDO DE LA FILIACIÓN.—III. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA MATRIMO-

NIAL.—III. EL COBRO DE LO INDEBIDO Y LA RESTITUCIÓN DE ALIMENTOS. EFICACIA RETROACTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNATORIA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La filiación es la realidad biológica que une a procreadores y procreados y, generadora de relaciones jurídicas complejas derivadas de la paternidad y de la maternidad. Si bien, la evolución social y legislativa ha posibilitado que en la filiación no solo confluyan circunstancias biológicas, sino de otro tipo que, den lugar también a una filiación jurídica como sucede con la filiación adoptiva o mediante técnicas de reproducción asistida. Asimismo, en materia de filiación convergen además del hecho natural (biológico), la declaración de voluntad mediante el reconocimiento, y el ejercicio de derechos a través de las correspondientes acciones de reclamación e impugnación de la filiación. Sobre tales bases, esta se puede definir como «el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo»¹. Este vínculo tiene una dimensión biológica derivada del hecho de la generación, y unida a esta una dimensión jurídica. Asimismo, señala LACRUZ BERDEJO que, la filiación se entiende como «la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del Derecho imitando a la naturaleza y supliendo las deficiencias personales de esta»²; siendo caracteres atribuibles a la filiación que: a) Es una cualidad personalísima e influye en la identificación de la persona a través de los apellidos (art. 109 del Código Civil); b) Es una cualidad *extra commercium*, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil; c) Su régimen jurídico está trascendido por el interés público de donde se deriva que el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado; no cabe la transacción ni arbitraje; debe haber constancia oficial en instrumento idóneo (el Registro Civil); y, tiene el Ministerio Fiscal una especial intervención en su determinación y también en acciones y procesos de filiación; y, d) La defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma, pudiendo su negación dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, patrimoniales y morales³.

Ahora bien, puede ocurrir que la filiación biológica no coincida con la filiación jurídica, bien porque sea desconocida la filiación biológica (hijo de padres desconocidos), bien porque sea atribuida la filiación jurídica por error a quien biológicamente no es progenitor (reconocimiento objetivamente inexacto). Asimismo, puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción, o cuando se reconoce de forma inveraz, siendo consciente el reconocedor que, no es padre biológico del menor/hijo (reconocimiento de complacencia).

La doctrina moderna se refiere a los conceptos de título de atribución y título de legitimación que empleó primero DE CASTRO en relación con el estado civil de la persona, entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil; y por título de legitimación, el que proclama a una persona a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos deriva-

dos, o «los signos suficientes que acreditan a una persona, a todos los efectos, como titular de un estado de filiación», y se caracteriza por ser constitutivos de un estado civil y tener fuerza acreditativa suficiente respecto del mismo⁴. Los medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil, en cuanto representan mecanismos jurídicos de constatación formal de la filiación. Por su parte, los títulos de legitimación son los contenidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal así: La inscripción del nacimiento en el Registro Civil, el documento o sentencia firme que determina legalmente la filiación y la posesión de estado. Son *numerus clausus*, lo que no impide que en el tráfico se admitan otros medios y pruebas para demostrar la filiación como presupuesto para ejercitar el derecho. Asimismo, el Ordenamiento fija los medios a través de los cuales cabe probar la existencia de esa relación jurídica de filiación entre dos personas que, son los medios de prueba de la filiación. La prueba puede realizarse, bien en el marco de un proceso judicial, bien en el tráfico jurídico ordinario, cuando sea preciso acreditar la existencia de una filiación⁵.

En este contexto, la filiación se encuentra regulada en los artículos 108 a 141 del Código Civil, cuya vigente redacción procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta norma también afecta al régimen de la patria potestad y al régimen económico matrimonial. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ siguiendo a GARCÍA CANTERO, señala que, el sentido de la citada reforma se puede sintetizar en los siguientes principios: 1. La supresión de la estratificación de los hijos en clases separadas y, la utilización de una nueva terminología en la que se destaca la sustitución de las expresiones «filiación legítima» y «filiación ilegítima», por las de «filiación matrimonial» y «filiación no matrimonial», desapareciendo con ello las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «hijo ilegítimo»; 2. Establecimiento del principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación: 3. Mantenimiento de la diversidad de medios de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial; 4. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad, y la admisibilidad de cualquier otra clase de pruebas; 5. Impera una concepción más realista de la filiación con una eficaz preocupación por la igualdad de los hijos; 6. Se opta por una maternidad/paternidad verdadera, en que la realidad biológica coincida con la jurídica. Esto es, se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica⁶; 7. El interés o beneficio del hijo preside toda la regulación de la filiación⁷. Esta redacción del Código Civil tras la reforma por Ley 11/1981 ha experimentado diversas reformas, como la operada por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que, derogó y dejó sin contenido los artículos 127 a 130 y 135 del Código Civil, así como el segundo párrafo del artículo 134. El contenido material de tales preceptos se encuentra regulado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en los artículos 764, 765, 767 y 768; o por otras de menor alcance, como la supresión del calificativo de «plena» referido a la adopción en el artículo 108.2 del Código Civil por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor o la reforma de los apellidos por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre. Asimismo, esta regulación del Código Civil, por una parte, se ha visto afectada por varias sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado: 1. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr, aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil»⁸; 2. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, «en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado»⁹, y,

por otra, ha sido modificada recientemente la misma —en concreto, los artículos 133, 136, 137, 138 y 140 del Código Civil— por los artículos 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 y 2.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁰. Finalmente, en esta breve reseña normativa, hay que hacer referencia, por una parte, la regulación especial para la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, contenida inicialmente en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, ahora la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que ha sido modificada parcialmente, a su vez, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en concreto, en su Disposición Adicional Primera ha añadido un párrafo tercero al artículo 7 posibilitando la doble maternidad por naturaleza respecto a las mujeres casadas entre sí; y, por otro, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en cuya Disposición Final 10.^a señala que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava, y las disposiciones finales tercera y sexta que, entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que supone no solo la modificación de la Ley de Registro Civil y de su Reglamento en lo que se refiere a la constancia registral de la filiación (arts. 26 a 28, 47 a 52 de la LRC y 181 a 191 del RRC)¹¹, sino también de otras materias como el orden de los apellidos (art. 49 de la LRC), que, igualmente, afectan a la materia de filiación —si bien, tras la modificación de la Disposición Final décima de la Ley 20/2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio se prorroga su entrada en vigor al 30 de junio de 2017— y, asimismo, los artículos 23 a 26 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria relativos a la autorización o aprobación judicial de reconocimientos de filiación no matrimonial.

Sobre tales bases, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 del Código Civil). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción¹², mientras otros a la filiación por naturaleza¹³, si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*)¹⁴. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código Civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código Civil por: 1. Reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 2. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 3. Por sentencia firme; y, 4. Respecto de la madre por la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

Una vez determinada la filiación produce una serie de efectos personales —apellidos, alimentos, derechos sucesorios, nacionalidad— que, conforma su contenido; asimismo, puede tal filiación ser objeto de impugnación que, de ser

estimada por no coincidencia con la realidad biológica, además de la no determinación de la paternidad respecto de ese hijo, se puede plantear una acción posterior en el que el marido o exmarido que, hasta entonces era considerado legalmente el padre y actuó como tal, pueda solicitar el resarcimiento del daño moral derivado de la ocultación de su no paternidad, o la posible reclamación de las pensiones alimenticias abonadas sobre la base de la eficacia retroactiva de la sentencia impugnatoria. Ante la divergencia de posiciones en las Audiencias Provinciales, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente, en sentencia de Pleno de 24 de abril de 2015 sobre la cuestión en un supuesto de impugnación de la paternidad matrimonial que resulta estimada; pero que, igualmente, resulta trasladable a la impugnación de una filiación paterna no matrimonial, ya que la obligación de alimentos inherente a la propia relación paterno-filial, o en caso, el abono de la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada tras un proceso de nulidad, separación o divorcio, opera en la misma medida en ambos supuestos. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en la impugnación de la filiación matrimonial paterna y sus efectos, más concreto en derivado del supuesto objeto de la citada resolución que, al respecto contó con el voto particular de dos Magistrados ante la cuestión de si se trata de cobro de lo indebido y la aplicabilidad del artículo 1895 o, de operar por la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del Código Civil) por los daños sufridos por quien se consideraba progenitor y no lo es; o en fin, respetar lo establecido en una sentencia judicial como alimentos debidos cuyo devengo tiene lugar hasta el momento en que se estima la impugnación de la paternidad solicitada.

II. CONTENIDO DE LA FILIACIÓN

El Código Civil recoge en sus artículos 109 a 111 una serie de efectos comunes a la filiación; si bien, no agota su contenido en ellos. Así, la filiación determina los apellidos (art. 109)¹⁵; y los padres deben prestar alimentos a sus hijos con la amplitud fijada en el artículo 142 del Código Civil y de velar por ellos, aunque no ostenten la patria potestad (art. 110)¹⁶.

Ahora bien, la filiación produce efectos desde que, tiene lugar. Su determinación tiene eficacia retroactiva, siempre que tal retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario. Sin embargo, conservan su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor o incapaz por quien era su representante legal antes de que la filiación hubiera sido determinada (art. 112.2 del Código Civil). Como señala la doctrina la proclamación de la eficacia retroactiva de la determinación no tiene por finalidad señalar el comienzo de los efectos de la misma filiación determinada, sino coordinar esos efectos con los producidos por un estado putativo con imputación de otra paternidad o de otra maternidad (que se ha revelado falso) o por el estado provisional que corresponde a los hijos de padres desconocidos¹⁷. Ahora bien, aunque, en principio, la determinación se retrotrae al momento del nacimiento, existen ciertos aspectos cuya eficacia comienza solo a partir de la propia afirmación de la paternidad; por lo que la retroactividad no tiene carácter absoluto, sino que se encuentra con ciertos límites¹⁸; y se deberá analizar el cada concreto para verificar si su naturaleza o la ley limitan el alcance de la retroactividad, como puede suceder en materia de alimentos prestados por el progenitor no biológico, como analizaremos.

III. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PATERNA MATRIMONIAL.

Como hemos señalado, uno de los medios de determinación de la filiación matrimonial (art. 115.2 del Código Civil) como no matrimonial (art. 120.3 del Código Civil) es por sentencia firme que, puede darse tanto en proceso civil como en el penal (arts. 111 del Código Civil y 193 del Código Penal). Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE en palabras de RIVERO HERNÁNDEZ que «las acciones de filiaciones son aquellas que tienen por objeto obtener de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento relativo a la filiación, ya declarándola si no ha quedado determinada de otra manera, o bien negando que lo sea la establecida formalmente»¹⁹.

Por su parte, LACRUZ BERDEJO señala los siguientes caracteres de las acciones de filiación: 1. Inherencia o personalidad, lo que justifica las restricciones a la legitimación activa; 2. Indisponibilidad, irrenunciabilidad, e imprescriptibilidad, aunque en ocasiones su ejercicio puede estar sometido a caducidad (art. 132.1) y, son insusceptibles de allanamiento, transacción o de compromiso; 3. Son acciones cercanas a la intimidad y a otros valores personales de los unidos en filiación, lo que justifica ciertas restricciones en la admisión de las demandas (art. 767 LEC), la especial legitimación del Ministerio Fiscal en representación de menores e incapaces (art. 765.1 de la LEC) y la adopción de ciertas medidas judiciales de protección en los procesos de filiación (art. 768 de la LEC)²⁰.

En este contexto, las acciones de impugnación tienen como finalidad la negación en el ámbito judicial de una filiación previamente determinada. Hay que distinguir entre la impugnación en la que simplemente se cuestiona bien la validez y la eficacia del mecanismo por el que se estableció jurídicamente esa relación de filiación o, bien la presencia de vicios del consentimiento, cuando ese consentimiento sea relevante, por lo que estamos ante lo que se suele denominar acciones de impugnación en sentido amplio, esto es, ante una acción meramente declarativa negativa que, afecta directamente al título y, en la que no se discute sobre la filiación real o verdad biológica, sino la posible validez o no, existencia o no de un título de determinación formalmente establecido²¹. De ahí que, sus efectos supongan la nulidad de pleno derecho o absoluta del acto —invalidez del título que comporta su desaparición del mundo jurídico—; sin embargo, en la acción de impugnación de la filiación en sentido estricto, en la que se discute y hay que probar la inexistencia de relación biológica (paternidad o maternidad); de estimarse tal acción, los efectos se concretan en negar judicialmente que, la paternidad jurídica se corresponda con la paternidad biológica. Ahora bien, mientras que la acción declarativa negativa, afecta al título de determinación, dejando imprejuzgada directamente la filiación, por lo que esta puede ser determinada por otro medio o forma, judicial o extrajudicial, al no ser procesalmente «cosa juzgada» la filiación misma; en la acción de impugnación *strictu sensu* al debatirse acerca de la filiación que formalmente se atribuye a una persona sobre la base del principio de verdad biológica²²; aquella no pueda ser discutida con el mismo alcance (negativo) en un nuevo proceso *ad hoc* (art. 764.2 de la LEC), ya que, en este caso, la cosa juzgada sí afecta directamente a la filiación. De ahí que, al ser acción diferente a la anterior determine que, su respectivo régimen jurídico (legitimación, objeto, caducidad) sea distinto.

Por otra parte, la impugnación de la filiación como tal está, igualmente, sometida a un régimen distinto según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial (arts. 136, 137 y 139 por un lado, y el artículo 140, todos del Código Civil, por otro). No así la acción de impugnación por vicios del consentimiento

pues, el artículo 138 del Código Civil en sede de filiación matrimonial remite al artículo 141 del Código Civil referido a la filiación no matrimonial. De todas formas, la acción de impugnación de la filiación —matrimonial o no matrimonial— por vicios o por otras causas —*strictu sensu*— están tipificadas legalmente (arts. 136, 137, 138, 139, 140 y 141 del Código Civil), a diferencia de la acción de nulidad por falta de verdad biológica que, carece de una regulación específica en sede de filiación, por lo que habrá que recurrir a la regulación general de la acción de nulidad de los negocios jurídicos contenida en el Código Civil²³. En todo caso, si se plantean ambas acciones, el tribunal debe resolver sobre las mismas, tras la correspondiente labor hermenéutica, si no quiere que su silencio sobre alguna, se entienda como una desestimación tácita, constituyendo un supuesto de incongruencia omisiva²⁴. Asimismo, los tribunales no podrán quedar vinculados por la norma que cita o en que se apoya la parte actora para la impugnación del reconocimiento, sino por los hechos fijados en la demanda y por el *petitum*; de forma que, la aplicación de norma distinta a la invocada no comporta modificación de la causa de pedir, ni da lugar a incongruencia de la sentencia²⁵.

Sobre tales bases, las acciones de impugnación de la filiación matrimonial tienen por objeto dejar sin efecto una filiación matrimonial legalmente determinada. Los artículos 136 y 137 del Código Civil contienen acciones de impugnación en sentido estricto, es decir, se plantea en las mismas la adecuación entre la filiación determinada —filiación jurídica— y la filiación biológica. De forma que, deben aplicarse cuando se plantea la coincidencia entre la paternidad del marido de la madre y la realidad biológica con independencia de si tal determinación deriva de la presunción de paternidad (art. 116) o del reconocimiento (arts. 117, 118 y 119). De acuerdo con el artículo 136.1 reconoce la legitimación activa del marido de la madre para impugnar la paternidad marital²⁶. Si bien, no supedita el Código Civil la legitimación del marido para impugnar su paternidad a la concurrencia de una u otra circunstancia (como por ejemplo, previa demostración de la infidelidad de la esposa), lo que contrasta con el régimen anterior a la reforma de 1981²⁷. En cuanto a la capacidad del marido, se plantea si en caso de incapacitación del mismo, podrá ejercitar la acción su representante legal. Mientras que, para una parte de la doctrina resulta admisible tal posibilidad²⁸; otra, sin embargo, niega que pueda ejercitarse ante el carácter personalísimo de la acción que, impide su ejercicio por representante²⁹. De todas formas, hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 8.1 de la LTRHA cuando el marido haya prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación³⁰. Ahora bien, de acuerdo con la redacción del artículo 136.1 del Código Civil, antes de la reforma por la Ley 26/2015, el marido podía ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil³¹. Sin embargo el plazo no corría mientras el marido ignorase el nacimiento³². Este párrafo primero del artículo 136 fue declarado inconstitucional, como señalamos en líneas precedentes, por las sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, pero solo «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien haya sido inscrito como hijo suyo en el Registro». De forma que, sobre la base de tal interpretación jurisprudencial del artículo 136.1 del Código Civil, los jueces no podían apreciar la caducidad de la acción, si el marido ejercitaba la acción de impugnación de su paternidad

dentro del plazo de un año desde que descubrió no ser el padre³³. Sobre tales bases, el Tribunal Supremo y las Audiencias Provinciales han acogido mayoritariamente la doctrina del Tribunal Constitucional, permitiendo la impugnación de la paternidad marital siempre que, la acción se hubiera interpuesto dentro del plazo de un año desde el conocimiento por el marido de su falta de paternidad³⁴; incluso en sentencias anteriores a las citadas decisiones constitucionales³⁵. Si bien, no faltan resoluciones de tales órganos jurisdiccionales que, optan, no obstante, por una aplicación literal y estricta del artículo 136.1 del Código Civil³⁶. Con la reforma por la Ley 26/2015, el artículo 136 sigue estableciendo que, el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil³⁷. Sin embargo, este plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento y añade, como novedad, en la línea con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional que «si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento»³⁸. El plazo es de caducidad y no admite suspensión ni interrupción³⁹. En todo caso, si el marido falleciese sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero. Si el marido falleciese antes de transcurrir el plazo señalado en los apartados 1 y 2 del artículo 136, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo (art. 136.1 *in fine* y 3)⁴⁰. Los herederos tienen legitimación en nombre propio, no en condición de sucesores procesales del marido.

Esta legitimación de los herederos se encuentra subordinada al no conocimiento del nacimiento por el marido, y, asimismo, porque no hayan transcurrido los plazos señalados, esto es, que, la acción no estuviere caducada. De forma que, si el marido falleciera cuando la acción ya ha caducado, aquellos carecen de legitimación activa. Ahora bien, están legitimados todos los que ostenten la condición de herederos testamentarios o intestados⁴¹. La legitimación se concede individualmente a cada heredero; si bien, nada impide que, los herederos actúen conjuntamente⁴². En todo caso, el cómputo del plazo de impugnación puede comenzar en momentos distintos para cada heredero «desde que lo conozca el heredero» establece el artículo 136⁴³.

Por su parte, el hijo es otro de los interesados en la afirmación o negación de la paternidad que se deriva de la filiación impugnada y, además tiene derecho a conocer su origen biológico. Así, este podrá impugnar la paternidad durante el año siguiente a la inscripción de la filiación; si el hijo fuera menor o tuviera la capacidad modificada judicialmente, ese plazo se contará desde que alcance la mayoría de edad o recobrar capacidad suficiente a tales efectos (art. 137.1 del Código Civil). Asimismo, puede ejercitar la acción, en interés del hijo menor o que tuviere la capacidad modificada judicialmente, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, la madre que ostente la patria potestad, su representante legal, o el Ministerio Fiscal. De forma que, cuando el hijo sea menor o tuviera la capacidad modificada judicialmente podrá impugnar en nombre del hijo la paternidad marital, la madre que, ostente la patria potestad, su representante legal y el Ministerio Fiscal; y al igual que para este último o para el representante legal se supedita el ejercicio de la acción «al interés del hijo». Para la mayoría de la doctrina se trata de un requisito más de legitimación, pues, forma parte de la actuación del representante legal (arts. 154.2 y 171 del Código Civil)⁴⁴. Con esta nueva redacción el artículo 137.1 apartado 2 del Código Civil ya no plantea problemas de coordinación con lo dispuesto en el artículo 765.1 de la LEC. En

todo caso, si el interés impugnatorio de la madre no coincide con el del hijo, se habrá de nombrar un defensor judicial⁴⁵. Ahora bien, con la reforma por Ley 26/2015, si el hijo, pese a haber transcurrido más de un año desde la inscripción en el Registro, desde su mayoría de edad o desde la recuperación de la capacidad suficiente a tales efectos, desconociera la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, el computo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento (art. 137.2 del Código Civil)⁴⁶.

Si existe posesión de estado en las relaciones familiares, la impugnación de la paternidad marital por el hijo puede realizarse durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. Si fuera menor o tuviera la capacidad modificada judicialmente, el plazo contará desde la mayoría de edad o cuando recobrare la capacidad suficiente a tales efectos. Si faltare en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo —sin sujeción a los plazos indicados— por el hijo o sus herederos (art. 137.4 del Código Civil).

Con independencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 765.2 de la LEC que tiene alcance general en relación con las acciones de impugnación ya entabladas al fallecimiento del actor, el artículo 137.3 se refiere a la legitimación activa de los herederos del hijo. Así, como novedad, si el hijo falleciese antes de transcurrir los plazos establecidos en los párrafos 1 y 2 del artículo 137, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. Si no existe posesión de estado de filiación matrimonial en las relaciones familiares, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier momento por sus herederos (art. 137.4). Por tanto, los herederos del hijo están legitimados para impugnar la paternidad marital tanto cuando en las relaciones familiares haya posesión de estado de filiación matrimonial como si falta la misma. Si bien, frente a quienes consideran que, en tales casos la posesión de estado se modaliza en su alcance; de tal forma que, el elemento «*fama*» carece de trascendencia⁴⁷; para otros, es preferible continuar exigiendo la concurrencia de «*nomen*», «*tractatus*» y «*fama*» como elementos de la posesión de estado⁴⁸.

Por otra parte, el Código Civil no reconoce con carácter general a la madre legitimación activa para impugnar «*iure proprio*», la paternidad de su marido; sí en condición de heredera de su hijo⁴⁹. En todo caso, conviene señalar que, el artículo 8.1 de la LTRHA dispone que, la mujer progenitora si ha prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

Ahora bien, en el sistema del Código Civil, el progenitor biológico carece de legitimación activa para impugnar la paternidad del marido de la madre⁵⁰. No obstante, si el progenitor biológico ejercita conjuntamente una acción de reclamación e impugnación al amparo del artículo 134 del Código Civil podrá obtener como resultado la negación de la paternidad marital⁵¹.

Si bien, no contiene el Código Civil reglas sobre quien pueden ser demandados en caso de imputarse la paternidad marital. Sobre la base del artículo 766 de la LEC el marido ha de demandar al hijo y a la madre. Si cualquiera de ellos hubiera fallecido, serán parte demandada sus herederos. Si la madre actúa como representante legal del hijo, y, se niega, por ejemplo, a la práctica de pruebas biológicas, se ha considerado también procedente el nombramiento de un defensor judicial que ampare los intereses del menor por entenderlos contrarios a los de la madre/esposa, no bastando con la intervención del Ministerio Fiscal para proteger el interés del menor y evitar la nulidad de actuaciones⁵². De optarse

por impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento, el artículo 138 remite al artículo 141 del Código Civil, por lo que la acción de impugnación del reconocimiento corresponde al que lo ha otorgado, y la acción caduca en el plazo de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, y podrá ser continuada por los herederos de aquel, si hubiera fallecido, antes de transcurrir el año⁵³. En todo caso, cuando la madre actúa como demandante en representación de su hijo, habrá de demandar al marido; si se ejercita la acción de impugnación acumulada a la reclamación, también al padre biológico⁵⁴. Si el demandante es el marido, habrá de demandarse a la esposa y al hijo. Cuando actúa el hijo mayor de edad, habrá de demandar al marido y a la madre.

En cuanto al objeto de impugnación, los artículos 136 y 137 del Código Civil son acciones de impugnación en sentido estricto; de ahí que, la finalidad sea verificar si la determinación de la paternidad marital concuerda con la realidad biológica, por lo que, se ha de admitir toda clase de pruebas, incluidas las biológicas.

En todo caso, la estimación de la impugnación de paternidad marital por no coincidencia con la realidad biológica supone la falta de determinación de esa paternidad. Como habitualmente la filiación constará en el Registro Civil, procede su cancelación. Se mantendrá, en su caso, determinada la maternidad.

Asimismo, la estimación de la acción de impugnación en sentido estricto de la paternidad marital significa la posibilidad de formalizar; judicial o extrajudicialmente, la paternidad de ese hijo en relación a cualquier otro individuo, pues, con tal impugnación puede desaparecer el obstáculo que impedía la plena eficacia de una determinación distinta (art. 113.2 del Código Civil). Por su parte, la desestimación de la acción de impugnación de la paternidad marital impide que, pueda volver a plantearse un procedimiento por el que se trate de verificar la realidad biológica de esa filiación, dada la existencia de sentencia firme al respecto (art. 764.2 de la LEC).

En cuanto a la determinación de la filiación matrimonial o no matrimonial por reconocimiento y demás actos jurídicos conforme a la ley, estos podrán ser impugnados por vicios del consentimiento según lo dispuesto en el artículo 141 o por otras causas, en cuyo caso se atendería a las normas contenidas en la sección tercera (art. 138)⁵⁵. Son supuestos de determinación de la filiación matrimonial que, no están cubiertos por la presunción del artículo 116 del Código Civil. En esencia, se trata de casos de reconocimiento en sentido amplio.

Sobre tales bases, hay que señalar que, el reconocimiento expreso o tácito contemplado en el artículo 117 del Código Civil no tiene como finalidad directa la determinación de la filiación matrimonial, sino que se dirige a impedir la eficacia del desconocimiento concedido al marido cuando el hijo ha nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. De forma que, cuando el marido haya formalizado la declaración auténtica contraria a su paternidad y destruido la presunción legal, el hijo no tendrá la filiación matrimonial, ni puede ser inscrito como tal. Es claro que la reforma de 1981 sigue acogiendo el plazo de seis meses como el mínimo de gestación, por lo que el nacido antes de que transcurra tal plazo no ha sido concebido en el matrimonio y, en consecuencia, no habría lugar a la presunción de paternidad del marido. Ciertamente, la presunción no es que deje de ser operante, sino que se faculta al marido para destruirla mediante declaración auténtica en contrario formulada dentro de un determinado plazo, sin necesidad de entablar acción judicial e, incluso, después de inscrita la filiación en el Registro⁵⁶. Se trata de una presunción más débil y claudicante que, la contenida en el artículo 116 del Código Civil. De ahí que, no

pueda afirmarse que, ese reconocimiento (expreso o tácito) sea estrictamente uno de los que determine la filiación, por lo que el único modo de destruir la determinación de la paternidad que ha tenido lugar por tal reconocimiento, será por causas distinta a los vicios del consentimiento, esto es, mediante la demostración de la no paternidad biológica del marido de la madre. De ahí que, se rija por lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 118 del Código Civil posibilita que aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges y el hijo nace antes de los trescientos días siguientes a la disolución o separación, pueda inscribirse la filiación como matrimonial, si concurre el consentimiento de ambos. Si bien, aunque se habla de consentimiento, en realidad se está ante un auténtico reconocimiento de la paternidad⁵⁷, con lo que resulta aplicable el artículo 138 y por remisión el artículo 141 del Código Civil. De todas formas, la impugnación de la filiación por otras causas distintas al vicio del consentimiento se rige también por lo dispuesto en los artículos 136 y 137 del Código Civil.

En cuanto a la impugnación de la filiación matrimonial sobrevenida, la inclusión del reconocimiento efectuado al amparo del artículo 119 del Código Civil en el ámbito del artículo 138 del Código Civil no hace sino aplicar a esos reconocimientos el mismo régimen al que se someten los reconocimientos de la filiación no matrimonial, pues, el citado precepto señala que, esta determinación debe ajustarse a lo dispuesto en la sección siguiente que, es la que regula la filiación no matrimonial. Si bien, la impugnación por otras causas determina que, igualmente, se apliquen los criterios previstos para la impugnación de la verdad biológica (arts. 136 y 137 del Código Civil). Ciertamente, la filiación deviene matrimonial desde la celebración del matrimonio y a sus reglas debe someterse su impugnación.

La legitimación activa para la acción de impugnación de estos reconocimientos recae sobre el marido, tanto si se impugna por vicios del consentimiento, al ser este la víctima de tales vicios, como si se impugna la paternidad por otras causas, esto es, por falta de adecuación de la filiación determinada con la realidad biológica. En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la esposa/madre y al hijo. En caso de intereses contrapuestos, resulta procedente el nombramiento de un defensor judicial⁵⁸.

Esta impugnación tiene por finalidad destruir la presunción de paternidad matrimonial⁵⁹.

En todo caso, conviene recordar que, el artículo 141 del Código Civil no resulta aplicable a la acción de impugnación de la paternidad determinada *ex* artículo 116 del citado cuerpo legal⁶⁰.

III. EL COBRO DE LO INDEBIDO Y LA RESTITUCIÓN DE ALIMENTOS. EFICACIA RETROACTIVA DE LA SENTENCIA IMPUGNATORIA DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Se entienden por cobro de lo indebido «cuando por error se entrega alguna cosa que no era debida. La ley establece la obligación de restituirla»⁶¹. De forma que, la relación obligatoria que la ley constituye entre quien recibe lo que tiene derecho a cobrar y quien realiza la prestación no debida por error, siendo aquel deudor y este acreedor⁶². El Código Civil regula el cobro de lo indebido en los artículos 1895 a 1901 como un cuasicontrato. Si bien, es habitual en la doctrina

y la jurisprudencia la referencia al «pago de lo indebido» —teniendo en cuenta el punto de vista del que lo hace—. Por lo que, el pago de lo indebido por error da derecho a quien lo hizo de recuperar lo pagado (art. 1895 del Código Civil). La entrega puede ser de dinero o cosas fungibles, o de una cosa concreta y determinada⁶³.

La doctrina y jurisprudencia exigen en relación con el pago de lo indebido los siguientes presupuestos⁶⁴: 1. Que exista un pago efectivo hecho con la intención de extinguir una obligación contractual o no (*animus solvendi*). En el derecho romano la *condictio* venía precedida de una *datio* —de forma análoga al mutuo—; en virtud del cual el *accipiens* habría adquirido la propiedad de una cosa o una cantidad (en caso de bienes consumibles) que debía restituir al demandante. El Código Civil en su redacción actual sigue refiriéndose al supuesto específico de la entrega indebida de bienes cuando, por un lado, alude a «los capitales» (art. 1896), y a una «cosa cierta y determinada» (art. 1897), y, por otro, cuando alude al régimen de los frutos, intereses, deterioros, gastos, mejoras y enajenación de la cosa entregada indebidamente. En todo caso, la noción de la restitución puede interpretarse en sentido amplio comprensivo de cualquier prestación; lo que permite que la atribución patrimonial consista no solo en dar sino también en hacer o en no hacer. La doctrina mayoritaria defiende la extensión a las pretensiones de hacer o no hacer de las normas sobre reintegro previstas para dar⁶⁵. Sin embargo, Díez-PICAZO considera que el rigor de la *condictio indebiti* no permite aplicar a tales supuestos, aunque el *solvens* dispondrá de una acción de enriquecimiento en su caso⁶⁶. 2. Inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, esto es, la falta de deber subyacente en la conducta del *solvens* frente al *accipiens*. Resulta indiferente si existe o no verdaderamente una deuda en quien paga o un crédito en quien recibe, o una relación obligatoria entre los mismos sujetos diferente de la que aparentemente se estaba cumpliendo, o incluso que alguna vez entre ambos existió deuda idéntica, pues, lo relevante es que el *solvens* actúe con la intención de cumplir una deuda específica a cuyos parámetros adecua su conducta, si bien sobre la base de la existencia de un error⁶⁷. Dentro de la inexistencia de la obligación, existen varias modalidades de *indebitum*⁶⁸: A. *Indebitum ex causa*. Pago de una obligación que nunca existió o que fue ya pagada. B. *Indebitum ex persona* o subjetivo. Se centra en los sujetos implicados, de forma que, el *solvens*, el *accipiens*, o, incluso, ambos resultan ajenos a la obligación. Así se puede pagar una deuda existente pero a uno que no es acreedor —sin que sea acreedor aparente (art. 1164 del Código Civil)— o, por uno que no es deudor; pero cree que lo es— C. *Indebitum ex re* u objetivo. Se paga una cosa distinta de la debida —sin que sea una dación en pago— o más cantidad de la debida. 3. El error por parte de quien hizo el pago (*solvens*) consistente «en la creencia equivocada de pagar en cumplimiento de una obligación propia y no por liberalidad o en cualquier otro concepto»⁶⁹. Se admite tanto el error de hecho como el de derecho y no es preciso que sea excusable, aunque sí relevante⁷⁰. Sin embargo, algunas resoluciones exigen que error sea excusable, esencial y relevante⁷¹. Frente a la posición mayoritaria de la doctrina que rechaza la procedencia de la acción cuando no se aprecia error en el *solvens*⁷², algunos autores aceptan aplicar por analogía los artículos 1895 y siguientes del Código Civil a los casos de violencia o el miedo o «situaciones de necesidad paralelas»⁷³. En la línea de la interpretación amplia de la *condictio indebiti*, el artículo 25 de la Ley 16/2011, de 24 de junio de Contratos de Crédito al Consumo en el régimen del cobro de lo indebido en un contrato de crédito, prescinde del requisito del error en el pago. En todo caso, el error ha de ser probado, salvo en los casos en

que lo presume la ley⁷⁴. Así la prueba del error que motivó la realización de la prestación no debida, se atribuye al *solvens* demandante (art. 1900 del Código Civil), y supone la aplicación de los principios generales contenidos en el artículo 217.2 de la LEC. Sin embargo, el artículo 1901 del Código Civil parece introducir una excepción a esta regla general cuando presume el error, en perjuicio del *accipiens* en caso de entrega de «una cosa que no se debió» o que «ya estaba pagada». Ahora bien, conforme al artículo 1900 el demandado (*accipiens*) puede negar haber recibido la cosa que se le reclama; y el *solvens*, por su parte, puede demostrar la realización de una atribución patrimonial que ha sido negada por el *accipiens*, quedando aquel «relevado de toda prueba». Implica una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del *accipiens* que, deberá demostrar la ausencia del error en el *solvens*. Dicha inversión ha sido interpretada por la doctrina como una medida de carácter sancionador contra quien, consciente de haber recibido una prestación, reacciona negando tal extremo⁷⁵. No obstante, tal inversión de la carga de la prueba motivada por la negativa injustificada del demandado *accipiens*, no limita su derecho para acreditar que le era debido «lo que se supone que recibió»; más concretamente, deberá señalar «lo que recibió», pues se parte de la previa demostración de la efectividad del pago. Para GULLÓN BALLESTEROS se trata de una previsión que carece de toda virtualidad práctica por cuanto, si el demandante acredita la atribución que el demandado negaba, este no dispone ya de un periodo de prueba en el que justificar que, le era debido lo que en principio negaba haber recibido, ni tampoco resulta admisible que oponga a la reclamación del *solvens*, la inexistencia de la atribución y subsidiariamente, que esta era debida⁷⁶. En todo caso, afirma LACRUZ BERDEJO, tras considerar que el *solvens* debe probar tanto la realización de una atribución *animus solvendi* como la falta de causa de la misma que, no cabe presumir el *indebitum* a partir de la prueba del error y más bien a esta habrá de preceder la de la falta de causa, como un presupuesto de ella⁷⁷.

Como hemos señalado, probada la atribución por el demandante y constando que el *accipiens* recibió a través de ella algo que no tenía derecho a cobrar, se presume, dice el artículo 1901, el error del *solvens* —presunción *iuris tantum*—. No obstante, esta presunción, todavía dispone el *accipiens* de la posibilidad de demostrar que, la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa.

Sobre tales bases, tiene legitimación activa para el ejercicio de la *condictio indebiti* el *solvens*, que el acreedor de la obligación de restitución, con independencia de que sea o no dueño de lo indebidamente entregado —así puede serlo un tercero y no el deudor—. En este sentido, el artículo 1895 se refiere «al que pagó» y el artículo 1900 exige la prueba del pago «al que pretenda haberlo hecho». La restitución debe hacerse, por tanto, a la persona que entrega la cosa «aunque esta pertenezca a persona distinta, sin que sea bastante la devolución hecha al verdadero o legítimo dueño»⁷⁸. Legitimado pasivamente lo esté el *accipiens*, esto es, quien ha recibido el pago con la salvedad prevista en el artículo 1899 del Código Civil para el caso de perjuicio del crédito por el acreedor de buena fe. En caso de ser varios los *accipiens*, el Tribunal Supremo considera que debe responder solidariamente atendiendo a la regla del artículo 1137 del Código Civil⁷⁹; salvo que conste de manera clara las cantidades determinadas que cada uno de ellos recibió, por lo que no procede la solidaridad⁸⁰. En cuanto al objeto de la restitución, debe restituirse lo indebidamente percibido por el *accipiens*, cuyo alcance o extensión varía según el este actúe de buena o mala fe (arts. 1896 y 1897 del Código Civil). Se considera de mala fe a quien «acepta una prestación realizada en pago de una deuda cuando sabe o debe razonablemente saber que, tal efecto

nunca llegará a producirse porque la deuda no existe, ya estaba pagada, no es realmente del *solvens*, se encuentra todavía sub *conditione*, no se le debe a él, etc.»⁸². Para BALLARÍN supone «conocimiento del carácter indebido del pago y consciencia de dañar el derecho ajeno, sea por acción o por omisión»⁸². La mera negligencia se estima compensada con la que implica el error del *solvens indebiti*, en tanto la conducta del *accipiens* se ajuste a una diligencia media (art. 1104 del Código Civil)⁸³. Para calificar al *accipiens* como de buena o mala fe, se ha de observar si su conducta se ajusta a la diligencia media, es decir, si usando la misma podría haber determinado lo indebido del pago⁸⁴. En todo caso, la mala fe puede ser sobrevenida cuando en algún momento tras el pago, el *accipiens* llega a conocer la falta de causa y no restituye inmediatamente en las condiciones establecidas en el artículo 1896 del Código Civil, o cuando a la vista de las circunstancias se concluya que debió llegar a conocer, siquiera *a posteriori*, el carácter indebido de la prestación⁸⁵. Asimismo, apunta LACRUZ BERDEJO que puede también ocurrir que, la mala fe desaparezca antes de la restitución, por ejemplo, en el supuesto de heredero que ignora las circunstancias del pago que recibió su causante —cosa pagada de pertenencia ajena—⁸⁶. Como la buena fe se presume, la prueba de la mala fe será de incumbencia del *solvens*.

Si la entrega tuvo por objeto una cosa cierta y determinada, la restitución se hará *in natura* como principio general. Si fuera de dinero u otra cosa fungible cuya individualidad se ha perdido en el patrimonio del *accipiens*, se entregará el *tantumdem* cuando se pierde la individualidad de ella en el patrimonio del *accipiens*. Ahora bien, el *accipiens* que actúa de mala fe, además de restituir lo cobrado indebidamente o el *tantumdem* en su caso, el artículo 1897 le impone otras obligaciones. Así, si el pago de lo indebido consiste en capitales (cantidad de dinero), el *accipiens* de mala fe queda obligado, además de a la restitución de lo recibido, al pago del interés legal —indemnizatorios no moratorios— que deben comenzar a constarse desde el cobro de lo indebido, no desde el momento de la reclamación⁸⁷. Si la cosa entregada fuera fructífera, deberá abonar al *solvens* los «frutos percibidos o debidos percibir», igualmente, desde el momento señalado.

Asimismo, el *accipiens* de mala fe, en su supuesto de pago indebido de cosa cierta y determinada deberá indemnizar al *solvens* de los menoscabos sufridos por la cosa que debe restituir, cualquiera que sea la causa de los mismos; lo que incluye la pérdida o destrucción total de la misma y los perjuicios irrogados en cualquiera de sus bienes o derechos hasta que el *solvens* recobre la cosa⁸⁸. Si bien, no deberá indemnizar de los daños debidos al supuesto de caso fortuito cuando, igualmente, se hubieran producido de estar la cosa en poder del *solvens* (acreedor) —en cuanto el perjuicio proviene de una causa independiente a la entrega y ajena al *accipiens*—, sí en caso contrario. En este supuesto corresponderá al *accipiens* de mala fe probar que la pérdida o el deterioro de la cosa indebidamente recibida, habría ocurrido en cualquier caso, encontrándose la misma en poder del *solvens*. SANTOS BRIZ en palabras de GULLÓN BALLESTEROS «la responsabilidad por menoscabo y caso fortuito se circunscribe al pago indebido de cosa cierta y determinada. En el caso de que las cosas sean genéricas, el *accipiens* habría de restituir el *tantumdem* de lo recibido, pues, es obvio que, carece de sentido plantearse el problema de los menoscabos, ya que el género no peca, excepto si se trata de obligaciones de restituir de género limitado»⁸⁹. De todas formas, la responsabilidad por perjuicios debe completarse mediante la remisión al artículo 1107 del Código Civil que, regula la indemnización de daños y perjuicios a cargo del deudor de mala fe que, incumple su obligación de restituir lo indebidamente cobrado, el *accipiens* responderá de todos los per-

juicios que se deriven del incumplimiento de la obligación de restituir. En caso de pérdida o destrucción total de la cosa —no debida a caso fortuito—, la obligación de restituir se cumple mediante el equivalente pecuniario; y, en cuanto a los perjuicios causados por la devaluación, cuando se ha cobrado indebidamente una suma de dinero, no deben ser soportados por el *solvens*⁹⁰. Respecto de los gastos y mejoras realizados en la cosa, el artículo 1898 del Código Civil remite a lo dispuesto en las normas sobre posesión, en concreto, a los artículos 453 a 456 y 458 del citado cuerpo legal.

En el supuesto de cobro de lo indebido por *accipiens* de buena fe, comparte con el *solvens* el error acerca del fundamento de la entrega. Se considera *accipiens* de buena fe a quien ignora lo indebido del pago que se le hace, esto es, cree erróneamente que el pago se le hace por cuenta de un crédito legítimo y subsistente⁹¹. LACRUZ BERDEJO excluye de la mala fe al *accipiens* meramente negligente, compensando su culpa con la del *solvens* que provocó la irregularidad⁹². Deberá el *accipiens* de buena fe restituir la cosa en el estado en que se encuentre. De las pérdidas y deterioros de la cosa, solo debe responder en la medida en que se hubiera enriquecido. El artículo 1897 del Código Civil solo se refiere a las cosas ciertas y determinadas. Cuando la cosa recibida es una cantidad de dinero, el *accipiens* deberá entregar una cantidad igual a la que recibió, limitando la obligación de pago de intereses desde la fecha de la sentencia condenatoria; si se trata de cosas genéricas, deberá restituir otro tanto de la misma especie y calidad, sin que hayan de tenerse en consideración en este caso las posibles desmejoras, pérdidas o acciones. Si se trata de dinero, deberá restituir el importe nominal recibido más los intereses desde la fecha de la sentencia. Para el abono de las mejoras o gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa, el artículo 1898 del Código Civil recordemos que, remite a las normas que regulan la liquidación del estado posesorio, atendiendo a la buena o mala fe del poseedor. Ahora bien, si el *accipiens* enajena la cosa a un tercero, el segundo inciso del artículo 1897 regula la responsabilidad del *accipiens* en este supuesto. La doctrina mayoritaria siguiendo a LACRUZ BERDEJO estima la existencia de un régimen excepcional y ajeno al general de protección al adquirente de buena fe del artículo 464 del Código Civil y del artículo 34 de la LH. De forma que, que, si el *solvens* es propietario y el *accipiens* transmite la cosa recibida a título oneroso a un tercero —siendo ambos de buena fe— este último adquiere el dominio; lo que impide el ejercicio de la acción reivindicatoria por el *solvens* y, asimismo, limita las posibilidades de reacción frente a la acción personal contra el *accipiens*⁹³. Para otra parte de la doctrina, sin embargo, hay que rechazar el efecto traslativo del pago de lo debido, por lo que el segundo inciso del artículo 1897 se limita a fijar, con los mismos criterios que el inciso primero, el *quantum* de la responsabilidad del *accipiens* de buena fe frente al *solvens* que pierde la propiedad por las normas protectoras de la seguridad del tráfico —adquisiciones *a non domino* (arts. 464 del Código Civil y artículo 34 de la LH)—, o frente al tercero que es vencido por la reivindicación del *solvens*⁹⁴. Finalmente, no está obligado el *accipiens* a restituir lo indebidamente recibido ante la dificultad que tendría este de cobrar el crédito subsistente contra el verdadero deudor, cuando siendo de buena fe, hubiera inutilizado el título o dejado prescribir la acción o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho (art. 1899 del Código Civil). No obstante, esta misma norma para la mayor parte de la doctrina reconoce al *solvens* que pago indebidamente la posibilidad de subrogarse en la posición que le correspondería al *accipiens* contra el tercero deudor; además de reconocerle la posibilidad de una acción de enriquecimiento contra ese tercero

que, se enriqueció por no tener que pagar ya al *accipiens* su crédito, esencialmente, por la dificultad para cobrar tal crédito⁹⁵.

Por lo que se refiere al plazo, la acción recuperatoria de lo pagado sin justa causa por el *solvens* tiene carácter de acción personal, cuyo plazo de prescripción es de cinco años (art. 1964 del Código Civil).

En este contexto, sobre la base de las consideraciones hechas sobre el cobro de lo indebido, cabe plantearse si estimada la acción de impugnación de la paternidad, es posible reclamar la restitución de las pensiones de alimentos abonadas por el progenitor que resulta no ser el padre biológico sobre la base de que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido y de la eficacia retroactiva de la filiación (art. 112 del Código Civil). Si bien, en la doctrina se ha precisado, por un parte que, la determinación de la filiación carece de efectos retroactivos en relación con los apellidos, la patria potestad o los alimentos; aunque, en este caso, quien ha pagado los alimentos puede dirigirse contra el otro progenitor para recobrarlos por la vía del enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código Civil⁹⁶. En consecuencia, desde tal posición se viene a admitir la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a un hijo menor, como consecuencia de una sentencia que declare la inexistencia de relación paterno filial precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer la obligación *ex tunc*. Y, por otra, se ha negado que, los alimentos prestados o las cantidades satisfechas para la atención del tenido por hijo constituyan donación o pago de lo indebido, sino que representan el cumplimiento de obligaciones derivadas de la filiación⁹⁷. De todas formas, no faltan quienes planteándose la cuestión, sin embargo, no se ha pronunciado ni posicionado al respecto⁹⁸. Igual, falta de consenso tiene lugar en el seno de la jurisprudencia emanada de nuestras Audiencia Provinciales, donde se ha generado también un importante debate. Así, por un lado, hay sentencias que sostienen que, la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895 del Código Civil⁹⁹; por otro, existen resoluciones que manifiestan que la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por vía de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil¹⁰⁰; y, finalmente, hay sentencias que consideran que, en tanto no se declare que el padre que, lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos. De forma que, el abono de la pensión de alimentos lo es en cumplimiento de una sentencia que así lo determina; y, tal deber que tiene su fundamento legal en la filiación misma, no se extingue hasta que recae sentencia firme que, declare la no paternidad¹⁰¹.

Sin embargo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que, declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio hasta la sentencia del Pleno de 24 de abril de 2015¹⁰². Así en su *Fundamento de Derecho Primero* la Sala tras señalar que, «(...) es innegable que, en situación normal, un pago indebido genera un derecho de crédito en favor del pagador a la devolución de lo indebidamente satisfecho» e, indicar los presupuestos necesarios para que exista cobro de lo indebido, manifiesta que «la no devolución tiene su origen en la vieja sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las sentencias de 30 de junio de 1885, y de 26 de octubre de 1897, que establecieron que los alimentos no tienen efec-

tos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, no en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan». Argumentan también que «el derecho de alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes, por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien paga y quien se beneficiaba de dicha prestación y, es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido». Igualmente, manifiesta que «conforme al artículo 112 del Código Civil «la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario»; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como el de extinción de la adopción (art. 180.3 del Código Civil «la extinción de la adopción no es causa de pérdida de la nacionalidad ni de la vecindad civil adquiridas, ni alcanzar a los efectos patrimoniales anteriormente producidos»); en el de la declaración de nulidad del matrimonio (art. 79 del Código Civil: «la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos...»), o en el supuesto de fallecimiento del alimentante (art. 1483 del Código Civil: «se verificará el pago por meses anticipados y cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que este hubiese recibido anticipadamente») y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al carácter consumible de los alimentos o de sentencias como la de 18 de noviembre de 2014 conforme a la cual la extinción de la pensión alimenticia de un hijo mayor de edad no puede tener efecto retroactivos desde la fecha de la demanda de modificación de medidas, sino desde el día siguiente de notificada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial».

Finalmente, pone en evidencia «el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia, y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar». Sobre tales bases, el Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por el demandante, se mantiene la sentencia recurrida que, afirmaba que en los casos como el presente la vía de reclamación es la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, si bien por los motivos expuestos y no por los argumentos que en aquella sentencia se esgrimían.

La sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistrados que consideran que la situación del caso se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 del Código Civil —en la línea, con la primera de las posiciones adoptadas en el seno de las Audiencias Provinciales— y, por tanto, consideran que, el recurso de casación debió ser estimado¹⁰³.

Sobre tales bases, la cuestión que se plantea ante el Tribunal Supremo consiste en determinar si es posible admitir que estamos ante un supuesto de cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil, y, por tanto, solicitar la devolución con carácter retroactivo de los alimentos satisfechos a una hija menor, habiéndose declarado judicialmente que no existe relación paterno filial, lo que conlleva la desaparición de dicha obligación «*ex tunc*». No cabe duda que la hija había nacido en el seno del matrimonio, presumiéndose la paternidad del marido (arts. 113 y 116 del Código Civil y art. 235.1 Código Civil catalán) e, inscrita en el Registro Civil como hija de aquel. La determinación de la filiación matrimonial y por ende, la relación paterno-filial constituida supone entre otros efectos la asunción del deber de alimentos de los progenitores. De forma que, el derecho de alimentos de la hija existía antes de la sentencia de divorcio como después, concretada en la pensión de alimentos. Las cantidades abonadas por ambos progenitores se hicieron en tal concepto. Ahora bien, también es cierto que, el padre desconocida la no paternidad biológica, pues, creía que era hija suya. Hay que partir de varios elementos básicos para que opere el cobro de lo indebido: la existencia de un pago efectivo, hecho con la intención de extinguir la deuda; inexistencia de obligación entre el *solvens* —que paga— y el *accipiens* —el que recibe—; y error en el *solvens*. Y se establece como supuesto *indebitum ex causa*, pues, se presume que hubo error cuando se entrega una cosa que nunca se debió. Por otra parte, la reclamación del padre se sustancia en la cantidad de 19.285,82 euros, desde el inicio del convenio regulador (diciembre de 2002) hasta el 23 de marzo de 2009 fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca por la que se confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarancón de 24 de septiembre de 2008 donde se estima la demanda de impugnación de la filiación matrimonial. Pero lo cierto es que tan indebidos se pueden considerar estos pagos como los anteriores abonados durante la convivencia conyugal. Sin embargo, solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo puede resultar incongruente, pues, ambos cónyuges, tanto antes como ahora divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber derivado de patria potestad. Para el Tribunal Supremo, estas reglas del cobro de lo indebido no se puede trasladar en materia de alimentos para conceder legitimación activa al alimentante, que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para que se le restituyera lo abonado y pasiva frente al otro progenitor que, lo aplicó a la alimentación de la hija común, y no en su propio beneficio, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos, por lo que no puede solicitarse la devolución de los alimentos por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. Frente a ello, el voto particular de dos los Magistrados señalan la existencia de un *indebitum ex causa* que determinan la existencia de una voluntad viciada por error ante la creencia del padre que, la hija nacida constante matrimonio era suya y, como tal, cumplió con el deber de alimentos, lo que, ha beneficiado patrimonialmente a los deudores solidarios de alimentos que, son los verdaderos progenitores biológicos; y, asimismo, la satisfacción por parte del marido de una obligación de alimentos sin justa causa para ello.

Ciertamente la base principal de la filiación descansa en la verdad biológica y quienes son los progenitores asumen el deber de alimentos. El hecho de no ser padre biológico establecido en la correspondiente sentencia impugnatoria de la filiación, determina que, haya pagado algo que no debía, en la creencia errónea de que estaba obligado y, puede solicitar la reclamación de lo indebidamente

pagado de quien, patrimonial y personalmente es responsable como es la madre y, por ende, del otro progenitor biológico. Por lo que, entendemos en la línea expuesta por los Magistrados que sustentan el voto particular que, es posible que opere en el ámbito de las relaciones familiares, la existencia de un cobro de lo indebido en materia de alimentos sobre la base de una responsabilidad patrimonial predicable de cada uno de los institutos de Derecho de familia. Ahora bien, respecto del alcance retroactivo o no de los efectos de la sentencia estimatoria de la impugnación de la filiación matrimonial, la mayoría de los miembros de la Sala consideran que, los alimentos se deben a la menor hasta que se declara judicialmente que, el demandante no era padre. Lo que supone defender que, dicha sentencia estimatoria de la impugnación no tiene efectos retroactivos en materia de alimentos. Sin embargo, los Magistrados que firman el voto particular, se refieren al alcance declarativo y por tanto, *ex tunc* que caracteriza el ejercicio de la impugnación de la filiación matrimonial que, necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Aunque matizan y, por eso justifican que, no se reclamen los alimentos desde la determinación de la filiación los alimentos, sino desde la sentencia de divorcio hasta la que estima la impugnación, al afirmar que, la retroacción de efectos permite cierta modulación en consideración, exclusivamente, del menor afectado y no respecto de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad. También inciden para determinar la exigencia de responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de la obligación de alimentos que cobró indebidamente, en el comportamiento doloso, en la mala fe de la mujer —aunque no es requisito para que opere el cobro de lo indebido¹⁰⁴— que, tras convencer a su marido para que se sometiera a un tratamiento de fertilidad, mantuvo mientras tanto relaciones extramatrimoniales que, dieron lugar al nacimiento de la hija. Si bien, nos parece oportuno matizar que, sobre la base que, si bien la filiación produce efectos desde que tiene lugar —desde el nacimiento (carácter meramente declarativo de la determinación de la filiación)— y rigen hasta que sea sustituida por otra filiación contradictoria, por lo que, la prestación de alimentos a los hijos deriva en contraer determinadas obligaciones o gastos con personas ajenas a la familia para satisfacer tal deber de alimentos; de forma que, al no quedar constancia que con ello se cumpliera una supuesta obligación mediante la entrega de dinero a la madre, no existiría cobro de lo indebido respecto de esta, en cuanto ambos contribuyen al mantenimiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 del Código Civil), en cambio la madre sí debería restituir las cantidades indebidamente abonadas desde la sentencia judicial de separación y divorcio, pues, en la misma se impone al padre —progenitor no biológico— una obligación de alimentos —pensión de alimentos— respecto de la hija que, se presume ha sido entregada por error a la madre, pues, nunca se debió —*indebitum ex causa*— al no ser su hija biológica, y carecer de derecho a reclamarla a aquel como obligado¹⁰⁵. Se deberá restituir por el *accipiens* (madre) al *solvens* (padre no biológico) lo cobrado en este concepto (art. 1895 del Código Civil), y los intereses legales correspondientes, si hubiera procedido de mala fe (art. 1896.1 del Código Civil), en el tiempo que media entre el momento que recibió el pago y aquel en que efectivamente le restituye. Ahora bien, no resulta descartable la posibilidad de iniciar una acción de enriquecimiento injusto por parte del padre no biológico frente al verdadero progenitor biológico, siempre que, se haya determinado la filiación respecto de él, pues, durante años se ha enriquecido al no tener que pagar los gastos derivado de la manutención del hijo, mientras el marido se ha

empobrecido correlativamente haciendo frente a los mismos, cuando no los tenía que haber satisfecho¹⁰⁶.

En este contexto, la ocultación de la falta de paternidad del progenitor respecto del hijo nacido durante el matrimonio e inscrito como tal en el Registro Civil por el juego de la presunción de paternidad (art. 116 del Código Civil y art. 235-9.1 a) del Código Civil catalán) puede dar lugar a acciones de responsabilidad civil extracontractual por daño moral ante el sufrimiento que se ocasiona en el progenitor el conocimiento de su no paternidad respecto al menor a la que siempre había considerado hijo/a —lo que, igualmente, puede plantearse respecto de la paternidad no matrimonial reconocida (art. 120 apartado 1 y 2 del Código Civil y art. 235-9.1 letras a) y b) del Código Civil catalán—. El tratamiento jurisprudencial en estos casos se sustancia, por un lado, en la negativa a indemnizar, considerando inaplicable el artículo 1902 del Código Civil a los daños derivados de la ocultación de la paternidad, al no apreciar dolo en la conducta de la demandada, ya fuera la madre, o también el padre biológico, una vez determinada su paternidad, o entender que, la mera ocultación del mantenimiento de relaciones sexuales con tercero, no puede tenerse como omisión determinante en directa relación de causalidad, con el perjuicio que genera el posterior descubrimiento de ausencia de paternidad biológica por parte del esposo titular de la filiación paterna matrimonial¹⁰⁷; por otro, en el reconocimiento de responsabilidad civil extracontractual cuando se aprecia dolo en la actuación de la demandada, identificada con mala fe, al tener conocimiento cierto de la no paternidad desde el mismo momento del embarazo, por lo que, en estos casos, se pone el énfasis en la ocultación dolosa de la paternidad y en la gravedad del daño que esta produce¹⁰⁸. Si bien, no faltan resoluciones que entienden que, también hay responsabilidad en la conducta culposa o negligente de la demandada, al omitir la información relativa a las dudas sobre la paternidad biológica al haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio y durante la concepción¹⁰⁹. Por tanto, en ambos supuestos procede la aplicación del artículo 1902 del Código Civil y la indemnización por daños morales (psicológicos al conocer la no paternidad) y patrimoniales¹¹⁰. En todo caso, los criterios de imputación por dolo o culpa no operan cuando no hay ocultación de la paternidad al existir un hecho que, lo impide, como la separación de hecho de los progenitores en el momento de la concepción¹¹¹; o simplemente, se ha negado la indemnización ante la ausencia de daño en el demandante¹¹². En cuanto al inicio del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción varía desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas¹¹³; a la fecha de la sentencia firme de la impugnación de la paternidad¹¹⁴.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. IX*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. II*, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid: Lex Nova.

- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 136 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 1*, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2.^a ed., Madrid: Edersa.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *Derecho Privado y Constitución*, número 25, enero-diciembre.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1900 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. 8*, Ignacio Sierra Gil (coord.), Barcelona: Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre, vol. II*, Madrid.
- (1992). El pago de lo indebido, *Estudios de Derecho Privado común y foral, T. II Obligaciones y sucesiones*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La filiación, *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), 3.^a ed., Madrid: Colex.
- NACLARES VALLE, J. (2011). Comentario a los artículos 136 a 141 del Código Civil, *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2011). Los cuasicontratos, *Curso de Derecho Civil, vol. II. Derecho de Obligaciones*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), 3.^a ed., Valladolid: Colex.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 108 a 141 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2009). Comentario a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXIV*, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid: Edersa.
- TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario a los artículos 1895 a 1901 del Código Civil, *Código Civil comentado, vol. IV*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 112, 136 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. I*, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1950
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 1957
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 1976
- STS, Sala de lo Civil, 30 de enero de 1986
- STS, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 1992
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 30 de enero de 1993
- STS, Sala de lo Civil, 26 de diciembre de 1995
- STS, Sala de lo Civil, 8 de julio de 1999

- STS, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2000
- STS, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2001
- STS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2003
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 5 de julio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 18 de noviembre de 2005
- STS, Sala de lo Civil, 8 de enero de 2007
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2009
- STS, Sala de lo Civil, 30 de julio de 2010
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2013
- STS, Pleno, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2015
- SAP Tarragona, sección 1.ª, 13 de abril de 2005
- SAP León, sección 1.ª, 2 de enero de 2007
- SAP Valencia, sección 7.ª, de 5 de septiembre de 2007
- SAP Cádiz, sección 2.ª, 3 de abril de 2008
- SAP Asturias, sección 6.ª, 28 de septiembre de 2009
- SAP Murcia, sección 5.ª, 18 de noviembre de 2009
- SAP Asturias, sección 5.ª, de 15 de octubre de 2010
- SAP Ciudad Real, sección 2.ª, 29 de febrero de 2012
- SAP Granada, sección 5.ª, de 13 de junio de 2014

NOTAS

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La filiación, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), 3.ª ed., Madrid: Colex, p. 293. Para Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I *Derecho de Familia*, undécima edición, Madrid: Tecnos, p. 233 se denomina filiación «tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra u otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo».

² LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, 4.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albés, Madrid: Dykinson, p. 299.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, op. cit., p. 303.

⁴ DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (1984). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa, pp. 117-118; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, op. cit., p. 305.

⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6730).

⁶ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4758); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, 16 de diciembre de 1999 (AC 1999, 7455); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 235209).

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La filiación, op. cit., p. 298.

⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, 26 de mayo y 156/2005, 9 de junio.

⁹ Sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, 27 de octubre, y 52/2006, 16 de febrero.

¹⁰ BOE, de 29 de julio de 2015, pp. 64544 a 64612.

¹¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6944) consideró derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 47.1 de la LRC y concordantes, así como los artículos 167 y 182 del RRC, en la medida en que permitían a la madre desconocer su maternidad.

¹² JIMÉNEZ MUÑOZ, FCO. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid: Reus, p. 60 nota 111.

¹³ BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, año 22, p. 111; INIESTA DELGADO, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida, *Tratado de Derecho de Familia*, Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (dirs), vol. VI, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 804-805.

¹⁴ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, XXXVI, p. 182.

¹⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 924) aplicación del interés superior del menor para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, aunque la nueva Ley de Registro Civil no esté en vigor; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.ª, 19 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 104834); y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 17 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 175020).

¹⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, 16 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 51490); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, 12 de abril de 2010 (*JUR* 2010, 419026); de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 14 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 173445); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 21 de octubre de 2014 (*JUR* 2014, 296902); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 29 de enero de 2015 (*AC* 2015, 135) pensión de alimentos a cargo del padre.

¹⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). «Comentario al artículo 112 del Código Civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, pp. 830-831.

¹⁸ VERDERA SERVER, R. (2013). «Comentario al artículo 112 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil, T. I*, director Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1169.

¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011). La filiación, *op. cit.*, p. 321.

²⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV Familia, *op. cit.*, p. 335.

²¹ *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 108 a 141 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, pp. 991-993; RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2005). Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *Anuario de Derecho Civil, T. LVIII, Fasc. III*, julio-septiembre, pp. 1088-1089; VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. I*, Rodrigo Bercovtiz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1379-1380.

²² La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 113896) (Fundamento de Derecho 2.º).

²³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5454) tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito, a que se refiere el artículo 117 y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación que contempla el artículo 118. Por su parte, en relación a la filiación no matrimonial, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4418) que manifiesta que «existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos y baste examinar la acción del artículo 140 para darse cuenta de que se refiere a la realidad biológica, y el artículo 141 al consentimiento viciado»; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5.ª, de 31 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 99116).

²⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 281); y, de 28 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 2154).

²⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 8438); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1507).

²⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de marzo 1994 (*RJ* 1994, 2528).

²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1991). Comentario al artículo 136 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia, p. 507.

²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2001). *Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán*, Barcelona: Atelier, pp. 97-98.

²⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, vol. I*, Madrid: Tecnos, pp. 962 y 996.

³⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1.ª, de 30 de septiembre de 2009, no procede la acción de impugnación del hijo nacido bajo tratamiento de reproducción asistida, por conocimiento y consentimiento del esposo.

³¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1992 (RJ 1992, 821).

³² En el mismo sentido se pronuncia la Ley 70 b) del Fuero Nuevo de Navarra.

³³ El Tribunal Constitucional no declara, pues, «la nulidad de la regla legal que concede hoy al marido la acción de impugnación de la paternidad legal, pues, de no reparar en nada la inconstitucionalidad apreciada, dañaría, sin razón alguna, a quienes ostentan, en virtud del artículo 136 del Código Civil, una acción que no merece tacha alguna de inconstitucionalidad. La declaración de nulidad de este precepto, consecuente a la declaración de inconstitucionalidad, generaría un vacío normativo, sin duda no deseable. La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional, y en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el «*dies a quo*» del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el artículo 136 del Código Civil, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

³⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 30 de enero de 1993 (RJ 1993, 353); de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4758); de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 24); de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6227); de 20 de febrero de 2012 (RJ 2012, 4047); y de 2 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7832); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 21 de enero de 2005 (JUR 2005, 146351); el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 12 de diciembre de 2005 (AC 2006, 291); las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1.ª, de 13 de marzo de 2006 (JUR 2006, 160623); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 3 de octubre de 2007 (AC 2008, 194); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 4 de octubre de 2007 (JUR 2008, 86281); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 6 de julio de 2009 (JUR 2009, 472623); el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 25 de octubre de 2011 (JUR 2012, 2246); las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 16 de febrero de 2012 (JUR 2012, 90888); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 22 de marzo de 2012 (JUR 2012, 217539); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 15 de abril de 2013 (JUR 2013, 183662); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 7 de mayo de 2013 (JUR 2013, 203485); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 21 de mayo de 2013 (JUR 2014, 77982); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 14 de octubre de 2013 (JUR 2013, 374119); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 13 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 171777); y de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.ª, de 4 de marzo de 2015 (JUR 2015, 99638).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5672) menciona como día inicial del cómputo el del conocimiento por el marido de su incapacidad para procrear; y la sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 17 de octubre de 2008 (RJ 2008, 402) el plazo cuenta desde un informe médico que cuestiona la capacidad de procreación del marido.

³⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4758); y, de 3 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 24); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, de 2 de febrero de 1994 (AC 1994, 235); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 26 de enero de 2001 (AC 2001, 198); de la Audiencia Provincial

de Madrid, sección 22.^a, de 15 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 129009); de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.^a, de 21 de noviembre de 2003 (*AC* 2004, 373); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.^a, de 10 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004, 287622).

³⁶ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 1985 (*RJ* 1985, 4845); de 30 de enero de 1993 (*RJ* 1993, 353); de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 5104); de 26 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 7212). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 5 de marzo de 1998 (*AC* 1998, 587); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 17 de enero de 2000 (*AC* 2000, 35).

³⁷ Transcurso de más de un año desde la inscripción o el conocimiento del marido, caducidad de la acción. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 18 de abril de 2000 (*AC* 2000, 4517); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 6 de julio de 2000 (*AC* 2000, 2098); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.^a, de 11 de julio de 2001 (*AC* 2001, 1466); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.^a, de 8 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002, 40994); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.^a, de 1 de octubre de 2002 (*AC* 2002, 1809); de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.^a, de 25 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 83749); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, de 14 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 89867) transcurso de 44 años sin impugnar la paternidad por el padre biológico ya fallecido; de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, de 15 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 344601) ejercicio de la acción por el falso progenitor más de un año después de conocer que él no era el padre biológico de quien figuraba como hijo biológico suyo; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.^a, de 2 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 250505) plazo de impugnación de más de un año desde el conocimiento de la esterilidad; de la Audiencia Provincial de León, sección 2.^a, de 21 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 105527) transcurso de más de un año desde que tuviera conocimiento de la inscripción en el Registro Civil; de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, de 15 de abril de 2011 (*JUR* 2014, 166135) transcurso de más de un año desde la inscripción y el conocimiento del nacimiento; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 20 de diciembre de 2011 (*JUR* 2012, 34577) el actor ejercita la acción de impugnación varios años después de que conociera que el menor no era hijo biológico suyo.

³⁸ En esta línea, el artículo 235-23.1 del Código Civil catalán al señalar como *dies a quo* el plazo de dos años desde que el marido conozca el nacimiento del hijo o desde que se descubran las pruebas que fundamentan la impugnación. Al respecto señala que: «1. El marido puede ejercer la acción de impugnación de la paternidad matrimonial en el plazo de dos años a partir de la fecha en que conozca el nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que fundamenta la impugnación». *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 19 de abril de 2006 (*JUR* 2006, 243207) caducidad de la acción ante el transcurso de dos años desde la obtención de las pruebas acreditativas de la falsedad de la filiación; y, de la misma Audiencia Provincial y sección, de 12 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 115044) igualmente, desestima la acción de impugnación por la caducidad de la acción al haber transcurrido dos años desde que tuvo conocimiento de las pruebas biológicas.

³⁹ VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1393. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 5104); de 10 de febrero de 1997; de 26 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 5057); de 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 402); de 20 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 4047); y, de 2 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7832). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.^a, 4 de octubre de 2007 (*JUR* 2008, 86281) precisa que, el plazo de caducidad queda en suspenso mientras el marido ignore su falta de paternidad; sin embargo, no puede decirse que ignore esta circunstancia quien tiene dudas, más o menos fundadas, desde un determinado momento sobre su falta de paternidad, y no la impugna en el plazo de un año.

⁴⁰ En similares términos, el artículo 70 b) del Fuero Nuevo de Navarra que dispone que: «La paternidad del marido de la madre podrá ser impugnada por este hasta transcurrido un año desde la inscripción de la filiación en el registro Civil, pero este plazo no correrá mientras ignore el nacimiento. Si el marido falleciera ignorándolo o sin que haya practicado dicha

inscripción, sus herederos podrán promover la impugnación en el mismo término». Por su parte, el artículo 235-23.2 y 3 del Código Civil catalán, también se refiere a la legitimación de los herederos en otros términos. Así señala que: «2. La acción de impugnación se transmite a los hijos o descendientes y a los herederos del marido, si este muere después de haber interpuesto la acción o antes de que finalicen los plazos fijados por el apartado 1. En estos casos, cualquiera de ellos, puede ejercer la acción dentro del tiempo que queda para completar dichos plazos. 3. Si el marido muere sin conocer el nacimiento o las pruebas en que debe fundamentar la acción, el plazo de dos años se cuenta desde la fecha en que los conozca la persona legitimada para impugnar».

⁴¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 2.ª, de 23 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 14658); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 380115); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 5 de noviembre de 2012 (*AC* 2013, 399) legitimación de la madre de quien figura como padre, una vez fallecido este.

⁴² VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1385, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ M. (2000). «Comentario al artículo 136 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 1*, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2.ª ed., Madrid: Edersa, p. 816.

⁴³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 998.

⁴⁴ VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1386; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1000. Sin embargo, DE LA CÁMARA, M. (1991). Comentario al artículo 137 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 825-826 defiende que, la concurrencia de tal interés debe ponderarse atendiendo a dos factores: el comportamiento observado por el padre hacia el hijo, que al dudar de su paternidad, trata al presunto hijo de forma que material o moralmente le perjudica; y, la consideración social del hijo, esto es, cuando dentro o fuera de la familia se pone en duda la paternidad. Ante tal lectura del interés del hijo de poner de manifiesto tal realidad, BARBER CÁRCAMO, R. (2011). Comentario al artículo 137 del Código Civil, *Código Civil comentado, vol. I*, directores Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 701 señala que «tiene difícil justificación desde la filosofía de la ley, además de indeseable por introducir tanto un límite injustificado a la acción de la madre en nombre del hijo, como un campo de actuación a la discrecionalidad judicial».

⁴⁵ Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 51607).

⁴⁶ En la Ley 70 b) del Fuero Nuevo de Navarra se otorga acción al hijo, durante el año siguiente de haber alcanzado la mayoría de edad o haber recuperado la plena capacidad o a la inscripción de su nacimiento, si fuera posterior. Y el artículo 235-25 del Código Civil catalán concede también al hijo legitimación en el plazo de dos años siguientes al cumplimiento de la mayoría de edad, de la recuperación de la plena capacidad o del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación.

⁴⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 999-1000.

⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., Comentario al artículo 136 del Código Civil, *op. cit.*, p. 511.

⁴⁹ BARBER CÁRCAMO, R., Comentario al artículo 137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 702, precisa que, la falta de legitimación *nomine proprio* de la madre no ha suscitado problema ninguno por dos razones: «la primera, porque habitualmente la madre interpone la acción como representante legal del hijo; la segunda, porque no ejercita de forma independiente la acción de impugnación, sino como accesoria de la reclamación. Así la regla del artículo 134 permite a la madre, como representante legal del hijo, ejercitar tanto la acción de reclamación de la paternidad matrimonial como no matrimonial sin plazo (arts. 132 y 133 del Código Civil puestos en relación con el art. 765.1 de la LEC) y acumular a ella la de impugnación de la paternidad matrimonial». Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1994. Sin embargo, para DE LA CÁMARA, M.,

(2000). «Comentarios a los artículos 136 a 141 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 837-838, tacha la exclusión de la madre con legitimación *iure proprio* de «absolutamente indefendible».

Por su parte, el artículo 235-24 del Código Civil catalán otorga a la madre legitimación para impugnar la paternidad del marido en el plazo de dos años desde el nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas que funden la impugnación. El propio precepto establece que, la madre puede actuar en nombre propio o en interés y representación del hijo, si es menor o incapaz, impugnando la paternidad matrimonial durante el plazo de dos años a partir de la fecha del nacimiento del hijo o del descubrimiento de las pruebas en que se fundamenta la impugnación. Sin embargo, en la línea del Código Civil español, el Fuero Nuevo de Navarra no otorga a la madre legitimación *iure proprio*.

⁵⁰ BARBER CÁRCAMO, R., Comentario al artículo 137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 703.

⁵¹ Como precisa VERDERA SERVER, R. (2013). «Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1388, la interpretación jurisprudencial del artículo 133 del Código Civil, confirmada por las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero al permitir al progenitor biológico reclamar su paternidad, facilita esta posibilidad. *Vid.*, en esta línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 20 de julio de 1995 (AC 1995, 1533); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 2.ª, de 4 de julio de 1998 (AC 1998, 1505).

⁵² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8026); y de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 4561).

⁵³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2004 (RJ 2004, 3613) se admite el error que consiste en dictamen de la Unidad de Reproducción Humana del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario «Virgen de las Nieves» de Granada que, señala la esterilidad del actor y, además se ejercita la acción en plazo. Por lo que se aplica el artículo 141 del Código Civil.

⁵⁴ BARBER CÁRCAMO, R. (2011). Comentario al artículo 137 del Código Civil, *op. cit.*, p. 703.

⁵⁵ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 13 de abril de 1999 (AC 1999, 1047) que en la diferencia entre los artículos 136 y 138 manifiesta que: «el artículo 138 conforme a la reiterada jurisprudencia distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad: uno el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento y el otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1 a cuya acción de reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción no difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, sino que resulta contradictoria con la misma desde la idea de que no se parte en este de un reconocimiento, sino de un supuesto estrechamente vinculado a la presunción legal establecida en el artículo 116 conforme a la cual se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges con lo que el objeto a probar no es tanto el vicio cuanto la no paternidad del marido».

⁵⁶ DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁷ DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, Á. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 245.

⁵⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (RJ 1997, 4605).

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 2001 (RJ 2003, 9007).

⁶⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997, 937).

⁶¹ PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011). Los cuasicontratos, *Curso de Derecho Civil*, vol. II. *Derecho de Obligaciones*, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), 3.ª ed., Valladolid: Colex, p. 829. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9984); de 28 de junio de 2007 (RJ 2007, 5429); y de 30 de julio de 2010 (RJ 2010, 6948); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, 17 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105188).

⁶² ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. IX*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, p. 12920.

⁶³ DíEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid: Civitas, p. 589.

⁶⁴ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XXIV*, Manuel Albaladejo (dir.), Madrid: Edersa, pp. 74-75; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. II*, Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1956-1957; ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 12920-12929; PARRA LUCÁN, M.^a Á (2011). Los cuasicontratos, *op. cit.*, pp. 830-831; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Código Civil comentado, vol. IV*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pp. 1425-1430. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1950 (*RJ* 1950, 1237); de 2 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632); de 30 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 3198); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 23 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2277); de 26 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9207); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 3786); de 18 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7733); de 8 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 812); 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y 30 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6948); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.^a, 20 de junio de 2000 (*AC* 2000, 3960); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 9 de marzo de 2010 (*AC* 2010, 954); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, 2 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 1486); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, 4 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1352).

⁶⁵ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1956; SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁶ DíEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, p. 589. En esta línea, TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1425. *Id.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5120).

⁶⁷ ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12921.

⁶⁸ TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 1426-1427; ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12922; PARRA LUCÁN, M.^a Á (2011). Los cuasicontratos, *op. cit.*, p. 830; GULLÓN BALLESTEROS, A., Cobro, p. 371; BASOZABAL ARRUE, X. (2010). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Andrés Domínguez Luelmo (dir.), Valladolid: Lex Nova, pp. 2040-2041. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 1950 (*RJ* 1950, 1237); de 21 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632); 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 17 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5709); y, de 2 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 8131). Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632) reduce la citada distinción al «*indebitum ex persona*» e «*indebitum ex re*», incluyendo en este último los supuestos calificados de «*indebitum ex causa*».

⁶⁹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1956.

⁷⁰ ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12924; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1428; DíEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, p. 591. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de mayo de 1980 (*RJ* 1980/1957); de 30 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 341); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4765); y de 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 23 de enero de 1998 (*AC* 1998, 2709); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 4.^a, 14 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 46754).

⁷¹ *Id.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2002.

⁷² LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. II, Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, pp. 505 y 506; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1957; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). Pago de lo indebido, *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre, p. 7.

⁷³ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 78; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *op. cit.*, p. 507. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5120).

⁷⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7911); de 8 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 4765); de 11 de diciembre de 2000 (*RJ* 2000, 9889); de 13 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 692); y de 10 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 270).

⁷⁵ ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1900 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12951.

⁷⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1900 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T. 8, Ignacio Sierra Gil (coord.), Barcelona: Bosch, p. 270.

⁷⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1992). El pago de lo indebido, *Estudios de Derecho Privado común y foral, T. II Obligaciones y sucesiones*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 341.

⁷⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, de 4 de marzo de 1936; de 7 de julio de 1950 (*RJ* 1950, 1237); y, de 21 de noviembre de 1957 (*RJ* 1957, 3632).

⁷⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1981 (*RJ* 1981, 4471).

⁸⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de marzo de 1988.

⁸¹ ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12931. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7234).

⁸² BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1958. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 3198).

⁸³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *op. cit.*, pp. 508-509. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2311) aplica por analogía el artículo 1896 a un cobro de lo indebido de forma por lo menos negligente.

⁸⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2009). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 2146.

⁸⁵ ARCOS VIERA, M.^a L. (2013). Comentarios al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 12931; SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 80. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1324).

⁸⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1992). El pago de lo indebido, *op. cit.*, p. 337.

⁸⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2009). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2147. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 7234); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 11 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 224690).

⁸⁸ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1959.

⁸⁹ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario a los artículos 1896-1897 del Código Civil, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A. (2000). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2147.

⁹¹ SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario a los artículos 1896-1897 del Código Civil, *op. cit.*, p. 80; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1437. *Vid.*, asimismo, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9147).

⁹² LACRUZ BERDEJO, J. L. (1992). El pago de lo indebido, *op. cit.*, p. 335.

⁹³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *op. cit.*, pp. 513-514; SANTOS BRIZ, J. (1984). Comentario al artículo 1897 del Código Civil, *op. cit.*, p. 84; TAMAYO HAYA, S. (2011). Comentario al artículo 1895 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1436; SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2009). Comentario al artículo 1896 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2147.

⁹⁴ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1991). Comentario al artículo 1897 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1962.

⁹⁵ PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2011). Los cuasicontratos, *op. cit.*, p. 834; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1976). El pago de lo indebido, *op. cit.*, p. 513; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1978). Cobro de lo indebido, *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor Baillie Vázquez*, Madrid: Revista de Derecho Financiero, p. 383.

⁹⁶ *Vid.*, por todos, DE LA CÁMARA, M., Comentario al artículo 112 a 114 del Código Civil, *op. cit.*, p. 175; NANCLES VALLE J. (2011). Comentarios al artículo 112 del Código Civil, *Código Civil comentado*, vol. I, Pedro de Pablo Contreras y Rosario Valpuesta Fernández (coords.), Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 601; GARCÍA VICENTE, J. R. (2001). La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código Civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, p. 111; RIBOT IGUALADA, J. (2006). Nota crítica a DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (coord.), *Daños en el Derecho de Familia*, Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006, 254 pp., *Anuario de Derecho Civil*, T. LIX, Fasc. IV, octubre-diciembre, p. 1888 precisa que «así las cosas, este tipo de pretensiones no se configuran habitualmente como acciones de daños. Entre otras cosas, porque ello impone un juicio de imputabilidad subjetiva y de causalidad que, las más de las veces hace inviable el recurso en vía de regreso». Por lo que «el remedio adecuado parece ser la acción de enriquecimiento injustificado, si bien esta tampoco está exenta de problemas, especialmente, cuando quien la ejerce no es el otro progenitor, sino un tercero (v.gr. el padre putativo) con quien el menor había convivido»; ÁLVAREZ OLALLA p. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *LA LEY Derecho de Familia*, «Familia y Responsabilidad», núm. 8, octubre-diciembre, p. 8 manifiesta que, «no debería vedarse a ultranza la posibilidad de reclamar la devolución de las cantidades abonadas como mantenimiento del menor en caso en los que la conducta de los demandados haya sido especialmente reprochable y contraria al principio de buena fe». No obstante, a reglón seguido, añade que «lo cierto es que la exigencia de una especial intencionalidad al respecto nos sitúa más bien ante la acción de responsabilidad civil, que ante las acciones de enriquecimiento».

⁹⁷ *Vid.*, RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (1991). Comentario al artículo 112 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, T.I, Madrid: Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, p. 438.

⁹⁸ *Vid.*, VERDERA SEVER, R. (2013). Comentario al artículo 112 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, T.I, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1173.

⁹⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, de 2 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.^a, de 3 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 234675); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 28 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 460702); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (*AC* 2010, 60); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 15 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 391646). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 172541) precisa la imposibilidad de reclamar cantidades devengadas con anterioridad al establecimiento de la pensión. Así señala que «el criterio general es que la prestación voluntaria de alimentos por un obligado es irrepetible, en cuanto supone el cumplimiento de una obligación legal y ninguna norma le reconoce el derecho al reintegro por carecer de la acción correspondiente a tal reclamación. Esto concuerda con la norma del Código Civil común (art. 148) y del Codi Família catalán (art. 262) coincidentes en el sentido de prohibir la petición de alimentos pasados, con anterioridad a la reclamación judicial, al estar concebida esta prestación para cubrir necesidades presentes y futuras, de modo que, la reclamación determina la efectividad de la prestación. El derecho a percibir pensiones solo surge desde la reclamación, que constituye así un requisito de eficacia de la prestación. Mientras no se reclame alimentos

no surge la deuda relativa a una pensión y la persona que los ha prestado como obligada no puede solicitar pensiones correspondientes a tiempo anterior».

¹⁰⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.ª, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 323682); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 5 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340366); y de 2 de noviembre de 2011.

¹⁰¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, de 29 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 359); y, de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 13 de junio de 2014 (*AC* 2014, 1628). Y, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, 9 de mayo de 1997 (*AC* 1997, 1321).

¹⁰² LA LEY 2015, 55079. Los hechos sobre los que sustenta el presente caso: don Domingo contrajo matrimonio con doña Natalia el día 1 de septiembre de 1985. Transcurridos dieciocho años de matrimonio y como consecuencia del deterioro de la relación conyugal, decidieron de común acuerdo separarse de mutuo acuerdo. En la sentencia de separación de 29 de enero de 2003, previo convenio regulador de 14 de noviembre de 2002, se adoptó como medida el pago de una pensión de alimentos a favor de la menor de 300 euros que, debería abonar don Domingo mensualmente, así como un régimen de visitas. El pago de la pensión de alimentos se hizo efectivo desde el inicio del convenio regulador (diciembre de 2002). Tres años más tarde se concedió el divorcio a don Domingo. Ante la duda de ser padre biológico de la menor, don Domingo practicó las pruebas de paternidad. A resultados de las mismas se interpuso demanda de impugnación de la filiación matrimonial que fue estimada por sentencia de 24 de septiembre de 2008 y confirmada por la Audiencia Provincial de Cuenca en sentencia de 23 de marzo de 2009. Don Domingo reclama a doña Natalia los alimentos que ha venido pagando desde el inicio del convenio regulador —diciembre de 2002— hasta el 23 de marzo de 2009, fecha en la que se declaró judicialmente la inexistencia de relación filial alguna. En total, 19.285,82 euros. La demanda se fundamenta en el artículo 1895 y concordantes del Código Civil, indicando que se ejercita acción de cobro de lo indebido.

¹⁰³ Formulan voto particular los Magistrados Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y Don Francisco Javier Orduña Moreno al amparo de lo previsto en los artículos 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la LEC. Al respecto alegan que «(...) debe precisarse que el moderno Derecho de familia, referenciado en la Constitución española y las reformas realizadas, se ha profundizado tanto en la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, como en la diferenciabilidad de sus respectivas responsabilidades de índole patrimonial; todo ello, conforme al principio de igualdad jurídica que informa «plenamente», a los cónyuges tanto para promover matrimonio como para desarrollar las relaciones familiares, sin dispensa o pretexto alguno al respecto. Esta razón de exigibilidad de la responsabilidad familiar que individualmente asume cada cónyuge, así como de la diferenciabilidad de su respectiva responsabilidad patrimonial, resulta predicable de cada uno de los institutos de Derecho de Familia que la sentencia toma en consideración. Así, y en síntesis, respecto de las propias relaciones de paternidad en donde la sentencia reconoce expresamente, la base «principal» que tiene la verdad biológica en materia de filiación, cuya responsabilidad derivada asume cada cónyuge y no los hijos beneficiados por la relación de filiación, como ocurre en el presente caso, donde la reclamación económica no se dirige contra la hija, ni se cuestionan los beneficios obtenidos por ella en dicha relación. Del mismo modo, respecto del derecho de alimentos que, forma parte del contenido básico de la filiación y se encuentra ligado, necesariamente, con la condición de padre o madre (art. 110 del Código Civil) que le sirve de fundamento. De forma que, aunque el derecho de alimentos quede integrado, a su vez, en la relación de patria potestad y su peculiar régimen legal, no es menos cierto que, por ello pierda su carácter genuinamente patrimonial que se deriva de su propia naturaleza, sobre todo cuando su toma de razón no es otra que el carácter debido o indebido de su pago; cuestión claramente diferenciable de la función o finalidad asistencial que personalmente informe a la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos, auténticos beneficiarios de la misma, como se ha señalado. En parecidos términos, respecto del alcance declarativo y, por tanto, *ex tunc*, que acompaña o caracteriza el ejercicio de la acción de impugnación de filiación matrimonial, que

necesariamente declara la ausencia del presupuesto causal de la filiación desde su inicial determinación, sin intervalos o espacios intermedios al respecto. Impugnada con éxito la filiación matrimonial, la consecuencia innegable que se deriva es que el marido no tuvo nunca la condición de padres respecto del hijo. Alcance cuya retroacción de efectos, si bien permite cierta modulación como señala la sentencia (art. 180.3 del Código Civil) lo es en consideración, exclusivamente, de la posición jurídica del menor afectado, no respecto de la posición de la madre y su posible responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad, o en las consecuencias derivadas de su propia patria potestad respecto con su hijo. En todo caso, si no bastara con las anteriores razones en pro de la debida exigencia de la responsabilidad patrimonial de la mujer respecto de una obligación de alimentos que cobró, sin causa para ello, y con incumplimiento de su deber de patria potestad a prestarlos íntegramente, debe tenerse en consideración que su comportamiento, acreditado en el presente caso, constituyó una vulneración frontal y directa al principio general de buena fe, tanto en su manifestación nuclear, como en sus respectivas aplicaciones (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil). En efecto, convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija. Comportamiento doloso, a todas las luces, que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, si causa y de forma indebida».

¹⁰⁴ Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414) se deniega la devolución de 6000 euros reclamados por el ex marido con fundamento en el artículo 1895 del Código Civil porque no se acredita la existencia de dolo o mala fe en la madre. Igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, 16 de febrero de 2007. Para la restitución de alimentos por cobro de lo indebido (art. 1895) no requiere como presupuesto un criterio de imputación subjetiva en el *accipiens*.

¹⁰⁵ En este línea, FARNÓS AMORÓS, E. (2011). Remedios jurídicos ante la falsa atribución de la paternidad, *Derecho Privado y Constitución*, número 25, enero-diciembre, p. 49; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 1999, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, enero-marzo, p. 157. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.ª, 3 abril 2008, que admite que los alimentos abonados tras la sentencia de separación consistentes en 1050 euros deben ser restituidos por las reglas del cobro de lo indebido; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, 18 de noviembre de 2009 confirma la indemnización a cargo de la madre de la cantidad de 16.692,71 euros por los alimentos abonado tras la sentencia de separación.

¹⁰⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 1999, *op. cit.*, pp. 157-158; ÁLVAREZ OLALLA, P. (2015). Daños causados al progenitor a consecuencia de la impugnación de la paternidad, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁷ *Vid.*, las sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5721) no apreció dolo en la conducta de la demandada, quien ignoró la paternidad biológica de su hijo hasta que conoció el resultado de las pruebas biológicas; y, de 30 de julio de 1999 (*RJ* 1999, 5726) desestimó, igualmente, la indemnización solicitada por el marido al amparo del artículo 1101 del Código Civil por el concepto de daño patrimonial derivado de los gastos de mantenimiento de los dos hijos que resultaron no ser suyos durante la convivencia, y por daño moral, aunque apreció dolo en la conducta de la ex esposa, precisando que el incumplimiento de los deberes conyugales es merecedor de un reproche ético-social, pero no genera obligación de indemnizar, sino tan solo es considerado como causa para solicitar la separación matrimonial; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, 7 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 42414); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, 22 de julio de 2005 (*JUR* 2006, 163268); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, 16 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 217448); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.ª, 31 de octubre de 2008 (*AC* 2009, 93); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, 8 de noviembre de 2010 (*AC* 2010, 2303); de la Audiencia Provincial de

León, sección 2.^a, 23 de noviembre de 2010 (AC 2012, 1643); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, 13 de junio de 2014 (AC 2014, 1628); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.^a, 9 de julio de 2015 (JUR 2015, 235882).

¹⁰⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152); y 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 6849); y, las sentencias de la Audiencia de León, sección 2.^a, 2 de enero de 2007 (JUR 2007, 59972); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, 5 de septiembre de 2007 (JUR 2007, 340366); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 23 de julio de 2009 (JUR 2009, 46435); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 28 de marzo de 2012; de la Audiencia Provincial de León, sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2012; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.^a, 9 de mayo de 2014 (AC 2014, 1397); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, 9 de marzo de 2015 (JUR 2015, 29380).

¹⁰⁹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994), actuación negligente de la concepción y dolosa en la ocultación, y, el cómputo del plazo desde el conocimiento del resultado de las pruebas biológicas; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, 16 de enero de 2007 (JUR 2007, 323682), se condena al abono de indemnizaciones no por dolo, pero sí por culpa grave; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.^a, 3 de abril de 2008 (JUR 2008, 24675).

¹¹⁰ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60), computo del plazo de la acción desde el momento que adquiere firmeza la sentencia que estimaba la demanda de impugnación; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, 23 de julio de 2009 (JUR 2009, 46435); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, 16 de mayo de 2014 (JUR 2014, 203955).

¹¹¹ Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, 16 de febrero de 2007 (JUR 2007, 217448); y de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.^a, 10 de febrero de 2009 (AC 2009, 346).

¹¹² Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, 28 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 72573).

¹¹³ Vid., la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia, sección 7.^a, 2 de noviembre de 2004 (AC 2004, 1994).

¹¹⁴ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de julio de 2010 (RJ 2010, 5152) considera prescrita la acción; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 279201); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 60).

Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras*

Field of registry qualification in financial terms

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho Civil
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: En este trabajo se pretende recoger y analizar los últimos pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la posibilidad de inscribir determinadas cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, cuando se traten de cláusulas financieras, y puedan, a su juicio, ser consideradas como abusivas. El problema jurídico radica en que el artículo 12 LH, reformado por la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario 2007, obliga a «transcribir» las cláusulas financieras de los préstamos garantizados con hipoteca, a efectos informativos, todas ellas; sin embargo, nos planteamos si el registrador debe seguir inscribiéndolas cuando, a su juicio, entre ellas exista alguna cláusula que es abusiva conforme a los últimos pronunciamientos del TSJUE, y las últimas reformas legales, y si ese control también debe hacerse cuando esas cláusulas financieras estén insertas en contratos hipotecarios celebrados con un no consumidor.

ABSTRACT: *This paper aims to collect and analyze the latest pronouncements of the Dirección General de los Registros y del Notariado on the possibility of including certain clauses of the mortgage, when discussed financial terms, and may in his opinion be considered as abusive. The legal problem is that artículo LH 12, as amended by the Reform Act Mortgage Market 2007 forces «transcribe» financial clauses loans secured by mortgage, to informative effects, all of them; However, we wonder whether the Registrar should continue enrolling them in his judgment between them there is some clause that is abusive under TSJUE recent pronouncements, and the latest legal reforms.*

PALABRAS CLAVE: Registro. Calificación registral. Hipoteca. Cláusulas abusivas. Cláusulas financieras.

KEY WORDS: *Land register. Qualification. Mortgage. Unfair terms. Financial terms.*

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 201346315), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por D.^a Matilde CUENA CASAS.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 1. INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS PRÉSTAMO HIPOTECARIO ANTES DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO DE 2007. 2. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA TRAS LA LEY 41/2007: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS. 1. PRIMERA ETAPA: CALIFICACIÓN VEDADA A LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS. 2. GIRO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: POSIBILIDAD DE CALIFICAR CLÁUSULAS FINANCIERAS. II.3. UN PASO MÁS: EL ÁMBITO DE CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES ALCANZA A LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS INCLUSO CUANDO EL DEUDOR HIPOTECARIO NO ES CONSUMIDOR.—III. LOS LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS: ANÁLISIS Y CRÍTICA.—IV. INTENTO CLARIFICADOR POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL. LOS CRITERIOS QUE ESTABLECEN LOS LÍMITES A LA CALIFICACIÓN DE CLÁUSULAS FINANCIERAS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO Y ANTECEDENTES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El objeto del presente trabajo es analizar los vaivenes y últimos criterios jurisprudenciales sobre la posible calificación e inscripción de las cláusulas financieras en un contrato de préstamo hipotecario, para tratar de obtener un criterio común en orden a dichas operaciones.

Sin embargo, la inscribibilidad de las cláusulas del préstamo hipotecario en el Registro es una cuestión bien antigua que ha generado un sinfín de jurisprudencia registral pues los criterios, tanto legales como de la Dirección General, han cambiado en los últimos años, a la luz de sucesivas reformas legislativas y demandas de los agentes del mercado hipotecario.

Por eso, si una determinada cláusula de un préstamo hipotecario debe inscribirse o no, es algo que siempre ha preocupado tanto a los registradores, como a los titulares de esos préstamos y de esas hipotecas. Pues dicha inscripción le conferirá eficacia *erga omnes*.

De este modo, y como ya pusimos de relieve hace unos años¹, conviene distinguir dos etapas diferenciadas antes de examinar la situación actual.

1. INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS PRÉSTAMO HIPOTECARIO ANTES DE LA LEY DE REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO DE 2007

Antes de la Ley 41/2007, existían una serie de criterios más o menos generalizados y admitidos por todos, en base a los cuales se practicaba o denegaba la inscripción de determinadas cláusulas. Estos criterios se obtenían de los casos concretos y se pueden resumir en los siguientes:

a) No debían inscribirse los siguientes pactos o cláusulas de la hipoteca:

1. Pactos o cláusulas nulas. Nos referimos a aquellas cláusulas que son nulas *per se*, de pleno derecho, y deben quedar fuera del registro, pues el artículo 18 LH afirma que la calificación registral debe alcanzar a la validez de los actos inscribibles. Entre ellas las que contradicen normas imperativas, o cláusulas abusivas.

2. Pactos o cláusulas irrelevantes. Son aquellas cláusulas cuya inscripción no es necesaria pues repiten literalmente la Ley. Por eso son innecesarias ya que lo que disponen es exactamente lo mismo que exige la Ley.
3. Prohibiciones de disponer. Según los artículos 26 y 27 LH, solo podrán inscribirse las prohibiciones de disponer impuestas en un acto de carácter gratuito, luego, deberán rechazarse todas aquellas establecidas en el contrato de hipoteca.
4. Pactos de eficacia obligacional o personal. En virtud de los artículos 9RH y 51.6 RH deberán rechazarse todas aquellas estipulaciones de carácter personal y que solo deban producir efectos *inter partes*, y por tanto no deban ser oponibles frente a terceros.
5. Cláusulas contrarias al principio de especialidad. Todos aquellos pactos que no describan suficientemente alguno de los elementos de la situación jurídica inscribible, deben rechazarse por contradecir el principio de especialidad.
6. Cláusulas de vencimiento anticipado. Sobre ellas no existía un criterio uniforme, debiendo analizarse caso por caso, y suscitando discusión en la doctrina acerca de sus posibilidad de inscripción, debido a que las mismas provocan la realización adelantada de la propia garantía.

Como vemos, antes de la Ley de Reforma del Mercado hipotecario, la inscribibilidad se basa en la casuística, y estaba muy pegada al caso concreto que se presentaba a inscripción, con algún criterio general comúnmente aceptado.

2. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA TRAS LA LEY 41/2007: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma del Mercado Hipotecario, y la consiguiente modificación del artículo 12 LH, con su nuevo párrafo segundo, se replantearon las cosas y *a priori* se cambiaron esos criterios de inscripción.

Este reformado artículo 12 LH² introdujo la novedad de que tanto las cláusulas de vencimiento anticipado como las financieras «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Este párrafo segundo planteó la novedad de tener que inscribir todas las cláusulas financieras, tal cual estén en la escritura, sin necesidad de calificar si tienen o no eficacia real, o son irrelevantes, o contrarían el principio de especialidad. ¿Es eso lo que quiso decir el Legislador?

En un primer momento, y tras la aprobación de la Ley 41/2007 parece que el criterio de la transcendencia real, ampliamente admitido por la Dirección General³, debía prevalecer ante una cláusula financiera, de forma que si la misma no tenía transcendencia real debía quedar fuera del Registro. En este sentido se manifestó la propia Exposición de Motivos de la Ley, que parece hacer prevalecer este lógico criterio con el hecho ser una cláusula de contenido financiero, pero irrelevante para terceros. La Exposición de Motivos afirmaba los siguiente: «a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración», de donde «las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

Sin embargo, el problema, que continua hasta hoy, lo encontramos con las variantes y a veces sorprendentes resoluciones de la DGRN que no parecen interpretar o compartir el criterio que, *prima facie*, es la intención del legislador.

En este sentido, corroborando la prevalencia del carácter financiero al carácter real de las cláusulas, nos encontramos con la RDGRN de 15 de marzo de 2008 que afirma lo siguiente: «como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». De este modo, y para favorecer las demandas sociales y unificar los criterios de calificación, evitando calificaciones discordantes, se matiza las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, abogando por la inscripción de todas las cláusulas financieras, tengan o no trascendencia real. Se modifica parcialmente el primer criterio establecido, en aras de la seguridad del tráfico.

¿Se deben inscribir siempre esas cláusulas financieras aunque no tengan carácter real? Una lectura rápida de esa resolución, parece que así lo indica. Sin embargo, esa misma resolución vuelve a matizar esa conclusión, en el sentido de que se deberán inscribir las cláusulas financieras, pero siempre, claro está, que los pactos de trascendencia real inmobiliaria hayan sido calificados favorablemente. Como afirma la DGRN⁴, de esta forma se hace compatible el principio de legalidad y la seguridad jurídica requerida para la contratación en masa típica en las hipotecas a favor de entidades financieras. Es decir, primero calificación con base en su trascendencia real, y luego inscripción de aquellas que la tengan, y que además, no sean contrarias a una norma imperativa y que no hayan sido declaradas nulas por abusivas por los Tribunales e inscritas como tales en el Registro de Condiciones generales para la contratación, tal y como se ha venido exigiendo tradicionalmente⁵.

Parece que se restringe al mínimo la posibilidad de rechazar la inscripción de las cláusulas financieras, que, por regla general, hemos de concluir que deben inscribirse siempre, salvo que contravengan los dos criterios señalados.

Si esto es así ¿qué cambio ha supuesto el nuevo párrafo 2 del artículo 12 LH? Parece que las cosas estaban prácticamente igual que antes de su modificación. Sin embargo, posteriormente van a cambiar, y conviene que hagamos un repaso a los pronunciamientos registrales del Alto Centro Directivo en estos años posteriores a la aprobación de la Ley 41/2007, para tratar de aclarar cuál /es son los criterios que ha de seguir un registrador a la hora de calificar o no las cláusulas financieras.

II. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

Para tratar de arrojar algo de luz en este asunto, debemos analizar y describir los distintos pronunciamientos de la Dirección General en estos últimos años transcurridos desde la aprobación de la Ley de Reforma de Mercado Hipotecario de 2007 hasta la actualidad. Han transcurrido casi 10 años desde la modificación del artículo 12 LH, y debemos analizar qué ha pasado en los mismos, antes de intentar establecer unos criterios más o menos definitivos y aceptados por todos,

en aras de conseguir la seguridad jurídica deseable en la calificación registral. Seguimos en este punto las etapas establecidas por AZOFRA, BAYO y DÍAZ (2015) en su brillante artículo sobre esta cuestión⁶.

1. PRIMERA ETAPA: CALIFICACIÓN VEDADA A LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS

Recién aprobada la Ley 41/2007 de reforma del Mercado hipotecario, con la introducción del nuevo párrafo 2.º del artículo 12 LH, se produce una clara interpretación literal de dicho artículo, en el sentido de que se exige que todas aquellas cláusulas financieras —presupuesta su trascendencia real— se inscriban o hagan constar en el Registro, al menos a modo de «publicidad noticia», sin que el registrador pueda calificar dentro de las mismas, si hubiera alguna cláusula abusiva o nula, bien por contravenir una norma imperativa, bien por coincidir con la lista negra del TRLDCU, o porque fuera abusiva al vulnerar la definición general que de ellas nos da el artículo 85 TRLDCU, siempre que no estuviera inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, tal y como se desprende del artículo 84 TRLDCU⁷.

En esta primera etapa, con la aparente obligación del registrador de inscribir todo aquello que sea financiero, sin poder entrar a calificarlo, independientemente de si es nulo o no por abusivo. Se produce entonces y como dice CLAVERÍA GOSÁLVEZ (2014)⁸, al tener que aceptar tanto los notarios como los registradores su inclusión en las escrituras y Registro, «un efecto perverso sobre la seguridad jurídica ya la protección a los consumidores», pues se les obligará, continua este autor, a «incluir cláusulas objetivamente abusivas, que solo resultaran ineficaces, cuando, llegado el caso, tras ser impugnadas, sean anuladas judicialmente accediendo dicha sentencia al Registro de condiciones generales».

Resoluciones de esta etapa son las RRDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1, 7, 8, 22, 28 y 29 de febrero de 2007, 8 de febrero de 2008, 15 de marzo de 2008, 22, 24 y 27 de marzo de 2008, 5 de mayo de 2008, 16 de mayo de 2008 y 24 de julio de 2008, entre otras. En estas resoluciones se abogaba por resaltar que la calificación del registrador en el préstamo hipotecario alcanza a distinguir la trascendencia real o no de las cláusulas, debiendo inscribir aquellas, dejando fuera todas las que no tengan eficacia real, y ¿qué pasa con las de vencimiento anticipado y financieras? Entiende la DGRN que el Registrador debe transcribir las todas, sin que alcance a poder calificarlas, debiendo dejar constancia de las mismas, pero «quedando vedadas a su calificación».

Baste por todas, y confirmando lo que se acaba de exponer, la doctrina recogida en el Fundamento de Derecho Décimo de la RDGRN 21 de diciembre de 2007, repetido por las posteriores, que se concreta en los siguiente: Después de aludir a los dispuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 que ya hemos comentado, relativo a la transcripción de las cláusulas financieras y su no calificación, concluye diciendo: «La conclusión lógica de esa voluntad del Legislador es que respecto de la hipoteca, sea quien sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador solo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración (art. 12, párr. primero de la LH). Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con

efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo (RCL 1981, 900), además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo —*vid., ut supra*, resolución de 19 de abril de 2006, entre otras—, armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas —las constituidas a favor de determinadas entidades financieras—, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras».

En términos muy parecidos, o incluso más claros, encontramos las afirmaciones de la Dirección General en la resolución de 24 de julio de 2008: «el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas —las financieras o de vencimiento anticipado— se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes...», y reitera que «el ámbito de la función calificadora de los registradores de la propiedad está delimitado en el artículo 18 LH» de modo que «se limita solo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título», y por eso, cuando la ley se refiere a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, no significa la atribución al registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan solo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible». Y continúa afirmando después y a modo de conclusión en referencia al nuevo párrafo 2 del artículo 12 LH y las cláusulas financieras, que se permite su inscripción a pesar de que carecen de trascendencia real, y quedan «extramuros de la calificación», razón por la cual «respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir si en más las mismas, siempre que las de trascendencia real inmobiliaria — las enumerados en el párrafo 1.º del artículo 12 LH— hubieran sido calificadas favorablemente».

El ámbito de la función calificadora del registrador queda notablemente reducido, y perfectamente delimitado con respecto a estas cláusulas: no les alcanza.

2. GIRO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: POSIBILIDAD DE CALIFICAR CLÁUSULAS FINANCIERAS

Fue con la RDGRN de 1 de octubre de 2010, cuando el Centro Directivo inicia el cambio en su doctrina respecto a la posible calificación por el registrador de las cláusulas abusivas financieras en el préstamo hipotecario.

Partiendo de la doctrina anterior, y del hecho de que en principio la función calificadora se debe limitar a examinar la trascendencia real de una cláusula, sin alcanzar a las financieras, se introduce algún matiz a la misma, en el sentido dar mayor papel calificador al registrador, sobre todo cuando se trate de préstamos

hipotecarios con consumidores, pues en este ámbito tanto el notario como el registrador, deben ser capaces de tutelar la efectiva aplicación de la legislación de protección a los consumidores.

En efecto, en esta resolución se planteaba como supuesto el siguiente:

Se presenta a inscripción una escritura de hipoteca inversa de máximo que garantiza el saldo correspondiente al cierre de una cuenta corriente de crédito con un deudor hipotecario consumidor. En dicha escritura se establecen una serie de estipulaciones o cláusulas que, a juicio del registrador, no deben inscribirse, planteándose el problema de fondo del alcance de la calificación del registrador cuando se trata de la inscripción de una hipoteca, solicitando la parte interesada que se inscriba el derecho real hipoteca y se transcriban todas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado pactadas en la escritura. La Dirección General, tras admitir la doctrina anterior resultado de la Ley 41/2007, que se justifica en su propia Exposición de Motivos para facilitar o impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, y la contratación en masa, matiza esta postura y añade que el párrafo 2 del artículo 12 LH no puede interpretarse de forma aislada, sino que hay que interpretarlo junto con las leyes en defensa de consumidores y usuarios tanto españolas como europeas, que exigen una especial protección de estos consumidores (deudores hipotecarios), a la hora de determinar si una cláusula concreta es o no abusiva, y asimismo ha de tenerse en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras de vencimiento anticipado, pues se puede promover la ejecución con base en las mismas. Esta interpretación conjunta y no aislada del artículo 12.2 LH, lleva a matizar la doctrina hasta ahora existente en la DGRN, en el sentido de entender que sí cabe cierta calificación de estas cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, pues el Registrador, no solo debe transcribirlas, sino que deberá rechazar la inscripción de las cláusulas que hayan sido declaradas nulas por los tribunales, o aquellas cláusulas cuyo «carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto»; es decir, cuando sea una cláusula abusiva notoria, afectadas de «una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que expresa dicha tacha), sin que pueda entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo, solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

Otras resoluciones han seguido a esta, confirmando su tesis de calificación restringida por parte de los registradores en cuanto a las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado: RRDGRN de 11 de enero, 8 de junio, 4 de noviembre, 16 de agosto y 21 de diciembre de 2011.

Un paso más allá se da con la RDGRN de 13 de septiembre de 2013. Esta resolución corroboró la doctrina anterior, pero la amplió, pues aumentó el ámbito calificador del registrador con respecto a las cláusulas financieras. Ante la presentación de una escritura de préstamo hipotecario se planteó la cuestión de si el registrador se había extralimitado en su función calificadora al examinar una determinada cláusula financiera, pues para calificarla había entrado a valorar un concepto jurídico indeterminado como es el de «reciprocidad», sin que dicha cláusula fuera objetivamente abusiva, por no estar afecta de una «tacha apreciable objetivamente».

La cláusula en cuestión era una cláusula suelo y techo para los tipos de interés y el registrador la rechaza y no la inscribe al considerar que es abusiva por falta de reciprocidad. El Centro Directivo, después de repetir los argumentos

de la anterior resolución citada (2010), añadiendo resoluciones judiciales más recientes que corroboran la posibilidad de que los registradores califiquen las cláusulas abusivas (SAP Tarragona 2011, SSTS de 16 de diciembre de 2009, 9 de mayo de 2013, 17 de julio de 2013, SSTJUE de 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013), y aludiendo a una necesaria interpretación teleológica y sistemática del artículo 12 LH, concluye afirmando que el registrador sí puede entrar a calificar esas cláusulas financieras ya que pueden influir, por el carácter constitutivo de la hipoteca y el especial mandato del 130 LH, en la ejecución hipotecaria; incluso en este caso en el que la cláusula suelo ha sido considerada como válida por nuestro Tribunal Supremo, y por tanto no está en la lista negra, pero se duda de su reciprocidad y equilibrio entre las partes. En este sentido, entiende el Centro Directivo que el registrador si está facultado para entrar a analizar si es o no abusiva y afirma lo siguiente: «En definitiva, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador».

Es decir, no parece descabellado afirmar que el Registrador puede calificar las cláusulas financieras en un contrato con consumidor; cuando estas puedan afectar a la ejecución, y a las partes, incurriendo en una posible abusividad aunque no esté dentro de las cláusulas legalmente proscritas. Esta doctrina se ha repetido a su vez en las RRDGRN de 18 de noviembre de 2013 y 5 de febrero de 2014.

En este momento, por lo tanto, los límites de la función calificadora del registrador son más amplios y alcanzan a esa cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, sin que el registrador, deba transcribirlas sin más, pues este artículo 12 LH no puede interpretarse aisladamente, ni fuera del contexto en el que se establece la cláusula y de la protección del consumidor; como afirma AZOFRA (2015)⁹, «el ámbito de la calificación pasa a quedar delimitado por la difusa expresión de “los límites inherentes a la actividad registral”».

En este sentido, la STS de 17 de julio de 2013 confirma este nuevo rumbo de la Dirección General y amplía el ámbito de la función calificadora de los registradores, entendiendo que es posible que entren a valorar sobre la validez de las cláusulas financieras. El Alto Tribunal alude sobre todo a la necesidad de hacer una interpretación del artículo 12 LH conforme a su contexto (art. 3.1 del Código Civil), y al canon hermenéutico de la totalidad, lo que conduce a realizar una interpretación sistemática, a pesar de su claridad aisladamente considerado. Por eso, no se puede olvidar que ese artículo no es el único que regula esta materia, y hay que ponerlo en relación con la legislación relativa a la protección de los consumidores, y sobre todo a la Ley 2/2009 de 31 de marzo que regula la contratación con los consumidores de préstamos hipotecarios y de servicios de intermediación. El artículo 18 Ley 2/2009 establece que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras de préstamo o crédito con garantía

hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y propiamente los requisitos establecidos en la propia Ley¹⁰. Asimismo, debe ponerse en relación con los artículos 552 y 695 LEC en cuanto al tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución.

Con todo ello, y en general atendiendo a la legislación europea de protección de consumidores que no puede olvidarse, concluye el Tribunal Supremo, que el registrador sí debe poder calificar esas cláusulas financieras si son contrarias al ley o no son válidas, tal y como ya ha venido admitiendo la DGRN en las últimas resoluciones.

Se confirma el cambio de criterio del Centro Directivo, y se amplía por tanto los límites función calificador de los registradores con base en una interpretación sistemática, y, cierto «miedo» a generar desprotección en los consumidores, siempre en una posición de desigualdad e inferioridad que es la que genera esa especial protección y cuidado.

3. UN PASO MÁS: EL ÁMBITO DE CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES ALCANZA A LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS INCLUSO CUANDO EL DEUDOR HIPOTECARIO NO ES CONSUMIDOR

El nuevo ámbito calificador respecto de las cláusulas financieras se ha corroborado con posterioridad, entre otras, en las RRDGRN 3 y 24 de octubre de 2014. Sin embargo, se ha dado, a mi juicio, un paso más, pues en ellas y como ahora veremos, se permite la calificación de las cláusulas financieras, y no su mera transcripción como dice el artículo 12 LH, incluso cuando el deudor hipotecario no es un consumidor. Si el deudor no es consumidor, no hay inferioridad respecto a la entidad financiera, y en consecuencia, el mismo no debe beneficiarse de la especial protección que otorga la legislación de consumidores.

Si esto es así, el artículo 12 LH no debería interpretarse de forma sistemática en relación con la legislación protectora del consumidor, si no que debería interpretarse de forma aislada y literal, llevando a la conclusión de que las cláusulas financieras en un contrato de préstamo o crédito garantizado con hipoteca, cuando el deudor no es consumidor, no pueden calificarse, sino que deben transcribirse para facilitar la publicidad y el tráfico hipotecario. Estas resoluciones, sin embargo, dando un paso más allá en la calificación de los registradores y en la interpretación del artículo 12 LH también lo permiten¹¹. ¿Es igualmente aplicable esta doctrina a este tipo de contratos? A esto nos da respuesta las últimas resoluciones de 2014.

En la RDGRN de 24 de octubre de 2014, que repite la de 3 de octubre de 2014, se resuelve sobre la inscripción de la escritura de una hipoteca flotante que garantiza un préstamo sindicado, para la refinanciación de la sociedad COPCISA, de un elevado importe, siendo acreedores una pluralidad de entidades financieras y el deudor la sociedad COPCISA SLU, como financiada y un conjunto de sociedades filiales de la misma como fiadores reales. Al presentarse la escritura a inscripción, el registrador, entre otros defectos, rechaza la inscripción de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado. Hay que señalar que se trata de un negocio complejo, cuyas cláusulas y condiciones han sido negociados individualmente, de forma que no puede calificarse como un contrato de adhesión, de la contratación en masa, ni puede calificarse al deudor como un consumidor. Si esto es así, en principio parece que no puede aplicarse al mismo la legislación de protección de consumidores decayendo los argumentos utilizados hasta ahora por la Dirección General para permitir la calificación del registrador, puesto

que el elemento sistemático en la interpretación del artículo 12 LH no debería conducirnos a interpretarlo a la luz de lo dispuesto ni en la Ley 2/2009, ni en la legislación europea sobre protección consumidores.

No obstante, la Dirección General, concluye que el registrador también puede entrar en la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado de este préstamo hipotecario, a pesar de no tratarse de un préstamo con consumidor, ni de un contrato de adhesión, argumentos que sostenían hasta ahora la ampliación del ámbito calificador.

III. LOS LÍMITES DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS CLÁUSULAS FINANCIERAS: ANÁLISIS Y CRÍTICA

La nueva tesis jurisprudencial iniciada tímidamente en 2010, confirmada y ampliada en 2013, ha adquirido firmeza en las siguientes resoluciones de la Dirección General, y podemos decir que es la doctrina que hoy se mantiene por el Centro Directivo y por tanto, es posible que el registrador pueda calificar las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado cuando sean nulas por contradecir una disposición, cuando sean objetivamente abusivas o hayan sido así declaradas por los Tribunales y además cuando su carácter abusivo pueda deducirse por contravenir alguno de los criterios genéricos establecidos en los artículos 85-91TRLDCU.

Pero, como acabamos de decir, en la última resolución analizada, se amplía el ámbito calificador también a los contratos que no se celebran con un consumidor, donde en puridad, no puede haber cláusulas abusivas. La Dirección General analiza en la RDGRN de 24 de octubre de 2014 cuáles son los límites de dicha calificación, y los motivos para ampliar todavía más la calificación a los contratos celebrados con un no-consumidor

Las razones que argumenta para ello son:

1. Hace un repaso a la doctrina anterior, y considera que debe hacerse una interpretación sistemática del artículo 12 LH.

2. Rechaza que la calificación que hace el registrador de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado (calificación negativa) exceda de los límites establecidos en la doctrina fijada en las resoluciones anteriores; a saber: que la cláusula hubiera sido declarada nula por los tribunales, o que la cláusula abusiva estuviera en la «lista negra» (tacha objetiva de abusividad), o que se pudiera deducir su abusividad por el registrador, siempre en aras de protección al consumidor, aplicando la normativa específica para su protección, sin aplicar conceptos jurídicos indeterminados.

3. Pues bien, el Centro Directivo considera que no se han superado esos límites en este caso, ya que:

- a) En la calificación debatida el registrador aplica preceptos de derecho positivo y principios generales del derecho concretos y bien definidos y no conceptos jurídicos indeterminados.
- b) Porque la calificación que hace el registrador de esas cláusulas no se basa en su carácter abusivo, que es el ámbito en el que el Centro Directivo basa sus limitaciones,
- c) Porque no debe olvidarse que en buena parte los principios del derecho de consumo se superponen y coinciden en su esencia con los criterios inspiradores y normas comunes del derecho civil e hipotecario. El derecho

de consumo no constituye una disciplina autónoma si no que se integra en la propia legislación civil o mercantil.

- d) Las limitaciones están sujetas a su vez al límite impuesto por su propia finalidad, esto es, favorecer la uniformidad de los contratos en masa, condición que no se da en el presente contrato de sindicación de créditos y constitución de hipoteca, no debiendo, por tanto aplicarse a este supuesto.

4. Con todo ello, concluye aludiendo a la RDGRN de 8 de junio de 2011, y aplicando su doctrina de que el registrador puede entrar a calificar las cláusulas de vencimiento anticipado, sin que se cuestione su competencia para ello, máxime cuando las cláusulas de vencimiento anticipado tienen transcendencia real como así se ha admitido por la doctrina y jurisprudencia.

Es decir, el registrador también puede entrar a calificar las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras cuando considere, al hilo de una interpretación sistemática, que las mismas son contrarias a la legislación civil, mercantil o hipotecaria, en la que se incluye —claro está— el derecho de consumo, sin que se estén superando los límites establecidos al ámbito calificador por las anteriores resoluciones, y más aún si esas cláusulas de vencimiento anticipado pueden suponer un supuesto de incumplimiento esencial del contrato, en este caso, el registrador deber entrar a analizarlas.

AZOFRA (2015)¹² ha criticado abiertamente esta resolución, por entender que, ahora sí, se han ampliado —y en contra de lo que establece la LH en su artículo 12 y de la finalidad que dicho artículo tuvo, plasmada en la Exposición de Motivos—, las funciones calificadoras del registrador con respecto a esas cláusulas. Considera que esta doctrina, confirmada en esta resolución de 2014, no tiene sentido cuando se trate de un contrato en el que no hay un consumidor. Afirma que «lo que no parece razonable es que la DGRN entre a valorar el supuesto de hecho de la resolución con las herramientas propias de la materia de consumidores y usuarios (básicamente el concepto de abusividad) cuando nos encontramos en otro ámbito negocial muy distinto». Y continua diciendo que no es posible que el argumentario principal que había servido para admitir la función calificadora de los registradores en las cláusulas financieras, no puede ser utilizado para el caso de COPCISA que no es un consumidor, ni se trata de un préstamo de contratación en masa, no entiende cómo la Dirección General resuelve este caso basándose en una construcción doctrinal que sea poya en un contexto diferente, salvo que invoque la misma para «suplir una contumaz carencia de argumentos».

Comparto con Azofra su perplejidad al analizar la resolución de 24 de octubre de 2014, puesto que al no tratarse de un contrato con un consumidor y no darse ese desequilibrio de prestaciones y posiciones, típico de la contratación en masa, no es necesario ni puede aplicarse al mismo la legislación de protección de consumidores, con la posibilidad de analizar la abusividad de una cláusula. Creo que, en este caso, la doctrina de esta resolución es alambicada y rebuscada, pretende una finalidad (ampliar la calificación), sin pararse a pensar que todos los argumentos que ha dado para ello hasta entonces no casan con el supuesto de hecho. Si no es consumidor, no debemos protegerle, no debemos acudir la legislación de consumidores ni, en consecuencia, puede existir una cláusula abusiva que deba calificar por nula el registrador. Debería aplicarse la literalidad del artículo 12 LH, y transcribir las cláusulas financieras o de vencimiento anticipado.

Pero, además, AZOFRA tampoco considera aceptable que el registrador pueda calificar las cláusulas financieras en un contrato con un deudor hipotecario consumidor, ya que debido a los últimos cambios legislativos derivados de las exigencias europeas¹³ —y de la Directiva 93/13/CEE— de protección a los consumidores en España, ya no es necesario esa calificación del registrador, esa «sobre protección» puesto que ahora ya se puede alegar en el procedimiento ejecutivo la existencia de una cláusula abusiva en el contrato. Luego, la función del registrador que encontraba su fundamento en esa protección al más débil, que de otra forma no podía hacer casi nada ante la existencia de una cláusula abusiva, hoy ya no tiene sentido. Aboga AZOFRA por volver a la interpretación literal del artículo 12 LH, e impedir la calificación de dichas cláusulas, limitándose el registrador a transcribirlas, incluso cuando sea un contrato con consumidor.

Sin embargo, no comparto esta última argumentación. Si nos encontramos ante un contrato de préstamo hipotecario realizado entre un deudor consumidor y una entidad financiera, creo que la argumentación que hace la Dirección General es adecuada. No podemos desproteger al consumidor, y si las normas nos dan herramientas para que se le proteja, debe hacerse. Considero que el Registrador debe tener ese control *ex ante*, antes de que llegue a ejecución, pues el perjuicio será mucho menor, tanto para el consumidor, como para la economía procesal, pues se evitará el tener que suspender el procedimiento ante la alegación como causa de oposición de la existencia de una cláusula abusiva. Es más, puede ocurrir que, según el contenido de dicha cláusulas, que si la cláusula no se hubiera inscrito por abusiva, a lo mejor tampoco se hubiera llegado ni siquiera a ejecución, en virtud del propio 130 LH, por ejemplo si era una cláusula de vencimiento anticipado.

De este modo, y como ya he defendido en otras ocasiones¹⁴, me parece no solo bueno y razonable, si no aconsejable, el control que hacen los registradores de la propiedad. Creo que cabe, que hay argumentos legales para mantenerlo, y que reforzaría el sistema de protección de dichos consumidores. Ahora bien, no estaría de más, que se dijera así abiertamente, aunque esto suponga una modificación legislativa.

IV. INTENTO CLARIFICADOR POR PARTE DE LA DIRECCIÓN GENERAL. LOS CRITERIOS QUE ESTABLECEN LOS LÍMITES A LA CALIFICACIÓN DE CLÁUSULAS FINANCIERAS

Conviene abordar, por último, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales de la Dirección General en este año. Hay que decir que el Centro Directivo, suponemos que consciente o al menos no satisfecho del todo con los argumentos de la RDGRN de marzo de 2014, trata de hacer una exposición clara de cuando se debe aplicar la legislación de consumidores y cuando no, y a continuación, fija o enumera los criterios que deben quedar claro a la hora de establecer los límites de la calificación de las cláusulas financieras.

La RDGRN de 28 de abril de 2015 contempla también, como lo hizo la resolución de 2014, el supuesto de la inscripción de un préstamo hipotecario otorgado a un no consumidor, en el que el registrador entra a calificar y rechaza la inscripción de unas cláusulas de vencimiento anticipado, basándose en la jurisprudencia anterior. Recurrida la calificación del registrador, la DGRN analiza el alcance de la calificación registral en materia de hipotecas.

En primer lugar, determina cuál es el ámbito de aplicación de las normas de protección de deudores en los contratos de préstamo hipotecario, es decir, cuándo el deudor se entiende que es consumidor. Determinado ese ámbito, podremos aplicar a ellos la normativa de protección de consumidores, y en consecuencia el alcance —más amplio— de la calificación registral. Sin embargo, una vez analizado esto, concluye que el supuesto de hecho que se analiza no es un contrato con consumidor, pero que también en ese supuesto debe producirse la calificación.

De este modo, establece como criterios generales para la calificación de las cláusulas de un crédito o préstamo hipotecario las siguientes:

1.º Es conveniente precisar cuál es, por disposición legal, el contenido inscribible de las escrituras de préstamo hipotecario, ya que el mismo determina un distinto régimen de las estipulaciones de las escrituras de préstamo hipotecario. Este contenido viene recogido en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria que dispone que «en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración».

2.º A continuación, afirma que «debe señalarse que ni toda infracción legal permite considerar la cláusula transgresora como abusiva, ni la legislación de defensa de los consumidores y usuarios constituye el único canon normativo cuya infracción determina su exclusión de la publicidad registral, de acuerdo con el principio general de legalidad que rige en nuestro ordenamiento constitucional (*vid.*, art. 9 de la Constitución [RCL 1978, 2836]) y registral (*vid.*, art. 18 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886])». Por lo tanto, puede calificarse con base en otra legislación que no sea la de protección al consumidor.

3.º Establece los criterios de no inscripción:

- a) Con carácter general en todo tipo de hipotecas, hay que negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al registro de la propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción.
- b) Igualmente se podrán rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean estas de carácter específico (por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil (*LEG* 1889, 27) o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal [RCL 2003, 1748]), o referenciadas a los principios generales de la contratación (por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el art. 1256 del Código Civil o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el art. 1129.3 del Código Civil, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma).
- c) También podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera.

4.º Por último, y ahora sí, solo para aquellos contratos hipotecarios realizados con consumidores, establece lo siguiente: «Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores,

adicionalmente se podrá rechazar la inscripción de las cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7856)».

Se agradece el esfuerzo clarificador del a Dirección General, tratando de establecer unos criterios comunes y generales que pongan fin al sinfín de discusiones jurídicas en torno a la calificación de las cláusulas financieras. También me parece correcto que diferencie entre los contratos realizados con consumidores donde comparto la tesis de la DGRN (el registrador puede calificar) sometidos a un mayor control para proteger al deudor hipotecario, de aquellos otros en los que no se contrata con un consumidor, excluyendo la aplicación a estos de las normas de protección a los consumidores, y corrigiendo por tanto la «desafortunada» aplicación que hizo de estas normas a un supuesto negocial distinto, como ocurrió en la RDGRN 24 de octubre de 2014.

Sin embargo, critico que, con respecto de estos últimos, siga encontrando argumentos en el principio de legalidad registral, que faciliten la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, impulsando el que queden fuera del registro. No veo razones suficientes para mantener esta postura.

No obstante, entiendo que con lo expresado en esta resolución, que confirman las posteriores de 25 y 29 de septiembre de 2015 (aunque para consumidores) y las de 9 y 21 de octubre y 10 de noviembre de 2015, se ve más «luz al final del túnel», y parece querer volverse a los criterios generales de inscribibilidad: contravención de disposición imperativa (eso sí, cualquiera que sea), carencia de transcendencia real y, para contratos consumidores: nulidad por abusividad así declarada u objetivamente considerada. ¿Hemos vuelto al inicio?

V. CONCLUSIONES

I. El ámbito de la calificación registral en torno a las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, tras la reforma del artículo 12 LH, por la Ley 41/2007 sigue siendo discutido.

II. La DGRN ha variado su parecer a lo largo de las distintas etapas: a) En una primera fase considera vedada la calificación del registrador a esas cláusulas. Por lo tanto, el ámbito calificador es muy restringido: no existe. b) En una segunda fase, se amplía el ámbito de la calificación, y permite calificarlas y rechazarlas cuando sean cláusulas abusivas así declaradas por los Tribunales, o sean una de las cláusulas como tal consideradas en la lista negra, con «tacha objetiva de abusividad». c) Después, se vuelve a ampliar esa calificación, permitiendo rechazar también aquellas que, aunque no estén en la lista negra, puedan ser consideradas como abusivas de forma objetiva, e incluso cuando así lo con-

sidere el registrador «dentro de los límites inherentes a la actividad registral... en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador». Es decir, puerta abierta a una calificación de las posibles cláusulas abusivas por infringir conceptos o principios indeterminados.

III. Ese progresivo aumento del ámbito calificador o de los límites de la calificación registral se hace, aludiendo a una interpretación sistemática del artículo 12 LH, en aras de una mayor protección al deudor hipotecario consumidor, pues así lo aconseja tanto la legislación como la jurisprudencia europea de protección a los consumidores; pues estos deben quedar protegidos en los contratos en masa ante las cláusulas predisuestas que sean abusivas.

IV. Pero, sorprendentemente, la DGRN también amplía el ámbito calificador del registrador, permitiéndole calificar las cláusulas financieras o de vencimiento anticipado en contratos de crédito garantizado con hipoteca, concertados con un no consumidor, en contratos de negociación, altamente especializados. Según estas resoluciones, el registrador también puede entrar a calificar las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras, cuando considere, al hilo de una interpretación sistemática, que las mismas son contrarias a la legislación civil, mercantil o hipotecaria, en la que se incluye —claro está— el derecho de consumo, El Centro Directivo aplica el mismo razonamiento —protección consumidores—, en un contrato de ámbito distinto —negociación—.

V. De este modo, entendemos que el registrador puede calificar las cláusulas financieras en un contrato con un consumidor, para conseguir su mayor protección, y todavía lo mantenemos, pues se trata de un mecanismo de seguridad jurídica *ex ante*, que evitaría —caso de detectar y rechazar el registrador la cláusula abusiva— la suspensión del procedimiento ejecutivo, al evitar tener que alegar el consumidor como oposición al mismo, la existencia de una cláusula abusiva.

VI. Sin embargo, creemos que ese ámbito ampliado de calificación no procede cuando se trate de contratos hipotecarios con un no consumidor. Al no tratarse de un contrato con un consumidor y no darse ese desequilibrio de prestaciones y posiciones típico de la contratación en masa, no es necesario ni puede aplicarse al mismo la legislación de protección de consumidores, con la posibilidad de analizar la abusividad de una cláusula. Por eso, y siguiendo los argumentos de la Dirección General —que compartimos para los contratos con consumidores—, el ámbito calificador de las cláusulas financieras en los contratos negociados debe reducirse a apreciar la nulidad objetiva, contravención de una norma imperativa o su carencia de transcendia real, debiendo transcribirlas en los demás casos.

VI. RESOLUCIONES CITADAS

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

- 19 de abril de 2006
- 1, 7, 8, 22, 28 y 29 de febrero de 2007
- 15 de marzo de 2007
- 21 de diciembre de 2007
- 8 de febrero de 2008
- 15 de marzo de 2008
- 22, 24 y 27 de marzo de 2008
- 5 de mayo de 2008

- 16 de mayo de 2008
- 24 de julio de 2008
- 1 de octubre de 2010
- 11 de enero de 2011
- 8 de junio de 2011
- 16 de agosto de 2011
- 4 de noviembre de 2011
- 21 de diciembre de 2011
- 13 de septiembre de 2013
- 18 de noviembre de 2013
- 5 de febrero de 2014
- 3 y 24 de octubre de 2014
- 28 de abril de 2015
- 25 de septiembre de 2015
- 29 de septiembre de 2015

TRIBUNAL SUPREMO:

- 16 de diciembre de 2009
- 9 de mayo de 2013
- 17 de julio de 2013

TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA:

- 14 de junio de 2012
- 14 de marzo de 2013

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP, Tarragona, 2011

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C. (2015). Cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras y Registro de la propiedad. Consideraciones sobre la RDGR de 24 de octubre de 2014. *Diario La Ley*, núm. 8622, 1-34.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2-2014, 1-10.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La inscripción de las cláusulas de préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre sobre Modernización del Mercado Hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, 1370-1375.
- (2015). Seguridad jurídica *ex ante* y *ex post* en las hipotecas: control y eficacia de las cláusulas abusivas. En: *Mercado Hipotecario y Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresario*. Pamplona: Thomson Aranzadi (en prensa).

NOTAS

¹ Véase GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La inscripción de las cláusulas de préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre sobre Modernización del Mercado Hipotecario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, pp. 1370-1375, sobre la inscribibilidad de las cláusulas del préstamo hipotecario en esta misma Revista.

² Artículo 12 LH. «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

³ Entre otras muchas, véase RDGRN de 19 de abril de 2006, «la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador». De igual forma, la RDGRN de 15 de marzo de 2007, recogiendo lo establecido en esta resolución citada, y ante la inscripción de unas determinadas cláusulas financieras de una hipoteca, confirma esta idea señalando que «por imperativo del artículo 18 LH el registrador solo podía calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter financiero y quedan vedadas a su calificación».

⁴ Véase en este sentido RRDGRN de 19 de abril de 2006 y 15 de marzo de 2008.

⁵ En este sentido: RDRGN de 10 de abril de 2000, declara que no se pueden inscribir por ser contrarios a una norma imperativa, los pactos en los que se pretendía inscribir el pacto de sumisión a un Tribunal distinto del lugar donde radique el inmueble, o los pactos que establezcan un número distinto de subastas en la ejecución hipotecaria, o que contradigan la normativa del Banco de España o del Ministerio de Economía. En cuanto a la no inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas, la RDGRN de 19 de abril de 2006, confirmaba esta idea al decir que «el registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad...».

⁶ AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C. (2015). Cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras y Registro de la propiedad. Consideraciones sobre la RDGRN de 24 de octubre de 2014. *Diario La Ley*, núm. 8622, pp. 1-34.

⁷ Artículo 84 TRLDGCU: «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación».

⁸ CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H., (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 2-2014, p. 7, pp. 1-10.

⁹ AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C. (2015), p. 11.

¹⁰ No puede olvidarse que muchas veces esas cláusulas financieras son abusivas en los contratos en masa con consumidores, y nulas por vulnerar la legislación de protección a los mismos.

¹¹ Estas resoluciones tienen su precedente en la RDGRN de 8 de junio de 2011 que recogía el supuesto de la inscripción de una escritura de hipoteca flotante que garantizara

el acuerdo de refinanciación y operación de reestructuración global de la deuda de «Reyal Urbis, SA» con el objetivo de permitir su viabilidad a corto y medio plazo. Este acuerdo se firmó por 46 acreedores, y con un importe 3.400.874.276, 23 euros. Todo ello pone de relieve que no nos encontramos ante un préstamo o crédito contratado con un consumidor que deba resultar especialmente protegido. Esta resolución asumió la doctrina de la posibilidad de calificar el registrador aquellas cláusulas financieras que puedan resultar objetivamente abusivas.

¹² AZOFRA VEGAS, F., BAYO SEVILLA, S., y DÍAZ BAULUZ, C. (2015), p. 13.

¹³ La Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que cambió los artículos 552, 557 y 695 LEC, permitiendo alegar como causa de oposición en el ejecutivo hipotecario la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario.

¹⁴ Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2015): «Una buena definición de las cláusulas abusivas y un control efectivo de las mismas, primero, impediría tener que llegar a alegarlas como causa de oposición en el ejecutivo después; pues, en teoría, al detectarlas tendrían que desaparecer del contrato, o incluso declararse todo el contrato nulo; pero, si no fuera así, facilitaría mucho la apreciación de la misma, cuando se incluyan como nueva causa de oposición a la ejecución, tal y como sugiere el TJUE». Seguridad jurídica *ex ante* y *ex post* en las hipotecas: control y eficacia de las cláusulas abusivas. En: *Mercado Hipotecario y Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresario*. Pamplona: Thomson Aranzadi, (en prensa).

1.4. Sucesiones

Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica

The international succession in Spain and its treatment in the most recent doctrine of the DGRN: A critical examination

por

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

*Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Máster EEES Derecho de Familia y Sucesiones UNED*

RESUMEN: En el presente trabajo se analizan, desde una perspectiva crítica, ciertas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del año 2015 y que abordan aspectos relativos al Derecho internacional privado, especialmente en materia de sucesiones *mortis causa* de extranjeros con inmuebles en España.

ABSTRACT: *This paper analyzes, on critical perspective, some rulings issued by DGRN in that study materie of Internacional Private Law, especially testamentary inheritance mortis causa of persons the other States with real state in Spain.*

PALABRAS CLAVE: Sucesión internacional. Ley personal del causante. Certificado sucesorio europeo.

KEY WORDS: *International succession. Applicable Law. European Certificate of Succession.*

SUMARIO: I. EL TRATAMIENTO DE LAS SUCESIONES DE LOS EXTRANJEROS CON INTERESES INMOBILIARIOS EN ESPAÑA: UNA APROXIMACIÓN A LAS ÚLTIMAS RRDGRN.—II. SUCESIONES CON ELEMENTO EXTRANJERO Y PRUEBA DEL DERECHO APLICABLE.—III. EL REENVÍO Y LA RUPTURA DE LA UNIDAD DE LA HERENCIA.—IV. LAS FORMALIDADES NECESARIAS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN SUCESORIA EXTRANJERA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. LA CUESTIÓN DEL CERTIFICADO SUCESORIO ALEMÁN; 2. LOS CERTIFICADOS DE ÚLTIMAS VOLUNTADES EXTRANJEROS.—V. LA IRRETROACTIVIDAD DEL REGLAMENTO 650/2012.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL TRATAMIENTO DE LAS SUCESIONES DE LOS EXTRANJEROS CON INTERESES INMOBILIARIOS EN ESPAÑA: UNA APROXIMACIÓN A LAS ÚLTIMAS RRDGRN

Entre julio y octubre de 2015 la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha emitido hasta cinco resoluciones que afectan, profundamente, a las sucesiones de los extranjeros con intereses inmobiliarios en España. En particular, me refiero a las de los días 1, 20 y 29 del mes de julio y 13 y 28 de octubre, publicadas, respectivamente, en el BOE de 12 de agosto, 24 y 30 de septiembre y 5 y 23 de noviembre.

Sabido es que la sucesión de los extranjeros con intereses en España, no es cuestión baladí toda vez que resulta ser una fuente fundamental de ingresos para el país, en especial en estos tiempos donde el panorama del sector inmobiliario es de notable reducción de sus actividades. Por todo ello, el presente trabajo pretende ser, antes que un estudio doctrinal sopesado y profuso sobre las diferentes particularidades materiales de su dicción literal, una llamada técnica de atención a determinados planteamientos realizados por la Dirección General. De modo que será una humilde revisión crítica, incluido el planteamiento de otras soluciones potenciales.

Habitualmente, las sucesiones de los extranjeros con activos inmobiliarios en España resultan de especial complejidad, no solo en las cuestiones jurídicas de fondo, sino en determinados aspectos *burocráticos* que pueden, en supuestos específicos, dar al traste con lo planificado por el causante, o, cuando menos, dilatar sin mayores resultados el proceso. Y es que, a veces, roza lo imposible la inscripción de documentos públicos extranjeros en el Registro de la propiedad, toda vez que hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2012¹, incluso los de origen de los países integrados en la Unión Europea, podían ser, y lo eran, rechazados como títulos inscribibles.

Tan es así, que es uso habitual de los despachos de abogados, recomendar al cliente que redacte un documento de últimas voluntades donde legue los bienes en España a quien estime oportuno, con mención expresa a que los eventuales derechos legitimarios se satisfarán mediante un testamento genérico otorgado en su país de residencia. Apréciase, que lo recién descrito, supone una práctica compleja y peligrosa, pues si ambos documentos no están bien coordinados entre sí, podemos acabar en una sucesión intestada, en virtud de que testamento posterior perfecto anula al anterior.

Pese a la incongruencia e inobservancia de la voluntad del testador, lo cierto es que la última solución es la utilizada en la práctica, toda vez, *v. gr.*, inscribir los documentos judiciales derivados de un procedimiento de *Probate* roza lo imposible, y de las sucesiones articuladas mediante un *trust* cabe afirmar que resultan una auténtica utopía, pues al problema registral uniremos el tributario.

De las múltiples cuestiones tratadas en las resoluciones citadas *ut supra* me centraré en las más íntimamente relacionadas con el Derecho internacional privado. Por tanto, serán las enumeradas a renglón seguido:

1. La prueba del Derecho extranjero.
2. El reenvío.
3. Las formalidades necesarias para la inscripción de la documentación sucesoria extranjera en el Registro de la propiedad.
4. Irretroactividad del Reglamento 650/2012.

II. SUCESIONES CON ELEMENTO EXTRANJERO Y PRUEBA DEL DERECHO APLICABLE

Como decía, las resoluciones abordan varios aspectos, por lo que he elegido la exposición temática, más clarificadora que un tratamiento meramente cronológico o temporal.

La primera de las cuestiones que vamos a tratar es la de la prueba del Derecho extranjero en los procedimientos extrajudiciales, abordada en la casi totalidad de las resoluciones citadas.

Así, por ejemplo, siguiendo la RDGRN, de 20 de julio de 2015, cabe afirmar que sus presupuestos básicos y criterios fundamentales son:

1. La norma a tener en cuenta no es el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil², sino el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, que actúa con carácter preferente como *lex specialis*.

«Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

El registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente».

Esto supone que el notario —tanto por esta mención como por la facultad concedida por el artículo 168 del Reglamento notarial— o registrador podrán, bajo su responsabilidad, aseverar que conocen el Derecho extranjero aplicable al supuesto de hecho, no siendo necesaria entonces ulterior prueba.

En cuanto al resto de medios probatorios, no puede considerarse que estamos ante *numerus clausus*, de modo tal que cabrían otros (CALVO y CARRASCOSA, 2014-I-550).

2. No basta con la prueba de la existencia de la Ley, sino de su vigencia, por aplicación supletoria del 281.2 LEC; y yo creo que no tanto por aplicación supletoria, sino por los dictados del propio sentido común. En suma, una ley no vigente nunca puede ser la ley reguladora de una situación jurídica, aunque nunca resulte inútil aclarar este extremo.

3. La indagación del Derecho extranjero «no constituye una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de ordenamiento extranjero, sino una mera facultad», tal y como dice la resolución, y a diferencia de la obligación que, en principio, recae sobre los Tribunales.

Para autores como RIPOLL SOLER (2015), se trata de una acertada mención; a mi juicio puede tener justificación en tanto nos encontramos ante supuestos de jurisdicción voluntaria, susceptible de ulterior control judicial, en los que no cabe exigir de la autoridad interviniente el rigor que cabría para una resolución en un procedimiento contencioso, con efectos de cosa juzgada.

4. Nada dice la resolución respecto al alcance y definición de la noción de «Derecho extranjero», cuestión que, por ejemplo plantea el artículo 34 *De la*

información jurídica, de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: «La información del Derecho extranjero podrá referirse, al texto, vigencia y contenido de la legislación, a su sentido y alcance, a la jurisprudencia, al marco procedimental y de la organización judicial, y a cualquier otra información jurídica relevante».

Y si bien esta mención debe entenderse implícita, pues a estas alturas de la evolución del Derecho no parece razonable considerar que únicamente lo es el Derecho positivo, siempre es bien recibido que quede claro. Por tanto, este precepto, sin duda, ratifica el anterior planteamiento, siendo necesario un conocimiento global ordenamiento integrado, su aplicación y eficacia, entre otros puntos con jurisprudencia y doctrina existentes, muy especialmente si se trata de un país de *common law*.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la entrada en vigor de los artículos 33 y concordantes de la Ley 29/2015, de 30 de julio, recién mencionada, cuyo artículo 33 *De la prueba de Derecho extranjero* declara:

«1. La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás disposiciones aplicables en la materia.

2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.

4. Ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles».

En relación con el Derecho extranjero, la RDGRN, de 13 de octubre de 2015 nos recuerda que es ley general y, por tanto, subsidiaria de lo establecido en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario. En definitiva, seguirá siendo de aplicación lo dicho anteriormente.

Finalmente, esta RDGRN apela a que asimismo, notarios y registradores, podrán acudir al régimen común de solicitudes de auxilio internacional para la información del Derecho extranjero —artículos 34 a 36 de la Ley— para el ejercicio de sus funciones.

En mi opinión, la doctrina del Centro Directivo en esta cuestión es positiva, pues facilita el tráfico jurídico. Es de subrayar que la Dirección General ratifica la declaración de notarios o/y registradores acerca del conocimiento del Derecho extranjero sobre un determinado supuesto, con la agilidad que supone y apoyo a la agilidad del tráfico jurídico que conlleva. Obviamente ambos operadores habrán de ser extremadamente cuidadosos con sus apreciaciones, pues una incorrecta aplicación del Derecho extranjero podría derivarse responsabilidad en el ejercicio de sus funciones.

III. EL REENVÍO Y LA RUPTURA DE LA UNIDAD DE LA HERENCIA

La RDGRN, de 30 de septiembre de 2015, se ocupa del complejo asunto del reenvío; en supuesto ventilado, el Derecho belga —ley nacional del causante— prevé la aplicación de la *lex rei sitae* a los inmuebles ubicados en otros Estados.

Finalmente, el Centro Directivo concluye —apegado a la doctrina tradicional— la inaplicación del reenvío en tanto suponga la ruptura de la unidad de la herencia.

Como ya tuve ocasión de afirmar, en IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2014), no me corresponde a mi tratar sobre esta institución del reenvío, toda vez que se han escrito sobre este multitud de trabajos, habiendo sido objeto de estudio por la mayor parte de los principales internacionalistas. Entre la mejor doctrina cabe destacar IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1989 y 2009), CASTELLANOS RUIZ (2003), y CALVO y CARRASCOSA (1997).

Mi pretensión no es otra que la de recordar que en esta materia hay tres auténticos *leading cases*³; me refiero, obviamente, a las sentencias de 15 de noviembre de 1996⁴ —caso *Lowenthal*—, de 21 de mayo de 1999⁵ —caso *Denney*— y 23 de septiembre de 2002⁶ —caso *François Marie James W.*— en los que el Tribunal Supremo estudia la aplicación del reenvío de retorno en virtud del artículo 12.2 del Código Civil. En las dos primeras resoluciones, lo desestima, para luego apreciarlo en 2002, si bien en todas considera que no ha lugar al reenvío a la ley española en tanto suponga el fraccionamiento legal de la sucesión tal y como sostiene, por ejemplo, la sentencia *Denney*: «La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria».

En síntesis, la RDGRN citada es «canónica» en su aproximación al reenvío de retorno, descartándolo; si bien es una ocasión perdida, teniendo en cuenta que el inmueble sito en España lo estaba en Cataluña, de modo tal que habría sido cuando menos de interés concretar cuál era el ordenamiento aplicable en cuestión, si el Código Civil o el especial catalán⁷.

En este sentido, téngase en cuenta que la DRGRN reconoce que «no existe *ad intra* solución normativa a la designación de una unidad territorial determinada en los casos de reenvío desde la ley de origen». Si bien, parece descartar la aplicabilidad de la normativa catalana, por ser «una forma *propter legem* de cubrir la citada laguna»⁸.

IV. LAS FORMALIDADES NECESARIAS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN SUCESORIA EXTRANJERA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En este epígrafe me ocuparé de dos cuestiones, sin duda, formalistas pero de indudable incidencia material y práctica, por lo que no hemos de desdeñarlas.

1. LA CUESTIÓN DEL CERTIFICADO SUCESORIO ALEMÁN

Las RDGRN del 1 y 20 de julio de 2015, tratan la interesante cuestión del Certificado sucesorio alemán —*Erbschein*—; la del día 1 trata de su existencia, pero considera que no se trata de un «título imprescindible para la declaración de herederos y tanto el notario como el registrador pueden resolver quienes son los herederos de acuerdo con el Derecho sustantivo alemán».

Más interesante es la conclusión de la del 20 de julio, alcanzando, en mi opinión —compartida con RIPOLL SOLER (2015)— a un presupuesto intachable. Así, afirma: «Del derecho material alemán acreditado resulta que el certificado sucesorio es un documento público de origen judicial de cuyo contenido resulta

la cualidad para suceder así como la adecuación del título sucesorio al derecho material alemán por lo que, de conformidad con el artículo 4 de la Ley Hipotecaria y artículo 38 de su Reglamento es título inscribible con arreglo a nuestra legislación sin necesidad de aportar el título en que se funda».

Además, constata que «de conformidad con el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre Reconocimiento y Ejecución de resoluciones y Transacciones Judiciales y Documentos Públicos con Fuerza Ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 («Boletín Oficial del Estado» de 16 de febrero de 1988), dicho documento despliega eficacia en España sin necesidad de reconocimiento (arts. 4, 9 y 10) y sin necesidad de legalización (art. 16)».

De la interacción de ambas RDGRN se extrae una doble deducción:

i) el *Erbschein* no es requisito indispensable para la inscripción en un registro español de la sucesión de un ciudadano alemán —o de un causante cuya sucesión está sometida a esa Ley— pero;

ii) si existe, tiene efectos automáticos en España, no siendo necesario otro título sucesorio.

Adicionalmente, la RDGRN, del 20 de julio, alude de forma sorprendente al Reglamento 650/2012 y al artículo 14 de la Ley Hipotecaria al declarar —se antoja que a mayor argumentación material— que el certificado sucesorio ya no es una figura extraña a nuestro sistema legal.

En este sentido, la supuesta equiparación entre el *Erbschein* y el Certificado Sucesorio Europeo en absoluto está justificada pues en palabras de RIPOLL SOLER (2015), «...cuando el nuevo artículo 14 de la Ley hipotecaria se refiere al certificado sucesorio europeo como título de la sucesión a los efectos del Registro está aludiendo al nuevo instrumento consagrado en los artículos 62 y siguientes del Reglamento Europeo de Sucesiones y no a ningún otro título sucesorio con arreglo a cualquier otro Derecho extranjero, sin perjuicio de que pueda ser tenido en consideración por nuestro Derecho, pero solo al subsumirlo dentro de nuestro sistema mediante la correspondiente interpretación».

Excepción hecha de este desliz, la decisión es correcta y altamente favorable para la circulación de los documentos sucesorios dentro de la Unión Europea; a mayor abundamiento, implica e inicia una doctrina especialmente interesante. De su tenor literal se infiere que el Certificado Sucesorio Europeo es un título sucesorio que accederá al Registro de la Propiedad, sin necesidad de documentos que lo convaliden o «españolicen», a salvo obviamente del cumplimiento de las obligaciones tributarias a que se refiere el preámbulo del Reglamento.

2. LOS CERTIFICADOS DE ÚLTIMAS VOLUNTADES EXTRANJEROS

En tres de las resoluciones objeto de análisis —1 de julio, 29 de julio y 13 de octubre de 2015—, la Dirección concluye que es necesario acompañar a la documentación el certificado de últimas voluntades del país de la nacionalidad del causante para poder inscribir los documentos sucesorios en el Registro de la Propiedad; conclusión, que como ya he dicho anteriormente (IRIARTE ÁNGEL, 2015⁹) aprecio es infundada por las razones que relataré.

Así, por ejemplo, en la RDGRN, de 1 de julio de 2015 —sobre la que centraré mi exposición, con remisiones singulares a las otras dados sus similares fundamentos jurídicos— el Órgano directivo concluye que «Consecuentemente con todo lo ex-

puesto y de acuerdo con la resolución de esta Dirección General de 18 de enero de 2005 (Servicio Notarial) deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado».

Para ello había desarrollado unos fundamentos jurídicos en los que teniendo en cuenta que si bien no todos los países tienen un Registro de últimas voluntades¹⁰, y partiendo de que la sucesión se rige por la ley nacional del causante¹¹ —artículo 9.8 del Código Civil— la exigencia de este certificado es una medida oportuna y prudente siempre que sea posible. Por tanto, debemos destacar que la Dirección no basa explícitamente la necesidad del certificado alemán en el artículo 76 del Reglamento Hipotecario, sino en criterios de prudencia, y en el artículo 9.8 del Código Civil, determinante de la ley alemana como rectora de la totalidad de la sucesión; así como en la existencia, desde el 1 de enero de 2012, de una suerte de Registro de últimas voluntades en Alemania¹².

Y creo, con el debido respeto, que la RDGRN no es acertada, toda vez no parece razonable —ni, como veremos, ajustado a Derecho— instar la aportación, junto al certificado español, el de la nacionalidad del causante. Dicho esto, paso a relatar mis argumentos jurídicos:

El punto de partida, relativo a la norma de conflicto aplicable a las inscripciones registrales la tenemos en el artículo 10.1 del Código civil, conforme al cual «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen», es decir, será la ley española la reguladora sobre el Registro de la propiedad.

Sentado lo anterior, debemos acudir al artículo 76 del Reglamento Hipotecario para constatar qué documentos deben aportarse al Registro para inscribir bienes adquiridos por sucesión testada. En este punto, declara «...se harán constar las disposiciones testamentarias pertinentes, la fecha del fallecimiento del causante, tomada de la certificación respectiva, y el contenido del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad».

Por tanto, el Reglamento exige la incorporación del certificado de últimas voluntades a la documentación necesaria para inscribir la sucesión en el Registro de la Propiedad. Si bien, recientemente, ha surgido un interrogante respecto al certificado mencionado por el precepto, a pesar de que hasta el pasado verano, buena parte de los operadores jurídicos entendíamos que única y exclusivamente era el emitido por el Registro español. De hecho, así se ha actuado, pese a la RDGRN de 2005 citada, y de este modo se han ido inscribiendo las sucesiones en los Registros de la Propiedad hasta la resolución *in comento*.

Sin embargo el Centro Directivo considera que es *oportuno y prudente* exigir el certificado emitido por el órgano correspondiente alemán, al ser esta la nacionalidad del causante, cabe deducir que amparada esta petición en la presunción de que los alemanes testan en Alemania, y adoptando, implícitamente, como ¿norma de conflicto?, al artículo 9.8 del Código.

Y frente a esta aseveración, se me ocurren tres motivos de oposición:

El primero, que en un Estado de Derecho para la inscripción no debe solicitarse lo que es oportuno y prudente, sino lo que dice la norma, pues la Administración actúa «...con sometimiento pleno a la ley y el Derecho», de conformidad al artículo 103 de la Constitución.

El segundo, que el órgano directivo asume sin crítica que el funcionamiento del Registro alemán es simétrico al español, por lo que emite certificado a quien lo insta. Y a nadie se le oculta que tal afirmación no coincide con

la realidad jurídica, toda vez que según la doctrina (CABANAS TREJO, R., y BALLESTER AZPITARTE, 2015) «La operativa de este registro es estrictamente funcional, proporcionando información intracorporativa, y ello determina que no expidan certificados físicos a nombre de los interesados». Por tanto, es más que posible que nos encontremos con la contradictoria evidencia de que no pueda ser aportado certificado ni del país que tiene Registro de últimas voluntades.

Y el tercero, es que siendo tanto Alemania¹³ como España miembros del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, los alemanes con inmuebles en España no solo pueden testar en Alemania y en España, sino que para ellos son válidas, en cuanto a la forma, las disposiciones testamentarias que respondan a la ley interna:

- a) Del lugar en que se realizó la disposición;
- b) del lugar cuya nacionalidad poseyera el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento;
- c) del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento;
- d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento del fallecimiento, o
- e) respecto de los bienes inmuebles, del lugar en el que estén situados.

Las anteriores evidencias, traen consigo que el causante alemán pudiese testar válidamente¹⁴ —desde la perspectiva formal— acorde a la ley alemana y, además, de conformidad con cualquiera de las disposiciones de las otras alternativas legales; ¿por qué no pedimos certificados de todos ellos siguiendo esos criterios de prudencia que se invocan? ¿Porque es absurdo? ¿Pero, entonces, por qué solo de la nacionalidad? Está claro que las ideas de Mancini, ajenas a nuestro Derecho histórico, han calado y mucho en nuestros operadores jurídicos, pero igual es el momento de ampliar nuestras miras en tanto el apartado a) permite testar válidamente en cualquier lugar del mundo, sin más conexión con el país que la meramente geográfica; no hace falta ni ser nacional, ni tener bienes, ni vivir, solo estar en un momento dado y otorgar testamento válido.

Pero es que además, esta conclusión, generalizada pues se ha dado en varias resoluciones, es de compleja aplicación práctica. En síntesis, la resolución sostiene que habrá de aportarse el certificado extranjero si el Registro correspondiente existe, ya que si no existiese difícilmente podrá exigirse la aportación del documento —de lo que verán, tengo mis dudas si integro esta resolución con el artículo 78 del Reglamento Hipotecario—; pero es que, adicionalmente autoriza que no sea aportado el certificado del registro extranjero si, existiendo, por las circunstancias concurrentes al caso concreto no fuese posible aportarlo. Y esto último me deja, cuando menos, perplejo; ¿qué circunstancias son estas? ¿Por qué no las define? Ya empezamos con indefinición —inseguridad jurídica, aún peor, el temido riesgo de la discrecionalidad—, es decir, problemas, controversias inconclusas.

A mayor abundamiento, estimo que la resolución presenta otra inconsistencia, ya que exige también el certificado español si el causante no tiene esta nacionalidad, apartándose ahora del criterio de la nacionalidad del causante para requerir el certificado. En particular, la resolución indica que habrá de instarse

«obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española)», pero a mi juicio esta afirmación no es tan evidente, en tanto el punto de conexión que parece ser determinante para la Dirección es la nacionalidad, y esta aplica —artículo 9.8 del Código Civil— «cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentran».

De modo que, la única interpretación de la norma que imagino —y no comparto— es que entendamos que el artículo 76 del Reglamento Hipotecario se remite al certificado español en todo caso, con independencia de la nacionalidad del causante. Y ello, por ser el vigente en el territorio en que se encuentra el Registro; si el causante fuese extranjero adicionalmente se reclamará en función de la existencia de registro o no, y si lo hubiere, en tanto sea posible aportar el certificado. Si concurrieren circunstancias extraordinarias —e indeterminadas— que lo impidiesen, no resultaría imprescindible.

Es una posible interpretación, si bien me parece escasamente rigurosa y discriminatoria para las sucesiones con elemento internacional. Porque si pretendemos, en sentido estricto, investirnos de oropeles de puristas y cubrir cualesquiera posibilidades, deberíamos aportar certificado de cada uno de los países a que se refiere el artículo 1 del Convenio, que en la práctica son los todos y cada uno de los del mundo. En buena lógica, ya que nada impide que un alemán que vive en España otorgue un testamento aeronáutico —si existe en el correspondiente ordenamiento— a bordo de un avión de matrícula sueca que sobrevuela el Pacífico; declaración de últimas voluntades que desde la perspectiva formal será plenamente válido en España —y en Alemania, aunque esto carezca de transcendencia a estos efectos— si cumple los requisitos suecos.

En conclusión, sobre el requerimiento del artículo 76 del Reglamento Hipotecario a que hace mención tácita la DGRN, considero que basta con el Certificado español, no solo porque a él se refiere expresamente el precepto, que apela al Registro General de Actos de Última Voluntad, y esta es la denominación del registro español y de ningún otro, sino porque no estableciéndose nada más¹⁵, parece la única respuesta lógica.

Fíjense, si llevásemos hasta sus últimas consecuencias la doctrina de la DGRN, resultarían no inscribibles en España las sucesiones de nacionales de países que carezcan de dicho registro. Y ello, en virtud de la redacción del artículo 78 del Reglamento Hipotecario, que impide la inscripción si no se aporta el referido certificado, sin salvedad respecto a los nacionales de países que carezcan del mencionado registro, o a los supuestos extraordinarios en los que existiendo resulta materialmente imposible su aportación. Es decir, o certificado o nada, sin matices, pese a lo que dice la resolución. ¿Parece razonable lo que acabo de decir? Sin duda, no. Si bien lo cierto es que respeta escrupulosamente el tenor literal del reglamento —artículo 3.1 del Código Civil— si es cierto que se refiere a certificados distintos del español.

En mi opinión, el único razonamiento capaz de haber sustentado la exigencia del certificado alemán, sería la sucesión ordenada mediante una declaración de voluntades otorgadas en ese país, pero obviamente, alternando el rumbo del razonamiento e instando un certificado de últimas voluntades del país del que se aporta el testamento, no del de la nacionalidad, con los problemas que ello supone. Y ello porque la mayoría de los países —raros ellos— carecen de un Registro de últimas voluntades como el español¹⁶. En suma, tampoco es razonable, por lo que reitero que solo cabe exigir el Certificado español si no queremos enmarañar de una manera absurda y ayuno de sustento legal y práctico.

Adicionalmente, creo que no tenemos un conflicto del pasado en absoluto resuelto por la entrada en vigor del Reglamento 650/2012. Si se mantiene esta doctrina, será necesario, igualmente, instar el certificado de últimas voluntades alemán para el supuesto del causante de esta nacionalidad residente en España que teste de conformidad a su ley nacional y opte por ejecutar la sucesión en este mismo país¹⁷.

En conclusión, creo que la doctrina derivada de estas resoluciones es errónea, y no cabe reclamar sino el Certificado español, que es el que expresamente cita el artículo 76 del Reglamento Hipotecario por su nombre. De este modo, garantizamos la seguridad jurídica; si en algún caso marginal nos encontramos ante un fraude, la adjudicación de bienes podrá ser impugnada ante los Tribunales, e incluso cabrá instar, eventualmente responsabilidad al notario que no actuó con la diligencia debida.

Porque en la jurisdicción voluntaria —y esto es una adjudicación notarial de la herencia— se pretende una seguridad jurídica razonable y ágil para el común de los supuestos, por lo que se asume que pocas serán las controversias que desembocarán en un procedimiento judicial. Intentar la seguridad absoluta no conduce más que a la parálisis jurídica y económica.

V. LA IRRETROACTIVIDAD DEL REGLAMENTO 650/2012

La RDGRN, de 13 de octubre de 2015, expresamente establece que, habiendo fallecido el causante antes del 17 de agosto de 2015, su sucesión está regulada respecto a las cuestiones de fondo¹⁸ por la ley de su nacionalidad, en este caso francesa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.8 del Código civil.

Y esta doctrina entronca con el de otra resolución anterior, la de 13 de agosto de 2014¹⁹ en la que el Centro Directivo expresamente afirma —como no podía ser de otra manera— que el Reglamento solo es de aplicación, conforme a su artículo 83.1 para las sucesiones acaecidas a partir del 17 de agosto de 2015; y es que, en el supuesto analizado, el notario recurrente considera que la sucesión del causante se encuentra sometida a la Ley inglesa porque así lo ha establecido expresamente el causante. La Dirección, adecuadamente considera que es esa la Ley que rige la sucesión, pero no por virtud de la elección del causante a la luz del Reglamento, sino por aplicación de la norma de conflicto aplicable, el artículo 9.8 del Código Civil.

He creído conveniente plantear esta cuestión pues, si bien el artículo 83.1 del Reglamento parece claro —«Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha»— lo cierto es que se han planteado dudas prácticas sobre la cuestión; controversias resueltas acertadamente por la DGRN.

Quizás el problema deriva del segundo apartado del citado precepto —«Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si...»— que puede dar a entender una posibilidad de elección de la ley sucesoria anterior a la referida fecha.

Sin embargo, no ha lugar a duda alguna; una interpretación integrada de ambos preceptos solo puede dar lugar a una conclusión: será válida la *professio iuris* realizada antes del 17 de agosto de 2015, siempre y cuando el fallecimiento se produzca a partir de esa fecha. Esa es también la conclusión de CARRASCOSA GONZÁLEZ (2014 [1]. 45 y sigs.).

VI. CONCLUSIONES

I. Este año la Dirección General de los Registros y del Notariado ha emitido cinco resoluciones que tocan aspectos relativos al Derecho Internacional Privado, especialmente en materia de sucesiones de extranjeros con intereses inmobiliarios en España.

II. En mi opinión la doctrina que se deriva de ellas es acertada, en la mayor parte de los puntos analizados:

- a) La cuestión de la prueba del Derecho extranjero es tratada de acuerdo con su doctrina tradicional y de manera acertada.
- b) Igualmente es canónica la respuesta que da a la cuestión del reenvío, aunque no concluye sobre en relación con el reenvío de retorno al sistema plurilegislativo español.
- c) Es acertada la conclusión a la que se llega respecto del *Erbschein*; no es necesario, pero si existe es título sucesorio suficiente.

III. Por el contrario, considero incorrecta la doctrina sentada en relación con la necesidad de ajuntar a los documentos sucesorios a inscribir en el Registro de la Propiedad el certificado de últimas voluntades emitido por el país de la nacionalidad del causante, y ello por dos motivos:

- a) Por no poder extraerse esa necesidad de la letra de la norma, y
- b) Por ser de escasa relevancia a la luz de nuestra norma de conflicto la nacionalidad del causante en relación con las formalidades testamentarias que afectan a su sucesión.

IV. Finalmente, son ajustadas a Derecho las consideraciones en relación con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CABANAS TREJO, R y BALLESTER AZPITARTE, L., (2015). Vuelva usted mañana... con las últimas voluntades de su país, *Boletín Jurídico mensual* del 2 de septiembre <https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/09/02/vuelva-usted-manana-con-las-ultimas-voluntades-de-su-pais/>
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2014). *Derecho internacional privado*. 2 volúmenes. Granada, 15.ª ed., vol. I, pp. 549 a 552.
- (2007). *Sucesión internacional y reenvío*. Estudios de Deusto. Vol. 55/2. julio-diciembre, pp. 59 a 122.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2014), «Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo, Vol. 6, núm. 1, pp. 5-44.
- (2014b). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Comares. Granada, 349 pp.
- CASTELLANOS RUIZ, E., (2003). Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2.
- IRIARTE ÁNGEL, F. B., (2014). La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos. *Jado, Boletín de la Academia Vasca de Derecho*. 25. Bilbao, pp. 389-407.

- (2015). Las sucesiones de los extranjeros con intereses en España: resolución de la DGRN de 1 de julio de 2015, *Actualidad y opinión de Millenium DIPr*: <http://www.millenniumdipr.com/n-151-las-sucesiones-de-los-extranjeros-con-intereses-en-espana-resolucion-de-la-dgrn-1-de-julio-de-2015>
- IRIARTE ÁNGEL, J. L., (1989). Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones, *Revista General de Derecho*, núm. 537.
- (2009). Reenvío y sucesiones en la práctica española, en la obra colectiva *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*. Editorial Marcial Pons, Madrid.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L. y CASADO ABARQUERO, M. (2012). Acceso al Registro de las escrituras públicas de adquisición de inmuebles otorgadas en el extranjero (Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012), *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 90, 741 (Ejemplar dedicado a: Derecho privado de la Unión Europea), pp. 177-194.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L., CASADO ABARQUERO, M., y MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. (2015). *Derecho internacional privado*. Aranzadi. Cizur Menor, 1191 pp.
- RIPOLL SOLER, A., (2015). Un heredero alemán en la Dirección General, blog *Píldoras Legales*, <http://pildoraslegales.com/2015/10/12/un-heredero-aleman-en-la-direccion-general/>

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, 15 de noviembre de 1996
- STS 21 de mayo de 1999
- STS 23 de septiembre de 2002
- STS 19 de junio de 2012
- RDGRN 13 de agosto de 2014
- RDGRN 1 de julio de 2015
- RDGRN 20 de julio de 2015
- RDGRN 29 de julio de 2015
- RDGRN 13 de octubre de 2015
- RDGRN 28 de octubre de 2015

NOTAS

¹ Sobre la misma pueden verse, entre otros los comentarios de IRIARTE ÁNGEL y CASADO ABARQUERO (2012).

² «2. También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación».

³ A ellos se unió recientemente la interesante sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:422) que reitera que el reenvío es plenamente operativo en los casos —como el de autos— en que su aplicación no suponga el fraccionamiento de la herencia, descartando que el principio de armonía internacional de soluciones presuponga la inaplicación del reenvío a los supuestos sucesorios:

«No obstante, y pese a este avance doctrinal, debe puntualizarse, en segundo término, que este valor referencial de armonización tampoco puede ser interpretado, a su vez, de un modo absoluto o excluyente, sino que viene también modulado por el propio alcance normativo de la figura, esto es, por el ámbito de aplicación que se le reconoce al reenvío

(solo se admite el reenvío de retorno), y por su sujeción a los objetivos del Derecho internacional privado que presente el Derecho interno español en la materia objeto de análisis.

Esto lleva a que en determinadas ocasiones, y en relación con el ámbito sucesorio, como ha señalado la doctrina jurisprudencial de esta Sala con relación al artículo 9.8 del Código Civil, que el reenvío de retorno no deba ser admitido cuando su aplicación comporte, bien un fraccionamiento de la unidad legal de la sucesión, o bien, un fraccionamiento del carácter universal que debe acompañar a la misma, de forma que resulte aplicable la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento.

En este contexto, debe señalarse que el principio de armonía no constituye, en rigor, un criterio interpretativo en la aplicación del expediente del reenvío.

En el presente caso, esto es lo que ocurre, pues la remisión realizada a la legislación inglesa comporta el reenvío de retorno al ordenamiento jurídico español sin que se produzca, al ser el único bien hereditario y además tener el domicilio en España, el fraccionamiento del fenómeno sucesorio señalado respecto de la sucesión del causante».

⁴ ECLI: ES: TS: 1996:6401.

⁵ ECLI: ES: TS: 1999:3532.

⁶ ECLI: ES: TS: 2002:6053.

⁷ En relación a esta cuestión, la resolución de 18 de septiembre de 2006 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña (*DOGC* de 26 de diciembre de 2006) consideró en un supuesto similar que el reenvío se producía a la normativa catalana.

⁸ Interpretación que no comparto, pues si no hay regla, no la hay, y habrá que cubrirse la laguna como se pueda —por ejemplo, acudiendo al principio de proximidad—, pero creo que cubrirla aplicando directamente el Código Civil como si de un Derecho superior se tratase es contrario al sistema de reparto competencial que emana de la Constitución; y en cierto modo esa idea me surge al leer lo que dice el órgano directivo. En este sentido no debemos olvidar que la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, la sentencia 226/1993, de 8 de julio), ha manifestado que todos los derechos civiles vigentes en España operan en pie de igualdad dentro de su ámbito competencial, sin que quepa discriminar a unos —los locales o territoriales— en beneficio de otros —el Código Civil—; el Tribunal considera esa paridad relativa, en tanto puede modularse por otros principios constitucionales, pero no creo que en el mencionado supuesto pueda alegarse que la aplicación del Derecho catalán quede excluida *per se* por cualquier otro derecho constitucional.

⁹ En el artículo «Las sucesiones de los extranjeros con intereses en España: resolución de la DGRN 1 de julio de 2015» traté esta cuestión, con lo que, inevitablemente parte del texto no es sino una versión revisada y actualizada de aquel.

¹⁰ Como parece ser el caso de Bélgica, según la resolución de 29 de julio de 2015.

¹¹ Obviamente, el fallecimiento se había producido antes de la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, pero en muchos aspectos esta doctrina seguirá siendo relevante aún después de su entrada en vigor —y consiguiente operatividad del Certificado Sucesorio Europeo— por los motivos que más adelante comentaré.

¹² En el caso de la resolución de 13 de octubre de 2015 se trata de la sucesión de un ciudadano francés; según la resolución, en este país existe un sistema de registro voluntario de testamentos, pero de consulta obligatoria para el notario francés; parece que los herederos tienen acceso al mismo, lo que simplificaría en este caso el cumplimiento de la obligación, lo que, como veremos, no es tan fácil en el supuesto alemán.

¹³ Sé que es irrelevante para nosotros la norma de conflicto que aplique Alemania, pero traigo aquí que este país es miembro del Convenio de La Haya porque no es irracional considerar que un testador alemán la tendrá en cuenta a la hora de determinar el lugar en que otorgar testamento.

¹⁴ Así lo reconoce expresamente, respecto de un francés, la resolución de 13 de octubre de 2015.

¹⁵ Si por el contrario se considera extremadamente necesario aportar el certificado del país de la nacionalidad considero que el artículo 10.1 del Código Civil en nada impide modificar el RH para hacer expresa la necesidad, aunque se trate de un documento emitido en el extranjero. Desde luego no me parece buena idea, pero creo que es mejor que la ley —o el reglamento— sean claros; eso sí que de verdad supone seguridad jurídica.

¹⁶ Solo hay que constatar el escaso éxito del Convenio de Basilea de 16 de mayo de 1972, sobre establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, ratificado por poco más de una decena de países y pendiente de desarrollo.

¹⁷ Asumo —aunque cada vez tengo más dudas leyendo y escuchando determinadas opiniones— que si la sucesión se ejecuta en Alemania el Certificado Sucesorio Europeo accederá al Registro de la Propiedad con la sola compañía de la documentación tributaria, sin necesidad de documentos adicionales de acá o de acullá, aunque quizás sea demasiada asunción; el tiempo lo dirá. También asumo que no habrá problemas a falta de *professio iuris* para aplicar la ley española a la sucesión de un extranjero con residencia habitual en España; es decir, asumo que todos tenemos claro que para las sucesiones causadas desde el 17 de agosto el artículo 9.8 del Código civil solo aplica a los conflictos internos. Otra cosa será determinar qué es la residencia habitual a estos efectos, para lo que creo fundamental que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie.

¹⁸ Respecto a las cuestiones formales, como bien dice la resolución, será de aplicación el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sea cual sea la fecha del fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75.1 del Reglamento 650/2012. Y no me cabe aquí sino llamar la atención sobre la nota de calificación registral, en la que se pide que se pruebe que el testamento —otorgado en España— es válido respecto a lo que a la forma de refiere a la luz del Derecho francés; el Centro Directivo en este caso revoca la nota de manera ajustada a Derecho, en tanto la norma de conflicto española relevante al supuesto no es el 9.8 del Código civil, ni las normas francesas respecto a la forma del testamento, sino el citado Convenio. En todo caso, siendo Francia parte del Convenio igualmente la discusión era ociosa.

¹⁹ *BOE* del 6 de octubre de 2014. También trata una cuestión, en la que no entraré, como es la forma de realizar la *professio iuris*, y si puede hacerse tácitamente.

1.5. Obligaciones

El contrato de arrendamiento de habitación: la problemática de su regulación. ¿Ley de Arrendamientos Urbanos o Código Civil?

The room leasing contract: Its problematic regulation: Urban Leasing Law or Civil Code?

por

JOSÉ MARÍA BOTELLO HERMOSA
Licenciado en Derecho. Asesor jurídico

RESUMEN: En el presente estudio se aborda la problemática acerca de la normativa que ha de regular los contratos de arrendamiento de habitación en una vivienda: ¿Se rigen por la Ley de Arrendamientos Urbanos o, en cambio, por lo dispuesto en el Código Civil? Para resolver esta cuestión, se plasmará la intención del legislador al redactar la Ley de Arrendamientos Urbanos y, desde esta óptica, se interpretarán aquellos conceptos jurídicos indeterminados que originan diferentes dudas y planteamientos al respecto. Asimismo se analizará, desde una perspectiva crítica, tanto la escasa doctrina que se ha pronunciado al respecto como las diversas corrientes jurisprudenciales existentes hasta la fecha.

ABSTRACT: *In this Study, we will discuss which legal text should regulate the single room lease contracts. Should they be regulated by the urban tenancy act or on the contrary is it a civil code issue? To figure out this question, we will analyze the intention of the legislator when he drafted the urban leasing act and, from this point of view, we will study the indeterminate juridical/legal concepts that generate different types of doubt and interpretations on the subject. Furthermore, we will also examine from a critical perspective, the limits of the doctrine published on the issue and the existing jurisprudential currents on the subject to this day.*

PALABRAS CLAVES: Contrato arrendamiento habitación. Vivienda. Temporalidad. Jurisprudencia. Habitabilidad. Finca urbana. Ley de Arrendamientos Urbanos.

KEY WORDS: *Single room lease contracts. Accommodation. Temporality. Jurisprudence. Habitability. Town property. Urban tenancy act.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIFERENCIACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS DE HABITACIÓN RESPECTO DE FIGURAS JURÍDICAS

SEMEJANTES.—II. CONSIDERACIONES SOBRE DIVERSOS ASPECTOS DE LA LAU DESDE LA PERSPECTIVA DE SU PREAMBULO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERPRETACIÓN DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES: A) *Finca urbana*, B) *Causa o destino primordial del contrato*, C) *Edificación y edificación habitable*.—III. POSTURA DOCTRINAL.—IV. ANÁLISIS DE LAS CORRIENTES JURISPRUDENCIALES: 1. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL ARTÍCULO 2 DE LA LAU IV. 2. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL ARTÍCULO 3 DE LA LAU IV. 3. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL CÓDIGO CIVIL.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA CITADA.—VII. BIBLIOGRAFIA. VIII. NOTAS.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Este estudio aborda la cuestión jurídica acerca de la normativa que ha de regular los contratos de arrendamiento de habitación en una vivienda (en adelante CAH): ¿Se rigen por la Ley de Arrendamientos Urbanos o, en cambio, por lo dispuesto en el Código Civil? Para resolver esta cuestión, se plasmará la intención del legislador al redactar la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) y, desde esta óptica, se interpretarán aquellos conceptos jurídicos indeterminados que originan las diversas opiniones al respecto: «*finca urbana*», «*edificación habitable*» y la «*causa de los contratos*». Asimismo se analizará, desde una perspectiva crítica, tanto la escasa doctrina habida hasta el momento como las corrientes jurisprudenciales que dividen a nuestros tribunales en tres posiciones diferenciadas: aquellos que consideran que los CAH se regulan a través del artículo 2 de la LAU, los que entienden que se engloba dentro de los arrendamientos del artículo 3 de la LAU, y finalmente, los que consideran que no se regula a través de la LAU y sí por el Código Civil.

1. INTRODUCCIÓN

La realidad social de nuestros días está teñida por la grave crisis económica que está destruyendo empleos y aumentando el número de familias que rozan los umbrales de la pobreza y de la exclusión social. Este panorama genera que cada vez más arrendadores y arrendatarios se vean abocados a formalizar un tipo de arrendamiento alternativo a los tradicionales de viviendas; el contrato de arrendamiento de habitación, mediante el cual, por un lado, el arrendador (propietario) cede el uso en exclusiva de una habitación de la vivienda con el fin de obtener unos ingresos económicos adicionales y, por otro, el arrendatario adquiere el derecho a un espacio en el interior de una vivienda de una forma más adaptada a sus necesidades económicas, reduciendo considerablemente el coste del arrendamiento de una vivienda completa. De esta forma, ambas partes encuentran una alternativa económica que les beneficia mutuamente frente a los arrendamientos completos.

Tradicionalmente, este tipo de contrato ha sido conocido por el uso habitual que hacen de él aquellos estudiantes que, forzados a desplazarse de sus hogares en aras de su formación, se ven empujados a alquilar habitaciones dentro de viviendas que, normalmente, comparten con otros en situación similar. En la actualidad este fenómeno está «*in crescendo*» gracias a las nuevas políticas de movilidad nacional e internacional que llevan a cabo numerosos países a través de programas de ayudas económicas (becas) fomentando el intercambio de estu-

diantes. Estos, generalmente, satisfacen la necesidad de alojamiento mediante el alquiler de habitaciones por ser el método más «sencillo», «cómodo» y «económico». Así, a título de ejemplo, el programa «Erasmus» es uno de los más conocidos, dedicado a fomentar que los estudiantes de diferentes países de la Unión Europea puedan realizar un curso académico en universidades de otros países.

Asimismo, también viven esta situación aquellos trabajadores que deben desplazarse durante algunos periodos de tiempo a otras ciudades por motivos laborales pero que no disponen de medios económicos para arrendar una vivienda completa, o también aquellas personas divorciadas que, por sentencia judicial firme, se ven obligados a abandonar sus viviendas encontrándose sin medios materiales para disponer de una vivienda, o aquellas personas inmigrantes que llegan a nuestro país en busca de un futuro mejor y se ven constreñidos a compartir una vivienda como única medida para soportar los gastos de vivienda, etc.

Pues bien, todas estas situaciones tienen en común el mismo interrogante, ¿Qué normativa regulará el contrato de arrendamiento de la habitación? ¿Se regirá por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, modificada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado del Alquiler de Viviendas o, por el contrario, por lo establecido en nuestro Código Civil? Y, en la hipótesis de que se regule por la LAU, ¿Qué tipo de arrendamiento se considera el CAH; un arrendamiento de vivienda recogido en el artículo 2 (en adelante, art.) o un arrendamiento para uso distinto del de vivienda contemplado en su artículo 3?

Dependiendo de la normativa aplicable y, en su caso, de qué tipo de arrendamiento se considere, se derivarán de la relación contractual importantes consecuencias jurídicas diferentes entre sí. Así, a modo de ejemplo, en el supuesto de un CAH celebrado por 9 meses, se podrían plantear diversas cuestiones de entre las que destacaré dos: ¿Qué tipo de fianza se ha de fijar?, ¿Qué tipo de prórroga del contrato se aplicará?

Respecto a la fianza, si entendiésemos que los CAH se rigen la LAU, esta deberá ser obligatoriamente de un mes o de dos (art. 36.1), según si consideramos que se trata de un arrendamiento regulado por el artículo 2 o por el artículo 3 respectivamente. Sin embargo, si entendiésemos que se regula por el Código Civil, la fianza será la que libremente acuerden los contratantes conforme al título XIV del Código Civil al existir libertad de pacto entre las partes.

En cuanto a la prórroga del contrato, si pensásemos que el CAH se regula por el artículo 2 de la LAU, transcurridos los 9 meses y vencido el plazo, el arrendamiento deberá prorrogarse obligatoriamente hasta que alcance una duración mínima de 3 años salvo que el arrendatario manifieste al arrendador su voluntad de no renovarlo con 30 días de antelación como mínimo (art. 9.1). En cambio, esta prórroga no será aplicable si se concibe que el CAH se regula por el Código Civil o por el artículo 3 de la propia LAU ya que en ambos supuestos se aplicará lo dispuesto en los artículos 1566 y 1581 del Código Civil, que señalan que, si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando de la cosa arrendada durante 15 días con la aquiescencia del arrendador, se entiende que existe tácita reconducción.

Así visto, con este estudio pretendo argumentar por qué la LAU no es la normativa que debe ser aplicada a los CAH y sí, en cambio, el Código Civil. Para ello, analizaré la LAU desde el punto de vista de su preámbulo con el objetivo de argumentar por qué su articulado no lo contempla y, además, por qué tampoco deben entenderse regulados en ella, analizando para ello aquellos conceptos jurídicos indeterminados más relevantes de la normativa desde la perspectiva del

legislador. Igualmente, para una mayor profundización del tema, se analizarán tanto la escasa postura doctrinal como las tres líneas en que se divide nuestra jurisprudencia menor (nuestro Alto tribunal aún no se ha pronunciado al respecto).

2. DIFERENCIACIÓN RESPECTO DE FIGURAS JURÍDICAS SEMEJANTES

Antes de comenzar con el desarrollo del estudio considero necesario, para un progreso claro de estas ideas, delimitar el ámbito de los CAH respecto de otras figuras jurídicas afines que dan lugar a confusión, ya sea por sus nomenclaturas semejantes como por sus ámbitos de aplicación. Estas son «*el derecho de habitación*» y «*el contrato de hospedaje*».

En primer lugar, expondré una breve definición de lo que se puede entender, a grosso modo, por CAH: aquel contrato a través del cual arrendador (propietario) y arrendatario acuerdan, mediante un contrato de arrendamiento, la cesión del uso y disfrute, en exclusiva, de una habitación ubicada en el interior una vivienda, por un tiempo determinado y a cambio de un precio cierto, generalmente con un derecho adicional a utilizar de forma compartida, no en exclusiva, la cocina y el cuarto de baño de la vivienda.

Una vez aclarada la definición de lo que se entiende por un CAH, veremos la diferenciación respecto al derecho de habitación. Aunque el «*contrato de arrendamiento de habitación*» y el «*derecho de uso de habitación*», cuyos títulos pueden inducirnos al error de presuponer que se trata del mismo supuesto de hecho y que, por tanto, se regulan iguales, hay que advertir que no son la misma figura jurídica y que, por ende, tampoco se regulan de la misma forma. El *derecho de habitación* viene regulado expresamente en los artículos 523 a 529 del Código Civil que lo definen como un derecho real que otorga a su titular la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Esta primera declaración nos refleja la primera diferencia respecto a los CAH, ya que el objeto de estos es el uso en exclusiva de una única habitación de la vivienda, en comparación con *el derecho de habitación* cuyo objeto serán aquellas piezas necesarias para sí mismo y las personas de su familia. Asimismo, se dispone que este derecho de habitación no se puede arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título¹, prohibición impuesta «*ope legis*», diferenciándose así claramente de los CAH cuya naturaleza es precisamente esa, el negocio del arrendamiento. Por tanto, aunque ambos conceptos puedan generar alguna confusión por el término, se trata dos realidades jurídicas distintas reguladas independientemente.

Aparte del derecho de habitación, también debe distinguirse el CAH del *contrato de hospedaje*², los cuales presentan una similitud en cuanto a sus objetos (la cesión del uso de una habitación) la cual puede inducir a error en cuanto a la identificación de la figura jurídica en cuestión. La diferencia sustancial que presenta el contrato de hospedaje respecto al CAH es que en el hospedaje se deben prestar, con carácter obligatorio, unos servicios consustanciales al del arrendamiento de la habitación como pueden ser: servicio de comidas, de limpieza, el depósito de las pertenencias del que contrata, wifi, caja fuerte, etc., confluendo todos ellos en un único contrato, por un precio cierto y determinado. Se configura como un contrato complejo al estar constituido por un conjunto de negocios jurídicos bilaterales combinados entre sí y sintetizados en uno único, a diferencia del CAH en donde el objeto del contrato es únicamente el arrendamiento de una habitación en exclusiva ubicada en el interior de una vivienda, sin ninguna pres-

tación o contratación adicional. Así visto, la diferencia consustancial entre ambos contratos es que, en el hospedaje, se engloban alrededor del acuerdo principal (el arrendamiento de una habitación) diversos acuerdos bilaterales de distinta naturaleza acuñados todos ellos en un único contrato complejo, mientras que en el CAH únicamente se acuerda el uso en exclusiva de una habitación.

Finalmente, en cuanto a la diferenciación entre el CAH y las dos figuras jurídicas tratadas, la jurisprudencia³ se posiciona de forma unánime considerando que son supuestos jurídicos totalmente diferenciados y que no han de confundirse en cuanto a su regulación normativa.

II. CONSIDERACIONES SOBRE DIVERSOS ASPECTOS DE LA LAU DESDE LA PERSPECTIVA DE SU PREAMBULO.

1. INTRODUCCIÓN

Para entender cualquier cuestión que se suscite en el presente se hace necesario conocer su pasado y su contexto histórico pues marcarán muy significativamente su futuro y su devenir. De no conocer el origen de los acontecimientos y de no seguir ese hilo conductor temporal, la realidad estaría regida por un caos de información sin ningún tipo de orden lógico ni armonía. A través del origen de las cosas podemos explicar su existencia, su sentido y su finalidad. En esta línea, establece el Código Civil en su artículo 3, respecto a la interpretación de las normas, que *«las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»*. En el ámbito normativo, la función explicativa de las Leyes la desempeñan, principalmente, los preámbulos o exposiciones de motivos, usados por el legislador como vehículo conductor para contextualizar la promulgación de las normas y explicar su contenido, además de para recoger los principios que la rigen, los valores que las inspiran, los fines que pretende lograr y su propia voluntad y la de la ley. Podríamos entender los preámbulos como los antecedentes de hecho de la norma que se materializan en su articulado. En este sentido, el Tribunal Constitucional (Pleno) en su sentencia de 12 de noviembre de 1981⁴, F.J. 7.2, precisaba que *«(...) los preámbulos son un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes (...)»*. De esta lectura se desprende que el preámbulo de una ley ha de tenerse como un criterio hermenéutico de las disposiciones que recoja en su articulado.

Dicho esto, con el análisis de la LAU desde el punto de vista de su preámbulo se arrojará luz sobre su carácter teleológico para dilucidar la finalidad que pretende el legislador con su elaboración con el fin de argumentar, progresivamente, por qué entiendo que no se contempla la regulación de los CAH en esta ley.

2. INTERPRETACIÓN DE LOS ASPECTOS MÁS RELEVANTES DE LA LAU

1.º Punto

En el PUNTO PRIMERO del preámbulo, en su párrafo 7.º, se anuncia que: *«por ello, la finalidad última que persigue la reforma es la de coadyuvar a potenciar el mercado de los Arrendamientos Urbanos, como pieza básica de una política de*

vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47 de la CE, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada».

Dicho de otro modo, el preámbulo informa que las políticas de vivienda del Estado se articulan siguiendo el mandato constitucional que *reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*, siendo este mandato constitucional el que inspira la creación de la LAU en aras de potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos en busca de la consecución del derecho que recoge nuestra carta magna. Así visto, a través de la celebración de un CAH (entendiéndolo como aquel arrendamiento en el cual arrendador y arrendatario acuerdan la cesión del uso y disfrute en exclusiva de una habitación en el interior de una vivienda, por un tiempo determinado y a cambio de un precio cierto, generalmente con un derecho adicional a utilizar de forma compartida, no en exclusiva, la cocina y el de baño de la vivienda) no se satisfaría esa disposición constitucional que inspira la creación de la LAU (el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada), al no ser el objeto del contrato adecuado a las necesidades de morada o residencia en la cual una persona o una familia puedan desarrollar la intimidad de su existencia construyendo su hogar o sede de la vida doméstica. El objeto de un CAH no permite que se desarrolle de una forma digna y adecuada a las necesidades de un ser humano y así se viene pronunciando la jurisprudencia unánimemente considerando que una habitación no reúne las condiciones de habitabilidad que se presuponen necesarias para desarrollar la vida⁵.

Consecuentemente, si la LAU potencia el mercado de alquiler de viviendas siguiendo el mandato constitucional del artículo 47 sobre las viviendas dignas y adecuadas, se entiende que estas deberán ser aptas para que un individuo o una familia desarrollen, de forma digna y adecuada, la intimidad de su existencia. Por ello, en el caso de un CAH este fin se convierte materialmente en imposible al carecer de los servicios mínimos y esenciales que en la actualidad deben reputarse imprescindibles para una vivienda digna y que solo se suplen por la concesión del derecho a utilizar, de forma compartida (no en exclusiva), otras dependencias de las que simultáneamente se sirvan los restantes ocupantes de la vivienda, como son la cocina y el baño. Es por este motivo por el que considero, en primer lugar, que no estaba en la mente del legislador introducir el CAH dentro de la LAU. Esta idea, puramente interpretativa acerca de la finalidad que pretende el legislador, adquiere mayor relevancia y consistencia si la combinamos con la interpretación de algunos conceptos clave que se desarrollan en la normativa y dentro de los cuales estimo que tampoco tienen cabida estos tipos de contratos.

A continuación, vamos a analizar, desde la perspectiva de su preámbulo y de la finalidad que se pretende con esta Ley, algunos de los conceptos jurídicos indeterminados que generan confusión y que dan pie a planteamientos diferentes que incluyen los CAH dentro de la LAU. Los conceptos que analizaremos son: finca urbana, causa o destino primordial del arrendamiento y edificación habitable.

A) Fincas urbanas

El artículo 1 de la LAU, relativo a su ámbito de aplicación, informa que *«La presente Ley establece el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda»*. Por tanto,

la LAU establece únicamente el régimen jurídico de aquellos arrendamientos que tengan por objeto una «finca urbana» destinada a vivienda o a un uso distinto. Así pues, de la lectura de este artículo, conjuntamente con lo estipulado anteriormente, considero que podría ser motivo suficiente para considerar que los CAH no se regulan por la LAU ya que el objeto de los arrendamientos regulados en la LAU no casa con el de los CAH. Si consideramos que, una habitación, ubicada en el interior de una vivienda, no es una «finca urbana» debido a que la misma, «per se», no podría existir al margen del resto de la edificación⁶. En mi opinión, el concepto de finca urbana debemos entenderlo en su totalidad, no regulándose los arrendamientos parciales a través de la LAU.

Para fundamentar esta hipótesis, analizaré, en primer lugar, el concepto de «finca urbana» en el contexto de la LAU, ya que ni la LAU de 1964 ni la LAU de 1994 ofrecen uno⁷, y del que, además, tampoco existe una definición jurídica precisa ni unitaria. Así, como señalan CASTÁN y CALVILLO, el concepto de «finca urbana», a efectos de encuadrar un determinado arrendamiento en el área de la Ley especial, es autónomo, en el sentido de que tal concepto ha de extraerse de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos con entera independencia de que, a otros fines (fiscales, hipotecarios, administrativos, arrendaticios rústicos), pueda merecer el objeto arrendado otra clasificación⁸. Por tanto, para comprender el concepto de «finca urbana» en el sentido que pretende la LAU, comenzaré por definir el término «finca» y, posteriormente, su calificativo «urbana».

Comenzaré la definición con lo que entiende la RAE por «finca»: «una propiedad inmueble, rústica o urbana»⁹. Con este axioma, podemos decir que una finca es todo aquel «inmueble» de carácter rústico o urbano. Para conocer qué se entiende jurídicamente por «inmueble», me remitiré a lo estipulado en el artículo 334 del Código Civil apartado 1, que prescribe como «bien inmueble»: «Las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo». A mayor abundamiento, esta clasificación de «bien inmueble» debemos completarla conjuntamente con lo que disponen los artículos 2 y 3 de la LAU, que disponen que los arrendamientos urbanos recaerán sobre una edificación¹⁰, en unos casos habitable y en otros no (como estudiaremos a continuación), usándose indistintamente los términos de finca y de edificación para referirse a la misma realidad, el objeto de los contratos de arrendamientos de la LAU.

Consecuentemente, y considerando lo establecido por nuestro Tribunal Supremo (TS) en STC de 10 de diciembre de 1960, que definía «la finca» como un «trozo de la superficie terrestre delimitado por una línea poligonal objeto de propiedad»¹¹, desde el punto de vista de la LAU, podríamos entender como «finca»: aquellas edificaciones delimitadas por una línea poligonal que son objeto de propiedad.

Definido el término «finca» y avanzando en la definición de «finca urbana» queda por conocer qué se entiende por urbana¹². Este requisito, a efectos prácticos de nuestro estudio, podemos hallarlo en el artículo 12.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, requiriendo su apartado a) «haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación», a través de las diferentes Comunidades Autónomas competentes en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo, como competencia exclusiva atribuida a las mismas.

Como conclusión, desde la perspectiva de la LAU podríamos concebir la finca urbana como *aquellas edificaciones adheridas al suelo, delimitadas por una línea poligonal objeto de propiedad, que han sido urbanizadas siguiendo un plan de ordenación a través de las instituciones competentes.*

Esta definición de «finca urbana» adquiere mayor entidad al relacionarse con lo dispuesto en el SEGUNDO PUNTO del preámbulo de la LAU que dispone que cualquier contrato de arrendamiento regulado en dicha Ley podrá acceder al Registro de la Propiedad (en adelante, RP) para su inscripción, es decir, que la LAU habilita a que los arrendamientos sobre una finca urbana se puedan inscribir en el RP. Esta premisa se concreta en su Disposición Adicional segunda, apartado 2.º, que preceptúa que «en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta ley se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad», y se materializa con la promulgación del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, cuyo artículo 3 describe la «finca» objeto de los arrendamientos urbanos regulados en la LAU, que dice: «1. Cuando la finca arrendada conste inscrita bajo folio registral independiente, se consignarán por el Notario, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato, todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos de esta. 2. Si la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y es una parte de esta, se describirá aquella con las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda».

A su vez, el concepto de «finca urbana» debe converger con lo previsto en el Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, expresamente con su artículo 8, párrafos 4.º y 5.º, cuyos preceptos prevén la posibilidad de la inscripción de un edificio en su conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal y al mismo tiempo la del piso o local como finca independiente, con folio registral propio. De estos artículos dilucidamos que por finca urbana se entiende tanto un edificio completo como también aquellas viviendas o locales que lo conforman en régimen de propiedad horizontal, y no por tanto una única parte de ellos.

Como conclusión entiendo que, de la lectura conjunta de todo lo expuesto, el ámbito de aplicación de la LAU abarca a aquellos arrendamientos celebrados sobre la totalidad de aquellas edificaciones adheridas al suelo delimitadas por una línea poligonal objeto de propiedad y urbanizadas según un plan de ordenación, no cabiendo los arrendamientos parciales sobre las mismas. Siguiendo esta hipótesis, los CAH no se someterían a las normas de la LAU.

Mención aparte merecen los contratos de subarrendamiento que también pueden ser inscribibles en el RP según lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, denominado «modificaciones posteriores», y que prescribe: «Los títulos señalados en el artículo 2 [que se denomina los títulos inscribibles en el RP, y que reza: «serán títulos suficientes para practicar LA INSCRIPCIÓN DEL ARRENDAMIENTO en el Registro de la Propiedad la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato»] permitirán la inscripción en el Registro de la Propiedad de los subarrendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras MODIFICACIONES de los arrendamientos inscritos». Este artículo determina que el subarrendamiento que se puede inscribir en el RP no es un arrendamiento autónomo. El precepto habilita a que se puedan inscribir las modificaciones que se realicen sobre los arrendamientos urbanos sujetos a la LAU previamente inscritos, pero no como tipos de arrendamientos independientes, sino como modificaciones de unos arrendamientos previamente inscritos. Consecuentemente, tan solo se podrán inscribir en el RP aquellos arrendamientos urbanos celebrados sobre la totalidad de la edificación sometidos a la LAU y a las posteriores modificaciones que se

realicen sobre los arrendamientos ya inscritos como podrían ser los contratos de subarrendamiento.

Sobre esta línea fundamento también la teoría acerca de que la LAU no admite arrendamientos parciales, sino solamente arrendamientos que se celebren sobre la totalidad de la finca urbana, no pudiendo caer en el error de concebir los subarriendos como «arrendamientos independientes» con capacidad de ser inscribibles en el RP, ni sopesar tampoco la hipótesis de que, si estos se pueden inscribir en el RP es porque constituyen unos arrendamientos independientes sometidos al régimen jurídico de la LAU. En este sentido, no debemos concebir el arrendamiento y el subarrendamiento como dos contratos independientes entre sí ya que se podrían originar hipótesis viciadas desde sus inicios. Se trata de un contrato de arrendamiento (subarrendamiento) celebrado sobre otro contrato de arrendamiento ya existente y al cual se subordina, condicionando su régimen jurídico, como su duración y la renta. Considero que no cabe el planteamiento que equipara a los subarrendamientos y los CAH por el simple hecho de que ambos se celebran sobre una parte de la vivienda¹³ basándose en que si los primeros, en determinados supuestos, pueden regirse por la LAU (art. 8.2), también podrán los segundos al ser también arrendamientos parciales. Es decir, que si ambos arrendamientos son parciales y si, según el artículo 8.2, algunos subarrendamientos se rigen por lo dispuesto en la LAU, por lógica también podrá un arrendamiento de una habitación (arrendamiento parcial) regularse por la LAU. Pero esta equiparación sería un error ya que son figuras jurídicas diferentes en niveles diferentes.

En los CAH se celebra un arrendamiento sobre una parte de la vivienda, una habitación, excluyéndose su regulación de la LAU por no celebrarse sobre la totalidad de la edificación. Sin embargo, en los subarrendamientos se celebra un contrato de arrendamiento sobre otro anterior sometido a la LAU sí podrá recaer o sobre la totalidad de la finca o tan solo sobre una parte de la misma, pudiéndose aplicar tanto el Código Civil como la LAU, dependiendo del caso. Así, en los supuestos del artículo 8.2 de la LAU se dispone que se aplicará el Título II solo a aquellos subarriendos parciales que se destinen a un uso permanente de vivienda y que se celebren, a su vez, sobre un arrendamiento regulado por el artículo 2. En mi opinión, este subarrendamiento parcial deberá celebrarse sobre una porción de la vivienda que reúna igualmente las condiciones de habitabilidad exigidas en el artículo 2.1., por lo que tampoco serían similares los arrendamientos del artículo 8.2 y del CAH, no siendo posible la aplicación análoga del artículo 8.2 de la LAU (una porción de la vivienda que reúna las condiciones de habitabilidad) sobre los arrendamientos parciales del CAH (una habitación).

Por todo lo apuntado anteriormente, y concluyendo con el *punto 2.º* del preámbulo, entiendo que el objeto de los arrendamientos regulados por la LAU (las fincas urbanas que se destinen a uso de vivienda u otro diferente) no podrá estar formado por una habitación ubicada en el interior de una vivienda al tratarse de un arrendamiento parcial y, por lo tanto, no englobarse dentro del concepto de «finca urbana». Consecuentemente la legislación aplicable a los CAH debería ser el Código Civil¹⁴ que, a mayor abundamiento, en su disposición especial para los arrendamientos de predios urbanos, en el artículo 1582, hace referencia al arrendamiento de una parte de la casa en detrimento de la LAU: «Cuando el arrendador de una casa, o de parte de ella, destinada a la habitación de una familia, o de una tienda, o almacén, o establecimiento industrial, arrienda también los muebles, el arrendamiento de estos se entenderá por el tiempo que dure el de la finca arrendada». Hemos de tener en cuenta que, debido a la exactitud con

la que esta aborda las distintas cuestiones jurídicas que se plantean en relación con el arrendamiento de la vivienda —cesión, subrogación *inter vivos* y *mortis causa*, derechos de tanteo y retracto—, si en el espíritu de la ley hubiera estado la regulación de los arriendos parciales de viviendas, debería de haberse plasmado en algún artículo dados los hipotéticos supuestos que se podrían plantear, tales como el fallecimiento del inquilino de habitación con derecho adicional a cocina y servicios, subrogación de terceros, obligaciones en cuanto a obras y reparaciones, etc... teniendo en cuenta que el objeto afecto al contrato es tan solo una parte de la vivienda, no la totalidad¹⁵.

3.º Punto

Tras este primer argumento en el que hemos analizado porqué una habitación ubicada en el interior de una vivienda no es una finca urbana y, por tanto, su arrendamiento no debería entenderse regulado por lo dispuesto en la LAU, vamos a analizar otros apartados de la Ley para fundamentar aun más esta opinión. Vamos a hacer un breve estudio de aquellos conceptos en los que se fundamentan las 2 corrientes jurisprudenciales favorables a aplicar la LAU a los CAH, como son la causa o el destino de los arrendamientos y la calificación de habitable o no de las edificaciones.

Indica el preámbulo en este 3.º punto que con la LAU de 1994 se modifica completamente la tradicional clasificación de los arrendamientos urbanos que hacía la LAU de 1964 entre los «arrendamientos de vivienda» y los «arrendamientos de local de negocio y asimilados», para quedar clasificados ahora en: a) los «arrendamientos de vivienda» (art. 2), que son aquellos destinados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes. Y en b) los «arrendamientos destinados a usos distintos al de vivienda» (art. 3), categoría esta que engloba los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados, y que son aquellos cuyo destino es uno diferente al anterior. Añade que esta clasificación tiene como finalidad conceder medidas de protección al arrendatario solo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y de su familia, pero no en otros supuestos donde se satisfagan necesidades económicas, recreativas o administrativas.

A continuación, plasmaré algunas aclaraciones previas que considero relevantes para una mejor comprensión de planteamiento.

Aclaraciones previas:

1. Como es sabido, según lo dispuesto por el artículo 1261 Código Civil, todo contrato requiere para su existencia de consentimiento, objeto y causa. En el caso de los arrendamientos urbanos, como dispone el artículo 1 de la LAU, *el objeto* del contrato está formado por la finca urbana que se arrienda, *la causa* que lo motiva será el uso al que se destina el arrendamiento (a uso de vivienda o a uso distinto del de vivienda) y, *el consentimiento*, se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la finca urbana y sobre el uso al que se vaya a destinar.

2. Debe precisarse que el artículo 2, aunque se titule «arrendamientos de vivienda», no se está refiriendo con el término «*de vivienda*» al objeto del contrato,

es decir, que no significa que «*los arrendamientos de vivienda*» sean aquellos en los que se alquila una vivienda, sino que el concepto «*de vivienda*» hace referencia al uso al que se destinará el arrendamiento, que, en este caso, es para un *uso permanente* de vivienda.

Es conveniente tenerlo presente para no caer en el error de interpretar que el artículo 2 se destina a regular todos los contratos sobre viviendas y que el artículo 3, en cambio, va dirigido a todos los demás arrendamientos realizados sobre lo que no sean viviendas.

3. Entre los arrendamientos del artículo 3 de uso distinto del de vivienda, se encuentran, como indica el preámbulo, los arrendamientos de segunda residencia y los celebrados por temporada (ambos denominados en adelante ARRENDAMIENTOS DE TEMPORADA), y también, por otro lado, los arrendamientos celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente (todos ellos denominados en adelante ARRENDAMIENTOS DE LOCAL DE NEGOCIO).

Es importante clarificar esta distinción para evitar la confusión de considerar que todos ellos conforman un mismo tipo de arrendamiento porque, aunque ambos tipos de arrendamientos se regulen por el mismo artículo, realmente son supuestos de hecho completamente diferentes.

4. Por lo comentado en el punto anterior, a efectos didácticos, se clasificarán en este estudio los arrendamientos de la LAU en tres tipos: los arrendamientos de vivienda, los arrendamientos de temporada y los arrendamientos de local de negocio. Asimismo, por no ser este el momento para profundizar con detalle en el régimen jurídico de los arrendamientos de local de negocio, únicamente se insistirá en el análisis de aquellas cuestiones consideradas relevantes para responder a la cuestión objeto del presente estudio.

Hechas estas aclaraciones, analizaremos los artículos 2 y 3 haciendo hincapié en la causa o destino del contrato.

B) Causa o destino primordial del contrato

El artículo 2 de la LAU regula en su punto 1 los arrendamientos 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*». El artículo 3, en su apartado 1, regula los arrendamientos para uso distinto del de vivienda: «*se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior*».

De la lectura conjunta de estos artículos se percibe que la principal diferencia que se dilucida entre ambos tipos es «*la causa*» que los motiva, o lo que es lo mismo, el uso al que se destinan: *satisfacer la necesidad permanente de vivienda* en los primeros, y en los segundos, uno distinto del establecido en el apartado anterior, es decir, un *uso diferente al de la necesidad permanente de vivienda*.

El hecho de que un arrendamiento se destine a un uso distinto del de vivienda (art. 3) no significa que ese contrato no se pueda destinar a un uso de vivienda propiamente dicho, sino que el título del artículo 3 «*los arrendamiento para un uso distinto del de vivienda*» se remite a un uso distinto del que se destinan los arrendamientos del artículo 2 «*los arrendamientos de vivienda*», por lo que realmente a lo que hacen referencia es que se destinen a un uso que no sea el de

satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario o la necesidad de una primera residencia (como posteriormente fundamentaré).

Centrándonos en los arrendamientos celebrados por temporada (ubicados en el artículo 3.2 pertenecientes a los arrendamientos para uso distinto del de vivienda), entiendo que su destino primordial es, al igual que en los arrendamientos de vivienda, para satisfacer la necesidad de una necesidad de una vivienda¹⁶ —de una edificación habitable—, pero al contrario que en aquellos, la necesidad de vivienda no es una necesidad permanente, sino temporal¹⁷. Así visto, la principal diferencia entre ambos tipos de arrendamientos sería *la causa* que los motiva, el fin que persiguen con la celebración del contrato: satisfacer una necesidad permanente de vivienda o, por el contrario, satisfacer una necesidad temporal de vivienda, pero con la particularidad de que, en ambos casos, considero que deben tener el mismo objeto contractual: una vivienda habitable¹⁸. Entiendo que, por mera comparación terminológica, si se cotejan los arrendamientos de viviendas con los de temporada, específicamente con *los arrendamientos de segunda residencia*, se deduce que, si existe un tipo de arrendamiento «de segunda residencia» (de temporada), obligatoriamente habrá de existir otro tipo de arrendamiento «*de primera residencia*»¹⁹ que será el de vivienda. Por consiguiente, siguiendo esta hipótesis, ambas modalidades de arrendamiento deberían tener el mismo objeto contractual, una vivienda habitable capaz de satisfacer tanto la necesidad de primera como de segunda residencia. Resulta incongruente que la condición de habitabilidad sea imperativa únicamente cuando las partes arrienden una edificación para un uso de primera residencia pero no así para el supuesto en que ese mismo arrendamiento, en lugar de estar destinado a satisfacer una necesidad permanente de vivienda, se destinase para satisfacer una necesidad de vivienda pero temporal. Consecuentemente, siguiendo esta hipótesis, considero que si ambos tipos de arrendamientos comparten el mismo objeto, una vivienda en condiciones de habitabilidad, esta se podrá destinar a distintos usos: tanto a satisfacer una necesidad permanente de vivienda como una necesidad temporal de vivienda (ya sea como segunda residencia, o bien por temporada académica o estival), conforme a lo que reza el artículo 47 de la CE.

Siguiendo la hipótesis que planteo (y en el caso de que fuese erróneo lo que hemos planteado en el apartado II.2.A) sobre «*la finca urbana*»), una habitación, como objeto de un CAH, no podría ser objeto de un contrato de arrendamiento de vivienda o de temporada por no ser una edificación habitable. Por ello, no se debería regular por lo establecido en la LAU al no satisfacer las necesidades de morada o residencia en la cual una persona o una familia puedan desarrollar la intimidad de su existencia, construyendo su hogar o sede de la vida doméstica, al no ser apta para que un individuo o una familia puedan desarrollar la intimidad de sus vidas²⁰, ya sea por una necesidad permanente o temporal. Pero, como se verá a continuación, esta hipótesis se encuentra con un escollo en la redacción de la ley que da pie a una interpretación diferente y que será la base de las tesis que sí que consideran que los CAH se regulan por la LAU, como se verá en el siguiente apartado.

C) Edificación, o Edificación Habitable

El artículo 2 de la LAU dispone que el objeto de los arrendamientos de vivienda deberá ser una edificación habitable: «*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». Y, sin embargo, en el artículo 3. 1 dispone que los arrendamientos para uso distinto del de vivienda recaerán sobre una edificación sin el requisito de habitabilidad²¹: «se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior».

Como ya se ha desarrollado, el elemento principal que distingue estos arrendamientos es, «*de facto*», el destino primordial — o el uso — al que se destina pero, «*de iure*», la redacción de estos artículos nos muestra que el objeto del contrato es distinto. Se dispone que, los arrendamientos de vivienda recaerán sobre una «*edificación habitable*», mientras que en los arrendamientos celebrados por temporada (art. 3), deberán celebrarse sobre una «*edificación*» sin el calificativo de habitable. Pudiera parecer que, de este modo, la hipótesis que anteriormente expuse (arrendamientos de vivienda y los celebrados por temporada tienen en común el mismo objeto del contrato, una edificación habitable) no se sustenta debido a la supresión del adjetivo habitable, pero entiendo que no es así.

Considero que el hecho de que se suprima el adjetivo «*habitable*» en el artículo 3 se debe a un motivo puramente clasificatorio por parte del legislador. Tenemos que recordar que el artículo 3, en su apartado 2, además de regular los arrendamientos por temporada, también incluye los arrendamientos destinados a ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, etc. (los arrendamientos de local de negocio), siendo este el principal motivo por el que entiendo que el legislador, con la pretensión de acordar *un objeto* del contrato compatible con esos tipos de arrendamientos, optó por incluir únicamente el término «*edificación*» suprimiendo el calificativo de «*habitable*». Con esta decisión, el legislador puede incluir en una misma categoría dos tipos muy diferentes de arrendamiento.

A *sensu contrario*, si se exigiera que el contrato se celebrase sobre una «*edificación habitable*», como se hace en el artículo 2, sí existiría un límite a su ámbito de aplicación ya que aquellas edificaciones que no estén en condición de ser habitadas no se podrían englobar en esta categoría por no cumplir tal exigencia. El hecho de que no se exija la *habitabilidad* no supone ni una barrera ni ningún impedimento a que a los arrendamientos de temporada sí que se les debiera exigir (aunque fuese por jurisprudencial) el requisito de que la edificación sobre la que se celebrases debiera reunir las condiciones de habitabilidad en las mismas condiciones que a los arrendamientos del artículo 2. Este es el motivo por el que entiendo que solamente aparece el término «*edificación*» como *objeto* de los arrendamientos por temporada sin la exigencia de la habitabilidad, creando así la duda acerca de si los arrendamientos del artículo 3.2, concretamente los celebrados por temporada (segunda residencia y los celebrados por temporada), podrían tener por objeto una edificación sin la condición de habitable.

A mayor abundamiento, entiendo que por respeto a cualquier ser humano, la edificación que se arrienda para ser habitada, ya sea para uso permanente o temporal, ha de ser habitable. De lo contrario, se podría aludir que estos arrendamientos no son conformes al *uso* al que se destinan²² (ser habitadas), pues no reunirían las condiciones para que un individuo o una familia desarrollen con normalidad y dignidad la intimidad de la existencia. Es en este punto donde adquiere verdadera relevancia la voluntad del legislador al redactar la ley con el fin de hacer una correcta interpretación. A título de ejemplo, tengamos en cuenta el supuesto de hecho en el que una familia alquila una vivienda para 2 meses de vacaciones y que, el día que entran, no se encuentra en las mínimas condiciones

de habitabilidad imposibilitándoles disfrutar del inmueble con la normalidad que cabría esperarse. De seguir una interpretación literal del artículo 3, se «estaría cumpliendo» con lo dispuesto en la norma, y el objeto del contrato sería conforme a la LAU ya que sería una edificación, sin importar la condición de habitabilidad. Pero en este supuesto, la realidad fáctica es que no se cumpliría con *la causa o destino* que motivó la celebración del contrato, esto es, para disfrutar temporalmente de una edificación habitable en la que desarrollar la intimidad de la existencia con total normalidad, adecuación y dignidad. Entiendo que el contrato no respetaría la causa o destino al que se destina y, por tanto, no debería considerarse válido (aunque, como ya he indicado, ciñéndonos a lo establecido en la LAU, sería legal y conforme a derecho). Este supuesto de hecho no estaría conforme a lo dispuesto en el Título VI (Del contrato de arrendamiento), Capítulo Segundo Sección Segunda (De los derechos y obligaciones del arrendador y arrendatario), cuyos artículos 1554. 2.º y 3.º establecen que el arrendador «*está obligado a hacer en ella* (en la cosa objeto del contrato, es decir, en la edificación) *durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, y a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*», seguido del 1555. 2.º, que añade que el arrendatario está obligado a «*A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra*». De esta lectura se desprende que, si se acuerda un arrendamiento de una vivienda con el fin de pasar en ella unas vacaciones, el arrendador tiene la obligación de que la edificación esté en las condiciones adecuadas para servir al destino que se destina garantizándole el uso pacífico del arrendamiento, obligación relacionada con la del arrendatario que debe de destinarla exclusivamente para el uso que se pactó, es decir, no dedicarla a otros usos diferentes como por ej. llevar a cabo una actividad empresarial. Por tanto, este contrato no sería conforme al Código Civil, y considero que, no exigiendo la habitabilidad del objeto de los arrendamientos por temporada, se estaría dejando en una posición de vulnerabilidad y falta de protección total a los arrendatarios. Se podría generar un clima de inseguridad jurídica y se conseguiría un resultado inverso al perseguido por esta norma: el fomento del mercado inmobiliario en nuestro país.

Desde el punto de vista del *objeto* del contrato relaciono los arrendamientos de vivienda con los arrendamientos celebrados por temporada (no con los arrendamientos para local de negocio), pues ambos deberían acordarse sobre una edificación habitable ya que, aunque el título que lo regula da lugar a confusión (*arrendamiento para uso distinto del de vivienda*), la *causa* que los fundamenta es una necesidad temporal de vivienda y necesita de una edificación habitable para satisfacerse pues es precisamente la causa del contrato la que, bajo mi criterio, fundamenta la diferencia principal entre estos dos tipos de arrendamientos: satisfacer la necesidad de una vivienda habitable de forma permanente o para un uso temporal.

A modo de recapitulación, opino que tanto los arrendamientos de vivienda (art. 2) como los celebrados por temporada (art. 3.2), cuya diferencia es *la causa* (el uso o el destino para el que se lleve a cabo el contrato), deberían celebrarse sobre una *edificación habitable*. Entiendo que tienen en común el *objeto* del contrato que, según el tipo de arrendamiento, se destinará a satisfacer una necesidad PERMANENTE de vivienda, en el primer caso, o una TEMPORAL, en el segundo. Sin embargo, en el caso de los arrendamientos destinados a unos usos diferentes a los de vivienda, como podrán ser los comerciales, industriales, etc., también

recogidos en el apartado 3.2, sí que podrán tener como objeto una «edificación» sin la exigencia de la habitabilidad.

Según la LAU de 1994, es así como, de forma sintética e ilustrativa, quedan clasificados los Arrendamientos Urbanos:

Arrendamientos Urbanos según la LAU 1994		
<i>(Arrendamientos)</i>	CAUSA	OBJETO
De vivienda (art. 2)	Necesidad PERMANENTE de vivienda	Edificación HABITABLE
Para usos distintos del de vivienda (art. 3)	Necesidad TEMPORAL de vivienda (de temporada o de segunda residencia)	Edificación
	Ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente	

Sin embargo, según la teoría que planteo, la clasificación de los Arrendamientos Urbanos sufriría una pequeña modificación y se quedaría de la siguiente forma:

Clasificación de los Arrendamientos Urbanos según mi hipótesis		
<i>(Arrendamientos)</i>	CAUSA	OBJETO
De vivienda (art. 2)	Necesidad PERMANENTE de vivienda	Edificación HABITABLE
Para usos distintos del de vivienda (art. 3)	Necesidad TEMPORAL de vivienda (de temporada o de segunda residencia)	
	Ejercer una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente	Edificación

En resumen, según mi planteamiento, los CAH no se regirán por la LAU principalmente por ser un arrendamiento parcial de vivienda. Al margen de este motivo, en la hipótesis de que sí se sometiesen al ámbito normativo de esta Ley, los CAH tampoco se regirá por el artículo 2 de la LAU al carecer la habitación de los servicios mínimos y esenciales que en la actualidad deben reputarse imprescindibles, como son la cocina y el baño, o lo que es lo mismo, por carecer de las condiciones mínimas de habitabilidad. Asimismo, entiendo que los mismos requisitos de habitabilidad deben exigirse a los arrendamientos por temporada del artículo 3.2 al ser destinados igualmente a un uso de vivienda, pero de forma temporal, por lo que tampoco tendrían cabida en esta modalidad. Por todo ello, la legislación aplicable a los CAH debería ser el Código Civil.

4.º Punto

En este punto del preámbulo se dice que el pago de la fianza será de carácter obligatorio. Dependiendo de si hablamos de un arrendamiento de vivienda o de uno para uso distinto del de vivienda, la fianza será de uno o dos meses respectivamente.

En relación a este asunto, en la Disposición adicional tercera, relativa a su depósito, se habilita a las CCAA a que regulen el depósito obligatorio de la fianza como fuente importante de la financiación de estas políticas. En el caso de la Junta de Andalucía, a modo de ejemplo, al amparo de la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, se encomienda a la Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía la gestión, control y registro de las fianzas de los contratos de arrendamiento de vivienda y de uso distinto del de vivienda, entre otros, con la finalidad de hacer cumplir la obligación legal de depositar las fianzas como garantía de cumplimiento del contrato de arrendamiento, recogida en el artículo 36.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que, de entre los requisitos para llevar a cabo su depósito, requiere la referencia catastral del inmueble objeto del arrendamiento. Ante esta exigencia cabría plantearse el siguiente interrogante, ¿Qué sucede en aquellos supuestos donde un arrendador alquila dos o más habitaciones de una misma vivienda a distintos arrendatarios?, ¿Habría que depositar 2 fianzas referentes a cada uno de los contratos de habitación, o solamente una que aúne todas las cantidades juntas? Se abre aquí otro debate que no está clarificado aún al no estar resuelta la cuestión sobre cuál es la normativa aplicable a los CAH. De hecho, como se recoge en el punto 3 de este trabajo, existen tres líneas jurisprudenciales diferenciadas al respecto y, dependiendo de cuál se tome como referencia, habrá de depositarse ninguna, una o dos mensualidades.

Mi opinión es que los CAH, al no estar regulados por la LAU, deben regirse por las normas del Código Civil por lo que las partes no estarían obligadas a pactar una fianza por la firma del contrato y, por tanto, tampoco estarían obligadas a depositarla ante ningún órgano para su gestión.

A continuación, no nos detendremos en el análisis del PUNTO QUINTO por falta de relación con el objeto de este estudio.

6.º Punto

Este punto hace referencia a los contratos de arrendamiento de renta antigua, estableciendo que «(...) *estos contratos continuaran hasta su extinción sometidos al mismo régimen al que hasta ahora lo venían estando (...)*». Suponiendo que los CAH se regulen por la LAU, cabría la posibilidad de que existiera un CAH en régimen de renta antigua «de por vida», como ya sucede con algunas viviendas y con algunos locales de negocio, lo que se merecería algún comentario por parte del legislador debido a la repercusión social que representa.

Además, contempla el preámbulo que «(...) *en el caso de arrendamientos de bajo nivel de renta, calculada en función del número de personas que habiten en la vivienda arrendada (...)*». Con esta declaración se acepta, de forma tácita, que las viviendas que se arriendan serán para que puedan habitarla un número de personas en la que puedan realizar su vida de forma adecuada y pacífica, con total dignidad, lo que sería inviable ateniéndonos al objeto del contrato de un CAH, una habitación. Asimismo, indica que «(...) *se concede a los arrendadores el derecho a disfrutar de beneficios en el impuesto sobre el patrimonio, en el de bienes inmuebles, gastos de conservación de la finca arrendada y el coste de los servicios y suministros de que disfrute la vivienda arrendada (...)*». Se habla en este apartado de vivienda. Cabría presuponer que los contratos de habitación quedarían completamente fuera de esta regulación, previéndose todos estos beneficios para los arrendamientos de viviendas íntegras y no para los casos de CAH.

A mayor abundamiento, desde un punto de vista fiscal, las rentas derivadas de los arrendamientos de habitaciones se califican actualmente como rendimientos íntegros del capital inmobiliario al considerarse un supuesto de arrendamiento de bien inmueble destinado a vivienda recogido en el artículo 2 de la LAU, entendiendo que este tipo de contratos sí están regulados por la LAU. Considero que esta interpretación²³, siguiendo la línea de este artículo, es errónea. Para fundamentarlo analizaré la cuestión vinculante V1523-10 como supuesto representativo de la confusión que genera la calificación legal de los alquileres de habitaciones y de cómo se utiliza de forma imprecisa y contradictoria. En ella se anuncia que el consultante de la cuestión es propietario de una vivienda en la que no reside habitualmente y en la que va a alquilar una habitación con derecho a uso de los elementos comunes, cuyo destino será exclusivamente para vivienda del inquilino, un profesor que la utilizará durante el periodo lectivo y que durará desde el 1 de septiembre hasta el 30 de junio. El asunto que se plantea en esta cuestión es si se le podrá aplicar la reducción del rendimiento neto previsto en la LIRPF a fecha de 7 de julio de 2010.

La respuesta de la Subdirección General de IRPF, como órgano emisor de la cuestión, determina que, las rentas derivadas del alquiler de una habitación con derecho a cocina y otros elementos comunes, se calificarán como rendimientos íntegros del capital inmobiliario al constituir, según ellos, un supuesto de arrendamiento de bien inmueble destinado a vivienda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la LAU, por lo que sí le serían aplicables las reducciones previstas en la LIRPF en ese momento. Seguidamente declara que, sin embargo, a aquellos arrendamientos recogidos en el artículo 3 de la LAU, no les serán aplicables las reducciones señaladas cuando el arrendamiento de la finca urbana se celebre por temporada, sea esta de verano o cualquier otra, por destinarse estas a un uso distinto del de vivienda. Bajo mi punto de vista, esta respuesta es el motivo por el que el emisor de esta cuestión confunde los CAH con los demás arrendamientos regulados en la LAU, debido a que en el asunto objeto de estudio se están aunando tres tipos de arrendamientos diferentes en uno mismo al determinarse que el arrendamiento de una habitación (CAH), cuyo destino primordial es satisfacer una necesidad de vivienda temporalmente por un curso académico de 9 meses (*arrendamientos regulados en el artículo 3 de la LAU*), se regirá jurídicamente por lo establecido en el artículo 2 de la LAU (*arrendamientos destinados a uso de vivienda permanente*, cuyas características son, entre otras: que la duración mínima del contrato debía ser de 5 años —3 años actualmente tras la modificación de la LAU en el 2013—, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador su voluntad de no renovarlo; y además, como ya se ha analizado, que el arrendamiento recaiga sobre una «edificación habitable»). Es decir, que el emisor de la cuestión considera como edificación habitable una sola habitación, y como una necesidad permanente una necesidad temporal (el periodo académico). Como ya se ha argumentado anteriormente, ninguno de los requisitos del artículo 2 los reúne el alquiler de una habitación y, por tanto, el CAH no debería entenderse regulado en la LAU y, en consecuencia, no se le deberían aplicar las reducciones previstas en la LIRPF.

Considero que esta confusión se debe a un error en el planteamiento inicial del tema, concretamente al indicarse que el destino será exclusivamente para vivienda. Entiendo que el emisor de la consulta ha relacionado automáticamente este CAH con los arrendamientos que recoge el citado artículo 2 de la LAU, denominados «*arrendamientos de vivienda*», debido a la confusión que genera el término «*vivienda*». En este caso, la causa que motiva el CAH no es una ne-

cesidad permanente de vivienda del arrendatario, como indica el emisor de la consulta, sino una necesidad temporal de vivienda fijada para un periodo escolar y es por este motivo por el que el emisor considera que los CAH se regulan por el artículo 2 de la LAU

Situándonos en la hipótesis de que los CAH sí se regulasen por la LAU, entiendo que estos deberían comprenderse, en todo caso, dentro de los arrendamientos del artículo 3 (los arrendamientos para uso distinto del de vivienda) y no en los arrendamientos del artículo 2, con lo que no le sería aplicable la reducción ya que, como se indica en la propia cuestión, no se aplicarán cuando los arrendamientos se celebren por temporada: «(...) a estos arrendamientos no les resultarán aplicables las reducciones señaladas cuando se celebren por temporada, sea esta de verano o cualquier otra». Resulta paradójico, bajo mi punto de vista, que sea el propio emisor el que indique esta exclusión ya que se trata de un arrendamiento de habitación celebrado por temporada académica y por tanto, como ya he señalado en el párrafo anterior, satisface una necesidad de vivienda temporal, por lo que en este caso hipotético no se le deberían aplicar tampoco las reducciones previstas en la LIRPF. Pero el emisor entiende que no, considerando que se trata de un arrendamiento de un bien inmueble destinado a vivienda de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la LAU y que, por tanto, les serán aplicables las citadas reducciones.

Como conclusion final de todo este análisis de la LAU desde el punto de vista de su preámbulo, si aún persistieran dudas acerca de la aplicabilidad a los CAH de la LAU o del Código Civil, el Tribunal Supremo ha establecido en su sentencia de 25 mayo 1992²⁴ que, en caso de duda entre la LAU o el Código Civil, se habrá de aplicar el Código Civil. Asimismo, ya estableció en otra STC que, en caso de duda, habría que atenerse a lo dispuesto en la legislación común por su carácter general o atrayente²⁵. Y es que como también ha declarado en su sentencia de 10 de febrero de 1986²⁶ «(...) el carácter imperativo de la legislación especial no debe inducirnos a error concluyendo su inaplicabilidad sobre las normas del derecho común en supuestos en que existen dudas acerca de la normativa aplicable, cuando, precisamente por su carácter de normativa excepcional, la situación es la contraria y en cuanto a la aplicación de la ley civil común o de la especial de arrendamientos urbanos, habrá que otorgar preferencia a aquella, por su carácter general y atrayente, y en caso de duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato es la general del código civil o la especial, representada por la LAU, debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad (...)».

III. «POSICION DOCTRINAL»

En cuanto a la posición de la doctrina sobre los CAH he de advertir que únicamente he encontrado una breve referencia bibliográfica, laxa y sin profundidad, lo que me lleva a plantearme diversas hipótesis: si esta omisión sobre el CAH se debe a que, de forma implícita, la doctrina entiende que no se somete a la regulación de la LAU y por ello no hay que hacer siquiera mención de los mismos, o si por el contrario lo entienden explícitamente regulados en dicha norma y por idéntico motivo tampoco hacen mención al mismo, ya sea como arrendamiento de vivienda o como destinado a un uso distinto, o más bien que, simplemente, ningún autor se ha detenido en su estudio ni se ha planteado estas cuestiones, opción por la que me decanto.

Como ya he anunciado, la única referencia bibliográfica acerca de los CAH que he podido encontrar es la de ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RAS-CÓN, E., las cuales indican que, tras estudiar la jurisprudencia sobre el tema, consideran que este tipo de arrendamientos se encuentra excluido de los arrendamientos para uso de vivienda, fundamentando su declaración en lo determinado en algunas Stcs. de Audiencias Provinciales, las cuales pertenecen a la línea jurisprudencial que analizaremos posteriormente en el punto 4.1 y que, de forma resumida, señalan que este tipo de contratos (para uso de vivienda) habrán de celebrarse sobre una edificación habitable y que una habitación carece de tales requisitos²⁷. Estas autoras transcriben parcialmente lo que determinan esas A.P. respecto a la regulación de los CAH, digo que lo hacen parcialmente porque simplemente indican que los CAH no se regulan por el artículo 2.1 de la LAU al no ser una habitación una edificación habitable, pero no se pronuncian acerca de la normativa por la que deberían regularse. Como hemos analizado en este estudio coincido totalmente con esta declaración pero, bajo mi punto de vista, es una manifestación laxa y expeditiva sobre el asunto, ya que no se pronuncian sobre la normativa a aplicar; cuestión sobre la que si se pronuncian, sin embargo, las propias Audiencias Provinciales alegadas por las autoras y que analizaremos posteriormente en el siguiente apartado (4.1.).

La otra obra relativa a la regulación de los CAH que he podido encontrar es *contra cuaderno de arrendamientos urbanos*²⁸. En ella, varios magistrados de diversas Audiencias Provinciales se pronuncian acerca de la cuestión que se plantea en el título de este estudio. A continuación analizaré individualmente cada opinión, dividiendo sus pareceres en 4 grupos según la relación de sus respuestas²⁹.

a) Se aplicará la LAU

Alfonso BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA (*Magistrado sección 3.ª AP de Burgos*) fundamenta la inclusión de los CAH en la LAU equiparando el objeto de los subarrendos del artículo 8.2 (*arrendamiento parcial de la vivienda arrendada*) con el de los CAH (*una única habitación*) ya que, en ambos casos, entiende el magistrado que se trata de una parte de la vivienda.

Su planteamiento radica en que, si en la LAU se regula el subarriendo de una parte de la vivienda, y además se indica que se regirán por lo dispuesto en la misma, el alquiler de una habitación en una vivienda, al igual que un arrendamiento parcial, también se podrá regir por la LAU. Abundando en su fundamento, añade que si el subarriendo puede ser sobre una sola habitación, como así decía la LAU de 1964, y que por lo tanto, está sometido a las prescripciones de la norma, será porque una habitación cumple por sí sola con las exigencias previstas en el artículo 2.1, aunque carezca de los servicios complementarios. El magistrado considera que estos servicios pueden tenerse de forma complementaria con los servicios comunes de la vivienda, entendiendo que esta opción haría posible que el objeto de los CAH sí se pudiera considerar como *edificación habitable*.

Mi opinión al respecto es de total desacuerdo. Como punto de partida, bajo mi punto de vista, BARCALA parte de un planteamiento erróneo al equiparar el objeto de los subarrendos con el de los CAH.

El primer motivo es porque, como ya he comentado anteriormente, considero que la LAU no regula los arrendamientos parciales de vivienda y, por ende, tampoco los arrendamientos de una habitación.

Como segundo punto, indicar que, aunque se trate de dos contratos de arrendamientos, no son el mismo tipo de contrato aunque tengan la misma finalidad (el alquiler de una finca o habitación). Un arrendamiento y un subarrendamiento no presentan las mismas limitaciones ni las mismas particularidades (ej. el precio, la extinción del contrato, libertad del arrendatario-subarrendador, etc.), motivo por el cual, *los subarriendos*, además del articulado de los arrendamientos, presentan una regulación especial (art. 1550 al 1552 del Código Civil y los artículos 8. 2 y 32 de la LAU).

En tercer lugar porque, en el caso concreto de los subarrendamientos del artículo 8. 2 (a los que hace referencia el magistrado), para que estos puedan regularse por la LAU deben reunir una serie de requisitos. En caso contrario, se regularán por lo establecido entre las partes y, supletoriamente, por el Código Civil. Así, dispone el artículo 8. 2 que esos subarrendamientos deberán celebrarse sobre un contrato de arrendamiento del artículo 2 (un arrendamiento de vivienda) y, además, deberán destinarse a satisfacer la necesidad permanente de vivienda del subarrendatario. En este sentido, como vengo sosteniendo a lo largo de este estudio, el alquiler de una sola habitación en exclusiva (ya sea por arrendamiento o subarrendamiento) no satisface las necesidades básicas de vivienda que en la actualidad deben reputarse imprescindibles, a no ser que se conceda un derecho adicional, no en exclusiva, de las restantes dependencias de la vivienda, como son del baño y la cocina. Es decir, que *el objeto* de los CAH carece de las condiciones mínimas de habitabilidad por sí solo, por lo que entiendo que, incluso el subarrendamiento de una sola habitación debería someterse al régimen jurídico del Código Civil y no al de LAU por carecer de uno de los requisitos exigidos³⁰.

A su vez, CREMADES MORANT, Joan (*Presidente sección 13.ª A.P. Barcelona*) también considera que a los CAH se les aplicará la LAU al entender que, el arrendamiento de una habitación sin los servicios complementarios, por el hecho de estar ubicada en el interior de una vivienda, podrá satisfacer tanto la necesidad de vivienda (art. 2.1) como la posibilidad de ser destinada a un uso distinto del de vivienda (art. 3), entendiéndose que, por tanto, un CAH se puede regular por la LAU aunque el objeto del arrendamiento no parezca idónea por disposición de la ley («habitable») por no existir los servicios complementarios. CREMADES basa sus argumentos en que aquellos servicios complementarios que no pueda ofrecer el objeto de un CAH, una habitación, se entienden suplidos por la propia vivienda donde se ubica pudiendo regirse por las disposiciones de la LAU.

Mi opinión al respecto también es de desacuerdo, ya que, bajo mi punto de vista, carece de consistencia. Según esta hipótesis, la regulación jurídica del CAH dependerá de un factor externo no estipulado en el contrato, dependerá del estado de la vivienda donde se encuentre la habitación. Según esta tesis, en el hipotético caso de que en un CAH, la vivienda careciera de los requisitos mínimos de habitabilidad por lo que esos servicios complementarios no se verían satisfechos y el arrendador no estaría cumpliendo las obligaciones que le impone el artículo 1554, así pues no le podría ser aplicable la LAU y sí el Código Civil. Considero que este planteamiento no es conforme a derecho debido a que carece de uno de los elementos esenciales del contrato, el *objeto cierto*³¹, ya que supeditamos su habitabilidad o no a unos factores externos al *objeto* del contrato (únicamente una habitación). Por estos motivos, entiendo que el arrendamiento de una habitación que se ciñe exclusivamente a la misma, una sola habitación, y que carece de los servicios mínimos complementarios, no será conforme al uso al que se destina, satisfacer la necesidad de una vivienda de forma temporal o permanente. Un CAH será exclusivamente sobre una habitación, sin los servicios mínimos para

desarrollar una vida doméstica de modo adecuado y digno, y el tema de debate es saber si ese contrato (no nos cuestionamos qué sucede en la práctica), si su objeto, por sí solo, es conforme con las causas o destinos que motivan la celebración de los arrendamientos de la LAU, cuya respuesta entiendo que es negativa.

Por otro lado, FERRER GUTIÉRREZ, Antonio (*Magistrado AP Valencia*), entiende que, por paralelismo a lo prevenido en el artículo 8.2 de la LAU, se aplicará esta a los CAH dependiendo de la finalidad que se le dé a la porción arrendada (no indica que sea una habitación) ya que el régimen jurídico aplicable vendrá determinado por el hecho de hasta qué punto el objeto arrendado recae sobre unas dependencias habitables susceptibles de servir de morada permanente del arrendatario, en cuyo caso le será aplicable lo prevenido por la LAU. Así, continua su argumento indicando que tendremos que detenernos en cada supuesto concreto teniendo en cuenta 2 cuestiones: a) la duración o permanencia, ya que entiende que no será aplicable este régimen cuando se trate de un arrendamiento por un periodo breve, por ej. Días o semanas (no estoy de acuerdo con este matiz porque, como ya hemos estudiado, la duración del contrato no determina la tipología del arrendamiento, sino el uso al que se destine), y b) que se trate de una porción perfectamente individualizada que por sus propias características tenga la aptitud suficiente para servir de morada a su ocupante. Si los CAH reúnen estos requisitos, según este magistrado, se regularán por la LAU.

En mi opinión, el argumento que ofrece FERRER GUTIÉRREZ sería idóneo en el caso de que equiparásemos los subarriendos con los CAH, pero, como hemos analizado anteriormente con BARCALA, y por cómo se refiere el propio FERRER al objeto del contrato (indicando que ha de ser una porción con aptitud suficiente para servir de morada), no se pueden equiparar ambos tipos contractuales (un arrendamiento y un subarrendamiento) ni tampoco sus objetos contractuales que, aunque tengan en común que se celebran sobre una parte de la vivienda, en el subarrendamiento deberá ser una porción que reúna las condiciones de habitabilidad del artículo 2.1, y en el CAH, es una simple habitación.

Entiendo que este magistrado lo que realiza es una lectura correcta (excepto en lo referido a la duración o permanencia) del artículo 8.2, pero que es aplicable únicamente a los subarriendos que se realicen sobre arrendamientos del artículo 2.1 y nada más, pero no es extrapolable a los CAH.

En la misma línea, FINEZ RATÓN, José Manuel (*Magistrado Juzgado de Primera instancia núm. 13, Bilbao*) también entiende que los CAH quedan sometidos a la LAU, salvo que recaiga sobre alguno de los casos expresamente excluidos por el artículo 5. Entiende que juega a su favor el ámbito objetivo de aplicación establecido por el artículo 1. Además, en el mismo sentido que CREMADES MORANT, considera que el CAH se podrá calificar como arrendamiento de vivienda en los casos en que la vivienda en la que se encuentre reúna las condiciones adecuadas de salubridad y habitabilidad, cumpliendo así la condición de edificación habitable exigido en el artículo 2, y en este sentido indica que también les será favorable lo regulado en el artículo 8.2 relativo a los subarriendos. Finaliza su argumentación indicando que, en otro caso, deberá calificarse como arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Considero que esta hipótesis es errónea por los mismos motivos que los expuestos en el análisis de la opinión de CREMADES MORANT, en el que resumidamente expongo que el CAH se celebra exclusivamente sobre una habitación, al margen de las condiciones del resto de la vivienda, careciendo el objeto del contrato, por sí mismo, del requisito de habitabilidad exigido por el artículo 2.1, cuyo requerimiento considero extensible también a los arrendamientos de

temporada. Así, este magistrado entiende que se suplen por las condiciones del resto de la vivienda que, con carácter general, sí gozan de los servicios e instalaciones propias básicas para cubrir autónomamente de forma digna las necesidades vitales de higiene y estancia o acogimiento del arrendatario. Como expuse anteriormente, esta opinión, a mi parecer, carece de consistencia y fundamento jurídico, ya que el contrato falta de *objeto cierto* puesto que este planteamiento emplaza la regulación jurídica del CAH al estado de la vivienda que se arrienda.

A este argumento, añade FINEZ RATÓN que juega a su favor la posibilidad legal del subarriendo parcial contemplada en el artículo 8.2 de la LAU, pero, como ya he analizado en el apartado del magistrado FERRER GUTIERREZ, no comparto la opinión acerca de que los CAH deben regirse por la LAU, y considero que deben regirse por lo dispuesto en el Código Civil.

Sobre esta cuestión también se pronuncia MOSCOSO TORRES, Pablo José (*Presidente Sección 4.ª AP Santa Cruz de Tenerife*), indicando que se inclina igualmente por la aplicación de la LAU a los CAH, pero con ciertas dudas. Este magistrado comenta que existe cierto paralelismo entre los CAH y los contratos de hospedaje, motivo que le hace titubear en su decisión, ya que el uso de la habitación lleva necesariamente consigo el uso de otros elementos de la vivienda en la que se enclava. Finalmente se inclina por la idea de que a los CAH se les aplique la LAU, dependiendo del destino primordial al que se destine, pudiéndose aplicar tanto el artículo 2 como el 3.

Mi opinión al respecto es contraria. Al igual que he comentado en el análisis de los otros magistrados, los servicios complementarios de los que necesita la habitación para reunir los requisitos mínimos de habitabilidad que la hagan idónea al destino del arrendamiento, no se satisfacen autónomamente con el CAH, dependiendo en este caso de circunstancias terceras (estado de la vivienda) que hacen que su regulación pueda variar de un caso a otro, no teniendo el contrato un *objeto cierto*. Por tanto, entiendo que la legislación aplicable a este tipo contractual será el Código Civil, y no la LAU, al carecer el objeto del contrato (la habitación) de los requisitos exigidos por la misma.

Finalmente, se pronuncia TORRES AILHAUD, Juan Carlos (*Magistrado Juzgado núm.1 de Eivissa. Juez Decano*) indicando que estos contratos se deben regir por la ley especial en la medida en que no llevan implícitos otros servicios complementarios en contraposición de lo que sería un contrato de hospedaje, los cuales entiende no regulados por la LAU (como también hemos estudiado al principio de este estudio). Este magistrado entiende que en los CAH pueden concurrir servicios que se asemejan a los complementarios, pero que más bien son ordinarios y normalmente tributarios de la necesidad de tener un lugar para residir y, en general, cubrir las necesidades vitales inherentes al uso de la vivienda o para la normalidad doméstica, como son, por ej., el baño y la cocina, y que por esta razón, dependiendo del uso al que se destine el arrendamiento, se regirá por el artículo 2 o 3 de la LAU.

Este magistrado ha llegado a esta conclusión por comparación entre el contrato de hospedaje y el CAH, razonando que, si los contratos de hospedaje se excluyen de la LAU por contener unos servicios complementarios al arrendamiento, los CAH sí se regularán por sus normas ya que los servicios adicionales de los que precisa (baño, cocina, etc.) son mas bien ordinarios y se cubren por el uso inherente de la vivienda.

En mi opinión, TORRES AILHAUD no ha valorado que el objeto del contrato (una habitación en exclusiva), no reúne los requisitos mínimos indispensables requeridos para cumplir el uso al que se destinen, satisfacer una necesidad de

vivienda de forma permanente o temporal, en las condiciones mínimas de habitabilidad, dignidad, intimidad y normalidad doméstica, y que tan solo se podrán suplir haciendo uso compartido, y no en exclusiva, de otras prestaciones que le son ajenas al contrato, y que bajo estas circunstancias, al estar obligados los arrendatarios a compartir estos servicios «ordinarios» (que no forman parte del objeto del CAH), no se satisface ninguna de esas condiciones y, por lo tanto, el contrato no es conforme a la finalidad del mismo, no pudiéndoseles aplicar la LAU

Por estos motivos y por todos los expuestos a lo largo de este estudio, considero que la legislación aplicable a los CAH es lo acordado inter partes y, supletoriamente, el Código Civil.

b) Se aplica la LAU si la finalidad es para satisfacer la necesidad permanente de vivienda

En la misma línea que BARCALA y FERRER GUTIÉRREZ, se pronuncian ALCALA NAVARRO, Antonio (*Magistrado sección 6.ª AP de Málaga*) y ILLESCAS RUS, Ángel Vicente (*Magistrado sección 10.ª AP Madrid*), que en resumen, consideran que, si el artículo 8 de la LAU permite el subarriendo parcial de la vivienda arrendada, no parece lógico prohibir el arrendamiento parcial de la vivienda en forma de alquiler de habitaciones a distintas personas, considerando que la calificación como arrendamiento parcial es posible, y la aplicación de la LAU dependerá, al igual que en el caso de los subarriendos del artículo 8.2, de que el CAH se destine por el arrendatario a la finalidad indicada en el artículo 2. 1 de la misma Ley (satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario) y que, en caso contrario, se regirá exclusivamente por lo pactado entre las partes. Es decir, consideran que los CAH se regirán por la LAU únicamente en los supuestos en que el contrato se destine a satisfacer la necesidad permanente de vivienda, y que en los supuestos que sean para un uso distinto el CAH se regirán por lo dispuesto entre las partes, equiparando así el objeto del subarrendamiento parcial de vivienda del artículo 8.2 con el objeto de los CAH, una habitación.

Como he indicado anteriormente, considero que, además de que una habitación no cumple «*per se*» con los requisitos mínimos de habitabilidad que actualmente se reputan imprescindibles para vivir dignamente, no se deben equiparar los subarriendos de vivienda con los CAH, y en menor medida hacerlo exclusivamente con los subarriendos del artículo 8.2 (celebrados sobre los arrendamientos del art. 2), ya que no está teniéndose en cuenta a los subarrendamientos celebrados sobre los arrendamientos del artículo 3 (art. 32.1 y arts. 1550 al 1552 del Código Civil, que permite el arrendamiento total o parcial), siendo así una equiparación incompleta y parcial. Además, como he analizado al comienzo de este estudio, entiendo que los arrendamientos de la LAU han de celebrarse sobre la totalidad de la edificación arrendada, no cabiendo la posibilidad de arrendamientos urbanos parciales sobre habitaciones.

Caso especial es el de los subarrendamientos regulados por la LAU, donde el artículo 8.2 dispone que el subarrendamiento deberá ser parcial además de que deberá destinarse (tanto subarriendo como el arrendamiento) a satisfacer la necesidad permanente de vivienda. En los supuestos de subarrendamientos, aunque se traten de «arrendamientos parciales», no se enmarcan dentro de los tipos de «arrendamientos urbanos» regulados en los artículos 2 y 3 de la LAU, sino que están subordinados a los mismos, los cuales, según el uso al que se destinen, determinarán el régimen legal de dichos subarrendamientos. Por tanto,

la regulación jurídica de los subarrendamientos del artículo 8.2, depende del uso al que se destine el arrendamiento principal sobre el que se celebran; o para uso de vivienda (art. 2) o para uno distinto del de vivienda (art. 3).

Por este motivo no se pueden equiparar los subarrendamientos con los arrendamientos urbanos, concibiendo a los primeros como arrendamientos subordinados a los segundos, dependientes de ellos, cuyo contrato delimitará los derechos de los que puede disponer el arrendatario-subarrendador. No se pueden equiparar los arrendamientos con los subarrendamientos, ni, consecuentemente, el arrendamiento de una habitación con un subarrendamiento, ya que son supuestos diferentes con regulaciones distintas. En el primer caso se regulan, bajo mi punto de vista, por el Código Civil, y en el segundo, también por el Código Civil salvo en los supuestos del artículo 8.2 de la LAU, que dispone que se aplicará el Título II de la LAU a aquellos subarrendamientos parciales que se destinen a un uso de vivienda y que se celebren, a su vez, sobre un arrendamiento regulado por el artículo 2.

Como conclusión, entiendo que todos los arrendamientos urbanos regulados en la LAU deben tener por objeto la totalidad de la finca urbana. Considero que los arrendamientos parciales están excluidos de la LAU. Caso diferente sería cuando, una vez celebrados estos contratos sobre la totalidad de la edificación (finca urbana), se celebrase un subarrendamiento, los cuales sí se podrán regir por la LAU en caso de reunir los requisitos establecidos en el artículo 8.2 (que se celebren sobre un arrendamiento destinado a vivienda) y en el artículo 2.1 (que la porción arrendada se realice sobre una edificación habitable). En caso de no reunirlos, se someterán a lo dispuesto por el Código Civil.

c) Se trata de un contrato de uso distinto al de vivienda

Una opinión diferente tiene ÁLVAREZ SANCHEZ, José Ignacio (*Magistrado Sección 4.ª AP Asturias*) que, al contrario que ALCALÁ NAVARRO, Antonio e ILLESCAS RUS, Ángel Vicente, indica que una habitación no cumple los requisitos establecidos por el artículo 2.1 de la LAU para poderla considerar como un arrendamiento de vivienda sometido a esta Ley, ya que le falta la nota de habitabilidad. La duda le surge a este autor a la hora de calificar este contrato como de uso distinto al de vivienda sometido a la LAU, o como arrendamiento excluido sometido al Código Civil, ya que el artículo 3, que antes sí lo exigía, prescindió del requisito de habitabilidad, y es por este motivo por el que finalmente se decanta el magistrado, considerando el CAH como un arrendamiento sometido al artículo 3 de la LAU.

Estoy de acuerdo con este magistrado en cuanto que una habitación no reúne «*per se*» las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas por el artículo 2.1 y por tanto, no se le debería aplicar ese artículo, pero respecto a que se le aplique el artículo 3, en base a que no se exige ese requisito de habitabilidad, estoy en desacuerdo. En primer lugar, porque al igual que he explicado anteriormente, entiendo que el ámbito de aplicación de la LAU se extiende a las fincas o edificaciones urbanas en su totalidad, no posibilitando los arrendamientos parciales. Como segunda idea porque, como analizo en el punto 2.2c) de este estudio, entiendo que el hecho de que no se exija la habitabilidad en los arrendamientos del artículo 3 se hace para englobar conjuntamente tanto a los arrendamientos por temporada como a los dedicados a la industria. En este sentido, un arrendamiento de temporada que se destina a satisfacer una necesidad de vivienda de forma temporal, necesitará de una edificación habi-

table, sino no satisface la causa que lo originó, la necesidad temporal de una vivienda habitable. Entiendo que el objeto de los arrendamientos destinados a vivienda y también los celebrados por temporada tienen en común el objeto del contrato, una vivienda habitable y, por tanto, los CAH no se pueden regir por lo dispuesto en el artículo 3 de la LAU, debiéndose someter a lo dispuesto en el Código Civil.

Como conclusión, estoy de acuerdo con este magistrado en que los CAH no se regirán por el artículo 2 de la LAU, pero, a diferencia del mismo, entiendo que tampoco por el artículo 3, sino por el Código Civil.

d) Se aplica el Código Civil

Finalmente, en la posición opuesta a todos los magistrados anteriores, y en el mismo sentido que este estudio, pero no con los mismos argumentos, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, Enrique (*Magistrado Sección 5.ª AP Alicante*) entiende que los CAH se regirán por lo dispuesto en el Código Civil y no por la LAU. Este magistrado se fundamenta también en lo dispuesto en el artículo 8.2, que se refiere al subarrendamiento parcial e indica que si la finca subarrendada se destina a la finalidad prevista en el artículo 2.1 de la LAU, se regirá por la LAU, y que en caso contrario, se regirá por lo pactado entre las partes. Esta disposición la interpreta el Magistrado indicando que, en el arrendamiento de una habitación sin los servicios complementarios, no cabe que se satisfaga la necesidad permanente de vivienda. Por lo tanto, siguiendo el precepto indicado, el régimen aplicable será el Código Civil, a diferencia de los anteriores magistrados que entendían que esos servicios complementarios se solventaban por el mero hecho de habitar en el interior de la vivienda, subordinando por tanto su satisfacción a un factor externo.

Estoy de acuerdo con este magistrado en que se aplica el Código Civil a los CAH, pero disiento en los argumentos expuestos pues los basa en una interpretación del artículo 8.2 de la LAU, equiparando el subarrendamiento parcial con el alquiler de una habitación. Entiendo que es un error porque, si tuviéramos como base este argumento, en el cual se aplica el Código Civil por «descarte», por no reunir el objeto arrendado las condiciones exigidas en el artículo 2.1, entonces sería válido el discurso de ÁLVAREZ SÁNCHEZ, en el que cabría la posibilidad de que los CAH, si no se rigen por lo dispuesto en el artículo 2, se rijan por el artículo 3 de la LAU. A su vez, también cabría todo aquello argumentado por FERRER GUTIÉRREZ, BARCALA y FINEZ RATÓN, que indican que se les aplicará la LAU a los CAH al entender que, el arrendamiento de una habitación sin los servicios complementarios, al estar ubicada en el interior de una vivienda, podrá satisfacer tanto la necesidad de vivienda (art. 2.1) como ser destinada a un uso distinto del de vivienda (art. 3), por lo que se puede regular por la LAU aunque el objeto del arrendamiento no parezca idóneo por disposición de la ley («habitable») por no existir los servicios complementarios dentro de la misma. Es decir, los CAH sí se podrían regular entonces por el artículo 3, al recaer los arrendamientos sobre una edificación sin ese requisito de habitabilidad.

Mi opinión, como ya he argumentado a lo largo de este estudio, es que los CAH no se rigen por la LAU principalmente porque el *objeto cierto* del contrato, la habitación, no es una edificación urbana sobre las que recaen los arrendamientos urbanos recogidos en el ámbito de aplicación de la LAU, pues han de celebrarse sobre la totalidad de la finca, no siendo válidos los arrendamientos parciales.

Y en segundo lugar, porque suponiendo que no se tenga en cuenta el primer argumento, una habitación «*per se*» no es una edificación habitable, requisito exigido para los arrendamientos del artículo 2 y, en mi opinión, también exigible a los arrendamientos de temporada.

IV. ANÁLISIS DE LAS CORRIENTES JURISPRUDENCIALES

En este apartado analizaremos las tres corrientes jurisprudenciales que siguen nuestros tribunales y que emanan de las Audiencias Provinciales debido a que aun nuestro Alto tribunal no se ha pronunciado al respecto. Estas corrientes las conforman, de un lado, aquellas posturas que consideran que los CAH se regulan por lo establecido en la LAU, corriente que se divide a su vez en otras dos: la que considera que están regulados por el artículo 2 (como arrendamiento de vivienda) y la que entiende que se regula por el artículo 3, como arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Y por último, está la línea jurisprudencial, minoritaria, que considera que este tipo de arrendamientos está recogido en el Código Civil, concretamente, en los artículos 1542 a 1574 y 1580 a 1583, con la que coincide.

1. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL ARTÍCULO 2 DE LA LAU

A) Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) sentencia de 26 octubre de 2006³²

El litigio en cuestión versa sobre la pretensión de la parte arrendadora de resolver un CAH con derecho a cocina basándose en un doble motivo: por falta de pago de la renta establecida y por expiración del término pactado. En primera instancia le es desfavorable la resolución judicial que recurrirá planteando la cuestión esencial del pleito: si el contrato está sometido al régimen jurídico de la LAU o, por el contrario, a las normas del Código Civil, artículos 1542 y sigs.

El tribunal de apelación, en su fundamento jurídico (en adelante, FJ) 1.º, se planteará la cuestión acerca de si el contrato de habitación debe encontrarse sujeto a las disposiciones de la LAU o al el Código Civil, artículos 1542 y sigs., inclinándose finalmente por la primera opción en base a dos argumentos:

En el primero de ellos, dispone el tribunal que: «*En primer lugar y sobre todo atendiendo a los propios preceptos contenidos en la legislación especial (LAU), como es por ejemplo, cuando dice que el objeto de la ley está constituido por las fincas urbanas que se destinen a «vivienda», entendiéndose por tal la que recae sobre una edificación habitable cuyo destino primordial es la de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, comprendiendo también sus espacios accesorios, y nada sobre el particular señala sobre si el contrato ha de recaer sobre una vivienda íntegra o solo parte de ella, y por estos motivos —vivienda y necesidad permanente— excluye de su regulación o bien las edificaciones cuyo uso principal no sea el de vivienda o bien aquellas otras cuyo uso sea solo por temporada, señalando al respecto como ejemplos de supuestos no comprendidos en la ley aquellos arrendamientos que tengan por objeto una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, o los que se refieran a breves lapsos de tiempo como los de verano y asimilados*».

El principal argumento en el que se fundamenta el tribunal es en la propia Ley, asegurando que el objeto de la misma está constituido por «*las fincas urbanas que se destinen a vivienda*». Como punto de partida, esta afirmación es incompleta,

pues tan solo leyendo el artículo 1 de la LAU se advierte que a esta declaración le falta su apartado final (que hace referencia a aquellos arrendamientos recogidos en el art. 3), «(...) o a usos distintos del de vivienda». Así pues, la Audiencia Provincial (en adelante, AP) no está teniendo en cuenta como objeto de la LAU a aquellos arrendamientos destinados para un uso distinto del de vivienda, descartando la hipótesis de que los CAH se puedan regular también por el artículo 3, por lo que la calificación jurídica sobre este CAH es en base a un solo tipo de arrendamientos recogidos en la norma, sin valorar aquellos otros que también se recogen. Es una calificación incorrecta ya que cuando el tribunal declara que el CAH estará sometido a la LAU, lo hace sin valorar lo dispuesto en el propio artículo 3: *«por estos motivos —vivienda y necesidad permanente— excluye de su regulación, o bien las edificaciones cuyo uso principal no sea el de vivienda o bien aquellas otras cuyo uso sea solo por temporada»*, entendiendo que en la misma se regula un solo tipo de arrendamientos, los de vivienda. Resulta sorprendente que determine el tribunal que la LAU excluye de su regulación unos arrendamientos que expresamente vienen recogidos en la misma. En mi opinión, este hecho evidencia que la AP ha redactado esas líneas sin tener en cuenta el artículo 3, y ha valorado únicamente como «objeto de la ley» su artículo 2, entendiendo que un CAH estará regulado en la misma.

Junto a esta conclusión, el tribunal añade otro motivo para considerar que el CAH se regulará mediante el artículo 2 de la LAU Señala que como no se prevé nada al respecto en sentido contrario en la LAU y como no se excluye expresamente, se entenderá incluida en su ámbito de aplicación: *«(...) y nada sobre el particular señala sobre si el contrato ha de recaer sobre una vivienda íntegra o solo parte de ella (...)»*. De este modo, el motivo que determina que este tipo de arrendamientos se encuentran sujetos a la LAU y no al Código Civil será que, como la primera no los excluye específicamente de su regulación, se entienden regulados por ella.

Considero que este argumento, como se ha visto a lo largo de este estudio, es erróneo en base a lo que declara nuestro Alto tribunal en sentencia de 10 de febrero de 1986³³, donde dispone que el carácter imperativo de la legislación especial no debe llevarnos a error; concluyendo su inaplicabilidad sobre las normas del Derecho común en supuestos de dudas acerca de la normativa aplicable: *«(...) el carácter imperativo de la legislación especial no debe inducirnos a error concluyendo su inaplicabilidad sobre las normas del derecho común en supuestos en que existen dudas acerca de la normativa aplicable, cuando, precisamente por su carácter de normativa excepcional, la situación es la contraria y en cuanto a la aplicación de la ley civil común o de la especial de arrendamientos urbanos, habrá que otorgar preferencia a aquella, por su carácter general y atrayente, y en caso de duda acerca de si la normativa aplicable a un contrato es la general del Código Civil o la especial, representada por la LAU, debe concluirse la aplicabilidad de la legislación general dictada para la mayoría de los casos en lugar de seguir el criterio de la especialidad»*.

Creo que este primer argumento, esgrimido para considerar un CAH en base al artículo 2 de la LAU, es erróneo. Primero, porque se hace un estudio incompleto de la ley, obviando los arrendamientos del artículo 3, y segundo, porque afirma que dado que no se excluye específicamente este tipo de contratos de su regulación, se entenderán regulados por ella, y como acabamos de ver, estaría contradiciendo lo establecido por el Tribunal Supremo.

A modo de síntesis, este «argumento» no innova ni aporta absolutamente nada en relación al tema de fondo, la inclusión o no de los CAH en la LAU, ya que

tan solo se ha limitado a transcribir de forma incompleta e incoherente algunos apartados de la ley. No tiene en cuenta que se trata de una ley específica sobre un tema concreto (el arrendamiento urbano), en la que se regula una materia de forma delimitada y concisa.

Siguiendo la tesis mantenida en este estudio, se entiende que el legislador no ha dejado un vacío legal ni un concepto jurídico indeterminado para la libre interpretación de las partes, sino que de manera tácita, los CAH han de entenderse excluidos de la regulación de la LAU ya que el objeto de su regulación, una habitación, no es conforme con la línea del artículo 47 de la CE, que inspira su creación, y que recoge el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada.

El segundo de los argumentos utilizados por la AP en el caso enjuiciado es la mención a la jurisprudencia que viene conociendo de estos asuntos, citando una serie de sentencias que afirman ir en el mismo sentido que su decisión, pero, como sucedía en el primer argumento, entiendo que esta tesis tampoco tiene fundamento ya que las resoluciones judiciales mencionadas no guardan relación alguna con la cuestión de fondo del caso estudiado al no pronunciarse acerca de qué normativa ha de ser la aplicable a los CAH ni sobre su porqué.

A continuación, analizaré las sentencias resaltadas por la AP como argumentos para respaldar su decisión.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.^a) de 5 de diciembre de 2006³⁴

El litigio en cuestión versa sobre un contrato de arrendamiento que se limita al alquiler de tres habitaciones con derecho a cocina y cuarto de baño, así como la mitad de los bajos, cuerdas, patio y huerto de detrás de la casa, existiendo otras dependencias de la casa que no fueron objeto de arrendamiento, siendo el objeto del mismo una parte de la vivienda, no la totalidad. Sin embargo, en la demanda, el arrendador solicita que la parte arrendataria le permita el acceso a las zonas que no fueron objeto del contrato de arrendamiento en virtud del derecho de propiedad que ostenta. Como resultado, el asunto que se le plantea al órgano judicial se centra en decidir si el alquiler fue sobre toda la vivienda o tan solo sobre una parte de la misma, pero, en ningún caso, se plantea la cuestión acerca de qué normativa se aplica en los casos de CAH.

Entiendo que la remisión que la AP hace a esta sentencia para argumentar por qué considera que el CAH ha de regirse por el artículo 2 de la LAU y no por el Código Civil, no es válido ya que no refuerza en ningún momento su tesis al no resolver el debate de fondo en la citada sentencia aludida. Por todo ello, mi criterio es que el argumento que esgrime el tribunal para fundamentar su argumento carece, válgame la redundancia, de fundamento.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a) de 7 de septiembre de 2005³⁵

La controversia planteada en esta sentencia no versa tampoco sobre la aplicabilidad o no de la LAU, aplican directamente la LAU sin un previo debate o cuestionamiento al respecto. En esta STC no existe reflexión acerca de la normativa que regulará el contrato, por lo tanto, esta resolución judicial tampoco sirve como argumento del tribunal para fundamentar por qué los CAH han de regularse por la LAU y no por el Código Civil, ni apoya ni respalda la opinión de la Audiencia Provincial, ya que el fondo de ambos litigios es totalmente distinto y no existe relación entre ellos.

• Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.ª) de 30 junio de 2004³⁶

El litigio en cuestión de esta sentencia tampoco gira sobre la aplicación o no de la LAU o el Código Civil, discutiéndose únicamente acerca de la valoración de algunas pruebas relacionadas con un CAH, al que se aplica directamente la LAU, de modo que, alegar a esta resolución judicial, carece de sentido para fundamentar el porqué los CAH han de regularse por la LAU y no por el Código Civil.

Como síntesis del segundo argumento usado por la AP para regular los CAH en una vivienda por la LAU, concretamente por el artículo 2, insisto en que la relación de sentencias alegadas con el objeto de debate en cuestión es nula, puesto que ninguna de ellas se cuestiona qué normativa aplicar. Por consiguiente, entiendo que este segundo argumento es infundado de manera que esta tesis jurisprudencial se basa únicamente en la concreta interpretación que hace de la LAU este mismo tribunal, bajo mi punto de vista errónea, sin tener ningún apoyo jurisprudencial que se haya pronunciado sobre la misma cuestión y en la misma línea.

B) Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 18 enero de 2008³⁷

Esta AP, en su F.J. 4.º, también se plantea si el CAH se encuentra recogido en la LAU o, por el contrario, por las normas del Código Civil, concretamente en sus artículos 1542 y siguientes.

De la misma forma que sucede en la anterior STC, este tribunal se inclinará por aplicar la LAU fundamentándose exactamente los mismos argumentos que la anterior STC. Por este motivo, tan solo resumiremos brevemente la posición del tribunal.

El principal argumento en el que se fundamenta el tribunal también es la propia Ley, asegurando que el objeto de la misma está constituido por «*las fincas urbanas que se destinen a vivienda*». Como ya hemos indicado anteriormente, esta afirmación carece de validez ya que no se tienen en cuenta los arrendamientos destinados a usos distintos del de vivienda. Además, junto a esta afirmación, el tribunal indica que como nada se dice al respecto en sentido contrario, que como no se excluye expresamente, se entenderá incluida. Al igual que he comentado en la STC anterior, considero que este argumento carece de fundamento en base a lo que establece nuestro Alto tribunal.

El segundo argumento igualmente usado por la AP, es citar las tres sentencias analizadas con anterioridad y que, como hemos indicado, no tenían correlación con el fondo del asunto cuyo estudio se aborda en este trabajo y añade dos sentencias más para fundamentar su decisión, en concreto, la SAP de Madrid de 30 de abril de 1997 y la SAP de Vizcaya de 30 de junio de 1998, si bien me ha sido imposible encontrarlas en ninguna base de datos de jurisprudencia.

1. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL ARTÍCULO 3 DE LA LAU

A) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) de 13 de diciembre de 2007³⁸

En este supuesto, ambas partes acordaron el alquiler de una habitación con el derecho adicional de utilizar la cocina y el cuarto de baño de la propia vivienda,

con fecha de 1 de agosto de 2005, acordando que el contrato quedaría resuelto en virtud de requerimiento del arrendador con una antelación de un mes. A fecha de 13 de octubre de 2015 se verifica dicho requerimiento mediante burofax, que fue desatendido por la arrendataria demandada, con la consiguiente interposición de demanda solicitando se le condenase a su desalojo bajo apercibimiento de lanzamiento.

En el F.J. 1.º de la sentencia, el tribunal indica que el juez de primera instancia había entendido que el arrendamiento de una habitación, situada dentro de una vivienda, responde al concepto establecido en el artículo 2 de la LAU, y no se encuentra comprendido entre las exclusiones del artículo 5 de la misma, que enumera los contratos de arrendamiento urbano excluidos del ámbito de la ley, añadiendo que tampoco podrá encuadrarse dentro de figuras afines como el contrato de hospedaje y el derecho de habitación y que, por lo demás, no consta que las partes hayan querido someterse a la normativa general del Código Civil. Concluye que el arrendamiento litigioso quedará sometido a la normativa especial del arrendamiento de viviendas en la LAU, concretamente a su artículo 9, que establece que la prórroga obligatoria por plazos anuales hasta una duración mínima de 5 años (3 años en la actualidad, tras la modificación por la Ley 4/2013).

Frente a esta calificación del juez de primera instancia, el recurrente apela argumentando que dicho contrato se ha de regular por los artículos 1580 y siguientes, y no conforme a la normativa especial de la LAU, por lo que, en materia de duración contractual, le será aplicable la previsión de los artículos 1565 y siguientes del Código Civil, y no el plazo mínimo previsto en el artículo 9 de la LAU.

Por consiguiente, el litigio que se plantea y que se recurre en alzada se reduce a determinar si el contrato ha de regularse por el artículo 2 de la LAU y, por tanto, le es aplicable el artículo 9 en cuanto a su duración o, si por el contrario, está sujeto a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 1580 y siguientes, y de forma más concreta, a lo establecido en los artículos 1565 y 1566 referentes a la duración de los contratos.

A continuación, en su F.J. 2.º, declara la AP que la cuestión litigiosa pende exclusivamente de la naturaleza jurídica que se asigne al contrato, que se excluye definitivamente la calificación del contrato como hospedaje o como derecho de habitación y, sorprendentemente y sin fundamento ni explicación alguna, determina imperativamente que «*nos hallamos desde luego ante un contrato de arrendamiento urbano del que solo resta determinar si debe reputarse arrendamiento de vivienda (art. 2 LAU) o destinado para uso distinto del de vivienda*» (art. 3 LAU). Ante dicha afirmación, se deja sin solución la pretensión del demandante, quien recurre en alzada solicitando la calificación del contrato como de arrendamiento sujeto al Código Civil y no a la LAU.

La AP establece que se encuentra claramente ante un arrendamiento de vivienda regido por la LAU, dejando de lado y sin argumentación jurídica la verdadera cuestión de fondo que se suscita en este asunto.

Así las cosas, entiendo que el contenido de este fundamento jurídico falta a lo estipulado en el artículo 209 de la LEC, en sus puntos 3.º y 4.º, referente a las reglas especiales de forma y contenido de las sentencias: «3.ª *En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.* 4.ª *El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación*

o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas (...)», no siendo tampoco conforme a lo dispuesto en el artículo 218.1 de la misma Ley, que establece: *«Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate»*, ambos preceptos relacionados con el principio de justicia rogada recogido en el artículo 216. Entiendo que se ha dado una solución rápida a las formas del asunto pero no al verdadero fondo que se ha planteado en el litigio.

Una vez determinado por la AP el debate del litigio (que considero erróneo), la aplicación del artículo 2 o del 3.2 de la LAU al CAH, y sin hacer mención alguna a la cuestión planteada por el apelante, el tribunal procederá a valorar el arrendamiento de vivienda (art. 2) definiéndolo en referencia a su objeto, por recaer sobre una edificación habitable: *«(...) estos contratos recaerán sobre una «edificación habitable» y apta para servir al destino de «satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario», en concordancia con la constante y consolidada doctrina jurisprudencial que destaca como núcleo característico del contrato el hecho de que la edificación cedida sea adecuada a servir las necesidades de morada o residencia, donde la persona o la familia desarrollan la intimidad de su existencia, construyendo su hogar o sede de la vida doméstica»*. A continuación, indica que *«el concepto de habitabilidad no puede predicarse del objeto arrendado en el supuesto enjuiciado, una dependencia o habitación ubicada dentro de una vivienda, carente de los servicios mínimos y esenciales que en la actualidad deben reputarse imprescindibles, y que solo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamente se sirvan los restantes ocupantes de la vivienda, como son la cocina y el baño»*. En definitiva, concreta que *«la cesión de uso en exclusiva recae sobre una única dependencia, carente de las mínimas condiciones de habitabilidad, lo que nos lleva a la conclusión de que el contrato que examinamos no puede reputarse arrendamiento de vivienda comprendido en el artículo 2 LAU, ni por tanto está sujeto al régimen jurídico propio de esta figura, en el que se incluye el artículo 9 que aplica la sentencia recurrida, sobre duración de los contratos de arrendamiento de vivienda»*.

Por consiguiente, se sobreentiende que esta Audiencia considera que dicho arrendamiento estará regulado por el artículo 3.2 de la LAU.

En el F.J 3.º de la sentencia objeto de examen, se determina que como consecuencia de lo expuesto anteriormente, en cuanto arrendamiento concertado para uso distinto del de vivienda por no recaer sobre una edificación habitable, su plazo de duración estará sometido a lo previsto en el Código Civil, debido a que la LAU nada establece al respecto en cuanto a la duración de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, con la consecuencia de que una vez acreditado el requerimiento de desalojo enviado por burofax, se produjo el efecto de impedir la tacita reconducción con la consecuente extinción del arrendamiento. Por todo lo cual, proceden a estimar el recurso.

Al igual que ocurría con la sentencia analizada en el epígrafe anterior, se vuelve a dar una calificación de forma excluyente al contrato en cuestión al calificarlo desde una perspectiva negativa. Se establece que, al no ser para vivienda, se calificará como arrendamiento para uso distinto del de vivienda. A este respecto, considero que es un argumento muy pobre jurídicamente para conceptuar un contrato y determinar sus consecuencias jurídicas, además de por

no fundamentar jurídicamente la auténtica cuestión de fondo que se plantea en el litigio por la parte demandante (determinar qué normativa deberá regular el contrato, si la LAU o el Código Civil), porque de seguir esta corriente se abriría la veda a hipotéticos arrendamientos urbanos en condiciones indeseables y carentes de cualquier tipo de dignidad para el ser humano, contraviniendo así todos los principios que se recogen en el preámbulo de la LAU y que son los que motivan su creación; desaparecerían las condiciones mínimas de habitabilidad de aquellas edificaciones que se arrendasen por temporada, las que se destinen a satisfacer una necesidad temporal de vivienda, sea esta de verano, académica o cualquier otra... Siguiendo este planteamiento, sí se entendería que la LAU regular el alquiler de cualquier edificación en condiciones no habitables y precarias por temporada o, lo que es lo mismo, que la ley permitiese que el alquiler de cualquier edificación (una edificación sin cocina ni baño, un sótano sin ventilación ni condiciones de seguridad, una vivienda en ruinas, un pequeño local sin electricidad ni agua potable, una terraza, etc.) fuera admitida como objeto de un arrendamiento urbano cuyo destino o causa sea fuese el de residir durante un periodo vacacional, o para satisfacer la necesidad de una vivienda de un estudiante durante una temporada académica, o para una persona divorciada privada del uso de la vivienda conyugal, etc. Entiendo que, de esta forma, se desnaturaliza y distorsiona la verdadera intención del legislador, elaborar una ley específica para fomentar el alquiler de viviendas como tal, en su totalidad y con las condiciones mínimas exigibles en la actualidad a cualquier edificación que se destine para ser habitada, sin importar por cuanto tiempo.

Por todo lo expuesto, opino que esta sentencia está erróneamente fundamentada y que el CAH no ha de regularse por el artículo 3 de la LAU, sino por el Código Civil, entendiéndose que el objeto del arrendamiento de una vivienda de forma temporal ha de ser una vivienda habitable, por ello, en el caso del arrendamiento de una habitación no se regularía por la LAU, sino por el Código Civil.

B) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) de 1 de febrero de 2010³⁹

La cuestión litigiosa en esta ocasión está formada por una demanda de desahucio por precario de un contrato de arrendamiento de una habitación dotada de un baño. La cuestión de fondo del pleito versa sobre la calificación del contrato como «*de vivienda*» (aplicación del artículo 2 LAU) o un «*contrato de temporada*» (art. 3.2 LAU), para poder determinar la duración del mismo.

En esta sentencia no se discute sobre qué normativa debería ser la aplicable a los CAH, sino que el tribunal parte de la base de que la normativa aplicable es la LAU, siendo el objeto de debate que artículo de la misma de será aplicable si el 2 o el 3. Inclinandose finalmente por la segunda opción. El tribunal terminará calificando el contrato como de arrendamiento por temporada distinto del de vivienda, fundamentándose en que, como el objeto del contrato se refiera a una estancia dotada únicamente de un dormitorio y un baño, esta no se puede calificar como «una vivienda» a los efectos de la LAU y por tanto, no podrá considerarse como contrato de arrendamiento de vivienda.

Considero que esta conclusión no es válida en base a que, en mi opinión, como anteriormente expuse, los arrendamientos parciales de vivienda (inclusive los CAH) tampoco se recoge en el artículo 3 de la LAU, ya que el destino primordial del contrato, la causa que los fundamenta, también es la satisfacción de

una necesidad de una vivienda, es decir, de una edificación en las condiciones mínimas de habitabilidad de forma temporal. Entiendo que ésta necesidad no se podrá satisfacer correctamente con una «edificación» que no es habitable por carecer de los servicios mínimos y esenciales que, en la actualidad, deben reputarse imprescindibles, y que sólo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamente se sirven los restantes ocupantes de la vivienda, como son la cocina y el baño.

Bajo mi punto de vista, el Tribunal hace una calificación excluyente de la normativa que regulará el contrato estableciendo que, al no tratarse de una edificación habitable, no se podrá calificar como un contrato de vivienda (el art. 2) y que, por tanto, estará regulado por lo dispuesto en el artículo 3, como arrendamiento destinado a uso distinto del de vivienda. Considero que esta sentencia, al igual que sucedía en la anterior, está incorrectamente fundamentada y, por ello, el CAH no ha de regularse por el artículo 3 de la LAU, sino por el Código Civil, en relación con la postura que mantengo en este estudio acerca de la necesidad de que, aparte de que la LAU se aplica a los arrendamientos que se celebren sobre la totalidad de las edificaciones urbanas, el objeto de los contratos de arrendamiento por temporada recaigan sobre una «edificación habitable», excluyéndose de su regulación los CAH.

C) *Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) sentencia de 8 de mayo de 2008*⁴⁰

La controversia planteada en esta sentencia tampoco se centrará en determinar si un CAH, cuyo objeto del contrato era el uso de una habitación dentro de una vivienda con derecho adicional a utilizar de forma compartida la cocina, el baño y demás dependencias de la casa que se consideran comunitarias, durante un plazo de 11 meses, ha de regularse por lo dispuesto en la LAU o en el Código Civil.

Al igual que sucede en las resoluciones judiciales ya vistas, el tribunal determinará unilateralmente que se trata de un contrato de arrendamiento urbano regulado en la LAU, centrando el debate en determinar si se debe considerar el CAH como un arrendamiento de vivienda definido en el artículo 2 de la LAU o en el artículo 3. Por tanto, considero que este objeto del debate es erróneo ya desde el comienzo puesto que la stc no resolverá la verdadera cuestión sobre la normativa aplicable debido a que se ha posicionado desde el principio a favor de la LAU.

Para determinar qué artículo será el aplicable a los CAH, la AP va a definir los arrendamientos de vivienda (art. 2) haciendo referencia a su objeto: una «*edificación habitable*» apta para servir al destino de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, todo ello en concordancia con la constante y consolidada doctrina jurisprudencial que destaca como núcleo característico de estos contratos que la edificación cedida sea adecuada a servir las necesidades de morada o residencia.

Respecto al concepto de habitabilidad, indica el tribunal que una habitación no se puede calificar como tal: «*no puede predicarse del objeto arrendado en el supuesto enjuiciado, que se ciñe a una habitación ubicada dentro de una vivienda, carente de los servicios mínimos y esenciales que en la actualidad deben reputarse imprescindibles, y que solo resultan suplidos por la concesión del derecho a utilizar en forma compartida, no en exclusiva, otras dependencias de las que simultáneamen-*

te se sirven los restantes ocupantes de la vivienda, como son la cocina y el baño». De este modo, el tribunal considera que los CAH, por referencia a su objeto, una edificación, no se regulan por el artículo 2 sino por lo dispuesto en el artículo 3 sobre arrendamientos para uso distinto del de vivienda.

Al igual que las anteriores, y por los mismos motivos que la stc. Anterior, esta sentencia carece de un fundamento jurídico sólido y no argumenta sólidamente porqué los CAH deban regularse por el artículo 3.

2. A FAVOR DE SU REGULACIÓN POR EL CÓDIGO CIVIL

A) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 20 de mayo de 2010*⁴¹

En este pleito se discute si el arrendamiento se llevó a cabo sobre la totalidad de la vivienda o, por el contrario, fue simplemente sobre una habitación. Frente a la parte demandante que alega que el arrendamiento fue de una habitación y que, por lo tanto, debería aplicarse el Código Civil, la parte contraria entiende que el arrendamiento se acordó sobre la vivienda completa entendiendo que el contrato debería someterse al régimen jurídico de la LAU. Ante estos hechos, el tribunal se pronuncia sentenciando que los CAH se encuentran regulados en el Código Civil y no por la LAU ya que no reúnen el requisito exigido en el artículo 2 de la LAU, es decir, la condición de habitabilidad.

El Tribunal emite su Sentencia haciendo un análisis parcial de la LAU. Su principal argumento es que los CAH no reúnen la condición de habitabilidad del artículo 2 de la LAU, por lo que se regularan entonces por el Código Civil. En mi opinión, se trata de un veredicto parcial que emiten de forma negativa o por exclusión; como los CAH no reúnen la condición de habitabilidad del artículo 2, se excluyen de la LAU. Con esta decisión, entiendo que el Tribunal no ha valorado la posibilidad de que los CAH se pudiesen regular también por el artículo 3 de la LAU, los cuales no exigen ese requisito de «habitabilidad» de la edificación que es determinante para esta resolución (aunque como ya hemos visto anteriormente, en mi opinión si es un requisito indispensable para los arrendamientos de temporada).

Esta sentencia podríamos rebatirla indicando que, si los CAH no se regulan por el artículo 2 de la LAU por falta de habitabilidad del objeto arrendado, entonces sí que podrían regirse por lo dispuesto en su artículo 3 puesto que esa exigencia no se da y, por tanto, no deberían de excluirse directamente de la LAU remitiéndolos al Código Civil. Es decir, que según el propio argumento de este Tribunal, la normativa aplicable a los CAH sí que debería ser la LAU pero en lugar de regirse a lo dispuesto en el artículo 2 deberían someterse al artículo 3 (los arrendamientos destinados a un uso distinto del de vivienda).

Bajo mi punto de vista, es un fundamento débil y parcial que no resuelve la verdadera cuestión de fondo estudiada en este artículo y que no se podría tomar como argumento válido que resuelva la problemática de este estudio ni porqué los CAH se rigen por el Código Civil y no por la LAU. Considero que esta stc da una solución acertada a la cuestión sobre la normativa a la que deben someterse los CAH pero a través de un fundamento incompleto y rebatible. Al igual que este Tribunal, entiendo que los CAH se excluyen de la LAU pero llego a esta conclusión por unos fundamentos distintos los cuales he expuesto a lo largo de todo este estudio y que se podrían resumir en que entiendo que los arrendamientos de la

LAU deben realizarse sobre la totalidad de la «finca urbana» y que, en caso de no admitirse esa teoría, un CAH tampoco podría ser objeto de los arrendamientos de temporada, ni por ende de los de vivienda, ya que considero que ambos deben celebrarse sobre una edificación habitable y el objeto de estos contratos no reúne este requisito.

V. CONCLUSIONES

I. Los arrendamientos regulados en la LAU deberán celebrarse sobre la totalidad de la edificación urbana, no cabiendo los arrendamientos parciales en dicha normativa.

II. El CAH, entendido como un arrendamiento en el que tan solo se cede el uso en exclusiva de una habitación, con la posibilidad de utilizar de forma compartida, no en exclusiva, otras partes de la vivienda como pudieran ser el baño y la cocina, no reúne las condiciones mínimas exigidas para considerarse edificación habitable, por tanto, no podrá ser destinada a un uso de vivienda, ya sea de forma temporal o permanente, en el sentido en que establece la LAU.

III. Los arrendamientos de vivienda y los arrendamientos celebrados por temporada (ya sean por periodos vacacionales o como segunda residencia) tienen en común el mismo objeto del contrato: una edificación habitable. La única diferencia entre ambos arrendamientos es el uso o finalidad al que se destinen: satisfacer una necesidad de vivienda de forma permanente o temporal.

IV. No se puede equiparar el objeto de los subarrendamientos regulados por el artículo 8.2 de la LAU con el de un CAH fundamentándolo en que ambos son arrendamientos parciales. En el primero de los casos, el objeto del contrato debe satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, por lo que deberá ser una edificación habitable donde se pueda desarrollar, de forma digna, la existencia y desarrollo del inquilino con total normalidad. En los CAH, el objeto cierto del contrato es una única habitación en la que, por si sola, no se puede satisfacer la necesidad de vivienda de un inquilino, a menos que se faciliten otros derechos (no en exclusiva) sobre otras estancias de la vivienda, como son la cocina y el baño, pero que son ajenos al contrato.

V. Los CAH ubicados en el interior de una vivienda, al ser un arrendamiento parcial de vivienda, no se podrán regir por la LAU y se someterán a lo acordado por las partes contratantes y por lo dispuesto en el Código Civil, concretamente en los artículos 1542-1574 y 1580-1583.

VI. Los arrendamientos celebrados por temporada deben celebrarse sobre una edificación habitable.

VI. JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Constitucional, sentencia núm. 36/1981 de 12 de noviembre (*RTC* 1981, 36)
- Tribunal Supremo, sentencia de 15 de diciembre de 1999 (*RJ* 1999, 9352)
- Tribunal Supremo, sentencia de 25 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4281)
- Tribunal Supremo, sentencia de 17 de mayo de 1954 (*RJ* 1954, 1562)
- Tribunal Supremo, sentencia de 16 de enero de 1987 (*RJ* 1987, 302)
- Tribunal Supremo, sentencia de 10 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 517)
- Tribunal Supremo, sentencia de 13 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993, 9614)

- Tribunal Supremo, sentencia núm. 849/1992 de 10 de octubre (*RJ* 1992, 7545)
- Tribunal Supremo, sentencia de 10 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 4095)
- Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.^a) sentencia de 20 de mayo (*JUR* 2010, 238545)
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a) sentencia de 8 de mayo (*JUR* 2008, 196063)
- Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a) sentencia de 1 de febrero (*JUR* 2010, 148490)
- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a) sentencia de 13 de diciembre (*JUR* 2007, 116895)
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a) sentencia de 30 de junio (*JUR* 2004, 278924)
- Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.^a) sentencia de 7 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 108101)
- Audiencia Provincial de Lugo (Sección 2.^a) sentencia de 5 de diciembre de 2006 (*JUR* 2006, 65573)
- Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) sentencia de 26 de octubre (*JUR* 2006, 285424)
- Audiencia provincial de Islas Baleares (Sección 3.^a) sentencia de 20 de mayo (*JUR* 2010, 238545)
- Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.^a) sentencia núm. 18/2008 de 18 de enero (*JUR* 2008, 168079)

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BOTELLO HERMOSA, J. M. (enero de 2016). El subarrendamiento en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. *Actualidad Civil*, núm. 1. Editorial LA LEY.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado practico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General. Madrid: Reus.
- COLINA GAREA, R. (1998). *El Arrendamiento De Vivienda Por Temporada Académica*. Barcelona: Cedecs. (p. 157), VLEX [En línea] disponible en <http://0-app.vlex.com.fama.us.es/#/vid/199178> (2004).
- Contra cuaderno de arrendamientos urbanos, *contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario*, núm. 247, 2004, p. 15.
- DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Artículo 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (director), *Lau La Nueva Ley De Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (director), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa.
- LAMBEA RUEDA, A. (2011). Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, pp. 3105-3149.
- LOJO AJURIA, L. (1995). Artículo 3. En: PANTALEÓN PRIETO, F. (dir.), *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas, S.A.
- ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi.

- O'CALLAGHAN, X. (1995). *Introducción*. En: X. O'Callaghan (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa 1995, p. 20. En los mismos términos.
- REPRESA POLO, M. (2005). Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes. Madrid. Edersa
- VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos.
- YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*. Barcelona: Bosch.

NOTAS

¹ En este sentido, LAMBEA RUEDA, A. (2011). Los derechos de uso y habitación desde una nueva perspectiva: cesión de inmuebles. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, pp. 3105-3149.

² REPRESA POLO, M. (2005). Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes. Madrid. Edersa.

³ Entre otras, SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) de 26 de octubre de 2006 (*JUR* 2006, 285424), SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 13 de diciembre de 2007 (*JUR* 2007, 116895), SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 8 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 196063) y SAP Madrid (Sección 14.ª) de 27 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 167610).

⁴ RTC 1981, 36.

⁵ SAP de Madrid (Sección 14.ª) de 13 de diciembre de 2007 (*JUR* 2007, 116895), SAP de Barcelona (Sección 4.ª) de 8 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 196063) y SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 20 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 238545).

⁶ En sentido análogo, respecto a las plazas de garaje, considera ALONSO ORDAS, M. que estas, al no constituir una edificación, sino un espacio delimitado dentro de una edificación, se regirá por el Código Civil ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 3, Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi, p. 103.

⁷ YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 35 a 37, Barcelona: Bosch.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General, p. 158. Madrid: Reus.

⁹ <http://www.rae.es/>

¹⁰ Es numerosa la doctrina que se pronuncia respecto al concepto de «edificación», particularmente excluyendo del ámbito de la LAU los arrendamientos de solares, por no recaer sobre una edificación propiamente dicha. Considero que no es relevante para este estudio profundizar en este apartado ya que lo que se pretende argumentar es porqué una habitación, ubicada en el interior de una vivienda, no puede ser objeto de los contratos de arrendamiento regulados en la LAU al no ser una *finca urbana* en el sentido autónomo que indica la LAU.

Respecto al concepto de «edificación»: CASTÁN TOBEÑAS, J. y CALVILLO MARTÍNEZ DE ARENAZA, J. (1956). *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*. T. I. Parte General, pp. 159 a 169. Madrid: Reus. DÁVILA GONZÁLEZ, D. (1994). Art. 3.º. En: V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Lau La Nueva Ley De Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova, pp. 28 y 29; ROJO AJURIA, L. (1995). Artículo 3. En: PANTALEON PRIETO, F. (dir.), *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas, SA, pp. 79 y 80; YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 49 a 51. Barcelona: Bosch; ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi, pp. 60 a 62.

¹¹ RJ 1960, 4095.

¹² Igual que sucede con el concepto de edificación, el concepto de «urbana» tiene un amplio tratamiento por parte de la doctrina, pero considero que no es necesario exponerlo en este trabajo al no ser relevante respecto del objetivo del mismo. Por este motivo, únicamente hemos realizado una leve aproximación al término en cuestión, suficiente para contextualizar el estudio y encuadrar jurídicamente el supuesto de hecho, el arrendamiento de una habitación dentro de una vivienda, dentro de una finca urbana.

Respecto del concepto de «urbana», se pronuncian CASTÁN y CALVILLO, disponiendo que en el Derecho común, la doctrina y la jurisprudencia manejan diferentes criterios para distinguir las fincas urbanas de las rústicas, como son el de la situación, construcción, destino y accesoriadad, imperando el criterio de la situación de la finca. V. CASTÁN Y CALVILLO, *Tratado...*, t. I, p. 159. Sobre este concepto, se pronuncian también: ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 1, Ámbito de aplicación. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi, pp. 60 a 62; GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (director), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, p. 56; YUFERA SALES, P. L. (2000). *Arrendamientos Urbanos. Análisis práctico de la normativa arrendaticia aplicable, sistematizada por conceptos*, pp. 49 a 51. Barcelona: Bosch.

¹³ Los subarrendamientos también se pueden celebrar sobre la totalidad de la vivienda en cuyo caso se registrarán por lo acordado entre las partes y, supletoriamente, por el Código Civil, arts. 1550 y sigs.

¹⁴ En sentido análogo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Asturias (AC 1988, 40), indicando que *el arrendamiento de una cuota de un inmueble no es un espacio real y físicamente delimitado, sino solamente un derecho, al que le será aplicable el régimen del Código Civil*.

¹⁵ En esta línea, la SAP de Islas Baleares (Sección 3.ª) de 20 de mayo de 2010 (JUR 2010, 238545), Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) sentencia de 8 mayo de 2008.

¹⁶ En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (director), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, p. 68. «Así, respecto de los arrendamientos celebrados por temporada (...) aun celebrados para vivienda, por su propia esencia resultan incompatibles con aquel (los arrendamientos de vivienda), al no reunir los requisitos del destino primordial y de servir a la necesidad permanente de aquella (...)» Además, dentro de los requisitos que cita el autor que no reúnen, no indica que la edificación no es habitable.

¹⁷ Como indica nuestro Alto tribunal, el requisito de la temporalidad o permanencia de la ocupación guarda relación no con el plazo de duración simplemente cronológico, sino con la finalidad a que va encaminado el arrendamiento. STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9352), FJ. 3.º.

¹⁸ En el mismo sentido, VATIER FUENZALIDA, C. (1996). Artículo 3.º. Arrendamientos para usos distintos del de vivienda. En: Lasarte Álvarez, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Tecnos, p. 75.

En sentido análogo, COLINA GAREA, expresa la misma idea pero sobre los arrendamientos de temporada académica, COLINA GAREA, R. (1998). *El Arrendamiento De Vivienda Por Temporada Académica*. Barcelona: Cedecs, p. 157, VLEX [En línea] disponible en <http://0-app.vlex.com.fama.us.es/#/vid/199178> (2004).

Leyendo a GUILARTE ZAPATERO, podríamos deducir que se sitúa en esta misma línea pues entiende que *la edificación habitable (...) ha de reunir las indispensables condiciones objetivas para que en ella sea posible desenvolver las actividades domesticas de quienes moran en ella*. Esta idea, en relación con la declaración en la que considera que (...) *el texto legal, al determinar el objeto de estos arrendamientos, habla simplemente de edificación y de edificación habitable (...) tal circunstancia no es decisiva ni suficiente para matizar la diferencia entre una y otra clase de arrendamientos, pues (...) es posible que sobre una edificación, idónea (...) para satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario, se constituya un arrendamiento del otro tipo. Piénsese, por ejemplo, en el piso de un edificio arrendado (...) para servir de hogar de este, pero no de forma primordial y continuada, como serían los casos de la segunda residencia o del arrendamiento por temporada*, hace que, de la lectura conjunta de ambas

declaraciones, se deduzca que este autor considera que los arrendamientos por temporada deben tener como objeto una edificación habitable, ver GUILARTE ZAPATERO, V. (1995). Artículos 1 a 8. En: Xavier O'Callaghan (director), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Ley 29/1994, de 24 de noviembre)*. Madrid: Edersa, pp. 63 y 67.

¹⁹ En el mismo sentido, dice O'CALLAGHAN «(...) los arrendamientos de vivienda son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda primaria y permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes (...)». O'CALLAGHAN, X. (1995). Introducción. En: O'CALLAGHAN, X. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Edersa 1995 (p. 20). En los mismos términos. ROJO AJURIA, L. (1995). *Comentario a la Ley De Arrendamientos Urbanos*. PANTALEÓN PRIETO, F. (director). Madrid: Civitas, S.A., p. 68.

²⁰ En este sentido, nuestro alto tribunal ha indicado que hay que conservar la dignidad del vocablo habitación como residencia apta para el desenvolvimiento vital y familiar de las personas por ser lo más conforme a su conceptualización constitucional del artículo 47 de la C.E. STC 13 de diciembre 1993, *RJ* 1993, 9614.

²¹ El requisito de habitabilidad, si se exigía en la LAU de 1964 pero fue eliminado con carácter general a través de las enmiendas 254 y 255 del grupo socialista durante la tramitación del Proyecto de Ley, exigiéndose únicamente para los arrendamientos de vivienda, modificando así el artículo 3 del proyecto de 1992, que disponía en su 1.º apartado: «Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda el de fincas urbanas que recaiga sobre una edificaciones habitables cuyo destino primordial sea distinto del establecido en el artículo anterior».

²² Respecto al concepto de la *habitabilidad*, el TS se ha pronunciado reiteradamente estableciendo que consiste en la aptitud de las viviendas, edificaciones o construcciones en general para ser utilizados conforme a su concreto y particular destino. *RJ* 1992, 7545.

²³ Ver entre otras, las cuestiones vinculantes V0848-08 y V1523-10.

²⁴ *RJ* 1992, 4281.

²⁵ *RJ* 1954, 1562.

²⁶ *RJ* 1986, 517.

²⁷ ORDÁS ALONSO, M. y VALLADARES RASCÓN, E. (2013). Artículo 2.1, Arrendamiento de vivienda. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *comentarios a la ley de arrendamientos urbanos*. Navarra: Aranzadi, pp. 91 y 92.

²⁸ Contra cuaderno de arrendamientos urbanos, *contrato de arrendamiento de habitaciones con mobiliario*, núm. 247, 2004, p. 15.

²⁹ Como nota aclaratoria, indicar que las opiniones vertidas por estos magistrados en el citado cuaderno de arrendamientos tienen fundamentos jurídicos distintos a los usados por las líneas jurisprudenciales que posteriormente analizaremos (apartado 4).

³⁰ En este sentido, ver el artículo en el que fundamento esta idea y en el que profundizo en los requisitos que considero que deberían reunir aquellos subarrendamientos del artículo 8.2 que se sometan al ámbito de aplicación de la LAU BOTELLO HERMOSA, José María. Enero de 2016. El subarrendamiento en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. *Actualidad Civil*, núm. 1. Editorial LA LEY.

³¹ Artículo 1261. 2.º del Código Civil.

³² *JUR* 2006, 285424.

³³ *RJ* 1986, 517.

³⁴ *JUR* 2006 108101.

³⁵ *JUR* 2006, 108101.

³⁶ *JUR* 2004, 278924.

³⁷ *JUR* 2008, 168079.

³⁸ *JUR* 2007, 116895.

³⁹ *JUR* 2010, 148490.

⁴⁰ *JUR* 2008, 196063.

⁴¹ *JUR* 2010, 238545.

1.6. Responsabilidad

La obligación de medios y resultados en el ámbito sanitario: aspectos jurisprudenciales

Obligation of means and obligation of results in health services: jurisprudential aspects

por

ALFONSO SERRANO GIL

Doctor en Derecho. Profesor del Departamento de Derecho Civil de la UNED

RESUMEN: En el presente trabajo analizamos la doctrina y la jurisprudencia acaecida y que avala la clasificación de las obligaciones incardinadas en el marco de la responsabilidad médica. En el texto nos planteamos cuál es la naturaleza jurídica de las obligaciones que emanan para este facultativo, en el entendido de que con independencia de que pueda contraer obligaciones de dar o de no hacer, indudablemente, las que adquirirá principalmente son las de hacer, justificándose ello en el hecho de que se obliga a realizar una determinada actividad, de conformidad al estado actual de la ciencia médica.

Por otra parte, nos detenemos en la naturaleza jurídica de la prestación médica, haciendo hincapié en que las obligaciones se diferencian en obligaciones de medios y obligaciones de resultados. Asimismo, hacemos alusión a la problemática teórica-práctica surgida, a la inexistencia de regulación legal y, a la aceptación controvertida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Finalmente, realizamos un análisis jurisprudencial, llegando a la conclusión de la imposibilidad de poder enmarcar la actividad médica dentro de las obligaciones de resultado, conforme a las últimas resoluciones jurisprudenciales del TS, debido a que la obligación del médico no es la de curar al paciente, ya que en toda intervención quirúrgica está siempre presente el elemento aleatorio.

ABSTRACT: *In this paper we analyse the doctrine and case law that has given support to the classification of obligations that come from medical liability. In the text we consider which is the legal nature of the obligations for this health professional. We understand he may stand obligations not only of giving, or not doing, but mostly will correspond to performing a certain activity (his work) according to his skill, knowledge, experience, and last but not least, a high level of care (superior to the regular care standards), and according to the current state of medical science.*

Moreover, we focus on the legal nature of the medical service, emphasizing in the difference between obligations of means and obligations of results. Furthermore, we refer to the theoretical and practical problems arising, the absence of legal specific regulation and the controversial acceptance by the jurisprudence of the Spanish Supreme Court.

Finally, we performed a jurisprudential analysis, concluding the inability to frame the medical activities within the obligations of result, according to the latest jurisprudential rulings of Spanish Supreme Court, because the physician's obligation is not to cure the patient as in any surgery the random element is always present.

PALABRAS CLAVE: Actividad médica. Obligación de medios. Obligación de resultados. Responsabilidad civil. Curación. Procura de la salud.

KEY WORDS: *Medical activity. Obligation of means. Obligation of results. Health restore. Professional's liability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS.—III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito médico, la doctrina y la jurisprudencia que avala la clasificación de las obligaciones —de tanta relevancia en el marco de la responsabilidad médica—, evidencia que en la mayoría de actos médicos nos encontramos ante la asunción por el facultativo de una obligación de medios, no encontrándose el médico obligado a curar al paciente, puesto que la finalidad de la prestación médica se agota al proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la «*lex artis*»¹.

Subyace en este estudio jurisprudencial, el supuesto de hecho de la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006 —siendo ponente SEIJAS QUINTANA—, que en su fundamento de derecho tercero, declaró que: «Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma».

De modo que el médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí la utilización de las técnicas más adecuadas, de acuerdo con el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso (de las personas, del tiempo y del lugar).

Igual doctrina se ha seguido en otros países de nuestro entorno, tal y como se desprende de la sentencia de la Cámara Primera, de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), de 24 de marzo de 2003², al señalar que: «La actividad médica compromete una obligación de medios y no de resultados, y por otro lado la medicina es un arte de naturaleza conjetural. Por ello y para que la responsabilidad profesional sea imputable al médico interviniente, no resulta necesario que de su actuación exista culpa grave, bastando solamente que se muestre que la culpa existe, y que media relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido. En lo que concierne a la prueba de la culpa en la actuación del médico, esta recae sobre el presunto damnificado, que por tratarse de meros hechos, todas las pruebas resultan admisibles, incluso la de presunciones. Es así que el médico tiene la obligación de poner al servicio del paciente todos sus conocimientos científicos y brindar la asistencia profesional que la enfermedad requiere, sin olvidar que la ciencia médica tiene sus limitaciones, y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, y por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad. La obligación del facultativo está en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere»³.

Por tanto, al abordar la responsabilidad civil del médico y partiendo de la premisa de que como norma general en las relaciones entre facultativo-paciente debe mediar un vínculo jurídico previo, resulta necesario plantearse determinar cuál es la naturaleza jurídica de las obligaciones que emanarán para este facultativo, destacando en primer término, que dentro de la catalogación clásica de las obligaciones —dar, hacer o no hacer—, las que adquirirá el médico son principalmente las de hacer⁴, debido a que se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y en razón de las circunstancias que concurren en el caso concreto. No obstante, de forma excepcional, también podrá contraer algunas obligaciones de no hacer, como serían las derivadas de su deber de guardar el secreto⁵, e incluso como algunos autores ponen de manifiesto, en algún caso, la obligación contraída por ciertos facultativos podría ser de dar⁶.

En atención a la naturaleza jurídica de la prestación, conviene precisar que las obligaciones se diferencian entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Distinción que aunque ha sido asumida tanto por doctrina como por jurisprudencia, lo cierto es que la problemática teórico-práctica que plantea y su inexistente regulación legal expresa ha originado una aceptación desigual en la doctrina y controvertida en la jurisprudencia emitida por el TS⁷.

Respecto a la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, conviene puntualizar que en otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, ni ha originado discrepancia doctrinal ni jurisprudencial alguna, debido a la regulación explícita que presenta aquella en sus textos legales. Así, en la actualidad, el BGB alemán⁸ distingue entre los contratos de servicios en los que se deben prestar los servicios, pero no se garantiza el resultado de un contrato de obra en el que debe alcanzarse un resultado específico —distinción que no es asumida por el *Common Law*—.

También esta distinción ha sido contemplada por el Código Civil italiano⁹, entendiéndose por la doctrina mayoritaria¹⁰ que la obligación del médico es una obligación de medios en supuestos normales de intervención del profesional en medicina y, en el orden jurisprudencial o se ha indicado de forma específica que la obligación del médico es de medios o se ha señalado que este carece de responsabilidad frente a la falta de curación del paciente salvo que sea por motivos a él imputables. En idénticos términos, se ha pronunciado la doctrina¹¹ y la jurisprudencia francesa. Mientras que, el Código Civil portugués¹² ha realizado una distinción entre los contratos de servicios y de obra, pero con connotaciones que no permiten la equiparación automática con las obligaciones de medios y de resultado. Así, en su artículo 1154 se refiere al contrato de prestación de servicios que incluye como modalidad de servicios a los contratos de obra previstos en el precepto 1207, que contiene una obligación de resultados.

II. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADOS

Partiendo de las premisas anteriores, se suscita la cuestión de determinar cuál es el tipo de obligación de hacer que este facultativo debe contraer.

Para ello resulta de suma importancia traer a colación la clasificación introducida por DEMOGUE (1925, 538-540) a principios del siglo pasado, que distingue entre «obligaciones de medio» (en singular) y «obligaciones de resultado» y, sustituida, con posterioridad, por los hermanos MAZEAUD (1970, 113-119) dándose una distinción en «*summa divisio*» de las obligaciones¹³, por «obligaciones

determinadas» y «obligaciones generales de prudencia y diligencia»¹⁴, al parecerles la terminología propuesta por DEMOGUE «un poco sibilina»¹⁵.

Esta distinción —realizada por DEMOGUE— que asentada en la teoría general de la obligación¹⁶ y presente en todas las obras de carácter general¹⁷, configura la «obligación de medios o de actividad» como aquella en la que el deudor se compromete a emplear la diligencia adecuada para satisfacer al acreedor, no garantizándose la obtención de un determinado resultado y, establece la «obligación de resultados» como aquella otra en la que el deudor se obliga a obtener un resultado específico.

Respecto a dicha distinción JORDANO FRAGA (1991, 7) precisa como formulación más sintética del significado de esta que: *«En la obligación de resultado, el deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de ese concreto resultado —opus: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la consecución del vínculo obligatorio— el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por este. Mientras que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del «facere» se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente —diligencia que puede ser técnico-profesional o común—, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor —en lo debido por este— el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego teológicamente enderezada»*. Y, por su parte, PENNEAU, (1997, 9) afirma que las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor, salvo que el acreedor pruebe su culpa, mientras que las obligaciones de resultado comprometen la responsabilidad de este por el mero hecho de la no obtención del resultado, sin necesidad de probar culpa alguna.

En este sentido, la doctrina mayoritaria¹⁸ prevé que dicha distinción cobra una especial relevancia en el caso de la responsabilidad de los profesionales liberales y, plantea que, por regla general, la obligación asumida por estos y, en especial, los médicos, es de medios. Así, para BONIFACIO, (1989, 267-278), la obligación del profesional de la medicina es una obligación de medios, en la que la especial dificultad puede, ya directa ya indirectamente, influir sobre el grado de diligencia a exigir.

No obstante, a lo anterior no han faltado voces discrepantes. Así, entre otros, ATAZ LÓPEZ, (1985, 169) sostiene que «la obligación no puede ser nunca de medios, ya que cuando el acreedor realiza un contrato no lo hace para determinar al deudor a una cierta actividad como si estuviera deseoso de deleitarse con los esfuerzos de este, sino solamente para obtener del causante un resultado del que tiene necesidad, y así el resultado es el objeto real de toda la obligación». Su explicación radica como LORENZETTI (1986, 109) precisa en la idea de proteger al profesional de las demandas de sus pacientes, imponiendo el «onus probandi» al demandante.

Por su parte, y partiendo de la premisa de que la opinión mayoritaria es partidaria de que la obligación del médico, es una obligación de medios LLAMAS POMBO, (1988, 73) entiende que «toda actividad médica *per se* conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios». Y añade que «en caso de fracaso en el tratamiento, todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría»¹⁹.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Desde el punto de vista jurisprudencial, dicha distinción²⁰ —donde se diferencian ambos tipos de obligaciones— podría decirse que apareció por primera vez en la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 26 de mayo de 1986²¹ —siendo ponente SANTOS BRIZ—, y, sería replicada con posterioridad en numerosas sentencias²². En la mencionada sentencia —relativa a una operación quirúrgica con posterior infección y fallecimiento del paciente— se concedió la absolución de médico demandado, exponiendo en su considerando tercero que: «[...] de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles «toda clase de complicaciones» y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación [...]. Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparables a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos y sobrevenido el resultado lesivo, en el caso debatido el fallecimiento, es preciso que este no pueda atribuirse a otras circunstancias, como ocurre en el supuesto de enfermedad sometida, según la prueba pericial, a toda clase de complicaciones»²³.

Como ya se ha anunciado, esta doctrina repetida en numerosas sentencias, inspiradas sobre todo por la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de febrero de 1990 —siendo ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ—, señaló que: «[...] el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica».

No obstante, téngase presente como GALÁN CORTÉS (2007, 68) precisa que «no sirve para quitar validez a esta distinción, pero sí para matizarla, el hecho de que en cualquier obligación de actividad existan resultados parciales exigibles, que se dan cita con deberes, también fragmentarios, de actividad, cuya existencia no altera la naturaleza de la obligación global, resultando evidente que las prestaciones de medios incluyen instrumentalmente prestaciones de resultado [...] el deber médico de obtener el consentimiento del paciente, previa información sobre los riesgos habituales del tratamiento a emprender, constituye, en principio, una obligación de resultado». Por su parte, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (2006, 430) matiza que «el médico no promete la curación, pero se obliga a un determinado acto (una operación, una intervención) que es un resultado, instrumental si se quiere, pero apreciable en y por sí mismo».

En síntesis, aunque no cabe la menor duda de que la finalidad perseguida por la actuación del facultativo es la curación del paciente, lo cierto es que dicho objeto queda fuera de la obligación del médico, debido a la imposibilidad de poder garantizarlo, siendo la pretensión de la obligación de este una actividad de carácter diligente y acomodada a la *«lex artis»* y no la finalidad perseguida, ya que se trata de una obligación de medios, a diferencia de lo que acaece en la obligación de resultados²⁴, en las que la pretensión se enmarca dentro del contrato.

En estos términos, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 26 de julio de 2006 (Vlex 3442/1999) —siendo ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA—, señaló en su fundamento de derecho segundo, que: «Como tal obligación de medios,

se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil. La actividad que debe el médico a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional, que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, "*lex artis*" o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin».

En consecuencia, el médico cumplirá con su obligación cuando desarrolle el conjunto de curas y atenciones debidas, en la fase de diagnóstico, terapéutica y recuperatoria —fases que son indudablemente exigibles a un profesional o especialista normal—. Además, también cumplirá en caso de que el paciente finalmente no cure, puesto que este resultado —es decir, la curación— es la finalidad de la prestación médica, pero innegablemente no tiene cabida en el contenido de su obligación. De forma tal, que la diligencia del deudor consistirá en la prestación de una asistencia conforme a la "*lex artis*", la cual está encamina a la obtención de un resultado útil de la curación del paciente, condición necesaria pero no siempre suficiente para obtener el resultado útil que, integra el interés del acreedor.

Así, se ha pronunciado la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2006 [Vlex 495/2006] —siendo ponente XIOL RÍOS—, al señalar que: «La "*lex artis ad hoc*", como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no solo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias».

En este punto, mientras que para MORENO QUESADA (1976, 467-502) la importancia práctica de esta distinción radica según un amplio sector doctrinal, en dos aspectos: de una parte, el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor y, de otra, en el establecimiento de la carga probatoria. Por el contrario, para otro sector doctrinal²⁵ dicha distinción entre obligaciones de medios y de resultados no incide en la carga probatoria, debido a que únicamente comporta un diverso contenido de la carga de la prueba del hecho del incumplimiento por parte de la víctima, no comportando en ningún caso ni una alteración de la distribución de los hechos a probar ni de la regla de juicio²⁶.

Lo anterior justifica la afirmación que sostiene que, las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor salvo que el acreedor pruebe su culpa, mientras que las obligaciones de resultado comprometen la responsabilidad del deudor por el mero hecho de la no obtención del resultado, sin que sea preciso probar ninguna culpa, de modo que el deudor únicamente quedará liberado de responsabilidad si logra probar la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor²⁷.

Por otra parte, en las obligaciones de resultado, la prueba de incumplimiento objetivo descarta el análisis de culpa, al quedar fuera de toda cuestión y, por tanto, resulta indiferente, de modo que al acreedor le corresponde acreditar exclusivamente la no consecución del resultado, ya que la culpa no es carga probatoria de este.

Lo anterior, origina que la cuestión se plantee en términos de causalidad y no de culpabilidad, puesto que el deudor únicamente se verá exonerado de responsabilidad si demuestra la ruptura del nexo causal, resultando indiferente la acreditación de si obró o no con la diligencia debida²⁸.

En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia del TS ha reiterado en numerosas sentencias, que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, debido al componente aleatorio inherente a todo acto médico y por el simple factor reaccional de cada enfermo.

En esta línea, resulta sumamente esclarecedora la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 24 de marzo de 2005 (Vlex 186/2005) —siendo ponente GARCÍA VARELA—, al considerar ajustada a la «*lex artis*» la conducta de la médico co-demandada, pues cuando la paciente fue examinada en el servicio de urgencias del Hospital Universitario de Valladolid, no presentaba un cuadro alarmante de cefaleas que aconsejara la realización de otras comprobaciones distintas a las que le fueron practicadas, lo que guarda relación con la circunstancia de que, al día siguiente de la exploración referida, el propio médico de cabecera, al que acudió la paciente, prescribió que fuera explorada en un servicio de neurología sin carácter de urgencia.

A lo anterior se añade que resulta evidente que la práctica totalidad de las intervenciones médicas, hasta la más sencilla aparentemente, entrañan riesgos ajenos a la evitabilidad humana, pese a la máxima diligencia que pueda poner el profesional médico interviniente en las mismas.

Así, se ha pronunciado la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de abril de 1999 (RJ 1999, 2583) —siendo ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ—, en la que de forma acertada se precisó en su fundamento de derecho segundo que: «Respecto a la responsabilidad médica conviene recordar la doctrina jurisprudencial muy reiterada: como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia [...], y 9 de diciembre de 1998 que expresan: «la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación: en la de actividad, esta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de la obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de este, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es preciso la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal y como se ha reiterado en

numerosas sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: «una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien prestó tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independientemente de los resultados que con ello se obtengan». Sin embargo, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando este es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».

En idéntico sentido, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 10 de abril de 2001 (Vlex 264/1996) —siendo ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA—, valorando todas las circunstancias concurrentes, entre ellas el lugar de prestación de los servicios médicos y los medios (humanos y materiales) de que disponía el facultativo en el mismo, declaró al enjuiciar la actuación del médico demandado, en su fundamento de derecho primero, que: «Efectivamente, sobre la responsabilidad profesional médica esta Sala ha constituido una doctrina ya firme y constante que determina, que la obligación del médico en general no es de resultado, sino de medios; y que en modo alguno el médico puede contraer el compromiso de curar, en todo caso, al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influye por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, ya que este no puede garantizar, si vuelve a repetir, la curación y si el empleo de las técnicas adecuadas. El médico demandado sí utilizó las técnicas adecuadas y convenientes como se desprende del “factum” de la sentencia recurrida, extraído a través de una actuación hermenéutica normal y lógica, cuando en él se afirma que la intervención del médico demandado fue en todo caso correcta, ya que la primera asistencia efectuada estuvo dentro de los parámetros habituales para esta clase de accidentes —la introducción de cuerpos extraños metálicos en la córnea—, utilizando al efecto un líquido reactivo para examinar dicha parte ocular, extrayendo diversas partículas de óxido de hierro, sin que se observara la partícula de hierro que se había insertado a nivel retiniano y que determinó el posterior desprendimiento de retina con la consiguiente pérdida de visión. Y si no se detectó la misma, fue debido a que ello no era posible sin disponer de los medios técnicos propios de un hospital con servicios ultra-especializados en el que fue asistido más tarde, en donde y solo a través de una radiografía orbitaria se pudo detectar el cuerpo extraño que no había sido localizado por el médico demandado con la técnica que él utilizó, y que es la única que estaba a su alcance, pero que desde luego sí dio la información y antecedentes para esta última actuación hospitalaria. Con todo ello se llega a la conclusión que en la intervención del médico demandado no ha habido un componente culposo, pues como ya se sabe, según doctrina de esta Sala, el médico solo queda obligado a suministrar al paciente las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad solo se basará en una culpa incontestable, es decir, patente».

En síntesis, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios y no de obra, debido a que tanto la naturaleza mortal del hombre como los niveles a que llega la ciencia médica y la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de idéntica forma ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, es lo que hace que alguno de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, impidiendo reputar al aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —es decir, el de la curación del paciente—, que en numerosos supuestos, ni puede ni podrá conseguirse, dada esta naturaleza mortal del hombre, entendiendo que,

por tratarse de un arrendamiento de servicios a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndose con independencia de cuál sea el resultado del tratamiento, la denominada obligación de medios.

De modo que, aunque la obligación que puede exigirse al médico será con carácter general una simple obligación de medios, sin que pueda entenderse el mismo comprometido a obtener un determinado resultado, lo cierto es que en el seno de la misma se incardinan obligaciones de resultados²⁹.

No obstante, en este punto conviene precisar que la obligación de medios tiene como presupuesto la existencia de una obligación previa y esto únicamente tiene lugar en el plano contractual. De ahí que no sea muy correcto, en sentido estricto, la utilización de dicha conceptualización en el ámbito extracontractual³⁰, tal y como lo ha señalado en alguna sentencia el TS. Sin embargo, lo anterior no significa que se utilicen diferentes parámetros para medir la diligencia del profesional sanitario en el ámbito contractual y en el extracontractual³¹.

Téngase presente que la caracterización de una obligación como de medio o de resultado afectará prioritariamente a las obligaciones de hacer, originándose la determinación respecto de si el deudor se obliga a obtener un concreto resultado o, al desarrollo de una actividad diligente. De ahí que el ámbito de aplicación de dicha distinción entre obligaciones de medio o de resultado, quede circunscrita al ámbito contractual, debido primordialmente al hecho de que dicha clasificación tiene como presupuesto la existencia de una obligación previa, lo que no tiene lugar en el plano extracontractual, puesto que la obligación contractual del facultativo no debe confundirse con el deber general de no originar daño a otro, conforme al principio *«alterum non ledere»*.

En este sentido, se han pronunciado, entre otras, las SSTs de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 1987 —siendo ponente SANTOS BRIZ—, al establecer en un supuesto de culpa extracontractual que: «[...] en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica»; de 8 de septiembre de 1998 [RJ 1998, 7548], en la que se expresa que «la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia [...]» y, de 12 de julio de 1988 —siendo ponente SERENA VELLOSO—, en la que se precisó de forma explícita que: «La obligación, contractual o extracontractual, del médico, y más en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia».

También, las SSTs de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de marzo de 2006 (RJ 2006, 1823) —siendo ponente GARCÍA VARELA—, dispone que «la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado» y, en la de 26 de junio de 2006 (RJ 2006, 5554) —siendo ponente GONZÁLEZ POVEDA—, se prevé que: «la obligación contractual o extracontractual

del médico y, en general, del profesional sanitario no es en todo caso obtener la sanidad o recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia».

De esta forma, GARCÍA GARNICA (2010, 40) precisa que en caso de responsabilidad civil extracontractual, donde no existe relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor, mal se puede considerar que se hayan frustrado las expectativas de aquel y, por tanto, que pueda calificarse la obligación del segundo como una obligación de medios o de resultado, estimándose como más acertado frente a esta eventualidad, proceder a valorar si ha existido o no negligencia del agente dañoso en el caso concreto³².

En definitiva, la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultado, puesto que el facultativo no se compromete o garantiza un resultado. Asimismo, la medicina se concibe como una ciencia axiológica de carácter relativa y, por tanto, inexacta, de forma que el facultativo únicamente se obliga a poner todos los medios adecuados y disponibles a su alcance de conformidad con el estado de la ciencia médica en ese momento, con la finalidad de obtener la recuperación del paciente, es decir, la procura de la salud.

Como ya se ha anunciado, aunque nuestro TS también se ha acogido a la mencionada distinción clásica entre este tipo de obligaciones, evidenciando que la obligación contractual o extracontractual del médico, no es la de obtener la salud del paciente, ya que no se trata de una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, que el médico no está obligado a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que necesite según el estado de la ciencia³³, lo cierto es que resoluciones más recientes han zanjado la discutida obligación de medios o resultados en el ejercicio de la actividad médica.

En este sentido, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009 (*La Ley* 2009, 217910) —siendo ponente SEIJAS QUINTANA— ha señalado que «esta distinción entre obligación de medios y de resultado no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o garantice, incluso en supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial» y, añade que: «La responsabilidad del profesional médico es, de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos

los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual»³⁴.

En suma, nuestro Alto Tribunal ha establecido que no se puede mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado, con la única salvedad de que dicho resultado haya sido pactado por las partes o garantizado por el facultativo, extrapolando esta decisión incluso a los supuestos ya de medicina voluntaria ya de medicina necesaria o asistencial, reafirmando con ello que las obligaciones del médico son obligaciones de medios.

Para finalizar, y por cuanto atañe al contenido de la obligación de medios, resulta interesante traer a colación la STS de la Sala Primera, de lo Civil, Sección 1.ª, de 25 de abril de 1994 (Vlex 349/1994) —siendo ponente ALBACAR LÓPEZ—, y que en su fundamento de derecho tercero, estableció que: «[...] la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las SSTS, de 7 de febrero y de 26 de junio de 1989; de 11 de marzo de 1991 y de 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada «*lex artis ad hoc*», es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital transcendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que este pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar y, D) En los supuestos de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o reparación de la dolencia».

Del texto contenido en la sentencia, se contemplan que tres son los argumentos fundamentales en que se justifica la tipificación de la obligación del facultativo como una obligación de medios. Son: 1.º. Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento; 2.º. Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, que resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente

esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, 3.º. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que este pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar.

IV. CONCLUSIONES

I. La pretensión perseguida por la actuación del facultativo, aunque indudablemente, se centra en la curación del paciente, lo cierto es que dicha finalidad no se encuentra incardinada dentro de la obligación del médico, debido a la imposibilidad de poder garantizarla. Y, por tanto, la pretensión de la obligación del médico queda circunscrita a una actividad de carácter diligente y, como no podía ser de otra forma acomodada a la «*lex artis*» y no a la finalidad perseguida, al tratarse de una obligación de medios.

II. El facultativo deberá cumplir con su obligación cuando desarrolle el conjunto de curas y atenciones debidas, en la fase de diagnóstico, terapéutica y recuperatoria y, además, también cumplirá en caso de que el paciente finalmente no cure, puesto que este resultado —es decir, la curación— es la finalidad de la prestación médica, pero innegablemente no tiene cabida en el contenido de su obligación.

III. En la actualidad, el TS solventa las discrepancias doctrinales suscitadas sobre la distinción —acogida en su momento por el Alto Tribunal— entre obligación de medios y de resultados, previéndose que esta ya no se puede mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que dicho resultado haya sido pactado por las partes o garantizado por el facultativo. Por tanto, la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultado, debido a que el facultativo no se compromete o garantiza un resultado y, conforme a la concepción de la medicina, concebida esta como una ciencia axiológica de carácter relativa y, en consecuencia, inexacta, el facultativo únicamente quedará obligado a poner todos los medios adecuados y disponibles a su alcance de conformidad con el estado de la ciencia médica en ese momento, con la pretensión última de obtener la recuperación del paciente.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 21 de marzo de 1950
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 26 de mayo de 1986
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 1987
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 8 de septiembre de 1998
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 12 de julio de 1988
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 1989
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de febrero de 1990
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 12 de febrero de 1990
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 6 de noviembre de 1990
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1990
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 16 de abril de 1991

- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 20 de febrero de 1992
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de octubre de 1992
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 2 de febrero de 1993
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 1993
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 10 de octubre de 1994
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, Sección 1.ª, de 25 de abril de 1994
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 9 de junio de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 27 de junio de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 21 de julio de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de diciembre de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de abril de 1999
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 6 de febrero de 2001
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 10 de abril de 2001
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 19 de julio de 2001
- STS de la Sala Tercera, Sección 6.ª, de 10 de marzo de 2005
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 24 de marzo de 2005
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 26 de julio de 2006
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 26 de junio de 2006
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de mayo de 2006
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 23 de marzo de 2006
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 20 de noviembre de 2009
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 27 de septiembre 2010
- STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de mayo de 2014

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Madrid, Sección 11.ª de 26 de enero de 2010

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. T. (1998). La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997). *ADC*, vol. LI, núm. 2, 887-916.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. (2006). Responsabilidad civil médica. En: L. F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.ª ed. Navarra: Aranzadi, pp. 1153-1232.
- ATAZ LÓPEZ, J. (1985). *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo.
- BELLO JANEIRO, D. (2009). La responsabilidad sanitaria. En: D. Bello Janeiro (coord.), *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*. Madrid: Reus, pp. 204 y sigs.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2014). Obligaciones de medios y obligaciones de resultados: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, 55-74.
- BONIFACIO, A. y GUIDO, N. (1989). *Riflessioni concettuali e pratiche sull'applicazione dell'art 2236 del Código Civil en la responsabilit  medica in ambito civile*. Milán: Giuffr .

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch.
- CARTA, A. (1967). *Responsabilità civile del medico*. Roma.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2006). El resultado, en: la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? En: E. Llamas Pombo (coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, T. I. Madrid: La Ley, pp. 419-468.
- DEMOGUE, R. (1925). *Traité des obligations en général*, T. V. Paris: Arthur Rousseau.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed. Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2002). *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9.^a ed. Madrid: Tecnos.
- GALÁN CORTÉS, J. C. (2007). *Responsabilidad civil médica*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA GARNICA, M. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Monografías Aranzadi. Madrid: Aranzadi.
- GONZÁLEZ MORÁN, L. (1989). *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista*. Madrid: La Ley.
- JORDANO FRAGA, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). *ADC*, vol. 44, núm. 1, 5-96.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho. Derecho de Obligaciones y Contratos*, T. III, 19.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- LE TOURNEAU, P. (2006). *Droit de la responsabilité et des contracts*, 6.^a ed. Paris: Dalloz.
- LOBATO GÓMEZ, J. M. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. *ADC*, T. XLV, Fasc. II, 651-734.
- LÓPEZ MESA, M. (2007). Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado. En: M. López Mesa (dir.), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad penal, civil y hospitalaria*. Buenos Aires: Legis.
- LORENZETTI, R. (1986). *La responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Cuzoni.
- LUNA YERGA, A. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas.
- LLAMAS POMBO, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium.
- LLAMAS VALBUENA, E. (2002). La llamada culpa médica. Doctrina general y especialidades problemáticas. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 2, 487-546.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1995). *La responsabilidad civil y penal del anestesista*. Granada: Comares.
- MAZEAUD, H. y LÉON et TUNC, A. (1970). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, 6.^a ed. Paris: Montchrestien.
- MAZEAUD, H. (1936). Essai de classification de obligations: obligations contractuelles et excontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence. *RTDC*, vol. 35, 1 y sigs.
- MORENO QUESADA, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer. *RD-Priv*, 467-502.
- PENNEAU, J. (1977). *La responsabilité médicale*. Paris: Sirey.
- SANTOS BRIZ, J. (1984). La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español, *RDPriv*, T. LXVIII, 643-681.

- SAVATIER, R. AUBY, J.-M. y PEQUINOT, H. (1956). *Traité de Droit médical*. Paris: Librairies Techniques.
- (1979). *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4.^a ed. Paris.
- TUNC, A. (1947-1948). Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. *NRDComm*, 126-150.

NOTAS

¹ Así, LE TOURNEAU, p. (2006). *Droit de la responsabilité et des contracts*, 6.^a ed. Paris: Dalloz, p. 509, afirma que «el médico asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por tanto, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se encuentra siempre presente un elemento aleatorio», es decir, que el resultado buscado por el facultativo no depende exclusivamente de su proceder, sino que también intervienen otros factores —endógenos y exógenos—, que son ajenos a su actuación y que escapan de su control.

² Caso G.N.E. c/ Municipalidad de Córdoba-Hospital de Urgencias y otros.

³ Sobre este mismo aspecto, la STS de la Sala Tercera, Sección 6.^a, de 10 de marzo de 2005 [Vlex 982/2001] —siendo ponente GONZÁLEZ NAVARRO—, en su fundamento de derecho cuarto, declaró que: «Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente. [...]. El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que, obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir —y ocurre— que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la «*lex artis*», habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar —total o parcialmente— el acto sanitario realizado. [...] En definitiva: operar sobre el viviente humano, no es trabajar sobre la materia inerte (madera, metal... e, incluso, sobre el cuerpo humano muerto, o sea, sobre un cadáver, en el caso de la autopsia). [...] Por más paradójico que parezca, es un hecho innegable que quien se somete a una intervención quirúrgica pone en riesgo su vida, porque en todo acto sanitario, y en particular en los de ese tipo hay siempre un componente de azar. Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión —que no por causa— del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente».

⁴ Así, Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.^a ed. Madrid: Civitas, p. 280, precisa que «esta distinción debe ser situada dentro de las obligaciones de hacer, debido a que en las obligaciones de medios, de simple actividad o diligencia, el deudor únicamente compromete su esfuerzo y, por tanto, cumple cuando este ha sido desarrollado, mientras que en las obligaciones de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella, de ahí que si existe actividad pero no resultado, habrá verdadero y propio incumplimiento. En el supuesto del médico que comprometió a desplegar su actividad profesional, no se podrá decir que haya incumplido su obligación si el paciente no sana o, incluso si fallece, ya que él no había prometido la curación del enfermo, ni siquiera su mejoría sino únicamente administrar una serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional».

⁵ Vid., LÓPEZ MESA, M. (2007). Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado. En: M. López Mesa (dir.), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad penal, civil y hospitalaria*. Buenos Aires: Legis, p. 114.

⁶ Así, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2006). El «resultado» en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? En: E. Llamas Pombo (coord.), *Estudios de Derecho*

de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso, T. I. Madrid: La Ley, pp. 441 a 445, precisa que: «Trasladado esto al terreno de la actividad profesional del médico, me parece que el verdadero campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación de arrendamiento de obra, con su ingrediente de resultado, es el de aquellas especialidades en las que el facultativo se compromete —siendo, pues, objeto del contrato— es (también) una cosa corporal. Es decir, un genuino resultado constituido por una «realidad física». Pienso, por ejemplo, en la prestación comprometida por el radiólogo (entregar al paciente la «placa» de rayos X, o de resonancia magnética, o de ecografía) o en la del analista (entregar la hoja de resultados de los análisis practicados al paciente). En ambos casos, existiendo como existe una evidente prestación implícita de hacer, la que determina el cumplimiento de las obligaciones del profesional es la de dar, esto es, la de entrega del resultado físico. Por eso, por el objetivo incumplir, el facultativo no puede pretender la contraprestación si esa entrega no se ha producido».

⁷ Vid., BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2014). Obligaciones de medios y obligaciones de resultados: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, pp. 55 a 74.

⁸ En este sentido, prevé el «§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag: (1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein».

⁹ «Articolo 1655 Nozione. L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro» y, «Articolo 2222 Contratto d'opera. Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo (1351) un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo Capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV (1655 e seguenti)».

¹⁰ Vid., CARTA, A. (1967). *Responsabilità civile del medico*. Roma, pp. 43 y sigs.

¹¹ Vid., entre otros, MAZEAUD, H. y LÉON et TUNC, A. (1970). *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, 6.^a ed. Paris: Montchrestien, pp. 575 y sigs.

¹² «Artículo 1154 (Noção). Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição» y, «artículo 1207, Noção Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação a outra a realizar certa obra, mediante um preço».

¹³ Por su parte, TUNC, A. (1947-1948). Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza. *NRDComm*, pp. 126 a 145, propuso calificarlas como «obligaciones de resultado» y «obligaciones de diligencia» o de «pura diligencia, aproximándose a la propuesta de los hermanos MAZEAUD. Así, SAVATIER, R. AUBY, J.-M. y PEQUIGNOT, H. (1979). *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4.^a ed. Paris, pp. 188 y sigs., adoptan una terminología muy parecida, al hablar de «obligaciones de resultado» y «obligaciones de cuidados» (de soins). En este sentido, LOBATO GÓMEZ, J. M. (1992). Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. *ADC*, T. XLV, Fasc. II, 651-734, pp. 651 a 734, precisa que en esta clasificación no puede ser considerada la «*summa divisio*» de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones, ni ser aplicada mecánicamente y «*a priori*» por categorías de contratos, pero lejos de ser una pura «vanidad escolástica», sirve para justificar en empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide, obviamente, la admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio.

¹⁴ En este sentido, LLAMAS POMBO, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium, pp. 70 y 71, entiende que «si bien la diligencia viene impuesta también en las obligaciones de resultado, en las de medios, el deudor se compromete de forma exclusiva y precisa a obrar diligentemente para conseguir

el resultado». Por su parte, CARTA, A. (1967), *op. cit.*, pp. 66 y 67, precisa que «no obstante, esta última idea puede no ser un mero cambio en la terminología de la distinción, debido a que mientras una obligación de medios puede interpretarse como de resultado, al constituir en cierto modo, un resultado la portación de los medios, no puede decirse lo mismo en las obligaciones de prudencia y diligencia, en las cuales se pone el acento en el elemento subjetivo intencional de la diligencia y no en las manifestaciones objetivas de una actividad» De ahí que el dualismo entre unas y otras no pueda calcarse con la división efectuada por DEMOGUE.

¹⁵ *Vid.*, MAZEAUD, H. y LÉON et TUNC, A. (1970), *op. cit.*, p. 127 y, MAZEAUD, H. (1936). *Essai de classification de obligations: obligations contractuelles et excontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence. RTDC*, vol. 35, p. 29.

¹⁶ Así, JORDANO FRAGA, F. (1991). Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). *ADC*, Vol. 44, núm. 1, pp. 5 a 96.

¹⁷ *Vid.*, LASARTE, ÁLVAREZ, C. (2015). *Principios de Derecho. Derecho de Obligaciones y Contratos*, T. III, 19.ª ed. Madrid: Marcial Pons, p. 43.

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, entre otros, LLAMAS VALBUENA, E. (2002). La llamada culpa médica. Doctrina general y especialidades problemáticas. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 2, pp. 495 y sigs.; GARCÍA GARNICA, M. C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Monografías Aranzadi. Madrid: Aranzadi, pp. 36 y sigs.; BELLO JANEIRO, D. (2009). La responsabilidad sanitaria. En: D. Bello Janeiro (coord.), *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*. Madrid: Reus, p. 204; DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2002). *Sistema de derecho civil*, vol. II, 9.ª ed. Madrid: Tecnos, pp. 71 y 135; GALÁN CORTÉS, J. C. (2007). *Responsabilidad civil médica*. Pamplona: Aranzadi, pp. 73 y sigs. Por el contrario, *vid.*, JORDANO FRAGA, F. (1991), *op. cit.*, pp. 5 a 96 y, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch, pp. 45 a 48.

¹⁹ En idéntico sentido, SAVATIER, R. AUBY, J.-M. y PEQUINOT, H. (1956). *Traité de Droit médical*. Paris: Librairies Techniques, p. 237, se muestran tajantes, al afirmar que «c'est au malade qu'il incombe toujours de prouver; s'il se plaint, la mauvaise qualité de ses soins».

²⁰ Asimismo, conviene recordar que, en la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 21 de marzo de 1950 —siendo ponente CHARRÍN y MARTÍN-VEÑA— ya se hizo referencia a la diferencia entre el contrato de obra y el contrato de arrendamiento de servicios médicos, con ocasión de la demanda interpuesta por una mujer intervenida con fines estéticos y que no obtuvo el resultado buscado como consecuencia de una infección post-operatoria.

²¹ [Núm. 319/1986]. No obstante, conviene tener presente que la Audiencia había absuelto al médico «por estimar que aquel procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo».

²² En este sentido, entre otras, *vid.*, las SSTs de la Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 1989 —siendo ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE—; de 12 de febrero de 1990 —siendo ponente ALBACAR LÓPEZ—; de 06 de noviembre de 1990; de 12 de diciembre de 1990; de 11 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2209) —siendo ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ—; de 16 de abril de 1991; de 20 de febrero de 1992 (*Vlex* 1992/125) —siendo ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE—; de 13 de octubre de 1992 (*Vlex* 1992/854) —siendo ponente GONZÁLEZ POVEDA—; de 2 de febrero de 1993; de 15 de febrero de 1993 —siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL—; de 10 de octubre de 1994 (*Vlex* 1994/873) —siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL—; de 27 de junio de 1997 (*Vlex* 1993/2450) —siendo ponente FERNÁNDEZ-CID DE TECES—; de 21 de julio de 1997 (*Vlex* 1997/688) —siendo ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ—; de 6 de febrero de 2001 (*Vlex* 1996/47) —siendo ponente ROMEO LORENZO— y, de 19 de julio de 2001 (*Vlex* 1996/1581) —siendo ponente VÁZQUEZ SANDES—. En todas ellas, se pone de manifiesto que la obligación médica es habitualmente, una obligación de medios, en concreto, disponen que: «La obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o sea, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle

todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia». Así, en la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 09 de junio de 1997 (Vlex 1993/1950) —siendo ponente VILLAGÓMEZ RODIL—, se prevé que «conforme reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, suficientemente conocida, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención del enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de la persona, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento». Un detallado análisis de la diferencia entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, reiterando la jurisprudencia reciente, se realiza por la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 13 de diciembre de 1997 (*La Ley Juris*: 1998/310) —siendo ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ—, en los siguientes términos: «Tal y como dicen las sentencias de 22 de abril de 1997, de 27 de junio de 1997 y, de 21 de julio de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado —en este caso la salud del paciente—, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación, en la de actividad, esta es el objeto de la obligación, en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de este, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal y como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: «una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtenga». Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando este es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».

²³ El supuesto de hecho fue el siguiente: 1.º D. Lorenzo padecía una úlcera duodenal sometida a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado; 2.º El demandado, observada la friabilidad que presentaba el duodeno al realizar la operación previó un fallo de sutura, por lo que hizo un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal; 3.º Posteriormente el enfermo observó complicaciones que hicieron que a los ocho días de la operación, el propio médico demandado le practicase una laparotomía en fosa iliaca izquierda, procediendo a la extracción de líquido sero-purulento que se había formado y a la colocación de un segundo drenaje; 4.º Tres días después, y visto que el enfermo empeoraba, se le trasladó a otro hospital, lo que ordenó el mismo demandado, puesto que allí existían mejores medios para tratar adecuadamente al paciente, siendo pocos días después nuevamente operado, ahora por otros médicos, y falleciendo a los dos días de esta última operación. Se desestima la pretensión indemnizatoria de la viuda al considerar que «el demandado procedió como un buen técnico en la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer médico, en este caso en la conjunción de la aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo».

²⁴ Así, LOBATO GÓMEZ, J. M. (1992), *op. cit.*, p. 653, precisa que «por obligaciones de resultado se entienden aquellas en las que el deudor se obliga de forma directa e inmediata

a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está «*in obligatione*». Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado, y en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación».

²⁵ Así, JORDANO FRAGA, F. (1991), *op. cit.*, pp. 7 y sigs., establece que «la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no sirve para la distribución de la carga de la prueba, ya que el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar: 1. La obligación que le une al deudor; 2. La infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento por parte del deudor; 3. Los daños que hayan derivado de esa infracción; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, deberá probar también lo anterior, siendo transcendental el incumplimiento de la obligación: que la conducta de cumplimiento del deudor no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación —esto es la culpa o negligencia del deudor—».

²⁶ En este sentido, LUNA YERGA, A. (2004). *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*. Madrid: Civitas, p. 94, precisa que «el actor deberá probar el hecho constitutivo de su pretensión, que en el caso de las pretensiones de resarcimiento es la obligación infringida, cuyo contenido será diverso en función de que la obligación se califique como de resultado —la no obtención del resultado debido— o de medios —falta de diligencia en la actividad por parte del deudor—. No obstante, téngase presente que el mero incumplimiento no implica un daño «*per se*», de forma tal, que este deberá ser probado.

²⁷ Así, MORENO QUESADA, B. (1976). Problemática de las obligaciones de hacer. *RD-Priv*, p. 474, precisa que las obligaciones de resultado son «aquellas en las que se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualesquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor», mientras que por obligaciones de medio, entiende «aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que este espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación».

²⁸ Así, SANTOS BRIZ, J. (1984). La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español, *RDPriv*, T. LXVIII, p. 643, precisa que «lo principal en este tipo de obligaciones es que el resultado prometido no se obtuvo, y solo la prueba por el deudor del caso fortuito o de la fuerza mayor podrá evitar su responsabilidad». Por su parte, LUNA YERGA, A. (2004), *op. cit.*, p. 95, acertadamente establece que «la discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga de la prueba es estéril, pues el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que extingan su responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado el caso fortuito o la fuerza mayor, para evitar su responsabilidad».

²⁹ En este sentido, LLAMAS POMBO, E. (1988), *op. cit.*, p. 77, señala que «la obligación del médico dimanante del contrato de servicios médicos, se lleva a efecto mediante la relación de una serie de actividades o deberes jurídicos. De alguna manera se mezclan medios y fines de modo orgánico, formando un entramado en el que se delimitan con dificultad unos y otros».

³⁰ Esta postura ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, entre otros, *vid.*, ALONSO PÉREZ, M. T. (1998). La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997). *ADC*, Vol. LI, núm. 2, pp. 887 a 915; ASÚA GONZÁLEZ, C. (2006). Responsabilidad civil médica. En: L. F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, 3.^a ed. Navarra: Aranzadi, p. 1736; LUNA YERGA, A. (2004), *op. cit.*, pp. 93 y 94 y, LOBATO GÓMEZ, J. M. (1992), *op. cit.*, pp. 924 y sigs.

³¹ Así, ASÚA GONZÁLEZ, C. (2006), *op. cit.*, p. 736, precisa que «no significa que los parámetros para medir la diligencia de los profesionales sanitarios en el ámbito contractual

y extracontractual hayan de ser distintos, sino que lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente, cuyo contenido se integra por la diligencia (salvo que la obligación haya sido expresamente pactada como de resultado o se pueda concluir de su propia naturaleza), en el extracontractual es siempre negligencia».

³² Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 (*RJ* 1997, 8690) —siendo ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ—, afirmó que «no puede efectuarse reproche alguno al cirujano ni al equipo operador, por negligencia u olvido de la *«lex artis»* en la realización de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por lo que en este aspecto habrá de compartirse la conclusión alcanzada por la sentencia de Instancia y, en segundo lugar, en cuanto a la reprobabilidad que obtiene la Sala como causa de la responsabilidad declarada, en su FJ 5.º, se razona que, teniendo en cuenta, era una decisión quirúrgica muy arriesgada, según el FJ 6.º, no existe en autos prueba alguna que permita deducir que tal información se hubiese efectivamente facilitado», por lo cual, en base a esa falta de información puntual, se determina la citada responsabilidad; frente a lo que sobresale cómo la propia Sala *«a quo»*, en el apartado c) del FJ 3.º, literalmente hace constar que, ante la situación, evidentemente complicada, el Dr. Abelardo, optó por llevar a cabo una operación quirúrgica limitada al espacio L4-L5, para descomprimir dicho espacio y la raíz nerviosa que se hallaba comprimida, con objeto de liberar a la paciente de los dolores más importantes, solución quirúrgica que el referido cirujano propuso a la interesada y que esta aceptó [...]».

³³ *Vid.*, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. (1995). *La responsabilidad civil y penal del anestesista*. Granada: Comares, p. 30 y, GONZÁLEZ MORAN, L (1989). *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista*. Madrid: La Ley, p. 1183.

³⁴ *Vid.*, En idéntico sentido, entre otras, las SSTs de la Sala Primera, de lo Civil, de 7 de mayo de 2014 [*La Ley* 2014, 53490] —siendo ponente SEIJAS QUINTANA—; de 27 de septiembre 2010 (*La Ley* 2010, 161984) —siendo ponente SEIJAS QUINTANA—. En la jurisprudencia menor, *vid.*, la SAP de Madrid, Sección 11.ª de 26 de enero de 2010 (*La Ley* 2010, 10785) —siendo ponente DURO VENTURA—.

Los ficheros de solvencia. Una perspectiva desde el Derecho Francés*

Solvency registers. A perspective taken from French Law

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil UCM

RESUMEN: En el presente artículo la autora hace un estudio del FICP (Fichero nacional de incidentes de reembolso en los créditos a los particulares), creado en el Derecho francés por Ley núm. 89-1010, de 31 de diciembre de 1989. Analiza, en particular, el informe de la Comisión especial, presidida por M. Philippe Mariani, elaborado con ocasión del proyecto de ley que dio lugar a la Ley 2010-737, de 1 de julio, portant réforme du crédit á la consommation. Informe que tuvo en cuenta la experiencia belga y su fichero público mixto (negativo y positivo, de incidentes de reembolso y de créditos contraídos). La autora hace una exposición de la crítica doctrinal a la Ley 2010-737, que mejoró el FICP pero no adoptó un fichero positivo, lo que se consideró ilógico teniendo presente la obligación de evaluación de la solvencia que recaía sobre el prestamista. Finalmente, analiza la Decisión núm. 2014-690 DC del 13 de marzo de 2014, del Consejo Constitucional francés, que declara inconstitucional el intento de regulación de un Fichero positivo por la Ley 2014-344, de 17 de marzo, relative á la consommation, debido a la desproporción entre el fin perseguido (prevención del sobreendeudamiento privado) y la magnitud del tratamiento de datos personales pretendido, el cual consideró que atentaba al derecho al respeto de la vida privada.

ABSTRACT: In this article, the author examines the so-called FICP, the National Register of Repayment Defaults in loans to private individuals, created under French Law by Law 89-1010 of 31 December 1989. Specifically, the article analyses the report by the Special Commission, presided by M. Philippe Mariani, which was drawn up in conjunction with the bill giving rise to Law 2010-737 of 1 July (portant réforme du crédit á la consommation). This report took into account the Belgian experience, with their mixed public register (both negative and positive, with regard to repayment defaults and loans taken out). The author sets out the criticisms made by learned opinion concerning Law 2010-737, which improved the FICP but did not introduce a positive register, which was considered to be illogical in view of the duty incumbent on lenders to assess solvency. Finally, the article analyses Decision 2014-690 DC of 13 March 2014 of the French Constitutional Council, which holds that the attempt by Law

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

2014-344 of 17 March [relative à la consommation] to regulate a positive Register was unconstitutional, due to the disproportionate nature of the scale of the personal-data processing required compared to the aim being pursued (prevention of excessive private borrowing), deeming that this was an infringement of the right to respect for privacy.

PALABRAS CLAVE: Ficheros de solvencia. Evaluación de la solvencia. Derecho al respeto a la vida privada.

KEY WORDS: Solvency registers. Assessment of solvency. Right to respect privacy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL FICHERO NACIONAL DE INCIDENTES DE REEMBOLSO EN LOS CRÉDITOS A LOS PARTICULARES.—II. EL PROYECTO DE LEY RELATIVO A LA REFORMA DEL CRÉDITO AL CONSUMO.—III. EL INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL PRESIDIDA POR M. PHILIPPE MARIANI. 1. EL ARTÍCULO 27 BIS (NUEVO) INCORPORADO POR LA COMISIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA CREACIÓN DE UNA CENTRAL DE CRÉDITOS A LOS PARTICULARES. 2. EL ARTÍCULO 27 TER Y LA PRUEBA DE LA CONSULTA DEL FICP POR LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO.—III. VALORACIÓN DOCTRINAL DE LA LEY 2010-737, DE 1 DE JULIO, *PORTANT RÉFORME DU CRÉDIT Á LA CONSOMMATION*.—IV. LA LEY 2014-344, DE 17 DE MARZO, *RELATIVE Á LA CONSOMMATION (LEY HAMON)* Y LA DECISIÓN NÚM. 2014-690 DC DEL 13 DE MARZO DE 2014.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. EL FICHERO NACIONAL DE INCIDENTES DE REEMBOLSO EN LOS CRÉDITOS A LOS PARTICULARES

El Fichero Nacional de Incidentes de Reembolso en los créditos a los particulares (en adelante, FICP), fue creado en Francia por la Ley núm. 89-1010, de 31 de diciembre de 1989, *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et de familles*, conocida como Ley Neiertz, que dio un tratamiento especial (diverso del procedimiento concursal comercial, aplicable a las personas jurídicas y a los profesionales) a las situaciones de sobreendeudamiento. Dicha Ley fue integrada después, en 1993, en los artículos L. 331-1 y sigs. del Código de Consumo¹, dedicándose, dentro del Capítulo III (Disposiciones comunes), del Título III (Tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento) del Libro III (Endeudamiento) de dicho Código, los artículos L. 333-4 a 333-6 a la regulación del FICP.

El FICP se instituyó como un fichero negativo pues estaba llamado a informar no sobre el nivel de endeudamiento de las personas inscritas en él (créditos contraídos) sino sobre las faltas de cumplimiento de los préstamos concertados (incidentes de reembolso). Su gestión correspondía a la Banca de Francia, cumpliendo dos funciones (informativa y preventiva), y recogiendo dos tipos de datos: de una parte, los incidentes de pago constatados, a los que se denominaba incidentes «caracterizados», en relación con los créditos concedidos a personas físicas para la financiación de necesidades no profesionales, y de otro parte, las informaciones relativas a las personas que solicitan el beneficio de un procedimiento de sobreendeudamiento.

Las informaciones sobre los incidentes de pago «caracterizados» eran transmitidas al Banco de Francia por los establecimientos de crédito, esto es, por los establecimientos que efectúan habitualmente operaciones de banca (recepción de fondos del público, operaciones de crédito y gestión de medios de pago). Las informaciones relativas a las situaciones de sobreendeudamiento eran transmitidas, según el caso, bien por el secretario de las comisiones de sobreendeudamiento, bien por el secretario del Juez de la Ejecución. Mientras que las informaciones relativas a los incidentes de pago, podían ser recensionadas en ficheros por dichos establecimientos de crédito, las informaciones relativas a las situaciones de sobreendeudamiento estaban centralizadas exclusivamente por el Banco de Francia.

Como hemos indicado, el FICP constituía (y constituye todavía hoy en día), un fichero de solvencia «negativo», en la medida en que no recoge más que las informaciones relativas a la falta de cumplimiento de las deudas de una persona física. No obstante, da en realidad una visión más amplia de la situación del deudor, al reagrupar las informaciones relativas al sobreendeudamiento.

A 31 de marzo de 2009, el FICP recogía los datos de cerca de 4 millones de personas (3.985.000), algunas de las cuales podían estar registradas en el mismo por varios incidentes de pago y medidas de tratamiento del sobreendeudamiento. En torno al 80% de los inscritos, lo habían sido a título de incidentes de pago y en torno al 20% a título de sobreendeudamiento.

El FICP está sometido expresamente a las disposiciones de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, debiendo respetar dicho fichero, en relación con las personas físicas que son objeto de mención en el mismo, un derecho a la información sobre los datos que les conciernan, un derecho de acceso a los mismos y un derecho de rectificación. A nivel legislativo, y en el momento de tramitación de *le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation*, que dio lugar a la Ley 2010-737, de 1 de julio de 2010 (que transpuso al Derecho Francés la Directiva comunitaria de 23 de abril de 2008, sobre el crédito al consumo), solamente el derecho de acceso estaba reconocido a nivel legislativo pero el interesado no podía obtener copia, bajo cualquier forma que fuese, de las informaciones contenidas en el fichero que le concernían. Las condiciones de ejercicio de los otros derechos eran precisados por los artículos 13 a 15 del Reglamento núm. 90-05, de 11 de abril de 1990, del Comité de Reglamentación Bancaria y Financiera, el cual, en su artículo 3 definía igualmente la noción de incidentes «caracterizados».

La duración de la inscripción en el FICP variaba según el tipo de información. Pero desde 1989, cabe señalar que se había experimentado una tendencia al alargamiento del tiempo de conservación de los datos.

Como la puesta en marcha del FICP había respondido a una voluntad de asegurar una prevención del sobreendeudamiento, los datos que figuraban en él eran accesibles para las personas que alimentaban el fichero, esto es, para los establecimientos de crédito. A estos efectos, el Banco de Francia estaba desligado del secreto profesional para asegurar la difusión a dichas personas jurídicas de las informaciones nominativas contenidas en el Fichero. Por lo tanto, solo los establecimientos de crédito podían acceder al FICP, existiendo una prohibición tanto para el Banco de Francia como para los establecimientos de crédito, de facilitar copia, bajo cualquier forma, de las informaciones contenidas en el mismo, incluso al propio interesado. La violación de esta prohibición estaba reprimida penalmente, reduciéndose la pena en caso de que la divulgación de las informaciones se produjese por negligencia.

Ninguna disposición legal imponía la consulta del FICP, pero en la práctica los establecimientos de crédito consultaban de manera cuasi-sistemática el FICP antes de todo otorgamiento de crédito. El coste de funcionamiento del FICP era soportado por los establecimientos de crédito en un alto porcentaje ya que la consulta del FICP les era facturada.

La consulta del FICP se producía en la práctica por dos vías: por remisión de un fichero informático, por un procedimiento de consulta a través de internet o por medio de la utilización de un impreso previsto para ello (vía denominada «ascendente», al partir la consulta del establecimiento de crédito) o bien por la puesta a disposición mensual de un fichero que incorporaba el conjunto de las informaciones contrastadas a fecha del último día del mes precedente (vía denominada «descendente»).

Se comprobó que el FICP incorporaba datos erróneos, lo que podía colocar a ciertas personas físicas en una situación delicada, bien por razón de la falta de supresión de una mención que les concernía, bien por consecuencia de un error en la declaración o bien por consecuencia de un error en la ejecución informática o por una simple homonimia. De hecho, las quejas que se referían al FICP constituían el 10% de las recibidas por la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades (en adelante, CNIL)².

II. EL PROYECTO DE LEY RELATIVO A LA REFORMA DEL CRÉDITO AL CONSUMO

Como hemos señalado antes, este Proyecto de Ley tenía por objetivo transponer la Directiva 2008/48/CE de 23 de abril de 2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. En dicho Proyecto de Ley, el Gobierno francés abordada un perfeccionamiento del FICP. No modificaba la naturaleza del mismo —que continuaba siendo un fichero negativo— ni tampoco su vinculación al Banco de Francia. Seguía siendo un fichero «alimentado» por los prestamistas o por los secretarios judiciales, y susceptible de ser consultado solo por los prestamistas. Pero, no obstante, el Proyecto aportaba varias modificaciones sustanciales a las disposiciones en vigor.

Por un lado, el texto del Gobierno trataba de dar cumplimiento a las exigencias de la Ley de 6 de enero de 1978, confiriendo al FICP tres finalidades. En efecto, de acuerdo con dicha Ley, unos datos de carácter personal no podían ser recogidos y conservados más que por «finalidades *determinadas, explícitas y legítimas*» (art. 6). La intención del legislador de 1989 al crear el FICP había sido luchar contra el sobreendeudamiento gracias a la consulta de los datos relativos a los incidentes de reembolso y a los procedimientos de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento, pero el artículo L. 333-4 del Código de Consumo *nunca había definido expresamente las finalidades del FICP, lo cual se verifica ahora*. De este modo, el texto del Gobierno señalaba como finalidades del FICP: suministrar un elemento de apreciación de la solvencia de las personas físicas que solicitan un crédito; suministrar un elemento de apreciación para la decisión de atribuir medios de pago; suministrar informaciones para la gestión de los riesgos ligados a los créditos suscritos por los clientes.

En relación con la primera finalidad, el texto propuesto por el Gobierno preveía de manera expresa la utilización del FICP para fines de información so-

bre la situación financiera de un candidato al crédito. Ello permitía igualmente satisfacer las exigencias del artículo 8.1 de la Directiva 2008/48/CE según la cual la evaluación por el prestamista de la situación del prestatario debe ser llevada a cabo a partir de un número suficiente de informaciones, suministradas, en su caso, por el consumidor y, si fuese necesario, consultando la base de datos apropiada. La redacción recogida por el Gobierno permitía a los establecimientos de crédito tener acceso al FICP, ya tuviesen su sede en Francia, ya la tuviesen en otro Estado miembro de la Unión Europea y practicasen la actividad crediticia en Francia en libre prestación de servicios. La contrapartida del acceso al FICP es la obligación de «alimentarlo», declarando los incidentes de reembolso en los créditos a los particulares.

En relación con la segunda finalidad, esta se configuraba como novedad, sobrepasando la sola problemática del otorgamiento de crédito. En la medida en que solo los establecimientos de crédito están autorizados a librar medios de pago (cheques, tarjetas de crédito...), la Ley les reconocía la posibilidad de tomar en consideración las informaciones del Fichero Central de Cheques (en adelante, FCC)³ como elemento de apreciación antes de la apertura de una financiación o de la apertura de crédito. Ahora, de forma paralela, el Gobierno pretendía que las informaciones del FICP pudieran ser utilizadas a los mismos fines, en la medida en que ciertos medios de pago conducen a aplazamientos de pago y descuentos en las cuentas del deudor, cuyos efectos pueden ser asimilados a los créditos.

Por lo que respecta a la tercera finalidad, el Gobierno trataba de poner más fácilmente a los establecimientos de crédito en situación de respetar reglas de gestión prudencial, lo que conllevaba la evaluación de los riesgos de los créditos y el respeto de las *ratios* de fondos propios definidas por el reglamento «Basilea II».

Otra reforma que el texto del Gobierno proponía para el FICP se refería a la reducción de los plazos de conservación de datos, plazos objeto de numerosas críticas. Si bien estas no concernían a la duración de la inscripción de los incidentes de pago «caracterizados» (5 años, duración idéntica a la aplicable en el marco del FCC), sí se referían a las inscripciones resultantes de los procedimientos de sobreendeudamiento. La duración de estas inscripciones era denunciada como excesiva y como un freno al otorgamiento de nuevos créditos, así como causa de exclusión prolongada e injustificada del crédito. Igualmente era denunciada como inequitativa en razón de la disparidad de plazo según el procedimiento aplicable.

En respuesta a dichas críticas el texto del Gobierno disponía las duraciones del plazo de inscripción del siguiente modo:

- Inscripciones de una duración máxima de cinco años para los incidentes de pago «caracterizados», debiendo ser canceladas las menciones, antes de la expiración de dicho plazo, desde la declaración hecha por el establecimiento (que está en el origen de la inscripción) del pago integral de las sumas debidas.
- Inscripción de las medidas previstas por un plan convencional de endeudamiento entre deudor y acreedores, acordado en el seno del procedimiento de sobreendeudamiento «simple», durante la ejecución de dicho plan y con un máximo de diez años.
- Inscripción de las medidas impuestas por la comisión de sobreendeudamiento o de las homologadas por el juez, durante todo el plazo de su ejecución y por un máximo de 10 años.

- Inscripción del beneficio de un procedimiento de restablecimiento personal (condonación de deuda o *fresh start*) por un máximo de cinco años a contar desde la fecha de homologación o de cierre del procedimiento.

Por otro lado, el texto propuesto preveía un mecanismo de cancelación anticipada de los datos cuando las medidas del plan convencional (art. L. 331-6, Código de Consumo) y las tomadas en aplicación de sus artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 (medidas impuestas por la comisión u homologadas por el Juez en la fase contenciosa del procedimiento de sobreendeudamiento simple), eran ejecutadas sin incidente.

Finalmente, se ponía un término a la superposición de duraciones de inscripción, cuando las medidas impuestas por la comisión de sobreendeudamiento u homologadas por el juez, se aplicaban después del fracaso de un plan convencional. En este caso, la inscripción sería mantenida durante el transcurso de la ejecución del plan y de las medidas, con el límite de diez años⁴.

Como consecuencia de la falta de un marco reglamentario suficiente, la información a las personas físicas sobre su inscripción en el FICP, de lo cual estaba encargado el establecimiento de crédito declarante, era considerada poco pertinente. Por ello, el texto propuesto preveía que un Decreto, dictado con arreglo a la opinión de la CNIL, establecería las condiciones en que el Banco de Francia y los organismos que actúan como prestatarios informarían a las personas de su inscripción en el fichero y de sus derechos. Por otro lado, el Gobierno pretendía facilitar el derecho de acceso a los datos del fichero por las personas físicas a quienes concernían. La prohibición de librar una copia escrita se consideraba no solo atípica por lo que toca a las modalidades de acceso reconocidas por otros ficheros, sino también penalizadora para el consumidor; pues volvía más difícil el ejercicio por este de su derecho de rectificación. De ahí que el texto del Gobierno, manteniendo la prohibición general de libramiento de copia de las informaciones contenidas en el fichero, acompañada de sanción penal, establece una excepción para los interesados, en el marco del ejercicio de su derecho de acceso a los datos personales. El libramiento de una copia escrita de los datos del FICP había sido prohibida en el momento de puesta en marcha del Fichero, en razón del temor de que se desarrollasen eventuales exigencias de expedición de certificados de no-inscripción, por parte de agentes económicos no autorizados a consultar este fichero.

Para reforzar la protección de los datos contenidos en el FICP, se estatuyó por el Proyecto de Ley una sanción penal específica para el caso de que tales datos fueran recogidos por otras entidades diversas del Banco de Francia y los establecimientos de crédito, consistente en prisión de cinco años y multa de 300.000 euros.

La modificación del marco legislativo del FICP iría acompañada de una mejora del marco reglamentario. Así, supresión de la «vía descendente» y mejora de las modalidades de consulta por Internet, lo que daría mayor fiabilidad a la información y contribuiría a reducir aún más las prácticas de consulta del FICP por los establecimientos de crédito para fines comerciales; y nuevas modalidades de alimentación del FICP que aseguraran la actualidad de las informaciones.

El texto del Gobierno no consideraba la puesta en marcha de un fichero positivo. A este respecto, el reforzamiento del FICP como instrumento de información para el otorgamiento de crédito por el proyecto de ley, llevaba al Gobierno a considerar inútil en ese estado, una reflexión más profunda sobre la instauración de un fichero positivo⁵.

III. EL INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL PRESIDIDA POR M. PHILIPPE MARIANI

La Comisión especial para el estudio del mencionado Proyecto de Ley, creada por el Senado francés el 29 de abril de 2009, enriqueció el texto del Gobierno a fin de precisar y mejorar el funcionamiento del procedimiento de sobreendeudamiento y del FICP.

En el artículo 27, sobre la base de la proposición de Mme. Brigitte Bout y M. Laurent Bétéille, precisó que conforme al estado actual del Derecho positivo francés, la inscripción en el FICP, a título de un incidente de pago «caracterizado» o a título de un procedimiento de sobreendeudamiento, no comportaba prohibición de otorgar un crédito y no debía conducir a que una persona, por este único hecho, no pudiera obtener un préstamo⁶.

Por un artículo 27 bis (nuevo), decidió que la creación de un fichero positivo (central de créditos a los particulares), puesta bajo la responsabilidad del Banco de Francia, sería objeto de un informe remitido al Gobierno y al Parlamento, en un plazo de tres años, a contar desde la promulgación de la Ley. Dicho informe sería elaborado por una Comisión encargada de la evaluación de dicha Ley. Esta Comisión, creada por el artículo 33 A (nuevo), estaría compuesta de parlamentarios, de entre los cuales uno sería el Presidente, y por representantes del Estado, de la Banca de Francia, de las Administraciones Públicas territoriales, de los establecimientos de crédito y de las asociaciones que entregan microcrédito, así como por representantes de las asociaciones familiares o de consumidores. Tal Comisión evaluaría las consecuencias de la Ley y en su informe precisaría las condiciones en las cuales los datos de carácter personal, complementarios de los que ya figuraban en el FICP, y susceptibles de constituir indicadores del estado de endeudamiento de las personas físicas que hubieran contratado *créditos al consumo*, podrían ser inscritos en dicho fichero, a fin de asegurar una mejor información de los prestamistas sobre la solvencia de los prestatarios.

Para mejorar aún más el dispositivo propuesto por el Gobierno, la Comisión previó también medidas destinadas a reforzar la fiabilidad de los datos contenidos en el FICP. Así la puesta a disposición del FICP «en tiempo real» de las informaciones relativas a los eventos que justificaban la inscripción o la cancelación de los datos. La Comisión señaló que convenía en particular que los prestamistas, contrariamente a la situación actual, no omitiesen ni retrasasen el proceder ante la Banca de Francia a la declaración que permitía la cancelación de una inscripción, desde el instante en que hubieran recibido el pago integral de las sumas adeudadas. Y que las personas inscritas en el FICP debían ser informadas de su cancelación en el fichero, en las condiciones que precisase un Decreto dictado según la opinión de la CNIL⁷.

1. EL ARTÍCULO 27 BIS INCORPORADO POR LA COMISIÓN Y EL PRINCIPIO DE LA CREACIÓN DE UNA CENTRAL DE CRÉDITOS A LOS PARTICULARES

Desde la instauración del FICP, la cuestión de la creación de un fichero «positivo», a menudo presentado como complementario del FICP, no había dejado de estar en debate en Francia.

La finalidad de un fichero «positivo», también llamado «central de créditos», es reagrupar los datos que permiten conocer el nivel de endeudamiento de una persona, así como que no ha incurrido en ningún incumplimiento en el

reembolso de los créditos⁸. No obstante, la visión que puede dar de la solvencia de un prestatario depende del tipo de datos que pueden ser introducidos en él (recursos al crédito, o incluso más aún, información general sobre las cargas de la familia: gastos de luz, agua, calefacción, etc., lo que haría del fichero un «fichero de deudas»).

En el año 2009, la Federación Bancaria Francesa (FBF) se declaraba opuesta a la institución de un fichero «positivo»; la Asociación Francesa de Sociedades Financieras (ASF) no tenía ninguna posición oficial sobre la cuestión, dadas las posiciones divergentes de sus miembros; y las asociaciones de consumidores, estando muy divididas, se oponían en su mayoría a la instauración de tal fichero. En cambio las asociaciones y fundaciones de ayuda a la reinserción y el *Médiateur de la République* y los representantes del comercio eran favorables a su creación.

La Comisión señala, que oídas las opiniones vertidas ante ella, parecería que las ventajas prestadas por el fichero positivo en Francia serían las siguientes:

- Una mayor prevención del endeudamiento y del sobreendeudamiento a través de una visión más amplia de la situación financiera de los consumidores.
- Un incremento de la responsabilidad de los prestamistas y de los prestatarios.
- Una mayor accesibilidad al crédito para ciertas categorías de población hoy excluidas del crédito.
- Una mayor competencia entre los establecimientos de crédito para proponer contratos de crédito más atractivos.

Por su parte, los temores e inconvenientes que inspiraba el fichero positivo, y puestos de manifiesto ante la Comisión, serían los siguientes:

- Para tener un valor real, el fichero positivo debería integrar el conjunto de los recursos al crédito y también las cargas de los consumidores, lo que conduciría a un fichero gigantesco.
- Tratándose del crédito renovable, habría que considerar la inscripción de la utilización del crédito y el techo de la línea de crédito abierta. Ahora bien, técnicamente, la puesta al día de este tipo de información parece de una carga y de un coste excesivos.
- Cerca del 75% de las situaciones de sobreendeudamiento provienen de accidentes de la vida no ligados al crédito, lo que este fichero por definición no podrá prevenir.
- Por su generalidad, un fichero positivo sería atentatorio de la vida privada y no sería proporcionado al objetivo de evitar el endeudamiento o sobreendeudamiento de las personas físicas.
- Un fichero de este tipo reagruparía verosíblemente a más de 15 millones de personas y representaría varias decenas de millones de euros en costes de creación y funcionamiento.
- La existencia de este fichero podría reforzar la exclusión del crédito de ciertas personas.
- Un fichero positivo presenta el riesgo de reforzar el descrédito de los establecimientos bancarios frente a los particulares, sin que los controles que se pudieran ejercer en el futuro en relación con el uso del fichero, pudiera impedirlo totalmente.

La Comisión señaló que en el estado presente del Derecho positivo francés, la creación de ficheros generales de créditos no estaba autorizada por la CNIL, en ausencia de un fundamento legislativo expreso⁹. En cambio, nada prohibía a los establecimientos de crédito tener ficheros que reflejasen el estado de endeudamiento de sus clientes. La CNIL admitía, incluso, que se compartiesen las informaciones sobre los prestatarios de que disponían establecimientos de crédito diferentes, a los fines de prevención de impagos o de lucha contra las tentativas de obtención irregular de créditos. Así, el 8 de septiembre de 2005, autorizó a las sociedades Finaref y Sofinco, las dos filiales del grupo Crédito agrícola, a compartir sus informaciones. Igualmente, el 16 de noviembre de 2006, para las sociedades Cetelem y Cofinoga. De estas decisiones resulta que la CNIL solo ha autorizado dichos intercambios de información en la medida en que satisfacían una serie de condiciones¹⁰. Por el contrario, la CNIL rechazó la creación de una base de datos centralizada sobre los créditos a los particulares (así en resolución de 8 de marzo de 2007)¹¹. La actitud muy reservada de la CNIL sobre la constitución de un fichero positivo no se fundaba más que en los riesgos, en materia de protección de datos personales, generados por la naturaleza misma de tal fichero¹².

La Comisión especial se interesó particularmente por el ejemplo de Bélgica, país que cuenta con un fichero público gestionado por la Banca nacional, negativo y positivo, mediante extensión del fichero negativo existente desde 1980. Si bien la puesta en marcha de dicho fichero suscitó un fuerte debate durante varios años, en el año 2009 estaba totalmente aceptado por los establecimientos de crédito y asociaciones de consumidores. De manera que el debate abierto sobre el mismo se dirigía en tal fecha al enriquecimiento del fichero por datos no ya referentes al crédito al consumo, sino a los que permiten evaluar las cargas del matrimonio (gastos de luz, agua, teléfono...) ¹³.

El balance extraído por las autoridades políticas belgas y por los establecimientos de crédito y asociaciones de consumidores belgas con las que se entrevistó la Comisión especial, fue presentado ante ella como positivo. La Comisión pudo concluir que, por un lado, la puesta en marcha de esta Central de créditos a los particulares, parecería haber facilitado el conocimiento por los establecimientos de crédito de la situación financiera de su clientela, en particular con ocasión del otorgamiento de nuevos créditos. Sin embargo, las estadísticas disponibles se expresaban sobre un periodo durante el cual los riesgos del crédito, al consumo e inmobiliario, habían sido los más bajos en toda la UE, por lo que por esta razón coyuntural, los establecimientos de crédito belgas habían tratado con matrimonios más solventes que en los años precedentes. Por otro lado, parecía existir una correlación entre la puesta en marcha de la Central y la bajada significativa de los incidentes de pago. Si bien la Central de créditos no explicaba únicamente por sí misma la bajada de la tasa de incidentes de pago y el alza del acceso al crédito observado entre 2003 y 2007, estos movimientos no podían, a la inversa, explicarse sin la puesta en marcha de este fichero. La proporción de contratos impagados habría pasado del 7,6 al 6,5% y la de prestatarios incumplidores del 8% al 7,2%. Así pues, el incremento de la eficacia en la verificación de la solvencia de los prestatarios que habría resultado de la creación de la Central estaría comprendida entre el 10% y el 15%, según el criterio a que se atiende (prestatarios o contratos). Por lo demás, el número de las nuevas solicitudes de procedimiento colectivo de deudas registradas por los Tribunales habría aumentado en más de un 8,8% en 2008, a pesar de la Central, cuando en el mismo periodo, el número de *dossiers* depositados ante las comisiones de sobreendeudamiento francesas no habría aumentado más que un 3,08%. Resulta de ello, según

la Comisión especial que, *tratándose de la prevención del sobreendeudamiento y hasta de sus efectos sobre el incorrecto endeudamiento, la experiencia belga sería aún difícil de estimar*. Debiendo tenerse presente que la puesta en marcha de un fichero positivo en Francia, daría lugar al registro de más de 15 millones de individuos para prevenir ciertas dificultades financieras de algunas decenas de millares de personas en situación de sobreendeudamiento. Si se deseara hacer bajar exponencialmente la tasa de impago de los prestatarios y el sobreendeudamiento de los particulares en condiciones similares a las existentes en Bélgica, el registro de estos 15 millones de personas permitiría reducir cada año desde 17.500 en adelante el número de deudores sobreendeudados. Si esta estimación representa el 9,4% de la media de los dossiers depositados anualmente delante de las comisiones de sobreendeudamiento, ello no representaría más que una proporción de un uno por mil de las personas que se encontrarían registradas. La cuestión, pues, de la proporcionalidad de tal registro, a la vista de los resultados concretos que puede generar en materia de prevención del sobreendeudamiento, a juicio de la Comisión especial, debería ser seriamente preguntada. La creación, pues, de tal registro, lo que permitiría, es reforzar las condiciones de concurrencia sobre el mercado de crédito. El posicionamiento en relación con la creación del fichero positivo por parte de los establecimientos prestamistas se derivaría de la existencia de ficheros sobre sus clientes que están bajo su control, cuyos datos estarían, en su caso, autorizados a compartir con otras entidades dependientes del mismo grupo, según se desprende de la doctrina de la CNIL. Por ello, concluye la Comisión especial, sería razonable pensar que la ausencia de un fichero positivo suponga un freno a la competencia en el mercado de crédito y que la creación de una central de crédito vendría, a la inversa, a activar este, para un mayor beneficio de los consumidores.

A resultados de lo anterior, la Comisión especial creó un artículo adicional a fin de prever la elaboración de un informe al Gobierno y al Parlamento sobre el principio de la creación de una central de créditos a los particulares colocada bajo la responsabilidad del Banco de Francia. Se trataría de pronunciarse sobre el enriquecimiento del FICP por nuevos datos de carácter personal, lo que haría de este fichero negativo, un fichero mixto. El informe, igualmente, debería precisar las condiciones en las que podrían estar inscritos en el seno del FICP los datos de carácter personal, complementarios de las informaciones relativas a incidentes de pago «caracterizados» y a las medidas de sobreendeudamiento que figuran ya allí, y que fueran susceptibles de constituir indicadores del endeudamiento de las personas físicas *que hayan contratado créditos al consumo, para una mejor información de los prestamistas sobre la solvencia de los prestatarios*. El informe debería examinar cómo la puesta en marcha de estas medidas podría hacerse en el marco del respeto de los principios dictados por la ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades. Este informe debería ser realizado en un plazo de tres años a contar desde la promulgación de esta ley. Dicho informe debería ser elaborado por la comisión temporal de evaluación de la ley, creada en el artículo 33 A¹⁴, ¹⁵.

2. EL ARTÍCULO 27 TER (NUEVO) Y LA PRUEBA DE LA CONSULTA DEL FICP POR LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO

A través de este artículo adoptado por la Comisión especial, se imponía al poder reglamentario determinar las modalidades según las cuales los establecimientos de crédito podían justificar que habían consultado el fichero.

En efecto, el artículo L. 333-5 del Código de Consumo, preveía que las modalidades de recogida, inscripción, conservación y consulta de las informaciones contenidas en el FICP serían definidas por una orden del Ministro de economía, adoptada en conformidad con la opinión de la CNIL. Sobre este fundamento, el reglamento núm. 90-05, de 11 de abril de 1990, del Comité de la reglamentación bancaria y financiera (CRBF), definió en su día las reglas que se imponían tanto a los servicios de la Banca de Francia como a los establecimientos de crédito declarantes, determinando las condiciones en las que los establecimientos de crédito podían obtener información, para cada persona inscrita, de: incidentes de pago caracterizados y naturaleza del crédito que los origina; existencia de medidas convencionales o judiciales de tratamiento del sobreendeudamiento; fecha en la que las informaciones serían canceladas en el fichero e informaciones en relación con la existencia de un *dossier* en curso de instrucción o en revisión delante de la comisión de sobreendeudamiento o el Juez de la ejecución. *Sin embargo, no existía ningún diseño acerca de cómo debía verificarse o trazarse la consulta del FICP por los establecimientos de crédito.*

La Comisión considera que las modificaciones que ella aporta a las finalidades y funcionamiento del FICP diseñado por el Gobierno (art. 27)¹⁶, necesitan una adaptación importante del dispositivo reglamentario, debiendo adoptarse dichas disposiciones reglamentarias de aplicación en los primeros meses que sigan a la publicación de la ley para que la puesta en marcha efectiva del FICP renovado pueda tener lugar en mayo del 2010. La Comisión considera indispensable que el nuevo funcionamiento del FICP asegure, en condiciones de fiabilidad óptimas, una trazabilidad (un diseño) de la consulta de los datos del FICP, en particular en el momento de otorgamiento de un nuevo crédito a una persona física.

Dado que el artículo Ley 311-9 del Código de Consumo, en su redacción nacida del artículo 4 del Texto del Proyecto de Ley, impone una obligación de consulta del FICP, conviene determinar en qué medida esta ha sido efectivamente respetada. Por ello, la Comisión adopta un artículo 27 ter (nuevo) a fin de completar el artículo L. 333-5 del Código de Consumo, a fin de imponer al poder reglamentario el definir las modalidades según las cuales los organismos obligados a la consulta podrán justificar que han consultado el fichero. A estos efectos, la Comisión señala que podrían considerarse dos sistemas: el libramiento, en el momento de cada consulta, de un certificado de consulta, que podría tener una forma electrónica, en el que se mencione la fecha, hora de consulta, e identidad de la persona cuyos datos han sido consultados, o bien, dejar a los establecimientos de crédito el cuidado de conservar los datos de la consulta que les permiten aportar la prueba de la misma. Teniendo en cuenta el carácter técnico de la materia, la Comisión deja al poder reglamentario una libertad de apreciación sobre el sistema más adecuado en la práctica, que permita tanto aportar la mencionada prueba como respetar los principios de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades¹⁷.

III. VALORACIÓN DOCTRINAL DE LA LEY 2010-737, DE 1 DE JULIO, *POR-TANT RÉFORME DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION*. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONSULTA DEL FICP

El Proyecto de Ley comentado dio lugar a la Ley 2010-737, de 1 de julio, *portant réforme du crédit à la consommation*. Su artículo 6.II.C, restablece el artículo L. 311-9 del Código de Consumo (dentro de la sección 4, del Capítulo I,

del Título I, del Libro III, del Código, que lleva por rúbrica *«Explications fournies à l'emprunteur et évaluation de sa solvabilité»* [explicaciones suministradas al prestamista y evaluación de su solvencia] y que comprende los artículos L. 311-8 a L. 311-10-1). Dicho artículo señala: «antes de concluir el contrato de crédito, el prestamista verificará la solvencia del prestatario a partir de un número suficiente de informaciones, comprendiendo entre ellas, las informaciones suministradas por este último a solicitud del prestamista. El prestamista *consultará el fichero previsto en el artículo L. 333-4, en las condiciones previstas por el reglamento mencionado en el artículo L. 333-5*».

En opinión de RAYMOND, «una de las preocupaciones del legislador de 2010 ha sido prevenir el sobreendeudamiento. Por ello ha puesto en marcha un cierto número de medidas que deberían responsabilizar a la vez al establecimiento de crédito y al consumidor atrayendo la atención de este último sobre la importancia del acto que realiza concluyendo un contrato de crédito». ... En la discusión parlamentaria que precedió a la Ley 2003-710 de 1 de agosto de 2003 (*Loi Borloo*, que introdujo el procedimiento de restablecimiento personal), la Asamblea Nacional había adoptado en primera lectura un artículo L. 311-10-1 del Código de Consumo, sancionando a los establecimientos de crédito que otorgasen préstamos sin haberse informado suficientemente sobre la situación financiera (de los prestatarios). Pero esta disposición no sobrevivió a la segunda lectura, habiéndose mostrado el Senado desfavorable a ello. La Ley de 1 de julio de 2010 impone a los establecimientos de crédito la obligación de informarse sobre la insolvencia de los futuros prestatarios sin (considera RAYMOND) darles los medios para ello. En cambio, la Corte de Casación ha impuesto un verdadero deber para los establecimientos de crédito, que consiste en poner en guardia al futuro prestatario contra los peligros del préstamo que quiere contraer, incluso un verdadero deber de denegar el crédito.

El artículo L. 311-8 del Código de Consumo, en la redacción dada por la Ley de 1 de julio de 2010, impone al prestamista la obligación de suministrar al consumidor las informaciones (la Ley no se atreve a decir el «consejo») suficientes para que el futuro consumidor pueda apreciar la adecuación entre los vencimientos de reembolso del préstamo y su solvencia. Pero esta obligación legal no concierne más que a las operaciones de crédito al consumo, no ha sido integrada en las Disposiciones Comunes al crédito al consumo y al crédito inmobiliario. Lo mismo en relación con la obligación del establecimiento de crédito de asegurarse de la solvencia del prestatario (art. L. 311-9). Las sanciones, que pueden aparecer para responsabilizar a los establecimientos de crédito (art. L. 311-48), suponiendo que sean disuasorias, no conciernen entonces más que a los créditos al consumo, no a los créditos inmobiliarios¹⁸.

RAYMOND considera que «la responsabilidad de los establecimientos de crédito, en el otorgamiento de créditos a los prestatarios, no puede situarse como principio más que si se pone a disposición de estos los medios eficaces de cumplir las obligaciones que les incumben y si se fija un umbral a partir del cual contraen responsabilidad de pleno derecho. En el momento presente, para evaluar la solvencia del deudor, los establecimientos de crédito son invitados a consultar el FICP.

Ahora bien, el FICP es en esencia el fichero de las personas que han solicitado la intervención de la comisión de sobreendeudamiento. En lo que concierne a los incidentes de pago caracterizados, es el organismo de crédito quien es dueño de la decisión de inscripción [en tal fichero]. Nada le impide mitigar la falta de cumplimiento del deudor por el otorgamiento de un nuevo crédito y así

agrar la situación del deudor; es una práctica corriente en materia de crédito renovable. En el caso de que los incidentes de pago estén inscritos, el deudor, lo más a menudo, se ha sometido ya a la comisión de sobreendeudamiento o no tardará en hacerlo. El FICP no es, actualmente, atendido inmediatamente, como pide la nueva Ley. Finalmente, para evitar el incidente de pago, el consumidor endeudado contrata nuevos créditos y así no hay inscripción en el FICP. El FICP no constituye entonces un buen medio de evaluar la solvencia de un prestatario.

La verdadera media de prevención del sobreendeudamiento activo sería la puesta en marcha de un *fichero de créditos*, designado generalmente bajo el nombre de fichero positivo, de manera análoga al que existe en Bélgica y no un fichero de deudas, como algunos han propuesto, que sería el repertorio de todas las deudas [cargas familiares] de los particulares. Un fichero de deudas parece difícil de poner en marcha y más difícil aún de estar constantemente al día. Además, constituiría un atentado intolerable a la libertad individual y a la vida privada. El fichero positivo estaría gestionado por el Banco de Francia, en condiciones similares al FICP y contendría la lista de los créditos contraídos por un mismo consumidor así como los compromisos de garantía asumidos por él. Con vistas a la simplificación, se podría fusionar este fichero positivo y el FICP.

La ley de 1 de julio de 2010 no ha tenido la audacia de poner en vigor este fichero y de establecer la responsabilidad de los establecimientos de crédito que concedieran a los consumidores créditos desmesurados en relación a sus recursos. Bajo la presión de los diputados, la Ley se ha contentado con crear una comisión, prevista en su artículo 49, encargada, *en el año siguiente a su publicación*, [el texto definitivo redujo el plazo de tres años propuesto por la Comisión a uno] de prefigurar la creación de tal fichero y elaborar un informe sobre la cuestión. Es posible que este fichero vea la luz en los años sucesivos. Mientras tanto, habrá que referirse al deber de puesta en guardia que ha sido fijado por la jurisprudencia¹⁹.

En relación con el procedimiento de sobreendeudamiento simple, desde la reforma verificada en el artículo L. 331-7 del Código de Consumo por la Ley 95-125, de 8 de febrero de 1995, *este indica expresamente*, (ahora en relación con las medidas que puede imponer la Comisión, tras la reforma operada por la Ley 2010-737, en la fase contenciosa del procedimiento), que la Comisión para su aplicación «*tendrá en cuenta el conocimiento que cada uno de los acreedores podía tener, en el momento de la conclusión de los diferentes contratos, de la situación de endeudamiento del deudor* (lo que debe ser puesto en consonancia con el art. L. 311-9 para el crédito al consumo). La Comisión podrá igualmente verificar que el contrato ha sido consentido con la seriedad que imponen los usos profesionales».

IV. LA LEY 2014-344, DE 17 DE MARZO, *RELATIVE À LA CONSOMMATION (LEY HAMON)* Y LA DECISIÓN NÚM. 2014-690 DC DEL 13 DE MARZO DE 2014

Con motivo de la tramitación parlamentaria de la Ley 2014-344, el Gobierno francés introdujo en trámite de enmiendas la creación de un fichero positivo de solvencia. El Consejo Constitucional fue interpelado en las condiciones previstas en el artículo 61.2 de la Constitución, acerca de esta Ley, el 17 de febrero de 2014 por Diputados y Senadores, poniendo aquellos en cuestión el procedimiento de adopción del artículo 67 (relativo al citado fichero) y poniendo en cuestión la conformidad con la Constitución de dicho artículo, tanto unos como otros.

Los requirentes sostenían que la creación de un registro nacional de créditos a los particulares comportaba, en razón de la amplitud del registro, del carácter sensible de las informaciones que contendría y de sus modalidades de consulta, un atentado desproporcionado al derecho al respeto de la vida privada, *que no estaba justificado a la vista del objetivo perseguido por el legislador, consistente en prevenir las situaciones de sobreendeudamiento de las personas físicas, no procedentes de la atención de necesidades profesionales*. Igualmente señalaban que, si bien el proyecto de ley inicial no contenía ninguna disposición relativa a la lucha contra el sobreendeudamiento, la introducción de esta reforma (por vía de enmienda) y sin un estudio de su impacto, constituía un desconocimiento de las exigencias del artículo 39 de la Constitución relativas a la presentación de un estudio de impacto y a los principios de claridad y sinceridad de los debates parlamentarios.

En lo concerniente al procedimiento de adopción del artículo 67 de la Ley, el Consejo constitucional entiende que si bien, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley orgánica de 15 de abril de 2009 (a la que remite el artículo 39 de la Constitución), los proyectos de ley son objeto de un estudio de impacto, los cuales deben ser depositados en la oficina de la primera asamblea competente (Asamblea nacional o Senado), al mismo tiempo que los proyectos de ley a los que informan, de acuerdo con el artículo 45.1 de la Constitución, toda enmienda es admisible en primera lectura siempre que presente un nexo, al menos indirecto, con el texto depositado. El Proyecto de ley comportaba, en el momento de su depósito en la oficina de la Asamblea Nacional, un Capítulo III dedicado al crédito y al seguro, habiendo introducido el Gobierno un artículo nuevo, que ha devenido el artículo 67, relativo a la creación de un registro que recogiese los contratos de crédito al consumo. En opinión del Consejo Constitucional es por este motivo que el artículo introducido presenta un nexo indirecto con las disposiciones iniciales del proyecto de ley, siendo inoperante en tal caso las exigencias relativas a la presentación de proyectos de ley, resultando además de los trabajos parlamentarios que el procedimiento de adopción del artículo 67 no ha tenido el efecto de alterar la claridad y sinceridad de los debates. El Consejo Constitucional rechaza, pues, la impugnación del artículo 67 por razones formales (relativas al procedimiento de su adopción)²⁰.

En relación con la cuestión del atentado al derecho al respeto de la vida privada, el Consejo Constitucional señala que teniendo presente la libertad proclamada por el artículo 2 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, que comporta el derecho al respeto de la vida privada, la recogida, registro, conservación, consulta y comunicación de datos de carácter personal *deben estar justificadas por un motivo de interés general y verificarse de manera adecuada y proporcionada a este objetivo*. Si bien con la creación del fichero de créditos, el legislador ha perseguido un fin de interés general (prevención del sobreendeudamiento), «dada la naturaleza de los datos registrados [informaciones relativas al estado civil de la persona, identificación del establecimiento o del organismo que está en el origen de la inscripción, identificación, categoría y características del crédito, los incidentes de pago caracterizados, las situaciones de sobreendeudamiento y las liquidaciones judiciales pronunciadas; el motivo y fecha de las consultas efectuadas], la magnitud del tratamiento, la frecuencia de su utilización, el gran número de personas susceptible de tener acceso (al fichero) y la insuficiencia de las garantías relativas al acceso al registro, las disposiciones impugnadas suponen un atentado al derecho al respeto de la vida privada que no puede ser visto como proporcionado al fin perseguido», razón por la que el artículo 67 de la Ley es declarado inconstitucional y por vía de consecuencia, los artículos 68 a 72, que son inseparables de aquel precepto²¹.

En la actualidad, pues, la regulación del FICP se encuentra contenida en los artículos L. 333-4 y L. 333-5 del Capítulo III (Disposiciones comunes), del Título III (Tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento) del Libro III (Endeudamiento), del Código de Consumo y en ella continúa siendo un fichero exclusivamente negativo²².

V. CONCLUSIONES

1. El Derecho francés, ante el sobreendeudamiento de los particulares, ha adoptado dos tipos de medidas. Por una parte, ha introducido la noción de préstamo responsable, vinculada a la consulta del FICP, obligando a las entidades financieras a suministrar información a los prestatarios y a advertirles frente a una asunción excesiva de crédito, imponiéndoles determinadas sanciones (en el ámbito de la ejecución del contrato de crédito y en el ámbito del procedimiento de sobreendeudamiento simple), si efectúan un préstamo a una persona con sobreendeudamiento previsible.

2. Doctrina de los autores considera que si bien la Ley de 1 de julio de 2010 obliga al establecimiento de crédito a informarse sobre la solvencia del consumidor que viene a solicitar el crédito, imponiendo la obligación de consulta del FICP, la ley no ha hecho de esta obligación una verdadera medida de prevención del sobreendeudamiento, en cuanto no ha ido hasta el fin de la lógica de la creación de un fichero positivo de créditos suscritos.

3. El Consejo Constitucional francés se ha opuesto a la creación de un fichero positivo de créditos, por considerar que atenta al derecho al respeto a la vida privada. Esto es, que el fin de prevención del sobreendeudamiento privado no justificaría un tratamiento tan masivo de datos como el pretendido por el artículo 67 de la Ley *Hamon*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- TJUE (Sala Cuarta), de 27 de marzo de 2014
- Decisión núm. 2014-690 DC del 13 de marzo de 2014
- Resolución de la CNIL de 8 de septiembre de 2005
- Resolución de la CNIL de 16 de noviembre de 2006
- Resolución de la CNIL de 8 de marzo de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VEGA, M.^a I. (2010). *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- DOMINATI, M. P. (2009). *Informe hecho en nombre de la Comisión Especial, sobre el Proyecto de Ley que establece la reforma del crédito al consumo y otras proposiciones de Ley presentadas en el Parlamento*, 1-448. (En línea) Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur). <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792.html>

- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2015). El tratamiento del sobreendeudamiento de la persona física en Francia mediante procedimientos especiales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, pp. 3719-3740.
- RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation*. Paris: Lexis Nexis.
- SAINT-ALARY-HOUIN, C. (2009). El tratamiento de las dificultades financieras de los particulares en Francia. En: M. Cuena Casas y J. L. Colino Mediavilla (coord.), *Endeudamiento del Consumidor e Insolvencia Familiar*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 401-415.

NOTAS

¹ Cfr. SAINT-ALARY-HOUIN, 2009, 403 y ÁLVAREZ VEGA, 2010, 112.

² Hemos seguido en esta exposición el texto del *Informe hecho en nombre de la Comisión Especial, sobre el Proyecto de Ley que establece la reforma del crédito al consumo y otras proposiciones de Ley presentadas en el Parlamento, por M. Philippe DOMINATI*. Dicha Comisión fue creada por el Senado francés en su sesión del miércoles 29 de abril de 2009 y fue encargada de examinar el citado proyecto de Ley (que dio lugar a la Ley 2010-737, de 1 de julio de 2010, *portant réforme du crédit à la consommation*), siendo presidida por M. Philippe MARIANI. La Comisión además de oír a la ministra de economía, industria y empleo, Mme. Christine LAGARDE, y a otras personalidades, organismos e instituciones, por medio de una delegación viajó a Bruselas para examinar allí las condiciones de funcionamiento del fichero positivo gestionado por el Banco nacional de Bélgica. Reunida el martes 2 de junio de 2009, la Comisión especial adoptó el referido informe. *Vid.: Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur)*. <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792/html>, pp. 312 a 317.

³ El FCC recoge en Francia las informaciones relativas a los incidentes de pago referentes a cheques emitidos sin provisión, las prohibiciones a los Bancos de emitir cheques que sean de cargo de los titulares de cuentas que estén en el origen de tales incidentes y las prohibiciones de emitir cheques dictadas por los Tribunales, así como las decisiones de retirada de tarjetas bancarias por uso abusivo tomadas por los establecimientos adheridos al Grupo GIE «Tarjetas bancarias».

⁴ La Ley 2010-737, de 1 de julio de 2010, *portant réforme du crédit à la consommation*, introdujo importantes reformas en los procedimientos de sobreendeudamiento para personas físicas, existentes en Francia: por un lado, en el procedimiento de sobreendeudamiento simple, procedente de la reforma de 1995-1998, sobre la regulación inicial verificada por la Ley 89-1010, de 31 de diciembre de 1989, y por otro lado, en el procedimiento de restablecimiento personal introducido por la Ley 2003-710, de 1 de agosto de 2003 (*Loi Borloo*). Fracasada la fase amistosa del procedimiento de sobreendeudamiento simple, en la fase contenciosa la Comisión puede imponer las medidas enumeradas en el artículo L. 331-7 del Código de Consumo (reescalonamiento del pago de deudas; imputación de pagos primero al capital; reducción de la tasa de interés de las sumas correspondientes a los vencimientos aplazados; suspensión de la exigibilidad de los créditos por una duración máxima de dos años). El artículo L. 331-7-1 se refiere a recomendaciones que puede realizar la Comisión, que han de ser homologadas por la autoridad judicial para poder imponerse a los acreedores, ya que suponen afectaciones más graves a las relaciones contractuales

entre acreedores y deudor (venta forzosa de la vivienda principal del deudor y condonación parcial de créditos). La Comisión puede subordinar sus recomendaciones al cumplimiento por el deudor de actos que faciliten o garanticen el pago de la deuda (art. L. 331-7-2). El procedimiento de restablecimiento personal es un procedimiento judicial con liquidación de activos que supone la imposibilidad *ab origine* o el fracaso del procedimiento de sobreendeudamiento simple (que es un procedimiento de tratamiento de deudas), ya que la situación del deudor es irremediabilmente comprometida, no teniendo ninguna capacidad de reembolso. La finalidad de este procedimiento es condonar al deudor la deuda pendiente impagada, o sea, otorgar un *fresh start* Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, 2015. ÁLVAREZ VEGA, 2010, 122; RAYMOND, 2011, 397-398, 400-401; 419-420; 427.

⁵ Vid.: *Senat*, núm. 447, *session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur)*. <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792/html>, pp. 318-322.

⁶ La Comisión señala que el FICP es un elemento de apreciación de la solvencia del prestatario, pero nada más que un elemento, por lo que se puede comprobar que un prestatario es realmente solvente no obstante su inscripción en el FICP. Por otro lado, cabe pensar en un deudor que deviene de mejor fortuna (ha encontrado un empleo u otros recursos permanentes). En tal caso, dicho deudor debería poder legítimamente acceder al crédito si su situación financiera presente se lo permitiese. Por lo tanto, la Comisión consideraba que era preciso evitar conferir al FICP un efecto automático sobre el otorgamiento de un crédito.

⁷ Vid.: *Senat*, núm. 447, *session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur)*. <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792/html>, pp. 11-14 y 322-324.

⁸ Un fichero de este tipo, como había sido configurado en algunas iniciativas parlamentarias, (proposición de Ley núm. 114 y 325 (2008-2009); proposición de ley núm. 173 (2008-2009) y proposición de ley núm. 255 (2008-2009), reagruparía las principales características de los contratos de crédito suscritos, y en particular, su montante, la TAEG y los vencimientos para el reembolso, así como las modificaciones de los créditos otorgados. La TAEG, tasa efectiva global, es una tasa que incluye, además de los intereses propiamente dichos, los gastos, comisiones o remuneraciones de toda naturaleza, directos o indirectos, comprendiendo entre ellos, los destinados a los intermediarios que han intervenido en el otorgamiento del préstamo. Esta tasa ajustada a las cargas es la única a la que cabe remitirse para apreciar si se sobrepasa el umbral de usura en el Derecho Francés.

⁹ La Ley de 6 de enero de 1978, con la finalidad de garantizar la vida privada y las libertades, ha reglamentado la tenencia de ficheros públicos y privados, informatizados o no. La CNIL vela por el respeto de la Ley. El hecho de proceder o hacer proceder a tratamientos de informaciones nominativas (incluso por negligencia) sin haber respetado las condiciones legales previstas, constituye una infracción penal.

¹⁰ Perseguir una finalidad legítima (consistente en prevenir el fraude y los impagos); tratarse de un intercambio de informaciones puntual entre los beneficiarios del intercambio, no creando una base centralizada ni permitiendo un enriquecimiento de los ficheros de clientes respectivos; producirse el intercambio entre sociedades especializadas en el crédito al consumo y sometidas al secreto bancario; existencia de una comunidad de riesgo financiero; *existencia de una autorización explícita del cliente de compartir las informaciones cubiertas por el*

secreto bancario, a través de una cláusula particular en la oferta de crédito que precisa las finalidades y los beneficiarios del intercambio.

¹¹ Las razones de este rechazo obedecieron a: tratarse de una transmisión masiva de informaciones cubiertas por el secreto bancario a una sociedad, en calidad de responsable del tratamiento, cuya actividad no estaba sometida al secreto bancario; no ser proporcionadas las características del tratamiento de la información a las finalidades del fichero. Así, por un lado, la base de datos proyectada debía recoger datos detallados sobre contratos de crédito de naturaleza muy diferente (crédito personal, crédito al consumo, crédito inmobiliario...) y sobre las modalidades de reembolso, durante un periodo de tiempo que podía ser muy largo. Por otro lado, los datos transmitidos a los establecimientos de crédito eran susceptibles de ser conservados en sus propios ficheros de tratamiento automatizado, y así, de ser utilizados más allá de la solicitud de crédito que había justificado su transmisión, particularmente con fines de maniobras comerciales. Así, este fichero, a juicio de la CNIL, *generaba el riesgo de favorecer matrimonios concertados (perfilados económicamente), que permitiesen una estimación de su nivel de renta y de su patrimonio inmobiliario adquirido a crédito.*

¹² Vid.: Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur). <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792/html>, pp. 11-14 y 324-327.

¹³ La central de créditos a los particulares en Bélgica se introdujo por Ley de 10 de agosto de 2001. Dicho fichero combina datos relativos a incidentes de pago, y datos relativos a los préstamos pendientes de pago, ya sean créditos al consumo o créditos inmobiliarios celebrados por personas físicas. Dicho fichero es gestionado por la Banca nacional de Bélgica. Su puesta en funcionamiento vino motivada por la finalidad de asegurar la efectividad del principio de responsabilidad del prestamista cuando concede crédito a una persona que él sabe no estará razonablemente en condiciones de reembolsarlo, principio inscrito formalmente en la ley desde 1991. Igualmente, por la finalidad de prevenir el sobreendeudamiento. La Ley impone a los prestamistas profesionales, a título principal o accesorio, lo que incluye en particular a los vendedores que realizan ventas a plazos, la obligación de declarar a la Central de información los créditos y los incidentes de pago de sus clientes. Los créditos renovables son también declarados por el montante máximo total y no por el montante realmente utilizado por el prestatario. Los incidentes de pago son inscritos por un máximo de 10 años. En caso de regularización en este periodo, la inscripción es cancelada, permaneciendo la mención de la regularización inscrita durante un año. Los prestamistas tienen la obligación de consultar la central de los créditos antes del otorgamiento de un préstamo. Igualmente pueden consultar el fichero en el marco de los créditos en curso, para verificar la situación de sus clientes. La consulta del fichero para fines de prospección comercial está prohibida. Para controlar el respeto de esta prohibición, los datos de la consulta son conservados durante un cierto periodo de tiempo, lo que permite a los agentes del ministro de economía ejercer una supervisión efectiva. Cada prestatario es informado, en el momento de la suscripción de un crédito o de su primer incidente de pago caracterizado, de su ficha en la central. Dispone de un derecho de acceso directo al fichero, tratándose de datos que le conciernen, que puede ejercer por correo, en la ventanilla del Banco Nacional de Bélgica o por internet. Puede impugnar las menciones que figuran en el fichero. En este caso, en que el fichero refleja la existencia de una impugnación, la rectificación debe ser operada por el estableci-

miento de crédito que hubiera declarado la información impugnada. *Vid.: Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur).* <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-44792/html>. p. 329.

¹⁴ La Comisión termina indicando que la transformación del FICP en un fichero mixto exigirá una reflexión muy profunda sobre los objetivos asignados a la central (de lo cual depende los datos que contendría). En efecto, según si se privilegia el mejoramiento de la concurrencia del mercado de crédito o la prevención del sobreendeudamiento, el fichero podría limitarse a los datos de naturaleza financiera o abrirse a las cargas de la vida corriente más numerosas. Igualmente, exigirá una reflexión muy profunda sobre las informaciones positivas susceptibles de figurar en él; las condiciones de acceso y alimentación del fichero, y particularmente, cómo se tendrá en cuenta la situación «en tiempo real» de las personas recensionadas; la puesta en marcha de procedimientos de identificación de las personas físicas, a fin de evitar los problemas actualmente planteados por los casos de homonimia, hasta fraudes; las condiciones de almacenamiento y de rectificación de los datos conservados en el fichero.

¹⁵ *Vid.: Senat, núm. 447, session ordinaire de 2008-2009. Annexe au procès-verbal de la séance du 2 juin 2009. Rapport fait au nom de la commission spéciale par M. Philippe DOMINATI (rapporteur).* <http://www.senat.fr/rap/108-447/108-447/html>, pp. 330-333. Artículo 27 bis, introducido por la Comisión: «El principio de la creación de una central de créditos a los particulares, colocada bajo la responsabilidad del Banco de Francia, será objeto de un informe remitido al Gobierno y al Parlamento, en un plazo de tres años a contar desde la promulgación de la presente ley, elaborada por la comisión temporal de evaluación mencionada en el artículo 33 A de la presente ley. Este informe precisará las condiciones en las que los datos de carácter personal, complementarios de los que figuran en el fichero mencionado en el artículo L. 333-4 del Código de Consumo y susceptibles de constituir indicadores del estado de endeudamiento de las personas físicas que hayan contratado *créditos al consumo*, pueden ser inscritos en el seno de este fichero a fin de asegurar una mejor información de los prestamistas sobre la solvencia de los prestatarios, en el respeto de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades». Artículo 33 A: «Se crea una comisión temporal de evaluación compuesta, en las condiciones definidas por Decreto, de miembros de las asambleas parlamentarias, de representantes del Estado, de la Banca de Francia, de las Administraciones públicas territoriales, de representantes de los establecimientos mencionados en el Título I del Libro V del Código monetario y financiero y de los organismos mencionados en el número 5.º del artículo L. 511-6 del mismo Código, así como de representantes de las asociaciones familiares o de consumidores. Esta comisión, presidida por uno de los miembros de las asambleas parlamentarias, está encargada de proceder a una evaluación de la puesta en marcha de la presente Ley. A este título, particularmente, ella analizará las condiciones en las que las disposiciones de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativas a los contratos de crédito al consumo, han sido transpuestas en los otros Estados miembros de la UE y evaluará el impacto de las disposiciones de los artículos 1.A y 18 bis de la presente ley, sobre la distribución de crédito a los particulares y la prevención del incorrecto endeudamiento, así como los efectos de la reforma del procedimiento de tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares previsto en el Título IV de la presente Ley. La comisión elaborará el informe mencionado en el artículo 27 bis de la presente ley. A la remisión de este informe, la comisión quedará disuelta».

¹⁶ Artículo 27 del Texto del Proyecto, con las modificaciones introducidas por la Comisión:

«El artículo L. 333-4 del mismo Código [de Consumo] tendrá la siguiente redacción:

Artículo L. 333-4. I. Se instituye un fichero nacional que recoja las informaciones sobre los incidentes de pago caracterizados ligados a los créditos otorgados a personas físicas para necesidades no profesionales. Este fichero estará gestionado por la Banca de Francia, la cual es la única habilitada para centralizar estas informaciones. El fichero está sometido a las disposiciones de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

Este fichero tiene por finalidad suministrar a los establecimientos mencionados en el Título I del Libro V del Código monetario y financiero y a los organismos mencionados en el número 5.º del artículo L. 511-6 del mismo Código, un elemento de apreciación de la solvencia de las personas que solicitan un crédito. Sin embargo, la inscripción de una persona física en el seno del fichero no comporta prohibición de otorgar un crédito.

El fichero puede suministrar un elemento de apreciación para el uso de los establecimientos de crédito en sus decisiones de atribución de medios de pago.

Las informaciones que contiene pueden igualmente ser tomadas en cuenta por los mismos establecimientos y organismos mencionados en el segundo párrafo para la gestión de riesgos ligados a los créditos suscritos por sus clientes.

II. Los establecimientos y los organismos referidos en el segundo párrafo del apartado I, están obligados a declarar al Banco de Francia, en las condiciones precisadas por reglamento, los incidentes de pago caracterizados definidos por el reglamento mencionado en el artículo L. 333-5. Desde la recepción de esta declaración, el Banco de Francia inscribe inmediatamente los incidentes de pago caracterizados en el fichero, y al mismo tiempo, pone esta información a disposición del conjunto de los establecimientos y de los organismos que tienen acceso al fichero. Los gastos correspondientes a esta declaración no pueden ser facturados a las personas físicas concernidas.

Las informaciones relativas a estos incidentes son canceladas inmediatamente a la recepción de la declaración de pago integral de las sumas debidas efectuada por el establecimiento u organismo que está en el origen de la inscripción en el fichero. Dichas informaciones no pueden en todo caso ser conservadas en el fichero durante más de cinco años a contar desde la fecha de registro por el Banco de Francia del incidente que haya dado lugar a la declaración.

III. Desde que la comisión instituida en el artículo L. 331-1 [Comisión de sobreendeudamiento] es instada por un deudor, ella informa de ello al Banco de Francia, a los fines de inscripción en el fichero. La misma obligación pesa sobre el secretario del Juez de la ejecución, cuando, como consecuencia del recurso del interesado en aplicación del último párrafo del artículo L. 331-3, la situación definida en el artículo Ley 331-2 es reconocida por este juez, o cuando el deudor se ha beneficiado de la condonación de las deudas resultante del procedimiento de restablecimiento personal en aplicación del artículo L. 332-9 o del artículo L. 332-5.

El fichero recoge las medidas del plan convencional de enderezamiento mencionadas en el artículo L. 331-6. Estas medidas son comunicadas al Banco de Francia por la Comisión [de sobreendeudamiento]. La inscripción se conserva durante la ejecución del plan convencional sin poder exceder de diez años.

El fichero recoge igualmente las medidas tomadas en virtud de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 que son comunicadas al Banco de Francia por

la Comisión o el juez de la ejecución cuando ellas son sometidas a homologación. La inscripción se conserva durante la ejecución de estas medidas sin poder exceder de diez años.

Cuando las medidas del plan convencional mencionadas en el artículo L. 331-6 y las tomadas en aplicación de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 son ejecutadas sin incidente, las informaciones relativas a las menciones derivadas de su declaración, son canceladas a la expiración de un periodo de cinco años, a contar desde la firma del plan convencional o desde la fecha de la decisión de la comisión que impone las medidas o cuando las medidas recomendadas por la Comisión han adquirido fuerza ejecutoria. Cuando, para una misma persona, son prescritas sucesivamente un plan convencional mencionado en el artículo L. 331-6 y las medidas tomadas en aplicación de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2, la inscripción es mantenida durante la duración global de la ejecución del plan y de las medidas sin poder exceder de diez años.

Para las personas que se hayan beneficiado del procedimiento de restablecimiento personal, las informaciones relativas a las menciones correspondientes son canceladas a la expiración de un periodo de cinco años a contar desde la fecha de homologación o de cierre del procedimiento. La misma duración de cinco años es aplicable a las personas físicas que hayan sido objeto de una liquidación judicial en aplicación del artículo L. 670-6 del Código de Comercio.

IV. El Banco de Francia está desligado del secreto profesional para la difusión, a los establecimientos y a los organismos mencionados en el segundo párrafo del apartado I, de las informaciones nominativas contenidas en el fichero.

Las condiciones en las cuales el Banco de Francia, los establecimientos y los organismos mencionados en el segundo párrafo del apartado I, informan a las personas de su inscripción y de su cancelación en el fichero, así como de sus derechos, serán precisadas por reglamento, tomado según la opinión de la Comisión nacional de la informática y de las libertades.

Se prohíbe al Banco de Francia, a los establecimientos y a los organismos mencionados en el segundo párrafo del apartado I, entregar a quienquiera que fuese, copia de las informaciones contenidas en el fichero, bajo pena de las sanciones previstas en los artículos 226-21 y 226-22 del Código Penal. Esta prohibición no se aplica a los interesados, los cuales ejercen su derecho de acceso a las informaciones que les conciernen contenidas en el fichero, conforme al artículo 39 de la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

La recogida de las informaciones contenidas en el fichero por personas distintas del Banco de Francia, los establecimientos y los organismos mencionados en el segundo párrafo del apartado I, está sancionada con las penas previstas en el artículo 226-18 del Código Penal».

¹⁷ Artículo 27 ter (nuevo), introducido por la Comisión: «El artículo Ley 333-5 del Código de Consumo es completado con un párrafo redactado del siguiente modo: «Esta Orden determinará igualmente las modalidades según las cuales los establecimientos y organismos mencionados en el segundo párrafo del artículo L. 333-4.I pueden justificar que han consultado el fichero, particularmente en aplicación del artículo L. 311-9». Artículo L. 311-9, introducido por el artículo 4 del Proyecto de Ley: «Antes de concluir el contrato de crédito, el prestamista evaluará la solvencia del prestatario a partir de un número suficiente de informaciones, comprendiendo entre ellas las suministradas por este último a solicitud del prestamista. El prestamista consultará el fichero previsto en el artículo L. 333-4, en las condiciones previstas por la Orden mencionada en el artículo L. 333-5».

¹⁸ En relación con el carácter disuasorio o no de las sanciones previstas, es preciso hacer referencia a la STJUE (Sala cuarta) de 27 de marzo de 2014, asunto C-565/12. La sentencia tiene por objeto la resolución de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Instancia de Orleans (Francia), en el procedimiento entre LCL (*Le Crédit Lyonnais* SA) y Fesih Kalhan, y relativa a la interpretación de los artículos 8 y 23 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, referente a los contratos de crédito al consumo. El procedimiento principal había sido iniciado por LCL y tenía por objeto una demanda de abono de las cantidades adeudadas como consecuencia de un crédito personal por importe de 38.000 euros concedido por dicha sociedad al Sr. Kalhan y no devuelto. Al cesar el reembolso del crédito, LCL solicitó en su demanda la amortización inmediata del importe prestado, solicitando se le condenase al abono anticipado de 37.611,23 euros, a un tipo de interés del 5,918% (TAE del préstamo) desde el 17 de abril de 2012 y que se ordenara la capitalización anual de los intereses.

El artículo L. 311-48, del Código de Consumo establece: «Cuando el prestamista no haya respetado las obligaciones establecidas en los artículos L. 311-8 y L. 311-9, *se verá privado del derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción que el juez determine [...]. El prestatario solo estará obligado a reembolsar el principal conforme al calendario de vencimiento previsto y, en su caso, a pagar los intereses de que no se haya privado al prestamista. Las cantidades percibidas en concepto de intereses [por el prestamista], que producen interés al tipo de interés legal desde el día de su abono [por el deudor], serán devueltas por el prestamista o se imputarán al capital restante adeudado*». El artículo L. 311-9 del Código de Consumo dispone que: «Antes de que se celebre el contrato de crédito [al consumo], el prestamista evaluará la solvencia del prestatario, sobre la base de una información suficiente, incluida la que el prestatario le facilite a su solicitud. El prestamista deberá consultar el fichero mencionado en el artículo L. 333-4 en las condiciones previstas por la Orden Ministerial establecida en el artículo L. 333-5» [*Arrêté ministeriel de 26 de octubre de 2010, relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers* (Orden ministerial relativa al fichero nacional de información sobre solvencia patrimonial y crédito)], que establece los procedimientos con arreglo a los cuales los prestamistas deben conservar las pruebas de haber consultado el fichero nacional para facilitarlas en caso de litigio o de auditoría)].

El Tribunal de Instancia de Orleans examinó de oficio la posible privación del derecho a los intereses establecida en el artículo L. 311-48, párrafo segundo, del Código de Consumo para el prestamista que no ha consultado el fichero nacional dentro de la evaluación de la solvencia del prestatario impuesta por dicho Código. LCL admitió que no podía justificar haber procedido a tal consulta antes de conceder el préstamo.

El Tribunal remitente explica que la sanción del artículo L. 311-48 del Código de Consumo ha sido interpretada por la Corte de Casación en el sentido de afectar solo a los intereses convencionales, pero no a los intereses al tipo legal que se siguen adeudando en virtud del artículo 1153 del Código civil, precepto que determina: «En las obligaciones que se limiten al pago de una determinada cantidad, los daños y perjuicios resultantes del retraso en el cumplimiento consistirán siempre en la condena al pago de los intereses al tipo legal, excepción hecha de las reglas particulares del comercio y de la fianza. Estos daños y perjuicios se adeudarán sin que el acreedor deba justificar pérdida alguna. Solo se adeudarán desde la fecha del requerimiento de pago, o de cualquier otro

acto equivalente, como una carta, de cuyo contenido se desprenda claramente el requerimiento, salvo en el caso en que se devenguen de pleno derecho con arreglo a la Ley». Y el artículo 1154 Código Civil señala: «Los intereses vencidos sobre el principal podrán devengar intereses a su vez si así se solicita ante un órgano jurisdiccional o si se hubiera pactado expresamente, si bien tanto la solicitud como el pacto deberán referirse a intereses adeudados durante, al menos, un año completo».

El Tribunal señala igualmente que, con arreglo al artículo L. 313-3 del Código monetario y financiero, el tipo legal del interés de demora se ve incrementado en cinco puntos, si el prestatario no ha abonado el total de la deuda en un plazo de dos meses desde que la resolución judicial ha adquirido fuerza ejecutoria. Artículo L. 313-3 del Código económico y financiero: «En caso de condena al pago de una cantidad pecuniaria en virtud de una resolución judicial, el interés al tipo legal se incrementará en cinco puntos, una vez transcurrido el plazo de dos meses a contar desde el día en que la resolución judicial devino ejecutiva, aunque sea de forma provisional [...]. No obstante, el juez que conoce de la ejecución podrá dispensar al deudor, a solicitud de este o del acreedor, de dicho incremento o reducir su importe, teniendo en cuenta la situación del deudor». Según la Jurisprudencia de la Corte de Casación, los intereses al tipo legal y el incremento de cinco puntos se aplican de pleno derecho, o sea, se adeudan automáticamente, aunque no se hayan solicitado o la resolución judicial no los haya establecido.

El Tribunal observa que en el caso de autos, el tipo de interés convencional es el 5,60%. Pero tras la declaración de la privación del derecho a estos intereses, LCL puede beneficiarse de intereses al tipo legal, que si se incrementan en cinco puntos, se elevarán a 5,71%, por lo que respecta al año 2012, *luego la privación del derecho a los intereses convencionales, puede beneficiar al prestamista.*

En estas circunstancias, el Tribunal se pregunta sobre la efectividad de tal sanción para caso de incumplimiento de la obligación de consulta del fichero nacional. Tal sanción podría ser eficaz si el deudor abonase las cantidades que adeuda en el plazo de dos meses desde que la resolución judicial sea ejecutoria. Pero en la práctica esta posibilidad es ilusoria dado que si el prestamista acude a los tribunales es porque el consumidor no puede cumplir sus obligaciones. Además, aunque el juez puede conceder un plazo de gracia no superior a 24 meses, los intereses legales seguirían siendo exigibles. El artículo L. 313-3 del Código económico y financiero prevé la posibilidad de que el deudor solicite al juez que conoce de la ejecución, la exención del incremento del interés o bien que se reduzca tal incremento. Sin embargo, en la práctica los supuestos en que un consumidor ha podido beneficiarse de esta medida son muy escasos, debido, en particular, al hecho de que no se informa al consumidor acerca de la existencia de este derecho o de que se le concede, no habida cuenta de la gravedad de los incumplimientos del prestamista (que pudieron haber contribuido al endeudamiento excesivo de este), sino exclusivamente habida cuenta de la situación económica del consumidor.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 1254 del Código Civil («El obligado al pago de una deuda que genere intereses o rentas no podrá imputar los pagos que realice al reembolso del principal con preferencia sobre las rentas y los intereses sin el consentimiento del acreedor; el pago realizado en concepto de principal e intereses que no extinga íntegramente la deuda se imputará en primer lugar a los intereses»), como los pagos se imputan primero a los intereses debidos, el reembolso del capital se ve necesariamente retrasado de modo que serán exigibles nuevos intereses al tipo legal (en una suerte de espiral sin fin).

Además el efecto de la privación de los intereses convencionales se ve reducido por la capitalización de los intereses que con arreglo al artículo 1154 del Código Civil puede solicitar el prestamista al juez (o en virtud de pacto de anatocismo incluido en el contrato).

El Tribunal remitente se pregunta sobre el carácter disuasorio del régimen de privación del derecho a los intereses establecido en el Código de Consumo. Considera que ya que los prestamistas pueden contar con la exigibilidad de los intereses al tipo legal incrementado, aun en el supuesto de privación del derecho a los intereses convencionales, no se ven persuadidos a modificar sus prácticas de modo que cumplan las previsiones de la Directiva 2008/48 y de la normativa que la transpone en el Derecho interno. Y así formula la cuestión de si «se opone la exigencia de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias establecida en el artículo 23 de la Directiva 2008/48 a la existencia de normas que, en caso de incumplimiento por un prestamista de las obligaciones que le impone la Directiva, permitan al prestamista sancionado con la extinción de su derecho a los intereses según prevé la legislación francesa, percibir, una vez impuesta la sanción, intereses exigibles de pleno Derecho a un tipo legal incrementado en cinco puntos dos meses después de una resolución judicial ejecutiva, devengados sobre las cantidades aún pendientes de reembolso por el consumidor».

La Directiva 2008/48 señala en sus considerandos que «los Estados miembros deben tomar las medidas adecuadas para promover unas prácticas responsables en todas las fases de la relación crediticia, teniendo en cuenta las peculiaridades de su mercado crediticio. [...] En un mercado crediticio en expansión, en particular, es importante que los prestamistas no concedan préstamos de forma irresponsable o sin haber evaluado previamente la solvencia del prestatario, y que los Estados miembros lleven a cabo el control necesario para evitar tales comportamientos, así como los medios necesarios para sancionar a los prestamistas en caso de que ello ocurra [...].

Para evaluar la situación financiera de un consumidor, el prestamista debe también consultar las bases de datos pertinentes; las circunstancias jurídicas y reales pueden requerir que dichas consultas tengan distinto alcance [...].

Los Estados miembros deben determinar el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y garantizar su aplicación. Si bien la elección de las sanciones queda a discreción de los Estados miembros, estas han de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El artículo 8 de la mencionada Directiva («Obligación de evaluar la solvencia del consumidor») dispone en su apartado primero que: «Los Estados miembros velarán por que, antes de que se celebre el contrato de crédito, el prestamista evalúe la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente, facilitada en su caso por el consumidor y, cuando proceda, basándose en la consulta de la base de datos pertinente. Los Estados miembros cuya legislación exija que los prestamistas evalúen la solvencia del consumidor sobre la base de una consulta de la base de datos pertinente deben poder mantener esta obligación». Y su artículo 23 («Sanciones») indica: «Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva y adoptarán las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El Tribunal remitente desea saber si el artículo 23 de la Directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un régimen nacional,

como el francés, en virtud del cual, si el prestamista incumple su obligación precontractual de evaluar la solvencia del prestatario, consultando una base de datos apropiada, se ve privado de su derecho a los intereses convencionales, pero puede percibir, intereses al tipo legal, exigibles desde el pronunciamiento de una resolución judicial que condene al prestatario a abonar las cantidades todavía adeudadas, incrementados además en cinco puntos, si, al expirar un plazo de dos meses después del pronunciamiento, el prestamista no ha abonado su deuda.

La Ley 2010-737, de 1.º de julio de 2010, portant réforme du crédit à la consommation (sobre reforma de los créditos al consumo) tuvo por objeto transponer la Directiva 2008/48 al Derecho interno francés, y se integró en los artículos L. 311-1 y sigs. del Código de consumo. El artículo L. 311-9 estableció la obligación precontractual de evaluación de la solvencia del prestatario, consultando, entre otros medios, el fichero mencionado en el artículo L. 333-4 en las condiciones previstas por la Orden Ministerial a la que se refiere el artículo L. 333-5 y que se adoptó el 26 de octubre de 2010 (*Arrêté ministériel relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers*). El artículo L. 311-48 del Código de Consumo tiene por objeto, en particular, sancionar el incumplimiento por el prestamista de tal obligación, cuando el artículo 8 de la Directiva dispone expresamente que tal obligación de consulta puede mantenerse por los Estados, siendo dicho precepto de la Directiva el que también impone la obligación precontractual de evaluación de la solvencia. *La cuestión planteada por el Tribunal remitente hace referencia a la compatibilidad de las sanciones previstas en el Derecho francés para el caso de incumplimiento de tal obligación con la exigencia del artículo 23 de que tales sanciones sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.*

El TJUE señala que la Directiva 2008/48 tiene por objeto proteger a los consumidores contra los riesgos de sobreendeudamiento e insolvencia, y que la obligación precontractual del prestamista de evaluar la solvencia del prestatario contribuye a alcanzar dicho objetivo. Se trata de proteger al consumidor contra la concesión irresponsable de contratos de crédito que sobrepasen sus capacidades financieras y puedan entrañar su insolvencia. Del considerando 47 de la Directiva se deriva que, dentro del límite indicado por el artículo 23 de que las sanciones impuestas por los Estados para caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales en materia de evaluación precontractual de la solvencia sean efectivas, proporcionales y disuasorias, la elección del régimen de sanciones queda a discreción de los Estados miembros.

En el caso de autos se plantea si la sanción del artículo L. 311-48 de privación, en principio íntegra, del derecho a los intereses, es adecuada a la gravedad de las infracciones que castiga y, en particular, si tal sanción tiene un efecto realmente disuasorio.

Según el Tribunal remitente, la aplicación de tal sanción puede procurar una ventaja al prestamista porque según la jurisprudencia nacional dicha sanción afecta solo a los intereses convencionales, de modo que la mayoría de los prestamistas se benefician de pleno Derecho de los intereses al tipo legal que, en la gran mayoría de los casos, se incrementa, también de pleno Derecho, en cinco puntos. En el litigio principal y en relación con el año 2012, el tipo de interés convencional era del 5,60% mientras que los intereses al tipo legal, incrementados en cinco puntos, se elevaban al 5,71%. La diferencia entre ambos tipos es aún mayor por lo que respecta al año 2013. De ello se deduciría que la aplicación de la sanción prevista por la normativa nacional puede procurar una ventaja al prestamista.

A juicio de la Comisión Europea el carácter efectivo y disuasorio de la sanción está asegurado. Los costes vinculados a la consulta, en el marco de la evaluación de la solvencia del prestamista, de las bases de datos previstas a tal efecto, son relativamente limitados, mientras que la sanción de privación de los intereses convencionales comporta un riesgo cuyo coste económico es potencialmente elevado.

El TJUE entiende que para apreciar el carácter realmente disuasorio de la sanción, incumbe al tribunal remitente, único competente para interpretar y aplicar el Derecho nacional, comparar, en las circunstancias del asunto de que conoce, los importes que el prestamista percibe en el caso de haber respetado la obligación de evaluación de la solvencia, consultando una base de datos apropiada, con los que percibe en caso de incumplimiento de tal obligación, como consecuencia de la imposición de la referida sanción. Para determinar estos últimos importes, corresponde al tribunal remitente tener en cuenta todos los elementos y, en particular, todas las consecuencias que pueden extraerse de la apreciación de la existencia de incumplimiento de la obligación precontractual.

Si el Tribunal remitente debiera declarar, tras la comparación referida, que, en el litigio de que conoce, la aplicación de la sanción de privación de los intereses convencionales puede conferir un beneficio al prestamista, dado que los importes de los que se le priva son inferiores a los resultantes de la aplicación de los intereses al tipo legal incrementado, de ello se deduciría manifiestamente, que el régimen de sanciones controvertido no garantiza un efecto realmente disuasorio. En tal caso, el Tribunal remitente está obligado al aplicar las normas de Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta.

En consecuencia, el artículo 23 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de un régimen nacional de sanciones con arreglo al cual, los importes que puede percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son *significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario.*

¹⁹ RAYMOND, 2011, 288-289.

²⁰ «Considerando que el artículo 67 se refiere a la creación de un registro nacional que recoja los créditos al consumo concedidos a las personas físicas siempre que no se trate de créditos para sus necesidades profesionales, denominado «registro nacional de los créditos a los particulares»; que en particular, el párrafo III del artículo 67 inserta en el Código de Consumo una nueva sección, que comprende los artículos L. 333-6 a L. 333-21, consagrado al tratamiento de los datos de carácter personal; que los párrafos I, II y IV a X, del mismo artículo proceden a diversas coordinaciones necesarias. Considerando que el artículo L. 333-6 instituye el registro nacional de los créditos a los particulares; que el artículo L. 333-7 prevé que este registro «tiene por finalidad prevenir las situaciones de sobreendeudamiento de las personas físicas no procedentes de la atención de necesidades profesionales»; que los artículos L. 333-8 a L. 333-13 se refieren a las informaciones que deben figurar en este registro así como a sus condiciones de consulta y conservación; que el artículo L. 333-14 fija las obligaciones de secreto profesional a las que serán sometidas las personas e instituciones que participen en la gestión del registro; que los artículos L. 333-15 a L. 333-18 se refieren a las sanciones en que se incurre en ausencia del respeto de las obligaciones instituidas; que los artículos L. 333-19 y L. 333-20 se refieren a las modalidades de consulta del registro por los establecimientos

y organismos financieros; que el artículo L. 333-21 precisa la promulgación de las disposiciones de los artículos L. 333-6 a L. 333-20; Considerando que los requirentes sostienen que la creación de un registro nacional de créditos a los particulares comporta, en razón de la amplitud del registro, del carácter sensible de las informaciones que contiene y de sus modalidades de consulta, un atentado desproporcionado al derecho al respeto de la vida privada, que no está justificado a la vista del objetivo perseguido por el legislador; que, por consiguiente, las disposiciones del artículo 67 serían contrarias a la Constitución; e igualmente, según los diputados requirentes, las disposiciones de los artículos 68 a 72, que son indisociables de aquel. Considerando que los diputados requirentes hacen igualmente valer que, mientras que el proyecto de ley inicial no contenía ninguna disposición relativa a la lucha contra el sobreendeudamiento, la introducción de una tal reforma de los dispositivos de lucha contra el sobreendeudamiento, sin un estudio de su impacto, constituye un desconocimiento de las exigencias del artículo 39 de la Constitución relativas a la presentación de un estudio de impacto así como a los principios de claridad y de sinceridad de los debates parlamentarios;

En lo que concierne al procedimiento de adopción del artículo 67:

Considerando que en los términos del tercer párrafo del artículo 39 de la Constitución: «La presentación de proyectos de ley depositados ante la Asamblea nacional o el Senado responde a las condiciones fijadas por una ley orgánica»; que en los términos del artículo 8 de la Ley orgánica del 15 de abril de 2009 citada: «Los proyectos de ley son objeto de un estudio de impacto. Los documentos dando cuenta de este estudio de impacto son unidos a los proyectos de ley desde su transmisión al Consejo de Estado. Ellos son depositados en la oficina de la primera Asamblea competente al mismo tiempo que los proyectos de ley a los que informan». Considerando que en los términos de la segunda frase del primer párrafo del artículo 45 de la Constitución: «sin perjuicio de la aplicación de los artículos 40 y 41, toda enmienda es admisible en primera lectura desde el momento en que presenta un nexo, incluso indirecto, con el texto depositado o transmitido»; Considerando que el proyecto de ley comportaba en el momento de su depósito en la oficina de la Asamblea Nacional, primera Asamblea competente, un capítulo III consagrado al crédito y al seguro. Considerando que ha sido introducido en la primera lectura en la Asamblea nacional por enmienda del Gobierno un nuevo artículo 22 bis, que ha devenido el artículo 67, relativo a la creación de un registro que recogiese los créditos al consumo otorgados a personas físicas no profesionales. Considerando en primer lugar, que este artículo presenta un nexo indirecto con las disposiciones que figuraban en el proyecto de ley relativo al consumo. Considerando, en segundo lugar, que, tratándose de una disposición introducida por vía de enmienda, es inoperante la queja del desconocimiento de las exigencias relativas a la presentación de proyectos de ley; Considerando, en tercer lugar, que resulta de los trabajos parlamentarios que el procedimiento de adopción de este artículo no ha tenido por efecto el alterar la claridad y la sinceridad de los debates y no ha supuesto atentado alguno a ninguna otra exigencia de valor constitucional; *la queja del desconocimiento de las exigencias de claridad y sinceridad de los debates debe ser rechazada*.

²¹ Considerando que el artículo 67 ha sido adoptado según un procedimiento conforme a la Constitución, en lo que concierne al daño atentatorio al derecho al respeto de la vida privada: Considerando que la libertad proclamada por el artículo 2 de la Declaración de 1789 implica el derecho al respeto de la vida privada, que, por consiguiente, la recogida, el registro, la conservación, la consulta

y la comunicación de datos de carácter personal deben estar justificadas por un motivo de interés general y verificarse de manera adecuada y proporcionada a este objetivo; Considerando que la creación de un tratamiento de datos de carácter personal destinado a recensionar los créditos al consumo contratados por las personas físicas para sus necesidades no profesionales, los incidentes de pago caracterizados ligados a los créditos suscritos por estas personas, así como las informaciones relativas a las situaciones de sobreendeudamiento y a las liquidaciones judiciales, con vista a prevenir más eficazmente y más precozmente las situaciones de sobreendeudamiento, proporcionando a los establecimientos y a los organismos financieros elementos que les permitan apreciar, en el momento del otorgamiento del préstamo, la solvencia de las personas físicas que solicitan un crédito o prestan garantías y en consecuencia, una mejor evaluación del riesgo; que, por la creación de un registro nacional de créditos a los particulares, el legislador ha perseguido un motivo de interés general de prevención de las situaciones de sobreendeudamiento. *Considerando que las informaciones registradas en el registro nacional de créditos a los particulares son enumeradas por el parágrafo IV del artículo L. 333-10 del Código de Consumo; que allí figurarán informaciones relativas al estado civil de la persona que ha suscrito el crédito, a la identificación del establecimiento o del organismo que está en el origen de la declaración, a la identificación, a la categoría y a las características del crédito, a los incidentes de pago caracterizados, a las situaciones de sobreendeudamiento y a las liquidaciones judiciales pronunciadas, a la fecha de puesta al día de los datos y al motivo y a la fecha de las consultas efectuadas; que en virtud de las disposiciones del artículo L. 333-11, las informaciones relativas a los créditos serán conservadas durante la ejecución del contrato de crédito; que las relativas a los incidentes de pago serán conservadas hasta el pago integral de las sumas debidas, sin que la duración de la conservación de estas informaciones pueda exceder de cinco años a contar desde la fecha de registro del incidente de pago; que las relativas a las situaciones de sobreendeudamiento serán conservadas durante la ejecución del plan o de las medidas, sin que el plazo de conservación de las informaciones pueda exceder de 7 años; que las relativas al procedimiento de restablecimiento personal, al procedimiento de liquidación judicial, o a una condonación parcial de deudas serán conservadas hasta la expiración de un periodo de cinco años a contar desde la fecha de la homologación o del cierre del procedimiento; que el tratamiento de los datos de carácter personal que es creado, está destinado a recoger y conservar durante varios años los datos precisos y los detalles relativos a un gran número de personas físicas deudoras. Considerando que las disposiciones del artículo L. 333-8 del Código de Consumo prevén una consulta obligatoria de este registro por los establecimientos y los organismos financieros «antes de toda decisión efectiva de otorgar un crédito al consumo», así como «antes de proponer al prestamista reconducir un contrato de crédito renovable y en el marco de la verificación trienal de la solvencia del prestatario»; que dichas disposiciones autorizan una consulta de este registro por las Cajas de crédito municipal antes de toda decisión efectiva de otorgar un préstamo con garantía personal así como por los establecimientos u organismos financieros, para las personas que se prestan como fiadores con ocasión del otorgamiento de un crédito al consumo; que dichas disposiciones autorizan igualmente una consulta de las solas informaciones de este registro relativas a los incidentes de pago caracterizados, a las situaciones de sobreendeudamiento y a las liquidaciones judiciales, por los establecimientos y organismos financieros «antes de que ellos formulen una oferta» de préstamo inmobiliario o de préstamo vitalicio con garantía hipotecaria, y cuando aquellos prevean que estas informaciones pueden igualmente «ser tomadas*

en cuenta por estos mismos establecimientos y organismos en sus decisiones de atribución de medios de pago, así como para la gestión de los riesgos ligados a los créditos suscritos por sus clientes»; que dichas disposiciones prohíben finalmente que las informaciones contenidas en el registro puedan ser consultadas o utilizadas a otros fines que los expresamente previstos, bajo pena de sanciones del artículo 226-21 del Código Penal; que la consulta del Registro es por otro lado abierta, en virtud del artículo L. 333-9, a las comisiones de sobreendeudamiento en el ejercicio de su misión de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento, así como a los secretarios de los Tribunales competentes en el marco del procedimiento de tratamiento de las situaciones de sobreendeudamiento; que el registro puede así mismo ser consultado repetidas veces y en circunstancias muy diversas; Considerando que el artículo L. 333-19 autoriza a los establecimientos y organismos financieros a utilizar las informaciones recogidas en el momento de la consulta del registro en los sistemas de tratamiento automatizado de datos.

Considerando que el artículo L. 333-20 subordina a una autorización individual y a una habilitación, según los procedimientos específicos internos a los establecimientos y organismos financieros, la consulta del registro por el personal de los establecimientos y organismos financieros; que remitiendo a un decreto del Consejo de Estado las modalidades de aplicación de esta autorización, el legislador no ha limitado el número de personas empleadas por estos establecimientos y organismos susceptibles de ser autorizados a consultar el registro: Considerando que resulta de todo lo anteriormente expuesto que dada la naturaleza de los datos registrados, la magnitud del tratamiento, la frecuencia de su utilización, el gran número de personas susceptibles de tener acceso y a la insuficiencia de las garantías relativas al acceso al registro, las disposiciones impugnadas suponen un atentado al derecho al respeto de la vida privada que no puede ser visto como proporcionado al fin perseguido; que, como resultado, las disposiciones del artículo 67 deben ser declaradas contrarias a la Constitución; e igualmente por vía de consecuencia, las disposiciones de los artículos 68 a 72 que son inseparables de aquel precepto.

²² Dispone el artículo 333-4: I. «Se instituye un fichero nacional que recoge las informaciones sobre los incidentes de pago ligados a los créditos contraídos con personas físicas para sus necesidades no profesionales. Este fichero está administrado por el Banco de Francia, el cual es el único habilitado para centralizar estas informaciones. Está sometido a la Ley núm. 78-17 de 6 de enero 1978 relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

Este fichero tiene por finalidad suministrar a los establecimientos de crédito y a las sociedades de financiación mencionadas en el Título I del Libro V del Código monetario y financiero, a los establecimientos de moneda electrónica y a los establecimientos de pago mencionados en el Título II del mismo Libro V y a los organismos mencionados en el 5 del artículo L. 511-6 del mismo Código, un elemento de apreciación de la solvencia de las personas que solicitan un crédito. Sin embargo, la inscripción de una persona física en el seno del fichero no comporta prohibición de conceder un crédito.

El fichero puede suministrar un elemento de apreciación para uso de los establecimientos de crédito, de los establecimientos de moneda electrónica y de los establecimientos de pago en sus decisiones de atribución de medios de pago.

Las informaciones que contiene pueden igualmente ser tomadas en cuenta por las empresas mencionadas en el párrafo segundo para la gestión de los riesgos ligados a los créditos suscritos por sus clientes.

II. Las empresas mencionadas en el segundo párrafo del I deben declarar al Banco de Francia, en las condiciones precisadas por Orden Ministerial, los inci-

dentes de pago, caracterizados como tales, definidos por la Orden mencionada en el artículo L. 333-5. Desde la recepción de esta declaración, el Banco de Francia inscribe inmediatamente los incidentes de pago caracterizados en el fichero, y al mismo tiempo, pone esta información a disposición del conjunto de empresas que tengan acceso al fichero. Los gastos correspondientes a esta declaración no pueden ser facturados a las personas físicas concernidas.

Las informaciones relativas a estos incidentes son eliminadas inmediatamente a la recepción de la declaración de pago integral de las sumas debidas efectuada por la empresa que originó la inscripción en el fichero. Dichas informaciones no pueden ser, en todo caso, conservadas en el fichero durante más de cinco años a contar desde la fecha de registro por el Banco de Francia del incidente que haya ocasionado la declaración.

III. Desde que la Comisión instituida en el artículo L. 331-1 es instada por el deudor, esta debe informar de ello al Banco de Francia para la inscripción en el fichero. La misma obligación pesa sobre el secretario judicial del juez del Tribunal de Instancia cuando, a recurso del interesado en aplicación del IV del artículo L. 331-3, la situación referida en el artículo L. 331-2 es reconocida por este juez o cuando el deudor se ha beneficiado de la condonación de las deudas resultante del procedimiento de restablecimiento personal en aplicación de los artículos L. 332-9, L. 332-5, L. 332-5-1 o L. 332-5-2.

El fichero recoge las medidas del plan convencional de enderezamiento mencionadas en el artículo L. 331-6. Estas medidas son comunicadas al Banco de Francia por la Comisión. La inscripción se conserva mientras dura el plan convencional, sin poder exceder de 8 años.

El fichero recoge igualmente las medidas tomadas en virtud de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 que son comunicadas al Banco de Francia por la Comisión o el Secretario Judicial del Juez del Tribunal de Instancia cuando ellas son sometidas a su homologación. La inscripción se conserva durante la ejecución de estas medidas, sin poder exceder de 8 años.

Cuando las medidas del plan convencional mencionadas en el artículo L. 331-6 y las tomadas en aplicación de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2 son ejecutadas sin incidente, las informaciones relativas a las menciones que han ocasionado su declaración son eliminadas cuando expira un periodo de cinco años a contar de la firma del plan convencional o de la fecha de la decisión de la comisión que impone las medidas o cuando las medidas recomendadas por la comisión han adquirido fuerza ejecutoria. Cuando, para una misma persona, se prescribe sucesivamente, en el marco de una revisión o renovación del plan o de las medidas, un plan convencional mencionado en el artículo L. 331-6 y las medidas tomadas en aplicación de los artículos L. 331-7, L. 331-7-1 y L. 331-7-2, la inscripción es mantenida durante la ejecución global del plan y de las medidas sin poder exceder de ocho años.

Para las personas que se hayan beneficiado del procedimiento de restablecimiento personal, las informaciones relativas a las menciones correspondientes son eliminadas cuando expira un periodo de cinco años a contar desde la fecha de homologación o desde el cierre del procedimiento. La misma duración de cinco años es aplicable a las personas físicas que hayan sido objeto de una liquidación judicial en aplicación del artículo L. 670-6 del Código de Comercio.

IV. El Banco de Francia está desligado del secreto profesional para la difusión, a las empresas mencionadas en el segundo párrafo del I, de las informaciones nominativas contenidas en el fichero.

Las condiciones en las cuales actúa el Banco de Francia, las condiciones en que las empresas mencionadas en el segundo párrafo del I informan a las

personas físicas de su inscripción y de su eliminación del fichero, así como de sus derechos, son precisadas por Orden ministerial, dada según la opinión de la Comisión nacional de la informática y las libertades.

Está prohibido al Banco de Francia, a las empresas mencionadas en el párrafo segundo del I, entregar a cualquier persona copia de las informaciones contenidas en el fichero, bajo pena de las sanciones previstas en los artículos 226-21 y 226-22 del Código Penal. Esta prohibición no se aplica a los interesados, los cuales ejercen su derecho de acceso a las informaciones que les conciernen, contenidas en el fichero, conforme al artículo 39 de la ley núm. 78-17 de 6 de enero de 1978 precitada.

La recogida de las informaciones contenidas en el fichero por personas distintas que el Banco de Francia y las empresas mencionadas en el segundo párrafo del I del presente artículo, está castigada con penas previstas en el artículo 226-18 del Código Penal».

Artículo L. 333-5: «Una orden ministerial, tomada según la opinión de la Comisión nacional de la informática y las libertades y del comité consultivo del sector financiero, fijará particularmente las modalidades de recogida, registro, conservación y consulta de estas informaciones. Esta orden ministerial determinará igualmente las modalidades según las cuales los establecimientos y los organismos mencionados en el segundo párrafo del artículo L. 333-4 pueden justificar que ellos han consultado el fichero, particularmente en aplicación del artículo L. 311-9».

2. MERCANTIL

La naturaleza autónoma del aval en las cantidades entregadas a cuenta en la compraventa inmobiliaria

The autonomous nature of guarantees where sums are paid on account in real estate purchases

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 mayo de 2014, razona que sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, se ha de determinar si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza, resolviendo que cuando el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968 regula que «por cualquier causa» no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil, efectuándose dicho razonamiento porque en el procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito y no se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

ABSTRACT: *The Ruling of Division One of the Supreme Court of 7 May 2014 reasons that, the importance of guarantees having been established, in the light of Act 57/1968, it remains to be determined whether a guarantee is autonomous in nature, i.e., depending only on the terms and conditions contained in the guarantee itself, or whether, to the contrary, a guarantee depends on the circumstances of the delivery obligation that the guarantee secures. The court finds that, where section 1, rule one of Act 57/1968 speaks of failures «due to any cause», it establishes a clear objective criterion concerning the requirement of the guarantee. Therefore, the guarantor cannot claim the grounds of objection that the guarantee recipient is entitled to claim, based on section 1853 of the Civil Code. The court so reasons because action in the proceeding is taken only against the financial institution; the plaintiff asks for neither rescission nor cancellation vis-à-vis the developer or vendor.*

PALABRAS CLAVE: Aval. Compraventa inmobiliaria.

KEY WORD: *Guarantees. Real estate purchases.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONSISTENTE EN QUE EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 57/1968 REGULA LA POSICIÓN DEL AVALISTA COMO FIGURA AUTÓNOMA.—III. LA INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA DEROGACIÓN DE LA LEY 57/1968 POR LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA TERCERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN FINAL 3.4 DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO.—IV. CONCLUSIÓN.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Según el FD 1.º de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014, el demandante compró sobre plano una vivienda sita en la URBANIZACIÓN000» a Urbanismo y Nuevas Obras S.L., en fecha 22 de septiembre de 2006.

La estipulación quinta del contrato fijaba la fecha de entrega en el segundo semestre de 2008, *«salvo que medie justa causa»*. Las cantidades entregadas se garantizaron mediante aval, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), con Caja Madrid.

Se emitió el certificado final de obra el 29 de diciembre de 2008. La recepción del mismo por parte del Colegio de Arquitectos es de 19 de enero de 2009.

La licencia de primera ocupación se solicitó el 9 de enero de 2009 y se concedió el 9 de marzo de 2009.

La fecha convenida para la entrega de la vivienda era el 31 de diciembre de 2008.

El 2 de enero de 2009 se requirió de pago por el comprador a la entidad bancaria, con cargo al aval.

El 10 de febrero de 2009 se requirió de resolución por el comprador a la vendedora por burofax.

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 24 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *«FALLO.—Que desestimando la demanda formulada por la procuradora Sra. Jiménez Heras en nombre y representación de don Dionisio contra Cajamadrid, la debo absolver y absuelvo de todos los pedimentos contenidos en la misma»*.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda sobre la base de la existencia de un incumplimiento contractual.

La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 31 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS.—Que desestimando el recurso de apelación, confirmamos la sentencia condenando al apelante a las costas de la alzada.

De acuerdo con el Fundamento de Derecho Único de la sentencia de apelación, el razonamiento fue el siguiente: *«La sentencia considera que no se ha producido un incumplimiento tal y como viene exigiendo la jurisprudencia del TS y por tanto desestima la demanda; el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968, 1335), establece en su artículo 3 que expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda aunqu una u otra hubiesen tenido lugar,*

el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas, lo que supone una facultad que, como la propia ley recoge en la exposición de motivos, garanticen la aplicación real y efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de la construcción de una vivienda como una devolución en el supuesto en que esta no se lleve a efecto; como ya hemos recogido al principio hay que tener presente que la acción se ejercita contra Caja Madrid y para ello es necesario que se demuestre como recoge la sentencia de instancia que la posibilidad de ejercitar con éxito la acción para resolución y devolución de las cantidades exige que efectivamente o bien no se hayan iniciado las obras o bien que no se haya efectuado la entrega de vivienda, y su incumplimiento se debe entender de una forma razonable, como la constatación de una actitud acreditada de incumplimiento y todo ello bajo los parámetros de la buena fe contractual y solo podrá considerarse por ello el incumplimiento cuando se constata un retardo malicioso, culpable y de entidad suficiente para que se frustre la finalidad del contrato y los hechos no permiten dar por acreditada la conducta obstativa al cumplimiento de entrega de la vivienda, pues como recoge la sentencia se ejecuta el aval al día siguiente del señalado en el contrato, y además no puede considerarse incumplida la obligación de entrega cuando las obras finalizan el 29 de diciembre de 2008, y se concedió la licencia el día 9 de marzo de 2009. En consecuencia procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia con la condena a la parte apelante de las costas de la alzada».

Se interpuso recurso de casación basado en único motivo: Si el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968, 1335) es una norma de rescisión automática distinta de la del artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27) que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968 o por el contrario hay que examinar la causa de resolución vía artículo 1124 Código Civil.

II. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO CONSISTENTE EN QUE EL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 57/1968 REGULA LA POSICIÓN DEL AVALISTA COMO FIGURA AUTÓNOMA

La STS de 7 de mayo de 2014 establece, como doctrina jurisprudencial, que *«cuando se demanda exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la Ley 57/1968 (RCL 1968, 1335), la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil (LEG 1889, 27), debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega por cualquier causa».*

Tal doctrina pretende fundamentarse, principalmente, en la dicción del artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968, que establece lo siguiente: *«Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido».*, lo que da lugar a las siguientes consideraciones:

i) por una parte, se afirma que cuando el precepto establece que *«por cualquier causa»* no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil.

ii) Se añade que el artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas, resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.

iii) Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito y no se pidió la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

La STS de 7 de mayo de 2014 ha sido duramente criticada por CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ¹ en función de la siguiente argumentación: «La sentencia sería correcta si el aval se hubiere emitido con término final cierto al 31 de diciembre de 2008, o si la fecha de entrega de la obra fuere igualmente una fecha cierta de esta naturaleza. Porque si en tales casos el comprador esperase, el avalista de cantidades adelantadas podría alegar que su fianza se ha extinguido por el artículo 1851 del Código Civil. Y Aún ni eso, si interpretamos este precepto en los términos que propone la ponderada STS 3 de marzo de 2014 (¡que la sentencia comentada ni siquiera cita!). En este caso podríamos decir que la prórroga estaba anticipada en el contrato y por ende en el aval, dada la referencia a la justa causa. En estas condiciones, no puede aceptarse que el comprador pueda “cobrar” el aval si el vendedor no incurrió en un incumplimiento esencial. Lo que hace esta infausta sentencia es desplazar sobre el vendedor, en lugar de hacerlo sobre el comprador, como corresponde el riesgo de la «crisis del ladrillo», riesgo que ya se transmitió al comprador desde que se perfeccionó el contrato. Una vez más nos encontramos con un manipulación judicial del concepto de incumplimiento esencial para redistribuir injustamente los riesgos del sistema económico en su conjunto. Con este empeño decidido que tiene la Sala Primera del TS de sacar a los compradores de viviendas del pozo de sus malas inversiones (pozo en el que debería dejarles), se están produciendo resultados que clamorosamente consisten en puros abusos de derecho».

Una primera aproximación a la crítica transcrita supone la coincidencia por nuestra parte con los referidos autores en el acierto —al menos, para ellos (con sus matizaciones) y también para nosotros— de la calificación que realiza la STS de 7 de mayo de 2014 de que la garantía regulada en la Ley 57/1968 supone según el artículo 1 de la misma una figura autónoma, con el alcance expresado por el TS, es decir, nos encontramos ante un contrato autónomo de garantía donde no solo quiebra la accesoriedad de la fianza típica, sino que se construye sobre la independencia absoluta entre la propia garantía y la relación jurídica garantizada. En palabras de la STS de 17 de julio de 2014 (en el análisis que realiza de las garantías a primer requerimiento), nos encontraríamos *simile modo* ante un contrato de garantía de «*carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio, como se deduce de la doctrina jurisprudencial señalada*», ya que estimamos de forma coincidente con esta STS de 7 de mayo de 2014 que cuando el artículo 1 de la Ley 57/1968 hace referencia a la finalidad de la garantía cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin *por cualquier causa* en el plazo convenido, dicha expresión «*por cualquier causa*» supone el carácter autónomo, independiente, distinto y no accesorio de la garantía.

Dada esta configuración contractual y para una mejor comprensión de su significado, recordamos que la configuración jurisprudencial de las garantías

autónomas supone según la STS de 27 septiembre de 2005, al recoger la doctrina jurisprudencial sobre el aval a primer requerimiento, lo siguiente: «La jurisprudencia de esta Sala ha tratado en diversas ocasiones dicha figura jurídica y así la sentencia de 27 de octubre de 1992 señalaba que “entre las nuevas modalidades de garantías personales nacidas para satisfacer las necesidades del tráfico mercantil al resultar insuficiente o inadecuada la regulación legal de la fianza, se encuentra el aval a primera solicitud, o a primer requerimiento, también denominado por la doctrina como garantía a primera demanda o a simple demanda o garantía independiente, contrato atípico, producto de la autonomía de la voluntad sancionada por el artículo 1255 del Código Civil (así sentencia de 14 de noviembre de 1989), en el cual el fiador viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando este se lo reclame, ya que la obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, nota a lo que se alude en la sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1983 al incidir “las garantías denominadas de primera solicitud en el comercio internacional” entre las “nuevas figuras que tendiendo a superar la rigidez de la accesoriedad, es decir, la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia...”, así como en la sentencia de 14 de noviembre de 1989 en la que se afirma que “toda interpretación que trate de dar a la palabra garantía el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica desvirtúa la naturaleza de la relación compleja a la que venimos haciendo mérito”, de ahí que el garante no pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que deriven de la garantía misma, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido, si bien en aras del principio de la buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil) se permita al garante, caso de contienda judicial, probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquel, produciéndose así una inversión en la carga de la prueba ya que no puede exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal”. La sentencia de 5 de julio de 2002, con cita de las anteriores de 27 de octubre de 1992, 17 de febrero, 30 de marzo y 5 de julio de 2000, define la figura como “garantía personal atípica, producto de la autonomía de la voluntad proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, que es distinta del contrato de fianza y del contrato de seguro de caución, no es accesoria y el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

El efecto, por tanto, se produce por la reclamación de tal beneficiario, lo que supone que el obligado garantizado no ha cumplido; tan solo si el garante prueba que sí ha cumplido (inversión, por tanto, de la carga de la prueba) puede evitar el pago. El efecto último es, pues, que el beneficiario tiene un claro derecho a exigir el pago, siendo la obligación del garante independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial, sin perjuicio de las acciones que puedan surgir a consecuencia del pago de la garantía”. Por último, la sentencia de 28 de mayo de 2004 declara en relación a dicha figura jurídica que “su propia especialidad, surgida de la voluntad contractual de las partes conforme al artículo 1255, no lo desnaturaliza y desgaja por completo del contrato de fianza presentándose como una modalidad que resulta perfectamente compatible con el tipo contractual fideusorio (sentencias de 2 de octubre de 1990 y 15 de abril de 1991), ya que junto a su función garantizadora se refuerza e intensifica la seguridad del pronto e inmediato cobro de la deuda por el beneficiario-acreedor”...».

Ahora bien, no podemos coincidir en el resto de la crítica que efectúan dichos autores a la STS de 7 de mayo de 2014. En nuestra opinión, las últimas decisiones jurisprudenciales del TS acerca de la interpretación de la Ley 57/1968 han contribuido a realizar una «depuración auténtica» de la jurisprudencia sobre dicha Ley, siendo por otro lado necesario la proposición de una «depuración doctrinal» de la referida jurisprudencia, con el alcance que para dichos términos nos propuso el maestro DíEZ-PICAZO² en si inigualable prólogo a sus Estudios sobre la Jurisprudencia Civil.

En función de lo anterior, resulta imprescindible para entender el sentido y alcance de la STS 7 de mayo de 2014, atender a los argumentos decisivos que sobre la misma Ley 57/1968 se nos ofrecen en la STS de 20 de enero de 2015, cuando razona lo siguiente (FJ 6.º 3):

«Esta Sala, reunida en pleno, considera que no procede reiterar la interpretación del artículo 3 de la Ley 57/68 contenida en su sentencia de 9 de junio de 1986.

Las razones son las siguientes:

1.ª) La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha avanzado en la línea de interpretar la Ley 57/68 como pionera, varios años antes de que en 1978 la Constitución proclamara como principios rectores de la política social y económica el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51), en la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada.

2.ª) Esta línea jurisprudencial se ha traducido en atenerse al rigor con el que la propia Ley 57/68 configura las obligaciones del vendedor y de su asegurador o avalista, superando una concepción predominantemente administrativa de su contenido para dotarla de plenos efectos civiles.

Así, en primer lugar, sobre el carácter accesorio o, por el contrario, esencial de la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/68) es doctrina jurisprudencial reiterada que se trata de una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de manera que su incumplimiento facultará al comprador para resolver el contrato e impedirá al vendedor resolverlo si el comprador no atiende los pagos parciales a cuenta del precio (SSTS de 25 de octubre de 2011, rec. 588/2008, 10 de diciembre de 2012, rec. 1044/2010, 11 de abril de 2013, rec. 1637/2010, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012).

En segundo lugar, se ha rechazado que el seguro de caución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas de viviendas comprenda únicamente un denominado «Tramo I», de compra de los terrenos para la edificación, declarándose por el contrario que asegurar el buen fin de la cooperativa es garantizar la terminación y entrega de las viviendas y, por tanto, la devolución a los cooperativistas, en otro caso, de las cantidades anticipadas (STS de 13 de septiembre de 2013, rec. 281/2013).

En tercer lugar, acerca del importe cubierto por el seguro, se ha declarado que comprende todas las cantidades entregadas a cuenta del precio, es decir, aunque la póliza de seguro establezca una cantidad máxima inferior, porque en otro caso se infringirían el artículo 2 de la Ley 57/68 y el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (STS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011).

En cuarto lugar, se ha interpretado el artículo 1 de la Ley 57/68 en el sentido de que permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también, dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento (SSTS de 3 de julio de 2013, rec. 254/2011, y 7 de mayo de 2014, rec. 828/2012).

En quinto lugar, se ha declarado la responsabilidad solidaria de los administradores de una sociedad promotora, frente a los compradores, por el daño consistente en no haber podido estos recuperar las cantidades anticipadas por no haberse constituido la garantía correspondiente (STS de 23 de mayo de 2014, rec. 1423/2012).

En sexto lugar, aun rechazándose que el comprador pueda oponer en general la falta de inicio de la construcción al banco descontante de las letras de cambio aceptadas por el comprador para los pagos parciales a cuenta del precio de la vivienda, se ha declarado que el comprador sí puede reclamar al banco avalista o asegurador la suma total representada por dichas letras, incluso en el caso de que hubiera acordado con el mismo conformarse con un importe inferior y reclamar el resto al promotor, pues tal acuerdo sería nulo de pleno derecho por contravenir el carácter irrenunciable de los derechos que la Ley 57/68 otorga a los compradores (STS de 25 de noviembre de 2014, rec. 1176/2013).

3.ª) Pues bien, avanzando en la misma línea procede declarar ahora que el incumplimiento por el vendedor del plazo estipulado para la terminación y entrega de la vivienda justifica, conforme al artículo 3 de la Ley 57/68, la resolución del contrato a instancia del comprador, siempre que, como resulta de la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de mayo de 2014 (rec. 328/2012), el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Lo anterior significa que el artículo 3 de la Ley 57/68 introduce, en los contratos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, una especialidad consistente en que el retraso en la entrega, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que justifica la resolución del contrato por el comprador. Esta especialidad, a su vez, determina que en el ámbito especial regulado por la Ley 57/68 no sea aplicable la doctrina jurisprudencial que, interpretando la norma de ámbito general del artículo 1124 del Código Civil, considera que el retraso de una parte contratante en el cumplimiento de sus obligaciones no constituye, por regla general, un incumplimiento de tal grado que justifique la resolución del contrato a instancia de la otra parte contratante.

Son razones para equiparar la “rescisión” contemplada en el artículo 3 de la Ley 57/68 a la resolución contractual por incumplimiento del vendedor las siguientes:

- a) El carácter irrenunciable, conforme al artículo 7 de dicha ley, del derecho que su artículo 3 reconoce al comprador, consistente en optar entre la “rescisión” del contrato, con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, o la concesión de una prórroga al vendedor.
- b) El rigor con que el propio artículo 3 configura ese derecho y las correlativas obligaciones del vendedor, pues si el comprador opta por la prórroga, esta deberá hacerse constar en una cláusula adicional del contrato “especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda”.
- c) El específico equilibrio contractual que el artículo 3 de la Ley 57/68 introduce en los contratos sujetos a su régimen, compensando el derecho del vendedor a resolver el contrato por un solo impago del comprador (art. 1504 del Código Civil y estipulación octava del contrato litigioso) con el derecho del vendedor a resolver el contrato por el retraso en la terminación y entrega de la vivienda.
- d) El desequilibrio contractual que en perjuicio del comprador supondría una interpretación diferente, pues en casos como el presente incluso se aplicaría en su contra, tal y como se pretende en el recurso, una cláusula penal pese

- a haber quedado probado y no haberse discutido que el vendedor incumplió efectivamente el plazo de entrega estipulado.*
- e) *El riesgo, nunca descartable y en los últimos años nada improbable, de insolvencia del promotor vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador como acreedor en un eventual concurso del promotor.*
- f) *Los diversos obstáculos, molestias e inconvenientes que el transcurso del tiempo a partir de la fecha de entrega puede provocar al comprador que pretenda dirigirse contra el avalista o el asegurador, como sucedió en el presente caso cuando La Caixa opuso a los compradores que el aval había expirado el 30 de septiembre de 2009, por más que tal oposición careciera de fundamento alguno frente a lo que dispone el artículo 4 de la Ley 57/68 prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda».*

Es decir, para el TS la facultad resolutoria («rescindir») que ostenta el comprador en el ámbito de aplicación del artículo 3 de la Ley 57/1968 no está caracterizada por los mismos requisitos previstos en el artículo 1124 del Código Civil, o sea, en resumidas cuentas: no es necesario el incumplimiento grave y esencial, por lo que el leve retraso puede ser justificativo de la resolución del contrato de compraventa y la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por el avalista, siempre y cuando el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega.

Una crítica a esta STS de 20 de enero de 2015, ha sido efectuada por LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA³, quien ha afirmado que «extender la obligación de las aseguradoras y entidades de créditos que permanecen totalmente ajenas a los contratos privados de compraventa, y al devenir de la construcción de la vivienda, más allá de garantizar que las viviendas se finalicen dentro de un plazo prudencial, —que sirva para el cumplimiento al contrato sin frustrar ninguna expectativa del comprador—, será ir más allá de lo previsto en la Ley.»

Por tanto y mediante una lectura de la STS de 20 de enero de 2015 y aun acudiendo simplemente a lo previsto en la propia Ley 57/1968, en el caso resuelto por la STS de 7 de mayo de 2014 no podemos compartir la idea de la existencia de ningún tipo de prórroga contractual por parte del comprador en este caso, ya que como claramente dispone la Ley 57/1968, la prórroga habría de añadirse en una cláusula adicional al contrato (art. 3) especificándose el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda y ante la misma, no debería accederse tampoco a la extinción de la garantía por aplicación del artículo 1851 del Código Civil, de acuerdo con la interpretación que del mismo nos ofrece la STS de 3 de marzo de 2014, al razonar que: «*Es cierto que “la característica del aval a primer requerimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, es la de dar nacimiento a una obligación de garantía inmediata que pierde su carácter accesorio de la obligación principal (a diferencia de la fianza), en el que obligación del garante es independiente de la obligación del garantizado y del contrato inicial”* (sentencia 671/2010, de 26 de octubre [RJ 2010, 7603], con cita de las anteriores sentencias 735/2005, de 27 de septiembre [RJ 2005, 6860] y 979/2007, de 1 de octubre [RJ 2007, 8087]), “de modo que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma” (sentencia 783/2009, de 4 de diciembre [RJ 2010, 271]). Pero lo

anterior no es óbice para que, como se explica en la doctrina, siempre que no se trate de causas de extinción que provengan de la relación de valuta, el garante a primer requerimiento pueda oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 del Código Civil. Para que no fuera oponible la causa prevista en el artículo 1851 del Código Civil, sería necesario que en el aval a primer requerimiento se hubiera hecho una renuncia expresa a ella, de lo que no queda constancia en este caso.

No obstante lo anterior, es preciso determinar si el señalamiento de un nuevo término para la conclusión de las obras, en este caso concreto, constituye el presupuesto previsto en el artículo 1851 del Código Civil, que conlleva ineludiblemente la extinción de la fianza (en este caso, el aval a primer requerimiento).

En principio, una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la ampliación del plazo para dar cumplimiento a la obligación de entrega de la obra, inicialmente prevista el 14 de abril de 2008, mediante la fijación de un nuevo término (1 de diciembre de 2008), constituye una prórroga que se concede por el acreedor al deudor, que, si no ha sido consentida por el fiador, liberaría a este de la fianza. Pero esta interpretación, como se sostiene por una parte de la doctrina, debe atemperarse en atención a la ratio del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, “el artículo 1851 del Código Civil solo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que esta sea procedente en beneficio del fiador”.

A la vista de lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que en nuestro caso no se cumple el presupuesto que justifica la regla contenida en el artículo 1851 del Código Civil (LEG 1889, 27). La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras, cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del fiador solvens, que en última instancia estaría supeditada al cumplimiento definitivo, sino que, como trata de argumentar la Audiencia, en este caso la prórroga beneficia al fiador pues, aunque no le vincule la novación, esta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar de aplicarse la pena pactada al periodo comprendido entre el 14 de abril de 2008 y el 1 de diciembre de 2008. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no solo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez constatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza».

III. LA INAPLICABILIDAD DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO TRAS LA DEROGACIÓN DE LA LEY 57/1968 POR LA DISPOSICIÓN DEROGATORIA TERCERA DE LA LEY 38/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA DISPOSICIÓN FINAL 3.4 DE LA LEY 20/2015, DE 14 DE JULIO

Pese a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014, la disposición final 3.2 Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las enti-

dades aseguradoras y reaseguradoras modifica la Disposición Adicional Primera a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación raíz de la enmienda número 73 que hiciera el grupo Parlamentario Popular en el Congreso al Proyecto de Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de entidades de seguro.

Además, la Ley 57/1968 queda derogada con efectos de 1 de enero de 2016, por la disposición derogatoria 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, en la redacción dada por la disposición final 3.4 de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Pues bien, la nueva Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación, prevé en lo que ahora nos ocupa lo siguiente:

«Uno. Obligaciones de los promotores que perciban cantidades anticipadas.

1. Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción, deberán cumplir las condiciones siguientes:

a) Garantizar, desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda».

Es decir, la garantía con la nueva Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999 lo es *«para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda»* mientras que con la Ley 57/1968 lo era *«para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido»*.

Por lo tanto, se elimina en el nuevo texto legislativo la expresión *«por cualquier causa»* que fue la que llevó a la STS 7 de mayo de 2014 a fallar sobre el carácter autónomo de la garantía y por la que el avalista no podría oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil, de ahí que auguremos una corta vigencia a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014 en cuanto al referido carácter autónomo de la garantía en este sector de la contratación.

No deja de ser llamativo (más allá de las críticas que pudieran realizarse a la nueva regulación) que la Exposición de Motivos de la Ley 20/2015, de 14 de julio (VIII) justifique las modificaciones de la Ley de Ordenación de la Edificación para dotar *«...de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor...»*, y sin embargo efectúe tal corrección normativa (*«por cualquier causa»*) que sirvió de base a la doctrina de la STS de 7 de mayo de 2014, expresándose literalmente del siguiente tenor:

«Se introduce en la Ley de Ordenación de la Edificación, como alternativa a la suscripción obligatoria de un seguro, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo. Además, se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor, eliminándose, entre otros aspectos, el régimen actual basado en un sistema dual de pólizas (pólizas colectivas y certificados individuales de seguros de caución). También se introducen modificaciones referidas a la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción de la Ley de Ordenación de la Edificación».

Ante lo anterior, se nos antoja volver a recordar la conocida frase de KIRCHMANN: *«Dos palabras rectificadoras del legislador bastan para convertir bibliotecas enteras en basura».*

IV. CONCLUSIÓN

En conclusión, nos parece correcto el Fallo analizado en cuanto a que el carácter autónomo de la garantía desvirtúa el alegato de la existencia o no de incumplimiento esencial por parte del avalista autónomo, que es lo realmente resuelto por esta STS de 7 de mayo de 2014, más allá de la configuración del carácter del incumplimiento en el ámbito de la Ley 57/1968 y su independencia de los requisitos tradicionales del mismo anudados a la aplicación del artículo 1124 del Código Civil que efectúa la STS de 20 de enero de 2015 y con las cautelas que hayan de realizarse a la aplicación de la doctrina de esta STS de 20 de enero de 2015, aunque en relación con esta sí que opinamos que no establece un automatismo resolutorio, sino que sí requiere la existencia de un retraso aunque no sea especialmente intenso o relevante, siempre y cuando —evidentemente— no exista una actitud del comprador contraria a la buena fe o en abuso de derecho (art. 7 del Código Civil), lo que supondrá un detallado análisis de las circunstancias del caso. Por ello, resultará de enorme interés el desarrollo de esta doctrina de la STS de 20 de enero de 2015, como también pone de relieve DÍAZ MARTÍNEZ.⁴

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO, CORDERO, M., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.^a ed. Thomson-Reuters, 2015.
- DÍAZ MARTÍNEZ. Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 parte Comentario.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Reimp. Tecnos, 1979.
- LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de 20 de enero de 2015, núm. 5 del año 51 (mayo 2015) *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 septiembre de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2014
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2015

NOTAS

¹ CARRASCO CORDERO, M., *Tratado de los Derechos de Garantía*, 3.^a ed. Thomson-Reuters, 2015, pp. 479 y 480.

² DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Reimp. Tecnos, 1979, pp. 11 y 12.

³ LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera, de 20 de enero de 2015, núm. 5 del año 51 (mayo de 2015) *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*.

⁴ DÍAZ MARTÍNEZ. Cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda en construcción. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2015 parte Comentario.

3. URBANISMO

El emplazamiento de los titulares registrales en el proceso contencioso-administrativo y la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo vinculada a la tramitación de expedientes de disciplina urbanística

The summons of the registered owners within the administrative litigation process and its provisional filing in the land registry of property related to the proceeding of urban discipline files

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La ejecución de las sentencias en sus propios términos y su posible colisión con titulares registrales ignorados en el desarrollo del proceso impone, de un lado, garantizar su emplazamiento en forma en el origen del recurso en orden a su personación como obligación sobre cuyo cumplimiento ha de velar en último término el órgano judicial, y, de otro, permite plantear el reforzamiento de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo precedido de la tramitación de expedientes de disciplina urbanística en razón del carácter obligado impuesto por la Ley a la práctica de las respectivas anotaciones preventivas de origen administrativo.

ABSTRACT: Two things are made necessary by the enforcement of judgments in their own terms and the possible clash of judgements with registered owners of title who have been overlooked in the proceedings. First, it must be guaranteed that the persons concerned are duly summoned when the claim for judicial review is first taken up; the persons concerned are obligated to appear in the proceedings, and the court is ultimately responsible for seeing to it that they do. Second, consideration may be given to the possibility of strengthening the caveat warning of the claim for judicial review in the wake of city planning proceedings, by reason of the compulsory nature the law gives to the entry of caveats of administrative origin.

PALABRAS CLAVE: Anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo. Disciplina urbanística. Emplazamiento de interesados. Tutela judicial. Ejecución sentencias.

KEY WORDS: Caveat warning of a claim for judicial review. City planning. Summons of interested parties. Judicial protection. Enforcement of judgement.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. EL ALCANCE DE LA STC 266/2015, DE 14 DE DICIEMBRE Y DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015: 1. LA STC 266/2015, DE 14 DE DICIEMBRE. 2. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015.—III. SOBRE EL RÉGIMEN DE EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS Y AFECTADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. EL RÉGIMEN GENERAL DE EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 3. EL EMPLAZAMIENTO EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y SU TRATAMIENTO EN EL AUTO DE 9 DE FEBRERO DE 2016 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN GRANADA.—IV. RECAPITULACIÓN DE LA DOCTRINA PRECEDENTE.—V. LA PROCEDENTE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO CORRELATO DE LA OBLIGADA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ORIGEN ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. CONSIDERACIÓN SOBRE LOS EXPEDIENTES DE DISCIPLINA URBANÍSTICA SUSCEPTIBLES DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ORIGEN ADMINISTRATIVO. 3. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN O DE SU PRÁCTICA INDEBIDA. 4. LA OBLIGADA CONVERSIÓN DE LA ANOTACIÓN DE ORIGEN ADMINISTRATIVO EN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN CASO DE REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN.—VI. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NO PRECEDIDA DE LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Dos recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Dirección General de los Registros y del Notariado, este último como continuación de una doctrina iniciada con la resolución de 8 de julio de 2013, permiten detenerse nuevamente¹ sobre el papel llamado a jugar por la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo como medida cautelar ofrecida por el ordenamiento urbanístico en los recursos contencioso-administrativos susceptibles de ser interpuestos contra los actos administrativos de naturaleza urbanística, medida mantenida desde su previsión inicial por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo hasta la reciente entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, todo ello con el correspondiente desarrollo reglamentario previsto en los artículos 67 a 72 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Nos referimos, en concreto, a la STC 266/2015, de 14 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016) y a la resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de septiembre de 2015 (BOE núm. 246, de 14 de octubre de 2015), resoluciones, las dos, que, como apunta la segunda de ellas en su Fundamento de Derecho 7, buscan compatibilizar «las exigencias derivadas del principio del

tracto sucesivo (arts. 20 y 82 de la Ley Hipotecaria), con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución Española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), y la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de las situaciones jurídicas por ellas declaradas, que impone que la ejecución de tales sentencias se lleve a cabo en sus propios términos, salvo cuando concurren elementos que impidan física o jurídicamente su ejecución de forma sobrevenida».

En otros términos, una vez se parte, como dice la STC 223/2004, de 29 de noviembre, de que *«el derecho a la ejecución de sentencias forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial»*, de lo que se trata seguidamente es de atender a los concretos presupuestos que han de concurrir a fin de que tal derecho a la ejecución de las sentencias firmes pueda ser efectivo, para lo cual resulta particularmente interesante detenerse en la jurisprudencia al respecto procedente del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la propia Dirección General cuando, como ocurre en el caso de los dos pronunciamientos señalados, tal efectividad requiere de actos concretos de trascendencia jurídico-real, lo que plantea la necesidad de enfrentarse con titulares registrales eventualmente no tomados en consideración en el desarrollo del proceso.

A ello se añade, a su vez, ciertos cambios de rumbo provenientes del ordenamiento jurídico en los que se atisba también un fortalecimiento de las medidas cautelares, también llamadas provisionales según el modelo del artículo 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común², de obligada adopción en el seno de los procedimientos administrativos de incoación de expedientes de disciplina urbanística y, por ello mismo, sujetas a una razonable extensión en el orden jurisdiccional según tendrá oportunidad de suscitarse más adelante.

Se destaca a continuación los puntos más relevantes de las dos resoluciones tratadas para, después de identificar los términos generales del emplazamiento de terceros interesados en el proceso contencioso-administrativo con expresa referencia también a un reciente Auto de 9 de febrero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, comprobar cuál es la extensión razonable del papel que estaría llamada a jugar la anotación preventiva con arreglo a la doctrina que de aquellas se desprende especialmente cuando su solicitud se ve precedida de la tramitación de un expediente de disciplina urbanística.

II. EL ALCANCE DE LA STC 266/2015, DE 14 DE DICIEMBRE Y DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

1. LA STC 266/2015, DE 14 DE DICIEMBRE

La STC 266/2015 resuelve un recurso de amparo interpuesto contra la sentencia de 6 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Santiago de Compostela que en un proceso penal abreviado declaró la condena del acusado como autor de un delito de usurpación y, en lo que aquí importa, como efecto civil derivado, acordó la nulidad de las escrituras, inscripciones registrales, cargas y gravámenes relativos a la finca adquirida por la recurrente en subasta judicial sin haber sido llamada al proceso penal.

Ante ello, la recurrente en amparo invoca la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión por no haber tenido oportunidad alguna a lo largo del procedimiento penal de alegar y/o defender sus intereses pese a figurar como titular registral de un derecho real de hipoteca sobre el inmueble afectado con antelación a la fecha de la sentencia, habiendo adquirido después la propiedad mediante un procedimiento civil de ejecución hipotecaria que discurrió en paralelo a la causa penal y cuyo resultado favorable a aquella fue inscrito en el Registro de la Propiedad.

Pues bien, la STC 266/2015, con cita de la STC 65/2007, de 27 de marzo, recuerda que la exigencia del reconocimiento del derecho de defensa contradictoria de las partes en un proceso judicial como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva requiere del órgano judicial *«un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías, ofreciendo a las partes contendientes el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses»*, lo que se traduce en que ha de *«velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé esa necesaria contradicción con idénticas posibilidades de alegación y prueba; en definitiva, con efectivo ejercicio del derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen»*.

A su vez, en cuanto a los procedimientos *inaudita parte*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 62/2009, de 9 de marzo, 25/2011, de 14 de marzo y 181/2011, de 21 de noviembre) sostiene que *«para que la indefensión alcance en estos casos la dimensión constitucional que le atribuye el artículo 24 CE se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado gravemente en el proceso el derecho de las partes a alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional»*, de tal modo que *«es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado»* (SSTC 185/2003, de 27 de octubre, 164/2005, de 20 de junio, y 25/2011, de 14 de marzo).

Sobre esta base, la STC 266/2015, de 14 de diciembre, citando previamente el artículo 111 del Código Penal según el cual la satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* requiere de modo preferente la devolución del mismo bien aunque contemplando la protección del tercero de buena fe que lo haya adquirido *«en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable»*, acepta que la recurrente en amparo figuraba como titular de derechos reales al tiempo que se deducían las actuaciones penales, lo cual *«convierte en constitucionalmente relevante su interés en el resultado que pudiera seguirse de contrario en la causa penal, interés que cabe entender existente desde el momento en que se interesó una pretensión acusatoria que habría de afectarle, caso de ser estimada»*.

A partir de ello, la consideración verdaderamente relevante contenida en la STC 266/2015 es la que se pronuncia en los siguientes términos: *«Siendo, asimismo, la publicidad nota característica del Registro de la Propiedad, no revestía especial complejidad el llamamiento de la demandante al proceso penal, bien a excitación de parte, bien de oficio por el órgano judicial en defecto de la anterior, en cumplimiento de la doctrina constitucional antes expuesta en materia de emplazamiento de terceros susceptibles de verse afectados por el procedimiento en cuestión»*. De ahí, dice seguidamente la STC 266/2015, que *«el reconocimiento de circunstancias favorables a la acusación particular, en su condición de perjudicado penal, no puede depurar efectos inaudita parte respecto de quien, ostentando un título inscrito, no*

dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa penal, por más que el disponente registral pudiera serlo o no en una realidad extra registral que a aquel le era desconocida. El solapamiento de actuaciones ante diferentes órdenes judiciales (civil y penal) abona esta misma conclusión, que no admite una interpretación constitucional contraria a la protección de los intereses de la demandante de amparo en un proceso al que no había sido llamada, pese a resultar fácilmente cognoscible su condición de tercero afectado por la decisión judicial».

Sucesivamente, de modo coherente con la anterior afirmación sobre el emplazamiento al titular registral de oficio por el órgano judicial en defecto de su citación por la parte, la STC 266/2015 sienta la rotunda conclusión de que *«el órgano judicial venía particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición acusatoria que interesaba hacer valer derechos posesorios en conflicto con aquellos, con el fin de que también pudieran ser oídos en defensa de los suyos propios»*, de tal modo que, al no haberlo hecho, *«el Juzgado ejecutante venía así a privar de sus derechos a la demandante sin antes concederle oportunidad procesal de actuar en defensa de sus intereses»*, razón por la cual quedaba *«abocada a una situación de indefensión material»*.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2015

La resolución de la Dirección General de 24 de diciembre de 2015 refleja en realidad la continuidad de una doctrina reiterada, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013³, desde las previas resoluciones de 8 de julio, 5 de agosto y 8 de octubre de 2013 en contraposición con la mantenida en la resolución de 1 de marzo de 2013⁴ siguiendo lo ya dicho en anteriores resoluciones de 7 de noviembre de 2002, 2 de junio de 2006, 16 de julio de 2010 y 3 de marzo de 2011.

Pues bien, justo a partir de la sentencia de 16 de abril de 2013 complementada con la posterior sentencia de 21 de octubre de 2013, según la cual *«todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro»* de tal modo que *«no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte»*, es cómo la Dirección General, en la jurisprudencia señalada de la que es su último testimonio la reciente resolución de 24 de septiembre de 2015, la hace suya.

Así, en el caso concreto de esta última resolución el debate versó sobre la inscripción de un mandamiento judicial de cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad derivadas de un proyecto de reparcelación definitivamente aprobado, de tal modo que se restableciera el estado originario registral de las parcelas aportadas.

A tal efecto, la resolución distingue las dos siguientes situaciones: en primer lugar, la de aquellos titulares registrales que lo fueran al tiempo de la interposición del recurso, para los que las reglas generales de emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo son perfectamente aplicables en tanto que interesados identificables *«sin ninguna dificultad»*; en segundo lugar, en cuanto a los identificados como *«titulares futuros»*, para los que *«la anotación de demanda*

es el mecanismo adecuado de publicidad» cuya ausencia «da lugar, por aparición sobrevenida de nuevos titulares, al obstáculo registral ahora examinado, siendo insuficiente desde el punto de vista del requisito del tracto sucesivo los emplazamientos que se hicieron a los titulares registrales que a la sazón lo eran en el momento de iniciarse la tramitación del procedimiento judicial». A lo cual se añade la relevante afirmación de que el cumplimiento de la primera condición, es decir, la del «emplazamiento a los titulares registrales que hubiera en el momento de la iniciación del procedimiento, no es motivo para dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales habrían sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que, en consecuencia, habría evitado su indefensión— si, como se ha indicado, el recurso contencioso-administrativo se hubiera anotado preventivamente».

Hecha entonces la anterior distinción y la sucesiva afirmación de que «no instada (...) la anotación preventiva de demanda —pudiendo haberse hecho—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada (...) contra los titulares registrales que no han tenido participación en el procedimiento», es cuando la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 lleva a que la ejecución de la sentencia frente a los titulares registrales no tenidos en cuenta solo pueda tener lugar cuando «el tribunal competente (...) haya declarado (...) que la sentencia resulta oponible a tales titulares con las consecuencias registrales de ello derivadas». Y ello toda vez que «la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional», siendo también «suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción».

III. SOBRE EL RÉGIMEN DE EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS Y AFECTADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Se trata en este punto de identificar el régimen jurídico aplicable en relación con el emplazamiento en el proceso contencioso-administrativo de terceros interesados en su resultado ajenos a quienes inicialmente entablan la acción.

A su vez, el citado régimen jurídico ha de ser contemplado desde las singularidades susceptibles de producirse cuando el acto recurrido recae sobre fincas susceptibles de participar en el tráfico jurídico con la consiguiente entrada en su titularidad de nuevos propietarios, para lo cual cobra relevante trascendencia la doctrina recogida en la STC 242/2012, de 17 de diciembre, siguiendo el precedente de la STC 125/2000, de 16 de mayo.

2. EL RÉGIMEN GENERAL DE EMPLAZAMIENTO DE INTERESADOS EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Es el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción el que se ocupa del emplazamiento de los demandados en los procesos contencioso-administrativos diferenciando a tal fin tres momentos en los que puede tener lugar.

En primer lugar, en su apartado 1 se señala que la resolución en la que se acuerde remitir el expediente se notificará a cuantos aparezcan como interesados en él, «*emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días*».

En segundo lugar, conforme al apartado 2, si las notificaciones no se hubieren realizado en el término fijado para la remisión del expediente, la justificación de haberse realizado deberá tener lugar «*una vez se ultimen*».

Por fin, según el apartado 3, si el juez o Tribunal advirtiera que las notificaciones fueran incompletas, «*ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables*».

Por su parte el Tribunal Constitucional, por ejemplo en su STC 91/2005, de 1 de abril, ha destacado que si de la interposición del recurso contencioso-administrativo, o del propio acto pudieran resultar otros interesados, estos han de ser necesariamente emplazados.

Del mismo modo se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo resultante, entre otras, de la sentencia dictada el 14 de julio de 2008 en la que justamente se afirma que la acreditación de la condición de interesado de quien se persona pese a no haber sido emplazado en primera instancia en la forma contemplada en los apartados 1 y 3 del artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción determina la producción de una indefensión cuyo sentido material impide su rechazo a partir de meras conjeturas o suposiciones.

A su vez, la inequívoca posición del Tribunal Constitucional⁵ en orden a garantizar la tutela judicial efectiva frente a eventuales terceros que pudieran ostentar una «*singular posición con el objeto del proceso*», pasa por hacer exigible su emplazamiento en aquellos supuestos en los que o bien fueran «*interesados identificados*» o bien fueran «*interesados (...) susceptibles de serlo*», condición que, por otro lado, es elemental que ha de ser reconocida en aquellos casos en los que, como destaca las SSTC 79/2009, de 23 de marzo, la falta de emplazamiento «*(...) les ha producido un perjuicio real y efectivo en sus posibilidades de defensa, puesto que les ha impedido efectuar en la defensa de sus derechos e intereses las alegaciones que tuvieran por conveniente en el mantenimiento del acto administrativo impugnado, que no tenían por qué coincidir necesariamente con las realizadas por el Ayuntamiento (...)*».

A lo cual se añade, en fin, la circunstancia ya citada de que el emplazamiento si bien lógicamente resulta difícil contemplarlo desde la generalidad de los vecinos de una localidad ordenada por un instrumento de planeamiento general, cobra todo su sentido en aquellos casos en los que la decisión administrativa en cuestión se proyecta de modo singular sobre unos concretos particulares ante los que el proceso seguido ante los Tribunales bajo ningún concepto puede desenvolverse en un estado de clandestinidad cuando puede llegar a provocar unos efectos lesivos.

3. EL EMPLAZAMIENTO EN EL INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA Y SU TRATAMIENTO EN EL AUTO DE 9 DE FEBRERO DE 2016 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN GRANADA

Dicho cuanto antecede, es claro y notorio que cuando se está en presencia de un acto que, como es el caso de la aprobación de un instrumento reparcelatorio o de una autorización administrativa de construcción de una edificación, abre la puerta tan poderosamente a la entrada de terceros adquirentes, no se debería abandonar a su suerte el devenir posterior del bien sobre el que se

proyecta el acto desentendiéndose de la posibilidad real de su transmisión a terceros.

Por ello justamente el régimen legal general que impone la investigación sobre la condición de cualquier persona como interesada para ser llamada al proceso a fin de evitarle indefensión alcanza una nueva manifestación en el orden estrictamente registral mediante la denominada tutela cautelar en su doble manifestación de efectos tanto *ad intra* respecto del recurrente y la salvaguarda de su pretensión, como *ad extra* por la publicidad que cabe ofrecer a los terceros adquirentes a fin quedar vinculados con cualquiera que fuera la suerte del bien adquirido a la luz de las resoluciones judiciales que pudieran adoptarse.

De ahí precisamente que la tutela cautelar permita tanto la publicidad frente a terceros de la existencia de un proceso en curso de tramitación mediante la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo según la regulación instaurada por el Real Decreto de 4 de julio de 1997 en desarrollo de la Ley del Suelo de 1992, como de la propia culminación del proceso en los términos anunciados por los artículos 524.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 198 de la Ley Hipotecaria, 107 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 71 del citado Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

A estos efectos no deja de ser de interés la cita de un reciente Auto de 9 de febrero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada dictado ante la formulación de un incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por quien, ostentando la condición de titular registral de la habitación de un hotel, desconoció la existencia de un proceso judicial entablado por un tercero contra la concesión de una licencia de edificación que concluyó con un pronunciamiento estimatorio firme y una posterior resolución de demolición de lo indebidamente edificado⁶.

El Auto rechaza la estimación del incidente de nulidad con base en los dos siguientes argumentos: en primer lugar, por cuanto el promotor del incidente de nulidad *«no acredita que la falta de emplazamiento causante de la indefensión que invoca haya sido directa o inmediatamente imputable al órgano judicial, sino a la entidad del hotel o en su caso al Ayuntamiento de ..., que no han puesto en conocimiento de la Sala la existencia de otros posibles titulares de derechos sobre habitaciones del hotel, a los efectos de que se hubiera intentado su emplazamiento en el proceso de ejecución o incluso antes del dictado de la sentencia, recayendo, pues sobre ellos la responsabilidad que pueda deducirse al respecto»*.

En segundo lugar ya que, al plantear el incidente, no se expusieron por su promotor *«qué nuevas alegaciones jurídicas aduciría en las actuaciones procesales retrotraídas que necesariamente seguirían a la declaración de nulidad, ni tampoco ha argumentado igualmente cómo dichos nuevos materiales o dichas nuevas alegaciones jurídicas se mostrarían capaces, en el caso de ser tomadas en consideración por el tribunal, de invertir el signo de la decisión adoptada sobre la imposible ejecución de la sentencia»*.

Es decir, el Auto, que curiosamente no pone en cuestión en ningún momento el deber de emplazar al titular registral ajeno al desarrollo del proceso, ignora la doctrina sentada por la STC 266/2015, de 14 de diciembre⁷ cuya publicación fue previa⁸ a su fecha, en cuanto, descargando a la Sala de toda posible responsabilidad y dejando en un sorprendente segundo plano la posición del tercero que padece la falta de emplazamiento, la desplaza sobre las partes demandadas. A lo

cual añade el muy discutible argumento, aunque más bien referido al fondo de la cuestión planteada, de que el rechazo era obligado por cuanto no se planteó el debate de fondo en relación con la imposibilidad de ejecución de la sentencia, omisión sorprendente en cuanto es opuesta a quien no tuvo la oportunidad de intervenir en el proceso con igualdad de armas procesales y con plena garantía del cumplimiento del principio de contradicción.

IV. RECAPITULACIÓN DE LA DOCTRINA PRECEDENTE

A modo de recapitulación, de cuanto ha quedado expuesto en los dos apartados precedentes en un intento de reflejar un cierto relato coherente podrían destacarse las siguientes notas más relevantes:

a) El derecho a la tutela judicial efectiva exige del juzgador un «esfuerzo» a fin de garantizar a las partes el derecho de defensa «en las distintas fases del proceso»⁹, objetivo que, con relevancia constitucional, quedaría frustrado de ocasionarse un «perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado»¹⁰.

b) Obtenida una sentencia firme estimatoria, su ejecución, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, ha de tener lugar, salvo imposibilidad física o jurídica, «en sus propios términos»¹¹.

c) La condición como tal de quien es titular de derechos reales inscritos «convierte en constitucionalmente relevante su interés en el resultado que pudiera seguirse» de un proceso judicial en la hipótesis de que la eventual estimación de la acción hubiera «de afectarle», es decir, según su condición como «tercero(s) susceptible(s) de verse afectado(s) por el procedimiento en cuestión»¹², haciendo con ello extensible a los interesados deducidos del Registro de la Propiedad una doctrina constitucional centrada inicialmente en términos generales en la existencia de «interesados identificados o susceptibles de serlo que tengan una singular posición con el objeto del proceso»¹³, lo cual ha de ser entendido como supuesto particular en contraposición con la referencia genérica a un número indeterminado de posibles interesados.

d) A tal efecto, al «resultar fácilmente cognoscible» la condición como tercero afectado de un titular inscrito, un pronunciamiento judicial favorable a quien impetra el auxilio judicial «no puede deparar efectos inaudita parte» a tal tercero si «no dispuso de posibilidad alguna de alegar y probar en la causa»¹⁴.

e) Como consecuencia de lo anterior, el órgano judicial, como exigencia impuesta a fin de evitar una posible situación de indefensión material, «viene particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición»¹⁵, deber impuesto al juzgador que, en el proceso contencioso-administrativo y respecto de los titulares de derechos reales inscritos en su inicio susceptibles de verse afectados de ser favorable el resultado de la acción, solo cabe cumplir mediante su emplazamiento directo concediéndoles la oportunidad de formular su correspondiente personación según las posibilidades previstas por el artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entre las cuales la última queda situada, sin perjuicio de lo afirmado en el Auto citado de 9 de febrero de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, en el exclusivo ámbito de decisión del órgano judicial.

f) Sucesivamente, ya iniciado el proceso y, por lo tanto, más allá del obligado emplazamiento de quien fuera titular registral en su inicio en cuanto para ello

no existe «ninguna dificultad», la forma prevista por el ordenamiento jurídico para asegurar plenamente la oponibilidad de un pronunciamiento judicial firme frente a quien no pudiendo quedar «indefenso» lo fuera de modo sobrevenido sin que hubiera tenido la condición de parte consiste en que «la demanda se hubiera anotado preventivamente»¹⁶.

g) Por fin, obtenida una sentencia favorable con efectos jurídico-reales, su posible ejecución frente a titulares registrales que ni hubieran sido parte en el proceso ni hubieran conocido de su existencia mediante la previa constancia de una anotación de interposición de recurso contencioso-administrativo corresponde ser determinada en el «ámbito de la decisión jurisdiccional»¹⁷, a cuyo fin se habrá de verificar si el interesado «tenía conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia pasividad o falta de diligencia, no se personó en el proceso pudiendo hacerlo»¹⁸.

V. LA PROCEDENTE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO COMO CORRELATO DE LA OBLIGADA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ORIGEN ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Si de cuanto queda expuesto parece que puede concluirse con acierto que en el inicio del proceso contencioso-administrativo es obligado, cuando de su resultado final pudiera derivarse un efecto jurídico-real, que el órgano judicial vele por que se acuda a los libros del Registro de la Propiedad a fin de emplazar a los titulares de dominio o demás derechos reales inscritos que pudieran quedar afectados por el mismo, el gran interrogante que surge es si esa debida llamada inicial, que básicamente busca salvaguardar el derecho de defensa de tales titulares, permite una reconsideración de la llamada de futuro que constituye la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo.

En este sentido, aunque la anotación de modo principal se presenta como «medio de asegurar que cuando recaiga una sentencia condenatoria, esta puede ejecutarse en iguales condiciones o circunstancias bajo las cuales hubiera podido la misma cumplirse al tiempo en que se inició la instancia judicial correspondiente»¹⁹, también permite que el tercero que accede al Registro con posterioridad pueda personarse en el proceso como demandado en defensa por lo tanto de la legalidad del acto; es decir, sin riesgo alguno de indefensión en cierto modo al menos facilitada cuando, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013, se abre la posibilidad de inscribir el pronunciamiento judicial aun sin anotación previa del proceso si se llegara a la convicción del «conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo».

La cuestión que se apunta parece especialmente relevante además a raíz de la modificación del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo, a través del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, mediante la introducción de un nuevo párrafo en su apartado 1.c) del siguiente tenor: «en todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la

práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 de la Ley de Suelo».

Tal redacción, que pasó después a constituir el apartado 2 del artículo 51 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008 por la nueva sistemática que le dio la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana y que hoy se corresponde con el apartado 2 del artículo 65 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, dejando de lado la consideración de la bondad de la obligatoriedad de su práctica advertida por la doctrina²⁰, permite plantear, precisamente en virtud del hecho cierto de tal obligatoriedad, cuál ha de ser el tratamiento de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo en una eventual vía judicial posterior.

Cuestión que además viene al caso a partir de la aparente discutible afirmación que contuvo la resolución de la Dirección General de 1 de marzo de 2013 más atrás ya advertida según la cual la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, habría supuesto *«un reforzamiento legal (que) se ha traducido en una reforma que ha hecho obligatoria la anotación preventiva de la interposición de recursos contencioso-administrativos que pretendan la anulación de actos administrativos de intervención»*.

En efecto, la remisión del artículo 65.2 citado a la anotación preventiva del 67.2 siguiente al tratar de la obligatoriedad de su práctica solo puede ser referida, desde el momento en que ha de instarse por la Administración, a la anotación preventiva de la que se ocupa la letra c) del apartado 1 del artículo 65. Es decir, a la anotación de origen administrativo de incoación de expedientes de disciplina o de restauración de la legalidad urbanística²¹, no, por lo tanto, a la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo.

2. CONSIDERACIÓN SOBRE LOS EXPEDIENTES DE DISCIPLINA URBANÍSTICA SUSCEPTIBLES DE ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ORIGEN ADMINISTRATIVO

Aunque curiosamente en sintonía con alguna legislación autonómica²², lo que inicialmente llama la atención de la redacción del artículo 65.2 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, es la referencia, bajo su previa identificación como expedientes de disciplina urbanística, a actuaciones administrativas que dieran lugar a la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución en régimen de propiedad horizontal.

Y es que si la premisa sobre la que se articula el concepto de infracción es una acción u omisión contraria a la Ley o al planeamiento, su consideración como tal parece que más bien habría de partir de un acto de naturaleza material que, como dice por ejemplo el artículo 204.3.a) de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, careciera de *«la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas, o contraviniendo las condiciones de las otorgadas (...)»*.

La cuestión, sin embargo, es que más adelante, al identificar la Ley autonómica al responsable de la infracción en el artículo 205, permite aclarar que no toda ilicitud administrativa es susceptible de constituir una infracción como manifestación del derecho sancionador por cuanto para su consideración como tal se hace necesario, en el caso del titular del órgano administrativo unipersonal o de los

miembros de los órganos colegiados que hayan votado a favor; que *«las aprobaciones, autorizaciones o licencias»* se hayan alcanzado *«sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable»*, que, en el caso del Secretario del Ayuntamiento, no se *«haya advertido de la omisión de alguno de los preceptivos informes técnico y jurídico»*, o que, en fin, en el caso de los funcionarios facultativos, *«que hayan informado favorablemente con conocimiento de la vulneración del orden jurídico»*. Fueran por lo tanto de estos supuestos y de los concordantes del resto de la legislación autonómica en materia de ordenación del territorio y urbanismo, no cabría entender la comisión de una infracción urbanística y en consecuencia no sería posible instar la práctica de anotación preventiva alguna.

De igual modo, frente a los supuestos en los que la infracción material proviniera de actos materiales contrarios a la Ley o al planeamiento urbanístico en los que la apertura del expediente justamente consistiría en dar inicio a las actuaciones administrativas tendentes a la acreditación de los hechos realizados y su contraste con el ordenamiento urbanístico, en los casos en los que la infracción se correspondiera con autorizaciones, aprobaciones o licencias la incoación del expediente habría de corresponderse con el inicio del procedimiento de revisión en vía administrativa del acto en cuestión.

3. LOS EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN O DE SU PRÁCTICA INDEBIDA

En este punto baste señalar que si la Ley atribuye un carácter obligatorio a la anotación, el acto final en el que se impusiera el restablecimiento del orden urbanístico vulnerado habría de ser considerado en todo caso como acto plenamente eficaz frente a aquel con quien se hubiera tramitado el expediente si es que fuera el titular del bien afectado, no, por el contrario, en caso de ausencia de la anotación, frente a los titulares de dominio o demás derechos reales existentes sobre la finca en cuestión, especialmente si la construcción levantada o la estructura parcelaria resultante provinieran, respectivamente, de una autorización administrativa o de un acto administrativo de aprobación de una reparcelación o de una parcelación.

Dicho en otros términos, la ausencia de la anotación si bien podría llegar a suponer un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración frente al adquirente de buena fe según dispone el segundo párrafo del artículo 65.2, lo que no permitiría, en caso de que se declarase la existencia de la infracción o el incumplimiento de las obligaciones correspondientes, es la práctica de los asientos a que se refiere el artículo 63 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En sentido inverso, la ausencia de una resolución declarando la existencia de infracción o el incumplimiento de los deberes legales habría de suponer, en el caso de práctica de la anotación y de concurrir los requisitos legales para apreciar un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, el derecho a la correspondiente indemnización a favor del titular registral como obligado resarcimiento por la lesión en su caso padecida.

4. LA OBLIGADA CONVERSIÓN DE LA ANOTACIÓN DE ORIGEN ADMINISTRATIVO EN ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN CASO DE REVISIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO CONSTITUTIVO DE INFRACCIÓN

Nos referimos en este punto al supuesto de que el acto administrativo constitutivo de infracción fuera anulable conforme al artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo caso conforme al artículo 103.1 siguiente la Administración habría de declararlo lesivo para el interés público «a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo».

Pues bien, en este caso particular de igual modo que en la fase administrativa previa la Administración vendría obligada a la práctica de la anotación preventiva de incoación del expediente dando inicio al procedimiento de revisión, iniciada la vía judicial en la hipótesis de que el acto fuera anulable habría de plantearse también, con idéntico sentido obligatorio, la correspondiente anotación preventiva de interposición del recurso.

En este caso, procediendo únicamente las medidas cautelares a instancia de parte conforme a los artículos 129.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 721.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el deber de solicitud recaería en la Administración recurrente debiéndose entender, de modo coherente con el carácter obligatorio de la anotación de origen administrativo, que el órgano judicial quedaría obligado a acordarla.

Acuerdo de la anotación por el órgano judicial que, como mera continuación necesaria del procedimiento administrativo de revisión, no debería quedar sometido para la práctica del asiento respectivo mediante la expedición del correspondiente mandamiento a la exigencia de caución alguna pues no siendo esta exigible en la vía administrativa no habría razón para que lo fuera en la vía judicial.

Por fin ha de señalarse que, en el caso de que la tramitación del expediente de disciplina urbanística se hubiera iniciado a instancia de parte, de igual modo que para él sería invocable el deber de la Administración de acordar la práctica de la respectiva anotación preventiva de origen administrativo con motivo de tal inicio, cabría plantear si la eventual impugnación en vía contencioso-administrativo de la resolución final ordenando el archivo de las actuaciones por ausencia de infracción o del mero rechazo a tal incoación debería ser igualmente anotada en el Registro en el caso de ser solicitada. Según entendemos no parece que deba ser así desde el momento en que la anotación de origen administrativo tiene su base en un reforzamiento de la presunción de la infracción ligado a la propia incoación del expediente de disciplina, lo que justamente no concurre ya cuando se ha concluido con su rechazo, retomando de este modo el funcionamiento general del esquema de la anotación en el proceso contencioso-administrativo según lo que seguidamente se expone.

VI. CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO NO PRECEDIDA DE LA TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE DE DISCIPLINA URBANÍSTICA

Aun siendo indudable el esfuerzo realizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para salvaguardar la posición de los potenciales afectados por una sentencia judicial firme mediante la exigencia de que el órgano judicial en cuestión vele por su emplazamiento en forma acudiendo incluso anticipadamente a los libros del Registro de la Propiedad en aquellos casos en que pudiera llevar consigo un efecto jurídico-real, parece, sin embargo, que ello, fuera del supuesto visto en el apartado precedente, no debe ser suficiente como para aspirar al reconocimiento de una suerte de automatismo²³ en orden a la práctica de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo a fin de dar cuenta del

proceso en curso a los futuros titulares de dominio o de derechos reales sobre las fincas susceptibles de verse afectadas por la resolución judicial final.

Si resulta que la función primordial de la anotación preventiva tanto de demanda como de interposición de recurso contencioso-administrativo es la de permitir que la ejecución de una sentencia firme pueda producirse en los mismos términos en los que habría tenido lugar en el momento del inicio del proceso, de tal modo que *«se constituyen para garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales»*²³, razonablemente ha de entenderse que es esa y no otra la información que primordialmente ofrece a quien, aun conociendo la existencia de un proceso en marcha, accede al Registro como nuevo titular de un derecho real. Es decir, más allá de que, ciertamente, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2009, se trata de una medida cautelar *«que, sin duda, cuenta con la virtualidad de hacer público el litigio evitando hipotéticos y habituales conflictos en el momento —en gran medida irreversible— de la ejecución de las sentencias ante la presencia de terceros que dicen desconocer todo lo jurisdiccionalmente actuado»*.

De ahí justamente que quepa sostener que la atribución a tal anotación de un papel que, más allá del indicado como fundamento cierto al que responde, pretenda extenderse en el sentido de constituir también la forma de asegurar un emplazamiento continuado a los posibles terceros que surjan a lo largo del proceso, suponga una desnaturalización de su verdadera razón de ser.

A estos efectos, más atrás se ha comprobado la posición del Tribunal Constitucional en el sentido de que *«el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio»* y que, al tiempo, *«fuese identificable por el órgano jurisdiccional»*, lo que si bien sí extiende el deber de emplazamiento a los titulares registrales en el inicio del proceso para poder concurrir en ellos tales circunstancias, difícilmente permite entender que haya de alcanzar también preventivamente a los futuros mediante una práctica obligada de la anotación.

Entender lo contrario, esto es, pretender convertir la anotación preventiva de interposición de un recurso contencioso-administrativo no precedido de un expediente de disciplina urbanística en obligada no solo desvirtuaría su fundamento último sino que, además, en contra de la Ley, desautorizaría la iniciativa a instancia de parte de su solicitud, conllevando también una generalización de unos efectos disuasorios para el tráfico inmobiliario que no pueden ser de ningún modo ignorados, lo que recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de abril de 2004 al vincular la exigencia de caución por el acceso a la anotación con el hecho de que, aun no suspendiendo la ejecutividad del acto recurrido, *«ello no significa que no pueda obstaculizarla, pues la existencia del proceso judicial pendiente puede impedir la enajenación de la finca»*.

Todo ello, en fin, permite entender subsistente la doctrina que sobre la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo viene realizándose al margen de lo expuesto en el caso concreto de la previa tramitación de expedientes de disciplina urbanística.

CONCLUSIONES

I. La ejecución de las sentencias judiciales firmes, en cuanto expresión de la tutela judicial efectiva, ha de confrontarse, en aquellos casos en los que lleve consigo efectos de carácter jurídico-real que afectan a titulares de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, con la participación de estos en el respectivo proceso judicial, siendo al órgano judicial al que compete decidir si la falta de la constancia registral del proceso es necesariamente causa de su inejecución.

II. A su vez, según la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el proceso contencioso-administrativo es también al órgano judicial al que, en último término, le compete velar por el emplazamiento de cuantos interesados pudieran existir en su resultado final, incluyéndose entre ellos aquellos que reúnan la condición de titular de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad.

III. Dado el carácter obligado de la práctica de la anotación preventiva de origen administrativo de incoación de expedientes de disciplina urbanística, cabe entender que, en el caso de derivar la respectiva resolución administrativa finalizadora del procedimiento en un recurso contencioso-administrativo, tal obligación habría de entenderse extensiva al correspondiente proceso judicial.

IV. Por el contrario, en el caso de no existir un previo expediente de disciplina urbanística, el acceso a la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo no puede considerarse como obligado, quedando por lo tanto sujeto a la correspondiente decisión de los Tribunales según la concurrencia de los requisitos al efecto señalados por la jurisprudencia.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATSJA de 9 de febrero de 2016
- STS de 14 de julio de 2008
- STS de 20 de abril de 2004
- STS de 17 de marzo de 2009
- STS de 8 de octubre de 2013
- STS de 16 de abril de 2013
- ATC 875/1987, de 8 de julio
- STC 9/1981, de 31 de marzo
- STC 61/1985, de 8 de mayo
- STC 82/1985, de 5 de julio
- STC 133/1986, de 29 de octubre
- STC 325/1993 de 8 de noviembre
- STC 65/1994, de 28 de febrero
- STC 229/1997, de 16 de diciembre
- STC 122/1998, de 15 de junio
- STC 152/1999, de 14 de septiembre
- STC 62/2000, de 13 de marzo
- STC 125/2000, de 16 de mayo
- STC 300/2000, de 11 de diciembre
- STC 44/2003, de 3 de marzo
- STC 185/2003, de 27 de octubre
- STC 223/2004, de 29 de noviembre
- STC 91/2005, de 1 de abril
- STC 164/2005, de 20 de junio
- STC 65/2007, de 27 de marzo
- STC 62/2009, de 9 de marzo
- STC 79/2009, de 23 de marzo
- STC 25/2011, de 14 de marzo
- STC 181/2011, de 21 de noviembre
- STC 242/2012, de 17 de diciembre
- STC 266/2015, de 14 de diciembre
- STEDH de 15 de octubre de 2002

- STEDH de 4 de mayo de 2004
- RDGRN de 4 de noviembre de 1915
- RDGRN de 29 de octubre de 1946
- RDGRN de 29 de octubre de 1946
- RDGRN de 7 de noviembre de 2002
- RDGRN de 2 de junio de 2006
- RDGRN de 16 de julio de 2010
- RDGRN de 3 de marzo de 2011
- RDGRN de 1 de marzo de 2013
- RDGRN de 1 de octubre de 2013
- RDGRN de 24 de septiembre de 2015

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LIERA Y URÍA, La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística, *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 146.
- ARNAIZ EGUREN, R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, ed. Aranzadi, S.A., 2014.
- ESPEJO DE LERDO DE TEJADA, Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 665.
- LASO MARTÍNEZ, Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un Plan Parcial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 686.
- Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 707.
- Cautelas procesales para el recurso contencioso-administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 77.
- Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por Ley de 25 de julio de 1990, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 25.
- LASO MARTÍNEZ, y LASO BAEZA, *El aprovechamiento urbanístico*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1995.
- MARTÍN PASTOR, La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 673, pp. 1693 a 1791.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 5.^a ed.

NOTAS

¹ Como comentarios previos sobre esta cuestión destacamos los dos elaborados por LASO MARTÍNEZ, José Luis, bajo los títulos de Anotación preventiva de un recurso contencioso-administrativo contra el acto de aprobación de un Plan Parcial y de Las incidencias del proceso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad, ambos publicados en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, el primero en la núm. 686, pp. 2953 a 2959, y el segundo en la núm. 707, pp. 1422 a 1432. Cabe también citar el trabajo publicado por el mismo autor en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 77, pp. 71 a 93, bajo el título de Cautelas procesales para el recurso contencioso-administrativo, el de ESPEJO DE LERDO DE TEJADA, Manuel, titulado Registro y Urbanismo: la posición de los adquirentes, en el núm. 665 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 963 a 1019, y, por fin, el publicado en la *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 146, pp. 27 a 55, bajo el título de La nueva Ley del Suelo y el Registro de la Propiedad: la anotación preventiva de la demanda contencioso-administrativa en materia urbanística, del que es autor ÁLVAREZ LIERA y URÍA, César.

² A esta cuestión nos referimos ya en el comentario publicado en el número 722, pp. 2984 a 2993 de esta *Revista* bajo el título de El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística.

³ La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2013 mantiene que, «tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictada la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Será, pues, el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria; pero, lo que no es aceptable en el marco constitucional y legal antes descrito, es que —insistimos, en un supuesto de ejecución judicial como en el que nos encontramos— la simple oposición registral —con remisión a los distintos mecanismos de impugnación de la calificación—, se conviertan automáticamente en una causa de imposibilidad de ejecución de la sentencia, pues los expresados mecanismos de impugnación registral han de quedar reservados para los supuestos en los que la pretensión registral no cuenta con el indicado origen jurisdiccional. Solo, pues, en tal situación —esto es, analizando de forma particularizada cada caso concreto— podrá comprobarse por el órgano jurisdiccional la posible concurrencia de las causas de imposibilidad de ejecución de sentencia contempladas en el artículo 105 de la LRJCA, pues se trata, esta, de una indelegable decisión jurisdiccional que necesariamente ha de ser motivada en cada caso concreto».

⁴ La resolución de 1 de marzo de 2013 analiza «el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación por resolución judicial». A tal efecto, aceptando que las resoluciones judiciales han de ser cumplidas por todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos los registradores de la Propiedad, se afirma igualmente que, no obstante, «el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria». Sigue así diciendo la resolución que «aunque los titulares registrales en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales deberían haber sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión— si la demanda se hubiera anotado preventivamente». A ello se añade que «esta actuación preventiva de situaciones oponibles a terceros futuros, en concreto la declaración de nulidad de licencia de obra, ha preocupado al legislador que, como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, añade medidas de publicidad como la incorporación al Registro de la Propiedad a fin de que los futuros adquirentes de inmuebles conozcan la situación litigiosa en que se encuentran. El reforzamiento legal se ha traducido en una reforma que ha hecho obligatoria la anotación preventiva de la interposición de recursos contencioso-administrativos que pretendan la anulación de actos administrativos de intervención (vid., art. 53 Texto Refundido de la Ley de Suelo)», consideración no del todo compatible con la que se hace acto seguido en la resolución en el sentido de que «No habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no puede ahora pretenderse hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no ha tenido participación en el procedimiento». En consecuencia, concluye la resolución de 1 de marzo de 2013, «para que tal inscripción hubiera sido posible, habría sido necesaria la participación del titular registral en el procedimiento, como expresamente dispone dicho precepto en una redacción cuyo inciso final es idéntico al que introdujo la disposición adicional décima de la

Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo que ha quedado incólume a través de las sucesivas reformas en materia urbanística».

⁵ Es relevante destacar la STC 242/2012, de 17 de diciembre, en la que, con el antecedente de la STC 125/2000, de 16 de mayo, la cuestión tratada «consiste en dilucidar si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) de las entidades mercantiles demandantes de amparo, al haberse resuelto un recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por un tercero contra la orden de 29 de enero de 2001 de la Consejería de Política Territorial y Medio Ambiente de la Comunidad de Canarias (de aprobación de la modificación puntual núm. 11 del Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de San Bartolomé de Tirajana) sin que las sociedades demandantes hubieran sido emplazadas en el mismo, pese a ostentar interés legítimo en su resultado».

A partir de ello, la sentencia se pronuncia con el siguiente alcance:

«Entrando ya en el examen de la pretensión de amparo, debemos recordar que con motivo de las numerosas ocasiones en las que este Tribunal ha efectuado su control de constitucionalidad sobre el cumplimiento del deber de emplazamiento en los procesos Contencioso-Administrativos, hemos afirmado, desde la inicial STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9), que la efectividad de la comunicación de los actos procesales a quienes ostenten algún derecho o interés en la existencia misma del proceso resulta trascendental en orden a la debida garantía del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), pesando sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal. En particular, hemos reiterado que para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional, y pueda dar lugar al otorgamiento del amparo, es necesaria la concurrencia de tres requisitos, cuya exigibilidad ha sido admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH caso Cañete de Goñi c. España, de 15 octubre 2002 [TEDH 2002, 48]; y caso Agapito Maestre Sánchez C. España, de 4 mayo 2004 [PROV 2006, 169265]).

a) En primer lugar, es preciso que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afección en el proceso Contencioso-Administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. Tal situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida; y, en todo caso, la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso Contencioso-Administrativo (SSTC 65/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 65], F. 3; y 122/1998, de 15 de junio [RTC 1998, 122], F. 3).

b) En segundo lugar, es necesario que el demandante de amparo fuese identificable por el órgano jurisdiccional; lo que dependerá esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (SSTC 325/1993, de 8 de noviembre [RTC 1993, 325], F. 3; 229/1997, de 16 de diciembre [RTC 1997, 229], F. 2; y 300/2000, de 11 de diciembre [RTC 2000, 300], F. 2).

c) Y, por último, debe haberse causado al recurrente una situación de indefensión material, sin que pueda apreciarse la misma cuando el interesado tenía conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia pasividad o falta de diligencia, no se personó en el proceso pudiendo hacerlo (SSTC 152/1999, de 14 de septiembre [RTC 1999, 152], F. 4; 62/2000, de 13 de marzo [RTC 2000, 62], F. 3; 125/2000, de 16 de mayo [RTC 2000, 125], F. 3; y 44/2003, de 3 de marzo [RTC 2003, 44], F. 3).

Sucesivamente, al analizar la traslación de la anterior doctrina al supuesto de impugnación de instrumentos de planeamiento general en razón de su asimilación con las disposiciones de carácter general, dice la sentencia lo siguiente:

«Indudablemente, la interposición de un recurso contencioso-administrativo obliga a dar a conocer su existencia a quienes pudieran resultar afectados en sus derechos o intereses legítimos por el resultado del proceso —a fin de que puedan comparecer en el mismo para sostener la legalidad de la actuación administrativa impugnada— ya sea por medio de su emplazamiento personal (art. 49.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa) o, subsidiariamente, a través del emplazamiento edictal (art. 49.4 LJCA).

Ciertamente, el deber de emplazamiento personal puede quedar excluido cuando el recurso contencioso-administrativo se dirija contra una disposición de carácter general (STC 61/1985, de 8 de mayo, F. 3) o contra «un acto general no normativo» o «un acto dirigido a una pluralidad

indeterminada de sujetos» (STC 82/1985, de 5 de julio, F. 3) si esa misma indeterminación de los posibles afectados impide su emplazamiento personal (en el mismo sentido, STC 133/1986, de 29 de octubre, F. 4; y ATC 875/1987, de 8 de julio, F. único). Pero de existir interesados identificados o susceptibles de serlo, que tengan un singular posición con el objeto del proceso, lo procedente será, obviamente, el emplazamiento personal de los mismos, para permitir su personación a fin de sostener la conformidad a Derecho de la disposición impugnada».

Destacar, a su vez, que la STC citada resalta que la «singular posición en relación con el objeto de la norma urbanística impugnada» se justificaba ante la circunstancia de que «el objeto del recurso contencioso-administrativo fue el incremento de edificabilidad de un 20 por 100 atribuido a las parcelas hoteleras de los suelos correspondientes a los planes de Meloneras 2-A, 2-B y el Salobre Golf, por lo que los interesados en el éxito o fracaso del recurso no eran todos los propietarios de suelo del municipio, sino solo los de las parcelas hoteleras ubicadas en esos suelos a los que se asignaba el incremento de edificabilidad».

⁶ Sobre la ejecución de sentencias ordenando la demolición de edificaciones ilegales como consecuencia de la anulación de las autorizaciones administrativas que ampararon su construcción, nos remitimos a GUILLARTE GUTIÉRREZ, V., Legalidad urbanística, demolición y terceros adquirentes de buena fe (Luces y sombras del registro español y del principio de buena fe pública: la incidencia de las sentencias de las salas 1ª y 3ª del Tribunal Supremo sobre su funcionalidad), Lex Nova, Valladolid, 2011, así como el reciente artículo publicado en la Revista Aranzadi Urbanismo y Edificación, núm. 35, septiembre-diciembre 2015, de GONZÁLEZ BOTIJA, F. y RUÍZ LÓPEZ, M. A., bajo el título La ejecución de sentencias de derribo y los terceros de buena fe (a propósito del nuevo artículo 108.3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Este último trabajo, en el que se recoge la bibliografía sobre la cuestión, se centra, en efecto, en la relevante modificación a que alude su título mediante la introducción de un nuevo apartado tercero en el artículo 108 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa según el apartado 4 de la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, nuevo apartado tercero cuyo texto es el siguiente: «El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe».

⁷ Cuando dice que «viene particularmente obligado a promover la presencia procesal de aquellos terceros que, confiando en la verdad registral, pudieran ver perjudicados sus intereses por la estimación de una petición».

⁸ BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016.

⁹ SSTC 65/2007, de 27 de marzo y 266/2015, de 14 de diciembre.

¹⁰ SSTC 185/2003, de 27 de octubre, 164/2005, de 20 de junio, y 25/2011, de 14 de marzo.

¹¹ RDGRN de 24 de septiembre de 2015.

¹² STC 266/2015, de 14 de diciembre.

¹³ SSTC 125/2000, de 16 de mayo y 242/2012, de 17 de diciembre.

¹⁴ STC 266/2015, de 14 de diciembre.

¹⁵ STC 266/2015, de 14 de diciembre.

¹⁶ RDGRN de 24 de septiembre de 2015.

¹⁷ STS de 16 de abril de 2013.

¹⁸ STC 242/2012, de 17 de diciembre.

¹⁹ ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo III, 5.ª ed., pp. 442 y sigs.

²⁰ ARNAIZ EGUREN, R., *El hecho urbanístico y su tratamiento en el derecho positivo*, ed. Aranzadi, S.A., 2014, pp. 688 y 689.

²¹ LASO MARTÍNEZ, J. L., Las anotaciones preventivas de origen administrativo creadas por Ley de 25 de julio de 1990, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 25, 1991, pp. 65 a 114.

²² Por ejemplo con la Ley 9/2001, de 17 de abril, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 204.3.c) se cataloga como infracción grave de aquella debida a «los incum-

plimientos, con ocasión de la ejecución del planeamiento urbanístico, de deberes y obligaciones impuestos por esta Ley y, en virtud de la misma, por los instrumentos de planeamiento, gestión y ejecución (...).

²³ MARTÍN PASTOR, J., en el Estudio publicado en el número 673 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 1693 a 1791, titulado La anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo, hace referencia a que «*la adopción de la anotación preventiva del recurso contencioso-administrativo no es automática, sino que dicha adopción se encuentra supeditada a la concurrencia de una serie de presupuestos*».

²⁴ RRDGRN de 4 de noviembre de 1915 y 29 de octubre de 1946.

4. DERECHO BANCARIO

Lex mercatoria islámica: La sharía como ley aplicable al contrato de *murabaha* bajo el «Reglamento Roma I»

Lex mercatoria islamica: Shari'a as choice of law under Regulation Rome I in a murabahah transaction agreement

por

BRUNO MARTÍN BAUMEISTER*
*Profesor Adjunto de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*

RESUMEN: El peso demográfico de la población musulmana en el mundo, unido al crecimiento económico de algunos países del Golfo Pérsico ha contribuido a que el derecho financiero islámico represente en la actualidad una práctica jurídica cada vez más implantada en países de África, Oriente Medio, Sudeste Asiático y —aunque en menor medida— Europa y Norteamérica. En la actualidad el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan bajo el esquema de financiación denominado *murabaha*. En este trabajo nos proponemos examinar las dificultades que se derivan de la cláusula de sumisión a la sharía de este contrato de financiación así como de la determinación de la ley aplicable en defecto de cláusula de sumisión válida.

ABSTRACT: *The worldwide growth of Muslim population and GCC's booming economies have turned Islamic finance into an ever more popular practice area in jurisdictions of Africa, the Middle East, Southeast Asia and —though less intense— Europe and North America. This paper describes the complexities deriving from Shari'a as choice of law and Shari'a as a legal system capable of being chosen under closest connection principles. Special attention will be paid to a financing scheme named murabaha, which accounts for roughly 80% of the Islamic financing market.*

PALABRAS CLAVE: Sharía. *Murabaha*. Shari'a risk. Riba. AAOIFI. Ley aplicable. Roma I.

KEY WORDS: *Shari'a. Murabahah. Shari'a risk. Riba. AAOIFI. Choice of law. Rome I.*

* Profesor Adjunto de Derecho Mercantil, Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE, bruno.martin@comillas.edu. El presente trabajo es el resultado de estancias de investigación en John Wolff International and Comparative Law Library de Georgetown Law Center (Washington D.C.) y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo).

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA DEL DERECHO FINANCIERO ISLÁMICO.—III. ESQUEMAS DE FINANCIACIÓN ISLÁMICOS.—IV. EL DERECHO ISLÁMICO COMO LEY APLICABLE.—V. LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La industria financiera islámica ha experimentado un crecimiento notable en las últimas décadas, impulsada por la creciente acumulación de riqueza de los países islámicos exportadores de petróleo y por el fuerte aumento de la población musulmana, dentro y fuera del mundo islámico, que busca oportunidades y productos de inversión acordes con sus creencias religiosas¹. En los últimos treinta años la industria financiera islámica ha pasado de ser un nicho de mercado marginal a representar una práctica bancaria cada vez más implantada en países de África, Oriente Medio y Sudeste Asiático y que encuentra cada vez mayor aceptación entre inversores, bancos internacionales y despachos de abogados.

Aunque más adelante profundizaremos en su delimitación, el derecho financiero islámico (denominado en inglés *Islamic Finance* o *Shari'a Compliant Finance*) puede describirse como un cuerpo de principios de contratación bancaria —no siempre positivados— coherente con los preceptos del Islam². El derecho financiero islámico ocupa a día de hoy un terreno híbrido en el que confluyen creencias religiosas basadas en la sharía y consideraciones convencionales de rentabilidad financiera. Este mestizaje de intereses obedece, de un lado, a una mayor sensibilidad al hecho religioso islámico en el mundo de los negocios y, de otro, a la preeminencia de la práctica bancaria convencional en todo el orbe islámico —incluso en aquellos países que más han adaptado su ordenamiento jurídico a la sharía—. Así, la incompatibilidad con la sharía de algunos esquemas convencionales de financiación —como sucede, por ejemplo, con los sistemas remuneratorios basados en un tipo de interés o con la utilización de instrumentos derivados que entrañan un elemento de especulación—, exige que los operadores involucrados en esta práctica de mercado desarrollen nuevos esquemas que satisfagan tanto a los partícipes que precisan de una estructura de financiación *compliant* con los preceptos del Islam como a aquellos partícipes cuya principal preocupación reside en que el proyecto sea bankable en los mercados financieros internacionales.

En este trabajo nos proponemos examinar los problemas que se derivan de la sumisión al derecho islámico de un contrato de financiación así como de la determinación de la ley aplicable en defecto de cláusula de sumisión válida bajo el Reglamento Roma I³. En la actualidad, se estima que aproximadamente el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan bajo el esquema de financiación denominado *murabaha*⁴, por lo que nos detendremos en el estudio de esta figura y su problemática bajo el punto de vista de la ley aplicable.

II. DELIMITACIÓN DE LA NATURALEZA DEL DERECHO FINANCIERO ISLÁMICO

De acuerdo con la visión tradicional, el derecho financiero islámico sería un cuerpo de normas jurídico-privadas y, en particular, de contratación bancaria, coherente con los preceptos de la sharía⁵. Esta visión concibe el derecho finan-

ciero islámico como parte del derecho positivo de un determinado estado y su creación se enmarcaría dentro de un proceso más amplio de «islamización» del ordenamiento jurídico secular⁶. Este sería el caso de las monarquías del CCG, Mauritania, Sudán, Irán, Iraq, Afganistán, Paquistán, Brunéi, Malasia e Indonesia.

No obstante, esta visión tradicional del derecho financiero islámico no acierta a describir un segundo fenómeno surgido de la moderna práctica financiera y que podríamos denominar con cierta cautela «responsabilidad corporativa islámica». La noción de derecho financiero islámico entendido en este último sentido describe un compendio de buenas prácticas islámicas de adhesión voluntaria en materia de contratación bancaria, creadas y aplicadas al margen de los ordenamientos jurídicos seculares inspirados o no por la sharía. La llamada «resurrección de la sharía» en el ámbito del derecho financiero moderno describe precisamente la tarea desempeñada por expertos privados consistente en la selección y reinterpretación de principios y normas altomedievales con el fin de crear buenas prácticas contractuales de adhesión voluntaria en el tráfico bancario⁷. Resulta sorprendente que el fenómeno del derecho financiero islámico así concebido sea más intenso en países liberales, que con cuentan una clara separación de religión y estado —por ejemplo Emiratos Árabes Unidos, Malasia y Reino Unido— que en aquellos estados cuyo ordenamiento jurídico se supone plenamente islamizado como Arabia Saudí, Sudán, Paquistán o Irán que, aunque cuentan con una industria financiera islámica propia, es escasamente atractiva para inversores internacionales (véase *Shari'a risk* infra 2a)⁸.

En los últimos años la globalización ha puesto en tela de juicio aquel paradigma tradicional del derecho comparado de «escrutar las diferencias y semejanzas de las instituciones propias de ordenamientos jurídicos distintos»; planteamiento que —en términos de ULRICH BECK— respondería a una teoría del contenedor; según la cual los estados nacionales y sus ordenamientos jurídicos son aislables y contenibles en «cajas»⁹. Sin embargo, vemos que la teoría del derecho comparado presta cada vez más atención a los fenómenos denominados prácticas jurídicas transnacionales, esto es, principios y normas generados en el mercado internacional al margen de los estados nacionales y únicamente refrendados tácitamente por estos. Desde esta perspectiva, el derecho internacional de los negocios no sería más que un conjunto de principios y normas definidas en contratos y estandarizados progresivamente por la práctica de mercado. Esta perspectiva es útil a la hora de abordar la delimitación de la naturaleza del derecho financiero islámico, dado que permite apartarnos del paradigma tradicional estado-céntrico de la reforma normativa en el mundo musulmán¹⁰. No obstante, vemos que en el contexto de las finanzas islámicas algunos postulados propios del debate sobre las prácticas jurídicas transnacionales deberán ser revisados, por ejemplo, la creencia de que la práctica jurídica transnacional tiende inexorablemente a la uniformización y que no es susceptible de cierto pluralismo regional¹¹.

III. ESQUEMAS DE FINANCIACIÓN ISLÁMICOS

En la actualidad, el 80% de las operaciones financieras compatibles con la sharía se realizan en forma de *murabaha*, por lo que vamos a detenernos un poco más en el estudio de esta figura y su problemática bajo el punto de vista de la ley aplicable, tanto en los casos de sumisión a la ley de un determinado ordenamiento jurídico como en los casos de falta de sumisión expresa. La *murabaha* se desdobra en un contrato de comisión de compra y dos contratos de compraventa, que tienen

lugar de forma consecutiva¹². De acuerdo con el contrato de comisión de compra, un cliente, que desea adquirir un determinado activo, encomienda a una entidad financiera la adquisición de dicho activo, que lo adquiere de acuerdo con el «primer contrato de compraventa» por un precio «x» de un determinado proveedor y con sujeción a los términos y condiciones previamente acordados entre el proveedor y el cliente, que actúa como comisionista de la entidad financiera¹³. A continuación, con arreglo al «segundo contrato de compraventa», la entidad financiera vende el bien al cliente por un precio de «x + y», que será abonado por el cliente de una sola vez en una determinada fecha o con arreglo a un calendario de pagos. La diferencia de precio que hemos denominado «y» no refleja el coste financiero del cobro aplazado del precio por parte de la entidad financiera, sino el valor de mercado que el cliente y la entidad financiera han acordado asignarle al activo en una determinada fecha¹⁴. El cliente no está obligado a adquirir el activo, si bien, en la práctica la entidad financiera suele prevenir este riesgo mediante la obtención de un pagaré del cliente, una oferta irrevocable de compra y/o un pago anticipado del cliente¹⁵. La opción de compra combinada con un pago anticipado se denomina *arbun* y ha sido objeto de cierta controversia entre expertos islámicos¹⁶. Es habitual que la entidad financiera ceda al cliente las acciones que puedan corresponderle contra el proveedor bajo la cláusula de manifestaciones y garantías (*representations and warranties*). La *murabaha* es, en cierto modo, tributaria del contrato de crédito documentario, con la diferencia clave de que el banco deviene propietario de los bienes durante el periodo que media entre los dos contratos de compraventa y asume, al menos en teoría, los riesgos de pérdida o deterioro.

IV. EL DERECHO ISLÁMICO COMO LEY APLICABLE

Entre los principios básicos del derecho de contratación internacional está la autonomía de las partes a la hora de determinar la ley aplicable al contrato. Son ilustrativos a este respecto el artículo 3 del Reglamento 2008/593/CE, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo («Reglamento Roma I») y el artículo 28(1) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional. En el ámbito de las finanzas islámicas existen fundamentalmente dos modelos de cláusulas, dependiendo de si las partes optan por someter el contrato exclusivamente a la sharía o, como suele ser más habitual, se decantan por un modelo mixto de sumisión al ordenamiento jurídico de un estado —generalmente el Reino Unido o el estado de Nueva York— y a la sharía. Teóricamente cabe una tercera opción —no demasiado frecuente en este contexto—, que sería la de someter el contrato exclusivamente a la ley de un determinado estado, si bien este caso no plantea especiales dificultades desde el punto de vista del conflicto de normas.

En el primer supuesto, esto es, si el contrato de financiación islámico queda sometido exclusivamente a la sharía, la determinación de la ley aplicable tampoco plantea muchos problemas en la actualidad, si bien es cierto que bajo el Convenio de Roma, antes de la entrada en vigor del Reglamento Roma I, la pregunta acerca de si el principio de autonomía de la voluntad de las partes comprendía la facultad de someter el contrato a un ordenamiento jurídico distinto del estatal fue objeto de cierta controversia¹⁷. En el contexto europeo, este debate fue especialmente notable a propósito de la sumisión a la *lex mercatoria*, los Principios UNIDROIT de derecho internacional de los contratos (1994) así como los Principios de Derecho Contractual Europeo. La doctrina mayoritaria proponía soluciones distintas dependiendo de si el litigio se sustentaba ante una corte de arbitraje

o ante un tribunal estatal. En el caso del arbitraje, la validez de la cláusula de sumisión a un derecho no estatal —incluso a los principios de equidad— estaba ampliamente aceptada. Esta posición venía reforzada por el redactado del artículo 28(1) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional así como por numerosos estatutos de cortes de arbitraje internacional. El Reglamento Roma I no introduce ninguna novedad a este respecto, por lo que parece admisible la sumisión de un contrato a los principios de la sharía, siempre que la jurisdicción competente sea una corte de arbitraje cuyos estatutos reconozcan la elección de un derecho no estatal como ley aplicable al contrato¹⁸.

En el segundo supuesto, si la jurisdicción aplicable era un tribunal estatal, la cláusula de sumisión a la sharía no era válida conforme al Convenio de Roma. La posición doctrinal mayoritaria entendía que el tribunal estatal estaría vinculado por la interpretación de las normas de derecho internacional privado. En el contexto europeo, la interpretación tradicional del artículo 3(1) del Convenio de Roma insistía en que este se refería exclusivamente a ordenamientos jurídicos estatales¹⁹. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento Roma I no difiere del artículo 3(1) del Convenio de Roma en este punto, el considerando (13) del Reglamento Roma I reconoce ahora que las partes pueden incorporar a su contrato por referencia un derecho no estatal o un convenio internacional. De ahí que la cláusula de sumisión a la sharía tampoco debiera ser válida conforme al Reglamento Roma I, si bien pudiera ser incorporada por referencia en tanto que derecho no estatal en el sentido apuntado supra V.2. Asimismo tampoco debiera plantear problemas el reconocimiento en los estados de la Unión Europea de una sentencia o laudo arbitral dictado en un tercer estado que reconozca alcance sustantivo y normativo propio a la sharía por virtud tanto del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre, del Consejo, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias como del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958.

Las cláusulas mixtas que contienen una doble remisión a la ley de un determinado estado y al derecho islámico son relativamente frecuentes. Un redactado habitual puede ser el siguiente: «con sujeción a los principios de la gloriosa sharía, este contrato se someterá y será interpretado conforme a las leyes de [Reino Unido / estado de Nueva York, etc.]»²⁰. Sin perjuicio del supuesto de *dépêche* descrito en el apartado siguiente, el artículo 3 del Reglamento Roma I establece claramente que las partes deben elegir «la» ley aplicable al contrato, de modo que no cabría someter el contrato a dos ordenamientos jurídicos distintos. De hecho, a pesar de que el redactado es ambiguo, la intención de las partes en la cláusula antes citada no es tanto la de someter el contrato a dos ordenamientos distintos, cuanto de elegir como «ley aplicable» el ordenamiento jurídico de una jurisdicción de reconocido prestigio en el tráfico financiero —cuyos órganos jurisdiccionales declinarán previsiblemente todo pronunciamiento en materia religiosa— e introducir una declaración programática de conformidad del contrato con la sharía. La sujeción a la sharía queda de esta manera reducida a la adhesión a unos principios éticos de inspiración islámica, cuyo cumplimiento es verificado ex ante —esto es, con anterioridad a la suscripción del contrato— por un experto islámico privado designado de común acuerdo entre las partes. Esta aproximación se ve habitualmente reforzada con la ya mencionada cláusula *waiver of Shari'a defense*. El deslinde entre ley secular y ley religiosa sería más difícil de operar si el contrato quedara sometido a las leyes de un estado que sí ha incorporado la sharía como fuente del derecho —por ejemplo Irán, Sudán, Paquistán o Arabia Saudí—. En estos supuestos parece poco probable que los

órganos judiciales declinen su competencia en materia religiosa, de modo que cobraría virtualidad el denominado *Shari'a risk*, esto es, el riesgo de que un órgano judicial declare el derecho islámico como judiciable y emita pronunciamientos no previstos de antemano por las partes contratantes, además de potencialmente incompatibles con la práctica financiera convencional.

A pesar de la prohibición de someter un contrato a dos ordenamientos distintos, el artículo 3 del Reglamento de Roma I reconoce el supuesto de *dépeçage*, según el cual las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad «o solo a una parte del contrato», esto es, las partes pueden someter distintas partes del contrato a diferentes ordenamientos. La premisa necesaria en este supuesto es que el contrato sea claramente divisible «en partes». Si bien la *murabaha* presenta relaciones jurídicas claramente diferenciadas, las partes suelen optar por una cláusula de sumisión unitaria para todo el contrato, sea en sus modalidades simple o mixta antes mencionadas.

Una vez establecido que solo cabe una ley aplicable al contrato con arreglo al Reglamento Roma I y que el supuesto de *dépeçage* no suele ser relevante en este contexto, cabe preguntarse acerca de la incorporación por referencia de la *shari'a* —suponiendo que no medie una cláusula *waiver of Shari'a defense*—. Dentro de los límites de las leyes de policía referidos en el artículo 9 del Reglamento Roma I, la incorporación por referencia (*materiellrechtlicher Verweis*) tendría la virtualidad de derogar todas aquellas normas dispositivas del ordenamiento jurídico aplicable al contrato que fueran incompatibles con la *shari'a*²¹. Comparado con el artículo 7 del Convenio de Roma, el artículo 9 del Reglamento Roma I reduce sensiblemente los supuestos de «leyes de policía» que permiten a un juez declarar inaplicable una norma de conflicto contenida en el reglamento. El artículo 9 diferencia entre las «consideraciones de interés público» y las «disposiciones imperativas», distinción que no era del todo clara bajo el Convenio de Roma. El considerando (37) del Reglamento Roma I aclara que «el concepto de “leyes de policía” debe distinguirse de la expresión “disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo” y debe interpretarse de manera más restrictiva». La noción de «leyes de policía» queda limitada a aquellas normas que salvaguarden ciertos intereses públicos, noción que no incluye normas sobre protección de partes contractuales —por ejemplo de derecho de consumidores—.

En el caso de la *shari'a*, la incorporación por referencia presenta una complicación añadida y es que el órgano jurisdiccional competente inevitablemente se verá obligado a pedir un testimonio de los principios islámicos aplicables a los hechos. Como hemos visto, en materia de contratación bancaria, la *shari'a* no representa una codificación de normas de contratación bancaria, sino más bien una relación de objetivos y principios, cuyo número y configuración exacta varía según las autoridades regulatorias y expertos islámicos consultados. Suponiendo que no medie una cláusula *waiver of Shari'a defense* y que las partes verdaderamente deseen incorporar ciertos preceptos islámicos al contrato por referencia, parece que la opción más prudente fuera delimitar con precisión en el contrato los principios relevantes. No parece que el catálogo de principios islámicos esenciales mencionados supra IV —prohibiciones de interés, especulación, incertidumbre e inversión en actividades prohibidas y mandatos de distribución del riesgo y de activos tangibles subyacentes—, sea necesariamente incompatible con las leyes de policía ni las disposiciones imperativas de los estados de la Unión Europea. Otra forma de proceder que se ha podido apreciar en los últimos años es la solicitud por las partes de una fetua a un experto islámico con el fin de que se pronuncie sobre la oportunidad de ejercitar o no ciertas pretensiones bajo el contrato con arreglo a la *shari'a*.

El caso *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* representa, a día de hoy, el pronunciamiento más conocido de un tribunal inglés sobre un supuesto de cláusula mixta²². El tribunal desestima la pretensión de la demandante de que el contrato infringe ciertos preceptos de la sharía, considerando que, con arreglo al artículo 1 del Convenio de Roma, la ley aplicable al contrato debe ser única y necesariamente un ordenamiento jurídico estatal —en este caso el derecho inglés—. El tribunal aclara, además, que la sharía no reúne los requisitos de un ordenamiento jurídico estatal, entre otros motivos, por no estar suficientemente codificada, y no es susceptible de ser designada ley aplicable a un contrato. El tribunal confirma el razonamiento de la parte demandada de que la calificación religiosa del contrato no constituye materiajudicial dado que es anterior a la suscripción de este y corresponde a un Shari'a Board su verificación. El tribunal no aborda la cuestión de la incorporación por referencia de la sharía —lógicamente, porque el caso se decide bajo la vigencia del Convenio de Roma y no existe una disposición equivalente al considerado (37) del Reglamento Roma I (*vid., supra*)— ni el supuesto de *dépeçage*, en vista de que no es disputado por las partes²³.

V. LEY APLICABLE A FALTA DE ELECCIÓN

En el esquema de *murabaha* se pueden identificar tres relaciones jurídicas, como son (i) el contrato de comisión de compra entre el cliente y la entidad financiera; (ii) el contrato de compraventa que conciertan la entidad financiera y el proveedor del activo; y (iii) el contrato de compraventa que conciertan el cliente y la entidad financiera. Conviene señalar, en primer lugar, que el contrato de comisión de compra así como el contrato de compraventa entre el cliente y la entidad financiera no suelen plantear problemas de conflicto de normas bajo el Reglamento Roma I dado que las partes generalmente tendrán su domicilio social en la misma jurisdicción, por lo que rara vez nos encontraremos ante un contrato internacional en el sentido del artículo 1.1 del Reglamento de Roma I. Sin embargo, desde el punto de vista del conflicto de normas, merecen un examen más detallado dos cuestiones relativas al contrato de compraventa que conciertan la entidad financiera y el proveedor del activo; de un lado, la obligación de la entidad financiera de pagar el precio al proveedor —pensemos en el supuesto de que la entidad financiera declina el pago del precio, por el motivo que sea— y, de otro, las acciones que asisten al cliente contra el proveedor en caso de entrega de un activo defectuoso.

En defecto de elección o de cláusula válida de ley aplicable, dispone el artículo 4(2) del Reglamento Roma I que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de la *murabaha* no resulta sencillo determinar la prestación característica del contrato, dado que nos encontramos ante tres relaciones jurídicas distintas ligadas por una función económica común como es la financiación a través de un préstamo o crédito, generalmente de corto o medio plazo. Bajo el artículo 4(2) del Reglamento Roma I se plantean dos cuestiones estrechamente conectadas: (i) de un lado, si el esquema de *murabaha* en su conjunto debe quedar sometido a una única ley aplicable o si, por el contrario, las relaciones jurídicas que lo integran pueden quedar sometidas a distintas leyes aplicables; y (ii) si la prestación característica del contrato debe ser definida atendiendo a la entrega del activo que es objeto de los dos contratos de compraventa o bien atendiendo a la función económica de financiación a la que obedece la *murabaha* en su conjunto²⁴.

En relación con la primera cuestión, en el caso de la sumisión unitaria a una sola ley aplicable, el resultado puede ser distinto dependiendo si se consideran como prestación característica del contrato la concesión de la financiación o las entregas del activo bajo los dos contratos de compraventa. En el primer caso, la ley aplicable sería la de la jurisdicción en la que la entidad financiera tenga su domicilio social. En el segundo caso, si la prestación característica del contrato fueran las entregas del activo, parece que no cabría más opción que separar las dos relaciones jurídicas de compraventa, siendo aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías («Convención de Viena») o la ley de la jurisdicción del vendedor, según los casos.

En relación con la segunda cuestión, la sumisión de diferentes partes de la *murabaha* a distintas leyes aplicables parecería, a priori, más acorde a su naturaleza, en la medida que incorpora elementos tanto de una adquisición de activo como de una financiación, pero lo cierto es que no encaja bien ni en la simple compraventa ni en el mero contrato de préstamo o crédito. Esta naturaleza dual parece que debiera encontrar reflejo bajo el régimen de normas de conflicto, separando las potenciales disputas relacionadas con los componentes de «adquisición» y de «financiación» de la *murabaha*. El artículo 4(1) *in fine* del Convenio de Roma admitía de forma excepcional la noción de *dépeçage* al disponer que «[...] No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país». Bajo el Reglamento de Roma I la situación es un poco más ambigua. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento de Roma I admite la posibilidad de que las partes sometan el contrato a distintas leyes aplicables, el artículo 4 elimina toda referencia a la pluralidad de leyes aplicables a un contrato a falta de elección de las partes. La separación de leyes aplicables a la *murabaha* tendría la virtualidad de ofrecer remedios jurídicos diferenciados en los dos escenarios de disputa que son relevantes desde el punto de vista del conflicto de normas. De un lado, en una disputa entre el proveedor y la entidad financiera —pensemos, por ejemplo, en el supuesto de que la entidad financiera se niegue a pagar el precio—, la *murabaha* podría ser calificada como contrato de crédito documentario, siendo la ley aplicable la de la jurisdicción del domicilio social de la entidad financiera, que determinaría la obligación de la entidad financiera de abonar el precio en el caso de que se hayan presentado válidamente los documentos que justifican la reclamación²⁵. De otra parte, en una disputa entre el proveedor y el cliente —pensemos en una reclamación por vicios de la cosa entregada y recordemos que habitualmente la entidad financiera cede al cliente las pretensiones que puedan corresponderle contra el proveedor bajo la cláusula de manifestaciones y garantías del «primer contrato de compraventa»—, la *murabaha* podría ser calificada de contrato de compraventa sujeta a la Convención de Viena²⁶ o a la ley de la jurisdicción en la que el proveedor tenga su residencia habitual con arreglo al artículo 4(1) a) del Reglamento Roma I, basando el cliente su reclamación en el artículo 14(2) del Reglamento Roma I, que dispone que la ley que rija el crédito objeto de cesión o subrogación «determinará las relaciones entre el cesionario o subrogado y el deudor».

VI. CONCLUSIONES

El derecho financiero islámico se puede definir como un cuerpo de principios de contratación bancaria —no siempre positivados— coherente con los preceptos

del Islam. De acuerdo con la visión tradicional, el derecho financiero islámico forma parte del derecho positivo de un determinado estado y su creación se enmarca dentro de un proceso más amplio de «islamización» del ordenamiento jurídico secular. Aunque este es el caso de algunos países, la visión tradicional del derecho financiero islámico no acierta a describir un segundo fenómeno surgido de la moderna práctica financiera y que podríamos denominar con cierta cautela «responsabilidad corporativa islámica». La noción de derecho financiero islámico entendido en este último sentido describe un compendio de buenas prácticas islámicas de adhesión voluntaria en materia de contratación bancaria, creadas y aplicadas al margen de los ordenamientos jurídicos seculares inspirados o no por la Sharía.

En el ámbito de las finanzas islámicas y, en particular, del esquema denominado *murabaha*, existen fundamentalmente dos modelos de cláusulas, dependiendo de si las partes optan por someter el contrato exclusivamente a la sharía o, como suele ser más habitual, se decantan por un modelo mixto de sumisión al ordenamiento jurídico de un estado —generalmente el Reino Unido o el estado de Nueva York— y a la sharía. En el primer supuesto la determinación de la ley aplicable no plantea muchos problemas. En el caso del arbitraje, el Reglamento Roma I parece admitir la sumisión de un contrato a los principios de la sharía, siempre que la jurisdicción competente sea una corte de arbitraje cuyos estatutos reconozcan la elección de un derecho no estatal como ley aplicable al contrato. En el caso de que la jurisdicción aplicable sea un tribunal estatal, la lectura conjunta del artículo 3(1) y del considerando (13) del Reglamento Roma I sugiere que las partes pueden incorporar a su contrato por referencia un derecho no estatal o un convenio internacional. De ahí que la cláusula de sumisión a la sharía no debiera ser válida conforme al Reglamento Roma I, si bien pudiera ser incorporada por referencia en tanto que derecho no estatal.

El caso de las cláusulas mixtas que contienen una doble remisión a la ley de un determinado estado y al derecho islámico es problemático dado que el artículo 3 del Reglamento Roma I dispone que las partes deben elegir «la» ley aplicable al contrato, de modo que no cabría someter el contrato a dos ordenamientos jurídicos distintos. No obstante, esta posición no contradice la intención habitual de las partes, que no buscan tanto someter el contrato a dos ordenamientos distintos, cuanto elegir como «ley aplicable» el ordenamiento jurídico de una jurisdicción de reconocido prestigio en el tráfico financiero —cuyos órganos jurisdiccionales declinarán previsiblemente todo pronunciamiento en materia religiosa— e introducir una declaración programática de conformidad del contrato con la sharía. A pesar de la prohibición de someter un contrato a dos ordenamientos distintos, el artículo 3 del Reglamento de Roma I reconoce el supuesto de *dépeçage*, según el cual las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad «o solo a una parte del contrato», esto es, las partes pueden someter distintas partes del contrato a diferentes ordenamientos. Si bien la *murabaha* presenta relaciones jurídicas claramente diferenciadas, las partes suelen optar por una cláusula de sumisión unitaria para todo el contrato, sea en sus modalidades simple o mixta antes mencionadas.

Dentro de los límites de las leyes de policía referidos en el artículo 9 del Reglamento Roma I, la incorporación por referencia de la sharía a un contrato tendría la virtualidad de derogar todas aquellas normas dispositivas del ordenamiento jurídico aplicable al contrato que fueran incompatibles con los preceptos islámicos. Comparado con el artículo 7 del Convenio de Roma, el artículo 9 del Reglamento Roma I reduce sensiblemente los supuestos de «leyes de policía»

que permiten a un juez declarar inaplicable una norma de conflicto contenida en el reglamento. En el caso de la *sharía*, no parece que el catálogo de principios islámicos esenciales —prohibiciones de interés, especulación, incertidumbre e inversión en actividades prohibidas y mandatos de distribución del riesgo y de activos tangibles subyacentes—, sea necesariamente incompatible con las leyes de policía ni las disposiciones imperativas de los estados de la Unión Europea.

En defecto de elección o de cláusula válida de ley aplicable, dispone el artículo 4(2) del Reglamento Roma I que el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de la *murabaha* no resulta sencillo determinar la prestación característica del contrato, dado que nos encontramos ante tres relaciones jurídicas distintas ligadas por una función económica común como es la financiación a través de un préstamo o crédito, generalmente de corto o medio plazo. Bajo el artículo 4(2) del Reglamento Roma I se plantean dos cuestiones estrechamente conectadas: (i) de un lado, si el esquema de *murabaha* en su conjunto debe quedar sometido a una única ley aplicable o si, por el contrario, las relaciones jurídicas que lo integran pueden quedar sometidas a distintas leyes aplicables; y (ii) si la prestación característica del contrato debe ser definida atendiendo a la entrega del activo que es objeto de los dos contratos de compraventa o bien atendiendo a la función económica de financiación a la que obedece la *murabaha* en su conjunto.

En relación con la primera cuestión, en el caso de la sumisión unitaria a una sola ley aplicable, la ley aplicable puede ser distinta dependiendo si se considera como prestación característica del contrato la concesión de la financiación o las entregas del activo bajo los dos contratos de compraventa. En relación con la segunda cuestión, la sumisión de diferentes partes de la *murabaha* a distintas leyes aplicables parecería, a priori, más acorde a su naturaleza, en la medida que incorpora elementos tanto de una adquisición de activo como de una financiación, pero lo cierto es que no encaja bien ni en la simple compraventa ni en el mero contrato de préstamo o crédito. La separación de leyes aplicables a la *murabaha* tendría la virtualidad de ofrecer remedios jurídicos diferenciados en los escenarios de disputa habituales que son relevantes desde el punto de vista del conflicto de normas. Aunque el artículo 3(1) del Reglamento de Roma I admite la posibilidad de que las partes sometan el contrato a distintas leyes aplicables, el artículo 4 elimina toda referencia a la pluralidad de leyes aplicables a un contrato a falta de elección de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- AL-AWANI, T. J. y EL-ENSARY, W. (1999). Linking Ethics and Economics: The Role of Ijtihad in the Regulation and Correction of Capital Markets, Proceedings of the Second Harvard University Forum on Islamic Finance: Islamic Finance into the 21st Century, Cambridge, Massachusetts, Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, pp. 99-126.
- AL-ZAHAYLI, W. (2003). Financial Transactions in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Fikr.
- AMERELLER, F. (1995). Hintergründe des «Islamic Banking». Rechtliche Problematik des riba-Verbotes in der Shari'a und seine Auswirkungen auf einzelne Rechtsordnungen arabischer Staaten, Berlín: Duncker & Humblot.
- ANCA, C. DE (2014). Finanzas islámicas: ¿Cuál es el interés para Europa?, Observatorio de Divulgación Financiera, núm. 14.

- ANDERSON, N. (1976). *Law Reform in the Muslim World*, Londres: Athlone Press.
- ANSARI, Z. I. (2004). Islamic juristic terminology before Shaf'i: A semantic analysis with special reference to the Kufa, en HALLAQ, W. B., *The Formation of Islamic Law*, Londres: Variorum.
- ASHRAF, U. K. y ABDEL, K. H. (2006). The influence of Quran and Islamic financial transactions and banking, *Arab Law Quarterly*, vol. 20, núm. 3, pp. 321-331.
- BÄLZ, K. (2004). A *murabaha* transaction in an English court. The London High Court of 13th February 2002 in *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors.*, *Islamic Law and Society*, núm. 11.
- (2001). Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. *Universalist Lex Mercatoria vs. Regional Unification of Law*, *Uniform Law Review*, vol. 6, núm. 1, pp. 37-49.
- (2008). *Shari'ah Risk? How Islamic Finance has Transformed Islamic Contract Law*, Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, Occasional Publications 9, pp. 1-37.
- BECK, U. (2000). *What is globalization?*, Cambridge: UK Polity Press.
- BIANCHI, R. R. (2007). The Revolution in Islamic Finance, *Chicago Journal of International Law*, vol. 7 núm. 2, pp. 569-580.
- CANALEJO LASARTE, G. y CABELLOS BALLEÑILLA, A. (2009). Apuntes sobre los contratos «islámicos» de financiación desde la perspectiva del derecho español, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 23, pp. 21-44.
- COMAIR-OBAID, N. (1995), *Les contrats en droit musulman des affaires*, París: Economica.
- COULSON, N. J. (1964), *A history of Islamic Law*, Edimburgo: Edinburgh University Press, pp. 149 y sigs.
- CHUAH, J. C. T. (2006). Islamic Principles Governing International Trade Financing Instruments: A Study of the *Morabaha* in English Law, *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 27, núm. 1 Fall, pp. 137-170.
- DECOCK, W. (2013). In *Defense of Commercial Capitalism: Lessius, Partnerships and the Contractus Trinus*, Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series, no. 2012-04, disponible en SSRN [En línea] 2162908.
- DEWAR, J. y HUSSAIN, M. M. (2011). *Islamic Project Finance*. En: DEWAR, J. (coord.), *International Project Finance. Law and Practice*, Nueva York: Oxford University Press.
- DUPRET, B. (2015). *La Sharía. Orígenes, desarrollos y usos contemporáneos*, Barcelona: Bellaterra.
- EL GAMAL, M. A. (2003). Interest and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance, *Fordham International Law Journal*, núm. 108, pp. 108-149.
- (2008). *Islamic Finance: Law, Economics and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- (2014). *Exploitative Profit Sharing: On the incoherence of all contract-based approaches to «Islamic finance»* (29 de enero de 2014), <http://elgamal.blogspot.com.es/> [En línea] (último acceso 12 de junio de 2015).
- ELASRAG, H. (2010). *Principals of the Islamic Finance: A focus on Project Finance*, disponible en SSRN [En línea] 1806305.
- FADL, M. H. (2007). *Riba, Efficiency and Prudential Regulation*, a presentation at the symposium *Islamic Law in a Globalized World: Implications for Contemporary Islamic Finance*, University of Wisconsin, March 2, 2007, Twenty-Fifth Anniversary of the University of Wisconsin International Law Journal.

- FOSTER, N. H. D. (2007). Islamic Finance as an emergent legal system, *Arab Law Quarterly*, vol. 21, núm. 2, pp. 170-188.
- FLEET, K., KRÄMER, G., MATRINGE, D., NAWAS, J. y ROWSON, E., *The Encyclopaedia of Islam*, 3.^a ed. [En línea] <http://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopedia-of-islam-3>.
- GARCÍA HERRERO, A., MORENO, C., y SOLÉ, J. (2008). Finanzas Islámicas, Estabilidad Financiera, Banco de España, núm. 15, pp. 121-141.
- GARCÍA MIRANDA, C. M. (1998). La unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Santi Romano, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 2, pp. 287-298.
- HAMOUDI, H. A. (2011). Present at the resurrection: Islamic Finance and Islamic Law, *American University International Law Review*, vol. 26, núm. 4, pp. 1107-1123.
- HAMOUDI, H. A. (2010). The death of Islamic Law, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 38, núm. 293, pp. 295-297.
- HEGAZY, W. (2005). Fatwas and the Fate of Islamic Finance: A Critique of the Practice of Fatwa in Contemporary Islamic Financial Markets, en: ALI, Islamic Finance, Current Legal and Regulatory Issues, pp. 132-146.
- HOURANI, A. (1983). *Arabic thought in the liberal age 1798-1939*, Cambridge: Cambridge University Press.
- JUNIUS, A. (2007). Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles, *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 537-550.
- KESSLER RODRÍGUEZ, A. (2012). Finanzas islámicas: Una oportunidad para España, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3022.
- KHADDURI, M. / LIEBESNY, H.J. (2010), *Law in the Middle East*, Washington D. C.
- KHALED, A. E. F. (2005). *The Great Theft: Wrestling Islam from the Extremists*, Harper Collins.
- KHNIFER, M. (2010). Maslahah and the Permissibility of Organized Tawarruq, *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, núm. 8.
- KNÜTEL, R. (1994). Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 244-276.
- KRAWIETZ, B. (2002). Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with Talfiq, *Welt des Islams*, pp. 3-40.
- KROPHOLLER, J. (1997). *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Tubinga.
- KRÜGER, H. (1997). Überblick über das Zivilrecht der Staaten des ägyptischen Rechtskreises, *Recht van de Islam*, 14, pp. 67-131.
- LAMA, A.-O. (2004). The politics of (mis)recognition: Islamic Law Pedagogy in American Academia, *American Journal of Comparative Law*, vol. 52, núm. 789, pp. 791-792.
- LARAMÉE, J. P. (coord.) (2008). La finance islamique a la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, *Les Cahiers de la Finance Islamique*, núm. 2.
- LEE, K. H., y SON, S. H. (2013). Trends of Islamic Project Finance: A study on the GCC Region, *World Economy Update*, vol. 3, núm. 24.
- MALLAT, C. (1988). The debate on riba and interest in twentieth century jurisprudence, en MALLAT, C. (coord.), *Islamic Law and Finance*, Londres: Graham & Trotman.
- MCMILLEN, M. J. T. (2009). Shari'ah-compliant Project Finance: A structural overview, disponible en SSRN [En línea] 2275530.

- Trends in Islamic Project and Infrastructure Finance in the Middle East: Re-Emergence of the *Murabaha* (2011), disponible en SSRN [En línea] 1753252.
- NIENHAUS, V. (1996). Islamische Ökonomik in der Praxis: Zinslose Banken und islamische Wirtschaftspolitik, en: ENDE, W., STEINBACH, U., y KRÜGER, G., *Der Islam in der Gegenwart*, 4.^a ed., Múnich: C. H. Beck.
- PARK, T. J. (2012). Recession in the Global Project Finance Market, Capital Market Weekly, Korea Capital Market Institute.
- POWER, C. (2009). Faith in the market, *Foreign Policy*, núm. 170, pp. 70-75.
- RILOBA, F. (1986). Gramática árabe-española, 3.^a ed., EDI-6, S.A.
- SALEH, N. (1992). Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law. Riba, gharar and Islamic banking, 2.^a ed. Londres/Dordrecht/Boston: Graham & Trotman.
- SCHACHT, J. (2010). The Schools of Law and later developments in jurisprudence, en: KHADDURI, M., y LIEBESNY, H. J., *Law in the Middle East*, pp. 57-84.
- SHAIKH MS, S.A. (2009). Corporate Finance in an interest free economy: An alternate approach to practiced Islamic Corporate Finance, disponible en SSRN [En línea] 1527310.
- SOLANO SANTOS, L. F. (2006). Fundamentación lógico-formal de la responsabilidad social corporativa, tesis disponible en <http://biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t29376.pdf>.
- VV.AA. (2014). *The Islamic Finance Handbook: A Practitioner's Guide to the Global Markets*, Kuala Lumpur: Wiley.
- WARDE, I. (2000). *Islamic finance in the Global Economy*, Edimburgo: Edinburgh University Press.
- WEISS, B. G., *The Spirit of Islamic Law*, Atlanta: University of Georgia Press.
- WICHARD, J. H. (1995). *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und wirtschaftliche Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn/Múnich/Viena/Zúrich: Ferdinand Schöningh.

NOTAS

¹ Aunque las finanzas islámicas son tan antiguas como el Islam, la industria financiera islámica moderna nace en Malasia en los años 50 del s. XX y empieza a generalizarse en Egipto a partir del año 1963 con la creación de la primera cooperativa de microcréditos denominada *Mit Ghamr*. En sus inicios, la actividad financiera islámica es muy básica debido en parte al subdesarrollo económico de la región, la utilización de modelos contractuales cerrados y arcaicos, la falta de expertos en la materia y la utilización exclusiva del árabe como lengua de contrato. La constitución en 1973 del *Nasser Social Bank* en Egipto representa la primera experiencia de banca comercial islámica a mayor escala. Entre los años 70 y 90 el derecho financiero islámico atraviesa profundos cambios relacionados con el desarrollo económico derivado de la exportación de petróleo en las monarquías del Golfo Pérsico, el Panislamismo y una nueva sensibilidad hacia el Islam. En este periodo surgen los primeros grandes bancos islámicos, algunos —aunque pocos— bancos occidentales crean un área de financiación islámica, las escuelas de pensamiento suníes realizan un esfuerzo por consensuar ciertas posiciones doctrinales (*iyma*) en materia financiera, se constituyen las primeras agencias de expertos islámicos (*Sharia boards*), los documentos contractuales empiezan a redactarse también en inglés, se abandonan progresivamente los modelos contractuales cerrados y se crean la AAOIFI y la IFSB. La aprobación en 1998 de la *Dow Jones Islamic Indexes Fatwa* supone un revulsivo para los mercados de capitales islámicos, dado que por primera vez se admite la noción de «impureza tolerable» de ciertas operaciones financieras siempre que estén sujetas a mecanismos de «depuración» consistentes en donaciones de escasa entidad para fines caritativos. Hasta los años 90, las principales áreas de práctica se centran en el sector inmobiliario y el capital riesgo. Con el tiempo la

actividad financiera islámica deviene cada vez más compleja tanto desde el punto de vista contractual como de cuestiones evaluables bajo la sharía. En los años 90 y principios de los 2000, los fondos de inversión acogidos a estructuras fiscales eficientes se convierten en el principal sector de negocio, especialmente los fondos de inversión inmobiliarios. La emisión de letras del tesoro en forma de *sukuk* acordada en 2002 por el gobierno de Malasia representa otro gran hito en el desarrollo de las finanzas islámicas. A partir de 2004 algunos grandes bancos internacionales como Citibank, HSBC, RBS, UBS, Goldman Sachs o Deutsche Bank crean o amplían sus prácticas de *Islamic Finance*, centradas principalmente en fondos de inversión, mercados de capitales y titulizaciones, si bien algunas operaciones son objeto de controversia por parte de los expertos islámicos. Véase GARCÍA HERRERO, A., MORENO, C. y SOLÉ, J. (2008), «Finanzas Islámicas», *Estabilidad Financiera*, Banco de España, núm. 15, pp. 121-141.

² El término «derecho financiero islámico» no está ausente de controversia. La mayoría de los autores convienen, sin embargo, que existen modalidades contractuales suficientemente perfiladas que permiten hablar de un «derecho financiero islámico» y no solo de una concepción islámica de la financiación.

³ Nuestro análisis se ciñe a aquellas operaciones de financiación que guarden relación con al menos una parte contractual con «residencia habitual» en un Estado miembro de la Unión Europea.

⁴ En la medida de lo posible, este trabajo trata de respetar las transcripciones del árabe al español propuestas en RILOBA, F. (1986), *Gramática árabe-española*, 3.ª ed., EDI-6, S.A.

⁵ Algunos autores definen la «economía islámica» como una economía de mercado sujeta a los preceptos del Islam. Como es también habitual en los ordenamientos privados occidentales, en materia de contratación la sharía establece el principio de autonomía privada de la voluntad, de modo que se presume permitido (*halal*) todo lo que no esté expresamente prohibido (*haram*). A pesar de que la sharía recoge gran número de normas teóricamente aplicables al tráfico financiero, en la actualidad existe cierto consenso en que el derecho financiero islámico debe pivotar —una vez aplicado el «filtro de modernidad»— sobre cinco principios, tres negativos y dos positivos, extraídos de las cuatro escuelas jurídicas suníes. De acuerdo con la clasificación comúnmente aceptada, los tres principios negativos son la prohibición de *riba* (exceso o incremento), la prohibición de *garar* y *maysir* (incertidumbre y especulación) y la prohibición de invertir en determinados productos o actividades *haram*. Los dos principios positivos establecen la obligación de repartir pérdidas y ganancias entre las partes contractuales y la obligación de que todo negocio guarde relación con un activo subyacente tangible. La prohibición de *riba* está expresamente mencionada en varios pasajes del Corán y de la Sunna. La prohibición de *riba* constituye la clave de bóveda del derecho financiero islámico y es, quizá, el rasgo que más lo diferencia del derecho financiero convencional. En su acepción más amplia el término *riba* describe el valor añadido obtenido por una parte contractual sin contraprestación. En sentido estricto, comprende el exceso o incremento sobre el importe de un principal cifrado en dinero que se devenga por el mero transcurso del tiempo. De acuerdo con esta concepción y a diferencia de la financiación convencional en la que el prestamista obtiene un derecho al interés que es independiente de los resultados prósperos o adversos de la actividad financiada, el prestamista debe asumir el riesgo y ventura —las pérdidas y ganancias— del negocio en el que invierte sus fondos. Es importante señalar que para el derecho financiero islámico no existe una diferencia entre el préstamo usurario y el préstamo con interés. Ambos préstamos se encuentran en el ámbito de aplicación de la prohibición, siendo el primero simplemente un préstamo con un interés más elevado. No obstante, en los últimos años se ha venido imponiendo en la doctrina la idea de que la prohibición de *riba* debe ceñirse exclusivamente a la fijación de un interés fijo (*fa'ida*). La importancia de la prohibición de *riba* no estriba tanto en su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos seculares —que suele ser poco frecuente—, sino en su caracterización como principio religioso que informa los «códigos de buenas prácticas islámicas» aprobados por ciertas autoridades regulatorias. Finalmente, si bien la *riba* no está necesariamente vinculada al dinero como activo subyacente, conviene destacar que el dinero carece, además, de valor intrínseco y cualesquiera ganancias generadas sobre el dinero están prohibidas por la sharía. Las prohibiciones de *garar* y de *maysir* están estrecha-

mente vinculadas y se refieren a la incertidumbre y a la especulación, respectivamente. Los presupuestos objetivos de la prohibición de *garar* exigen que la incertidumbre tenga cierta relevancia o entidad, no bastando la incertidumbre sobre aspectos nimios o desdenables; que se dé en negocios que conlleven prestaciones recíprocas; y que recaiga sobre un elemento esencial del negocio. De acuerdo con este principio, no son admisibles, por ejemplo, el seguro convencional y las opciones de compra y venta con beneficio desconocido. No obstante, la incertidumbre no debe confundirse con el riesgo de negocio, que sí es compatible con la sharía. La prohibición de *maysir* se ciñe a la obtención de beneficios mediante la suerte o especulación. De acuerdo con este precepto, los contratos de derivados que entrañan un fin especulativo son incompatibles con la sharía. En la práctica, la distinción entre especulación ilícita y riesgo empresarial legítimo puede ser difícil de trazar, especialmente en los casos de toma de participación en una sociedad con vistas a obtener un retorno en forma de dividendos. La prohibición de invertir en productos o actividades *haram* se refiere tradicionalmente a los juegos de azar, pornografía, carne de cerdo, alcohol e incluye por extensión, según algunos expertos islámicos, el tabaco, las armas de fuego, el cine y la música. En los últimos años es cada vez más frecuente que los expertos islámicos se pronuncien en contra de la inversión en actividades de seguros, de financiación convencional basada en tipos de interés y de intermediación financiera. La prohibición de invertir en productos o actividades *haram* se extiende asimismo a la inversión en inmuebles en los que pueda tener lugar el comercio sobre los mismos. En la práctica, dado el grado de diversificación e interconexión de las actividades empresariales, puede llegar a ser extraordinariamente difícil determinar en qué medida una empresa está involucrada en actividades *haram*. Los expertos islámicos han desarrollado técnicas de «tolerancia» y «depuración» de la inversión en productos y actividades *haram* basadas en el cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo que el negocio principal que es objeto de la inversión sea *halal*; que los beneficios obtenidos de actividades prohibidas representen un porcentaje comparativamente menor respecto del beneficio total obtenido —habitualmente entre el 5% y el 20%, dependiendo del criterio del experto islámico en cuestión—; o que el importe total de la deuda sujeta al pago de intereses no exceda un determinado porcentaje del valor de los activos o capitalización bursátil de la sociedad —habitualmente entre el 25% y el 35%—.

⁶ Véase como obra más representativa de este enfoque ANDERSON, N. (1976), *Law Reform in the Muslim World*, Londres: Athlone Press así como NIENHAUS, V. (1996), «Islamische Ökonomik in der Praxis: Zinslose Banken und islamische Wirtschaftspolitik», pp. 175-185 en ENDE, W., STEINBACH, U., y KRÜGER, G., *Der Islam in der Gegenwart*, 4.^a ed., Múnich: C. H. Beck; WARDE, I. (2000), *Islamic finance in the Global Economy*, Edimburgo: Edinburgh University Press, pp. 112-123.

⁷ En el contexto de las finanzas islámicas, los principios y normas extraídos de la sharía son aplicados como principios y normas de carácter ético y no tanto jurídico. Habitualmente, el contrato de financiación estará sometido al ordenamiento jurídico secular de un determinado estado, operando la adhesión a la sharía como una manifestación de conformidad verificable *ex ante* por un experto islámico con renuncia expresa de las partes de invocar una eventual falta de conformidad en la vía contenciosa. La adhesión a la sharía en responde al patrón habitual de la responsabilidad social corporativa, si entendemos por tal «el conjunto de obligaciones inherentes a la libre asunción de un estado o condición, aun no tipificado por el ordenamiento jurídico positivo, pero cuya fuerza vinculante y previa tipificación proceden de la íntima convicción social de que su incumplimiento supone la infracción de la norma de cultura», véase SOLANO SANTOS, L. F. (2006), *Fundamentación lógico-formal de la responsabilidad social corporativa*, p. 70, tesis disponible en [En línea] <http://biblioteca.ucm.es/tesis/inf/ucm-t29376.pdf>.

⁸ A la actividad de los expertos privados se une la tarea fundamental de bancos de inversión, compañías de auditores y despachos de abogados internacionales de crear modelos contractuales comúnmente aceptados en la práctica de mercado, como veremos más adelante.

⁹ BECK, U. (2000), *What is globalization?*, Cambridge: UK Polity Press.

¹⁰ Ahondando en la idea de la inutilidad de la teoría clásica del derecho comparado como paradigma metodológico aplicable a las finanzas islámicas, véase BÄLZ, K. (2008), «Sharia Risk: How Islamic Finance has transformed Islamic Contract Law», *Harvard Law*

School, Islamic Legal Studies Program, Occasional Publications 9, disponible en [En línea] <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (último acceso 14/06/2015), p. 5: «The question of how the study of Islamic Law can be integrated into the broader framework of comparative law has yet to be resolved. Mainstream comparative legal scholarship is not genuinely interested in hosting Islamic law, for two reasons. First, following a certain tradition of European scholarship that can be traced back to Max Weber; Islamic law, labeled as a «religious law», is used as an antipode to «Western» legal development. The emphasis on the sacred nature of Islamic law and the —allegedly— peculiar way justice is dispensed (culminating in the catchphrase of «Kadi Justiz») only works if and to the extent the differences, and not the commonalities, between Western and Middle Eastern legal orders are emphasized. Second, comparative legal studies are dominated by the idea of functionalism, i.e. the search for a functional equivalent between normative appearances in different legal orders; this makes a comparison of European and Middle Eastern laws difficult, as the social, economic and political conditions are often quite dissimilar. I suggest that using a paradigm such as «transnational law», which is oriented towards a certain normative appearance as opposed to function, may help to overcome this deadlock».

¹¹ Como fenómeno global, las finanzas islámicas encajan mal con la teoría clásica del derecho comparado. La estandarización a través de prácticas jurídicas transnacionales parece ofrecer un mejor paradigma metodológico, si bien conviene hacer dos precisiones. De un lado, las operaciones de financiación islámicas suelen desarrollarse en jurisdicciones muy distintas entre sí, algunas de ellas muy poco sofisticadas, cuyos ordenamientos pueden ser de matriz *common law* —como Malasia— o continental —como los Emiratos Árabes Unidos—, lo que reduce sus posibilidades de uniformización. De otro lado, la interpretación de la sharía que hacen autoridades regulatorias y agencias de expertos islámicos varía mucho según la región. Así, por ejemplo, los operadores de Malasia, India o Indonesia tienden a ser bastante más «liberales» que sus equivalentes en el CCG o Paquistán. Estas diferencias han dado lugar al desarrollo de ciertas prácticas de mercado propias de Oriente Medio y del Sudeste Asiático, las cuales a su vez no representan la opinión unánime de todos los operadores que actúan en esos mercados. De ahí que, en el contexto de las finanzas islámicas entendidas como fenómeno global, no podamos, de momento, validar la teoría del derecho comparado según la cual las prácticas jurídicas transnacionales tienden inexorablemente a la uniformización y observemos, al contrario, cierta cristalización de diferencias regionales no exentas de polémica. Esta falta de uniformización posiblemente esté ligada al hecho de que autoridades regulatorias y agencias de expertos islámicos no aspiren a codificar verdaderas normas de contratación bancaria islámica, sino a formular principios que, en palabras de Dworkin, representan la «estructura profunda del derecho», situada en un plano distinto al de las normas, y que actúan como estándares *prima facie* que admiten varios resultados posibles en la medida en que sirven al operador jurídico para encontrar la norma más adecuada a cada supuesto. Sería más adecuado hablar, por tanto, de finanzas islámicas como conjunto de prácticas jurídicas regionales armonizables en el plano de los principios.

¹² Con frecuencia, el contrato de *murabaha* viene acompañado de un contrato de *mudaraba* entre la entidad financiera y un fondo islámico, en virtud del cual el fondo islámico encomienda a la entidad financiera la inversión de invertir ciertos fondos con arreglo a la sharía. En la combinación de *murabaha* y *mudaraba* es habitual pactar que, una vez que el cliente ha instruido al proveedor para que entregue el activo a la entidad financiera, el fondo islámico, en el momento en que la entidad financiera adquiere el activo, transfiera el importe del precio de compraventa a la cuenta que el cliente haya abierto en la entidad financiera, desde la que el cliente a su vez realiza el pago al proveedor.

¹³ Si bien a veces se admite la figura de la posesión mediata, lo cierto es que, dependiendo de los prestamistas y del grado de cumplimiento con la sharía exigido por el banco estructurador, existen supuestos en los que dichos bancos designan lugares físicos de su propiedad en los cuales se depositan los bienes objeto de la *murabaha* para demostrar la posesión inmediata del bien, no resultando suficiente la mediata. Véase CANALEJO LASARTE, G. y CABELLOS BALLEÑILLA, A. (2009), «Apuntes sobre los contratos «islámicos» de financiación desde la perspectiva del derecho español», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 23, p. 32, nota al pie 56.

¹⁴ En este caso «x» refleja el importe del precio de adquisición por el que la entidad financiera adquirió el activo del proveedor, incrementado en «y», que suele ser un margen vinculado al Libor o Euribor. El margen de beneficio que obtiene la entidad financiera se considera legítima dado que adquiere previamente el activo y con él el riesgo asociado a su propiedad antes de revenderlo al cliente.

¹⁵ Un ejemplo para ilustrar el funcionamiento de la *murabaha* podría ser el siguiente: Un concesionario catari contacta a un fabricante de automóviles con sede en Barcelona para adquirir una partida de automóviles. En lugar de adquirir directamente los automóviles, el concesionario designa a un banco de los Emiratos Árabes Unidos como agente para que negocie y formalice la compraventa de la partida de automóviles al fabricante. El banco paga el precio y adquiere la partida en el momento del embarque en el puerto de Barcelona, asumiendo todos los riesgos durante el trayecto hasta Catar. Una vez desembarcados en Catar, el banco vende al concesionario la partida por un precio que incluye un margen adicional con respecto al precio que pagó al fabricante.

¹⁶ Algunos autores consideran que el reconocimiento de un derecho de opción de compra a favor del cliente contiene un elemento de *garar* (incertidumbre) posiblemente contrario a la sharía. Véase AL-ZAHAYLI, W. (2003), *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, Dar Al-Fikr, pp. 99-100.

¹⁷ En contra de esta posición, véase JUNIUS, A. (2007), «Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles», *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, p. 546.

¹⁸ En el arbitraje comercial internacional no es del todo desconocida la remisión a ordenamientos jurídicos históricos, en particular, al derecho romano, que parece seguir gozando de una salud de hierro. Acerca del derecho romano como ley aplicable al contrato, véase KNÜTEL, R. (1994), «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 244-276.

¹⁹ Si bien la elección de derecho no estatal podía ser válida en el plano sustantivo, véase «kollisionsrechtliche Verweisung vs. materiellrechtliche Verweisung» en KROPHOLLER, J. (1997), *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Tubinga, pp. 268-269.

²⁰ Véase la cláusula de sumisión del caso *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* citado *supra*: «Subject to the principles of the glorious Shari'a, this Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England».

²¹ El caso más cercano sería la derogación de las normas en materia de intereses moratorios por incompatibilidad con la prohibición de *riba*.

²² *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.*, 28th January 2004, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports, CA on appeal from QBD (Morison J) before Potter LJ; Laws LJ; Arden LJ. Aunque menos significativo porque la referencia a la sharía estaba contenida en un expositivo y el tribunal evitó el pronunciamiento sobre la sharía en sede de ley aplicable, véase también *Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd. v. Symphony Gems N.V. & Ors*, 13th February 2002, 2001 Folio 1226 per Justice Tomlinson, 2002 West Law 346969, QBD (Comm Ct).

²³ Véase el resumen contenido en JUNIUS, A. (2007), «Islamic Finance: Issues surrounding Islamic Law as a Choice of Law under German Conflict of Laws Principles», *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, núm. 2, pp. 541-542: The English Court, by upholding the decisión of the London High Court, explicitly rejected Beximco's argument. The English judges found that the agreement was subject solely to English law, and that a review for legality under Islamic law was not appropriate. The English Court emphasized at the outset that it would be non-justiciable, and therefore impossible for contracts, to be subject to two different legal systems since the relevant Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations states that «[a] contract shall be governed by the law chosen by the parties». This needs to be read in conjunction with Article 1 of the Rome Convention, according to which the Rules of the Convention «shall apply to contractual obligations in any situation involving a choice between the laws of different countries». This means that only the choice of a national legal system is a valid choice of law. The Rome Convention as a whole does not contemplate the choice of a non-state legal system such as Islamic law. In addition, the English Court characterized the principles of Shari'ah as representing a

socio-religious code of conduct, something different from, and at the same time more and less than, a classic state legal system. Islamic law, in the view of the English Court, was also insufficiently determinate since it is debated even among its own legal scholars, and on the whole inadequately codified. The English Court further found it highly improbable that the parties to the contract would wish for a secular English court to decide a legal dispute on the basis of Islamic law. This reasoning by the English Court upheld the lower court's observation that there was no compelling interest to examine religious questions, since the Shari'ah boards of the relevant parties had already done so and passed their judgment. Both the English Court and the London High Court thus reached the result that the contractual reference to Islamic law was nothing more than a non-binding statement of purpose by the bank to pursue Shari'ah compliant financing. The English Court concluded with the self-confident assertion that English law, distinguished internationally for its popularity and high quality, should not be diluted by religious principles. In doing so, the English court rejected the defense by noting that the commercial reality of the agreement was clear to both parties from the beginning, and this reality must be considered in interpreting the agreement. A loan transaction was hidden in *murabaha* clothing.

The English Court made it unmistakably clear that it would generally uphold agreements in which religious Islamic parties are participants so long as the agreements can be reconciled with English law. Furthermore, English courts will not take the place of the Shari'ah boards by reviewing a contract's consistency with Islamic law. The judgment takes care to secure substantial legal certainty for financial institutions. It thus shifts and reduces the particularities of Islamic finance to the preparation of the contract and the internal review of the relevant materials. This ultimately makes dependable legal advice necessary».

²⁴ Estas dos cuestiones están relacionadas, a su vez, con la pregunta de si en una operación compleja, compuesta de una pluralidad de relaciones jurídicas, debe identificarse un único contrato mayor sobre la base del cual se determine la ley aplicable al contrato; o bien admitir la noción de *dépeçage* en virtud de la cual la operación se desglosaría en varias partes componentes, potencialmente sometidas a diferentes leyes aplicables. Véase BÄLZ, K., «Islamic Law as Governing Law under the Rome Convention. Universalist Lex Mercatoria vs. Regional Unification of Law», *op. cit.*, p. 46.

²⁵ Véase el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

²⁶ Suponiendo que se cumplan los requisitos de los artículos 1 a 6.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 4 de noviembre de 2015, tuvo lugar en Sevilla la *JORNADA LOS DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: ANÁLISIS DE LAS TRANSMISIONES SUJETAS EN MATERIA DE PATRIMONIO HISTÓRICO, ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS Y VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL*, 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.

Presentación: D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios y Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 17.

Exposiciones: A cargo de:

D. Jesús JIMÉNEZ LÓPEZ, Letrado de la Junta de Andalucía.

D. Daniel DEL CASTILLO MORA, Letrado de la Junta de Andalucía.

D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios y Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 17.

Dña. Sara GÓMEZ LÓPEZ, Vocal de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente y Registradora de la Propiedad de Punta Umbría.

Los días, 17, 18 y 24 de noviembre de 2015, se celebró en Sevilla el *CURSO NOVEDADES DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA*, organizado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Exposiciones:

«Revisión de actos en vía administrativa», por D. José Francisco PARRA SOLER, Asesor técnico tributario de la Junta de Andalucía.

«Novedades de la LGT en recaudación. Novedades de la LGT en el procedimiento inspector. Novedades de la LGT en el procedimiento sancionador.

Novedades de la LGT en información y asistencia», por D.^a Rocío MARTÍN PALANCO, Jefa de la unidad de información y atención al contribuyente de la Junta de Andalucía.

«Procedimiento de control de presentación de autoliquidaciones», por D.^a Rocío MARTÍN PALANCO.

«Procedimiento de comprobación de valores. La tasación pericial contradictoria», por D. Gabriel GARCÍA FERNÁNDEZ, Adjunto al Jefe de la unidad de gestión tributaria de la Junta de Andalucía.

«Novedades de la LGT en la gestión tributaria», por D. José Francisco PARRA SOLER, asesor técnico tributario de la Junta de Andalucía.

«Procedimiento de verificación de datos y procedimiento de comprobación limitada», por D.^a Amalia CARMONA ROMERO, asesor técnico tributario de la Junta de Andalucía.

Los días 26 de noviembre de 2015 a 4 de febrero de 2016 se celebraron en Sevilla, las JORNADAS SOBRE LA LEY 15/2015 DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA LEY 13/2015 DE REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA, organizadas por el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Registradores de Andalucía Occidental, Universidad Pablo de Olavide y la Universidad de Sevilla.

Director Académico:

Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, profesor titular de Derecho Civil (Acreditado al cuerpo de Catedráticos de Universidad), Universidad Pablo de Olavide.

Directores Científicos:

Manuel Antonio SEDA HERMOSÍN, Presidente de la Academia Sevillana del Notariado, Juan José PRETEL SERRANO, Decano del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental.

Coordinadores:

Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ, profesor de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide.

Manuel ALONSO NÚÑEZ, profesor de Derecho Civil, Universidad de Sevilla.

1ª Sesión.—*Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria (I)*. (Sede: Colegio de Registradores de Andalucía Occidental).

Inauguración:

«La coordinación entre el Registro de la propiedad y el Catastro», por Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del SER de Andalucía Occ. y registrador de la propiedad de Sevilla núm. 17.

Ponencias:

«Incorporación de la base gráfica», por Manuel RIDRUEJO RAMÍREZ, registrador de la propiedad de Carmona.

«La inmatriculación», por Santiago MOLINA ILLESCAS, registrador de la propiedad de Camas.

«Reanudación del tracto sucesivo», por Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ, Teniente Fiscal, jubilado.

«Aspectos Notariales de la inmatriculación y la reanudación del tracto sucesivo», por José Enrique CARMONA CUENCA, notario de Trigueros.

2ª Sesión.—*Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria (II)*. (Sede: Colegio de Registradores de Andalucía Occidental).

«El deslinde y la obra nueva», por Antonio Jesús NAVARRO VALIENTE, registrador de la propiedad de Olvera.

«La rectificación», por Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, registrador de la propiedad de Sevilla.

«El título público adquisitivo», por Javier FEÁS COSTILLA, notario de Sevilla.

«La certificación administrativa», por Reyes MUÑIZ GRIJALVO, registradora de la propiedad de Aracena.

3ª Sesión.—*La Ley de Jurisdicción Voluntaria (I): Derecho de la Persona*. (Sede: Salón de Grados del Edificio 7 de la Universidad Pablo de Olavide).

«Las características más relevantes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria», por Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, catedrático de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid.

«Retorno de menores de edad en caso de sustracción internacional», por Daniel VALPUESTA CONTRERAS, Fiscal coordinador de Familia y Protección de Menores de la Fiscalía Provincial de Sevilla.

«Los expedientes sobre adopción. Secretario Judicial», por Teresa LEÓN LEAL, Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 17 (Familia).

«La tutela», por Manuel RIVERA FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla.

4ª Sesión.—*La Ley de Jurisdicción Voluntaria (II): Derecho de Familia*. (Sede: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla).

«Acta de notoriedad para la constancia del régimen económico legal del matrimonio», por Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occ. y registrador de la propiedad núm. 1-II, mercantil y bienes muebles de Sevilla.

«Celebración del matrimonio, separación y divorcio mediante notario», por Guillermo Cerdeira BRAVO DE MANSILLA, profesor titular de Derecho civil (Acreditado al cuerpo de Catedráticos de Universidad). Universidad de Sevilla.

«El nuevo matrimonio celebrado en forma religiosa», por Francisco Capilla Roncero, catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla.

«La intervención judicial en relación con la patria potestad», por María José CUENCA BONILLA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 6 (Familia).

5ª Sesión.—*La Ley de Jurisdicción Voluntaria (III): Derecho de Sucesiones. (Sede de Sevilla: Ilustre Colegio Notarial de Andalucía).*

«Novedades en materia testamentaria», por Carmen VELA FERNÁNDEZ, notaria de Sevilla.

«Aceptación y repudiación de la herencia», por Isidoro LORA TAMAYO, notario Jubilado de Alcalá de Henares.

«Contador-partidor dativo», Carlos PÉREZ RAMOS, notario de Madrid.

«La indignidad sucesoria», por Francisco INFANTE RUIZ, profesor titular de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.

6ª Sesión.—*La Ley de Jurisdicción Voluntaria (IV): Derecho Mercantil, Derecho de Obligaciones y Conciliación. (Sede de Sevilla: Ilustre Colegio Notarial de Andalucía).*

«Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia mercantil: aspectos más destacados», por Eduardo GÓMEZ LÓPEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla.

«El Registro Mercantil y los expedientes de jurisdicción voluntaria», por Juan Ignacio MADRID ALONSO, registrador de la propiedad de Sevilla núm. 1-III, mercantil y bienes muebles de Sevilla.

«Ofrecimiento y consignación del pago», por Ana CAÑIZARES LASO, catedrática de Derecho civil, Universidad de Málaga.

«La conciliación notarial», por José Enrique CARMONA CUENCA, notario de Trigueros.

El día 16 de diciembre de 2015, tuvo lugar la CONFERENCIA *EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Ponentes:

D. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, catedrático de Derecho Internacional Privado.

D. Jesús Julián URBANO SOTOMAYOR, registrador de la propiedad de Montoro.

Se ha celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada la JORNADA DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO 2015/2016. *LA COORDINACIÓN ENTRE REGISTRO Y CATASTRO: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA CATASTRAL, NOTARIAL Y REGISTRAL.*

Organizan:

D. Miguel OLMEDO CARDENETE, catedrático de Derecho Penal y Decano Facultad Derecho.

D. Pablo DE ANGULO, Decano Territorial de Andalucía Oriental.

Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada, de Derecho Civil y directora de la Cátedra de Derecho Registral UGR.

Presentación: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada, de Derecho Civil y Directora de la Cátedra de Derecho Registral.

D. Antonio Juan GARCÍA AMEZCUA, director de la Academia Granadina del Notariado.

Ponencias:

«Aspectos registrales de la ley», por D. Joaquín DELGADO RAMOS, director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía oriental.

«Aspectos catastrales de la ley», por D. Pablo PUYAL SANZ, Adjunto a la Directora General. Dirección General del Catastro.

Coloquio y Moderación del debate:

D. Jose Antonio RUIZ-RICO MÁRQUEZ, registrador colaborador de la cátedra de Derecho Registral.

SEMINARIOS PRÁCTICOS PERMANENTES organizados por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Seminario 1: *El Registro de la Propiedad en España. Visión práctica de los principios registrales de carácter formal. El asiento de presentación.*

20 de octubre de 2015.

Ponente: D. José Luis LACRUZ BESCOS, registrador de Vera.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada de Derecho Civil y directora de la cátedra de Derecho Registral.

Seminario 2: *Propiedad urbana y Registro. La propiedad horizontal.*

10 de noviembre de 2015.

Ponente: Dña. Laura RODRÍGUEZ ROLDÁN, registradora de Alhama de Granada.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada de Derecho Civil y directora de la cátedra de Derecho Registral.

Práctica 3: *Propiedad rústica y Registro. Montes y vías pecuarias.*

17 de noviembre de 2015.

Ponente: D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, registrador de Vélez Málaga 1.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora Titular, Catedrática Acreditada, de Derecho Civil y Directora de la Cátedra de Derecho Registral.

Seminario 4: *Títulos que acceden al Registro. Asientos registrales. Anotaciones Preventivas.*

24 de noviembre de 2015.

Ponente: Dña. Cristina PALMA LÓPEZ, Registradora de Almuñécar.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Profesora Titular, Catedrática Acreditada de Derecho Civil y Directora de la Cátedra de Derecho Registral.

Seminario 5: *Publicidad Registral: notas simples y certificaciones.*

1 de diciembre de 2015.

Ponente: Francisco GERMAN TABOADA, registrador de Granada núm. 1

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada de Derecho Civil y directora de la Cátedra de Derecho Registral.

Seminario 6: *Recursos y otras vías de calificación.*

16 de diciembre de 2015.

Ponente: Asunción FERNÁNDEZ, registradora de Granada núm. 1

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada de Derecho Civil y directora de la Cátedra de Derecho Registral.

Seminario 7: *Ejecución y Registro. Principios registrales de carácter sustantivo.*

12 de enero de 2015.

Ponente: D. Sergio VELASCO, registrador de El Ejido (Almería).

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, profesora titular, catedrática acreditada de Derecho Civil y directora de la Cátedra de Derecho Registral.

Seminario 8: *Cláusulas abusivas y control registral*.

18 de enero de 2016.

Ponente: D. Francisco PERTIÑEZ VILCHEZ, Profesor de Derecho Civil, Universidad de Granada.

Presenta: Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Profesora Titular, Catedrática Acreditada de Derecho Civil y Directora de la Cátedra de Derecho Registral.

El día 19 de enero de 2016 se celebró, en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, el acto PRESENTACIÓN DE LA OBRA COLECTIVA *PRESENTE Y FUTURO DEL MERCADO HIPOTECARIO Y LEY DE SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA CONSUMIDORES/AS Y EMPRESARIOS/AS*, fruto del II Congreso, y el nombramiento del Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada 2014-2015.

I. *Presentación de la Obra Colectiva*

Intervinieron:

Sra. Rectora Magnífica Prof^{ra}. Dra. Dña. Pilar ARANDA RAMÍREZ.

Sr. Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Dr. D. Miguel OLMEDO CARDENETE.

Sr. Director General de los Registros y del Notariado, D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO.

Sr. Decano Territorial de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, D. Pablo DE ANGULO RODRÍGUEZ.

Sr. Catedrático de Derecho Civil, Dr. D. Antonio ORTI VALLEJO.

Sr. Director Territorial de BMN Caja Ganada, Salvador CURIEL GONZALEZ.

Sr. Registrador-Colaborador de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR, D. Jose Antonio RUIZ-RICO.

II. *Conferencia «El derecho real de hipoteca en Europa. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de préstamos hipotecarios».*

D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Presentación a cargo del Sr. Decano de la Facultad de Derecho, Prof. Dr. D. Miguel OLMEDO CARDENETE.

III. *Entrega de la distinción Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada 2014-2015:*

A D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, a cargo de la Sra. Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la UGR, Prof^{ra}. Dra. Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA.

El día 17 de febrero tuvo lugar en Sevilla una JORNADA SOBRE COORDINACIÓN CATASTRO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Intervenciones:

D. Francisco Javier MANRIQUE PLAZA, notario de Jerez de la Frontera.

D. Antonio GINER GARGALLO, Vicedecano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

D. Pablo PUYAL SANZ, Adjunto a la Directora General del Catastro.

Mesa Redonda:

Con la participación de los ponentes.

Clausura de la jornada:

Dña. Belén NAVARRO HERAS, Directora General del Catastro

D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

ARAGÓN:

Los días 1 y 2 de octubre, organizadas por la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar las JORNADAS NACIONALES ACCESO A LA VIVIENDA Y CONTRATACIÓN, con el siguiente programa:

Día 1 de octubre: Presenta y modera don Francisco de Asís PIZARRO MORENO, Decano del Colegio Notarial de Aragón.

«Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda», por doña Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, Universidad de Castilla-La Mancha.

«Extensión del principio de protección del consumidor a la ejecución hipotecaria», por don Juan HERRERO PEREZAGUA, Universidad de Zaragoza.

«La formación del contrato de obra», por doña Ana DÍAZ MARTÍNEZ, Universidad de Santiago de Compostela.

Mesa redonda profesionales: Aspectos prácticos de la contratación sobre la vivienda. Modera don Ángel DOLAZO PÉREZ, Juez Decano de Zaragoza

«El derecho a la vivienda», por don Javier SEOANE PRADO, magistrado.

«Contratación inmobiliaria y control notarial», por don Tomás GARCÍA CANO, notario.

«Contratación inmobiliaria y control registral», por don Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, registrador de la propiedad.

«Pasado, presente y futuro de la financiación inmobiliaria», por don Rafael AL-CÁZAR CREVILLÉN, abogado, Presidente de la Fundación Caja Inmaculada.

Día 2 de octubre: Presenta y modera: Doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, decana del Decanato de los Registradores de Aragón.

«Financiación hipotecaria a consumidores, transparencia y cláusulas abusivas», por doña Helena Díez GARCÍA, Universidad de León.

«Delitos en el tráfico inmobiliario», por doña M.^a Ángeles RUEDA MARTÍN, Universidad de Zaragoza.

Presentación del libro Acceso a la vivienda y contratación, con la intervención de:

Don Adolfo CALATAYUD SIERRA, notario de Zaragoza.

Don Julio TEJEDOR BIELSA, Codirector Cátedra Zaragoza Vivienda.

Doña M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, directora de las Jornadas, directora de la obra colectiva.

En los meses de noviembre y diciembre se celebraron los XXV ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS* (en los que participa, entre otros, este Decanato) con arreglo al siguiente programa:

Día 3 de noviembre (Zaragoza): *Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch.*

Ponentes:

Don José Antonio ESCUDERO, presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Don Antonio PÉREZ MARTÍN, catedrático de Historia del Derecho, Universidad de Murcia.

Día 10 de noviembre (Zaragoza): *25 años del Foro de Derecho Aragonés. Presente y futuro del Derecho Aragonés.*

Ponentes:

Don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

Día 17 de noviembre (Zaragoza): *Espacios naturales protegidos: ¿Oportunidad o limitación de derechos?*

Ponente:

Doña María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, profesora de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Coponentes:

Don Joaquín DE GUERRERO PEYRONA, abogado.

Don Pablo MUNILLA LÓPEZ, ingeniero de Montes.

Día 24 de noviembre (Zaragoza): *Reglamento sucesorio europeo y derecho interregional.*

Ponente:

Ilmo. Sr. D. Francisco DE PAULA PUIG BLANES, Magistrado Juez.

Coponentes:

Don Juan María DÍAZ FRAILE, registrador de la propiedad, Director del Servicio de Estudios Registrales.

Don Javier PÉREZ MILLA, profesor titular de Derecho Internacional, Universidad de Zaragoza.

Día 1 de diciembre (Teruel): *Seguros de vida, Fondos de Pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte.*

Ponente:

Don Luis Alberto MARCO ARCALÁ, profesor titular de Derecho Mercantil, Universidad de Zaragoza.

Coponentes:

Don Fernando FÉLIX ALONSO ADRIO, notario.

Don José Antonio MONTÓN DEL HOYO, abogado.

El día 3 de diciembre tuvieron lugar las XIII JORNADAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO:

«El Tribunal Constitucional, su compromiso con la Constitución de 1978 y los derechos de los ciudadanos», por el Excmo. Sr. D. Antonio NARVÁEZ RODRÍGUEZ, magistrado del Tribunal Constitucional.

«Tribunal Constitucional y Estado Autonomico», Dr. D. Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

MADRID.

El día 10 de marzo, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO *SOBRE LOS PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL, EN LOS SISTEMAS ESPAÑOL E ITALIANO.*

Ponentes:

Roberto PIROZZI, Universidad de Roma LUMSA, abogado.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA, Universidad Complutense de Madrid, abogado.

El día 22 de abril, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO *EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA*.

Ponentes:

Rui Manuel GENS MOURA RAMOS, Professor Catedrático en la Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra.

Andrés RODRÍGUEZ BENOT, Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Pablo de Olavide. Sevilla.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Subasta judicial y transmisión de la propiedad, J. P. MURGA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, ISBN 978-84-9098-402-4

por

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia

Actualmente, la interdisciplinariedad en el ámbito científico —ahora es más frecuente emplear el sinónimo transversalidad— se considera de modo generalizado un valor. Muestra de ello es su potenciación, a veces hasta el punto de exigirla como requisito *sine qua non*, en muchas de las convocatorias públicas de proyectos de investigación.

Quien suscribe, sin compartir íntegramente ese parecer, pues conoce obras marcadamente interdisciplinares que no añaden nada al progreso científico, y trabajos que abordan un tema desde una única perspectiva que constituyen auténticas obras maestras, sí sabe reconocer, no obstante, que el análisis multidisciplinar implica un plus de complejidad. De modo que si el resultado que arroja el mismo es bueno, el reconocimiento a su autor o autores ha de incrementarse proporcionalmente a ese plus de dificultad.

La monografía del profesor MURGA FERNÁNDEZ aborda desde la doble perspectiva sustantiva y procesal el tema de la subasta judicial de inmuebles y la transmisión de la propiedad que lleva consigo. Y el resultado son unas conclusiones profundas, excepcionalmente bien documentadas doctrinal y jurisprudencialmente, rigurosas y sugerentes.

Tras un galano prólogo del prof. CAPILLA RONCERO, la obra comienza con un capítulo destinado al establecimiento de las bases sustantivas de la subasta judicial, como acto que origina una relación jurídica de venta, y su tramitación procesal. En él el autor se adentra, en primer término, en el estudio de la naturaleza jurídica de la subasta, adscribiéndose en esencia a la teoría en su día defendida por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN en «Los llamados contratos forzosos». A continuación, examina las importantes diferencias que existen entre la compraventa y la subasta desde el punto de vista de los sujetos intervinientes, haciendo especial hincapié en el órgano judicial ejecutor —y dentro de él en el papel que desempeña el letrado de la administración de justicia—, en el deudor ejecutado y su verdadera condición de vendedor transigente, y en el adjudicatario. Finalmente, expone el conjunto de actuaciones procesales que integran la subasta de bienes inmuebles, incluyendo entre tales, como no podía ser de otro modo, los esenciales actos preparatorios.

A partir de tales premisas, el autor proporciona en el siguiente capítulo una visión de conjunto y diáfana de cuáles han sido y son los interrogantes jurídi-

cos ante los que se ha planteado la trascendencia de determinar el momento traslativo del inmueble subastado (en puridad, del derecho real sobre el bien inmueble). Y acto seguido profundiza en la postura que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha adoptado sobre dicho momento traslativo en la resolución de esos interrogantes.

Tras justificar cumplidamente que tal jurisprudencia le parece insatisfactoria —en un símil que equiparase a un iceberg su argumentación frente a la jurisprudencia, la punta de este sería que la teoría del título y el modo no ha de aplicarse a transmisiones derivativas que no tienen un origen contractual—, el núcleo del capítulo tercero es el planteamiento de su propia tesis acerca del momento traslativo. Tesis que dejamos al lector de la obra que descubra, si bien le anticipamos que dista de la que hoy pudiera considerarse preponderante, a saber, la que tiene el punto de mira en el decreto de adjudicación y la expedición de testimonio del mismo. El criterio defendido por el autor es desde luego discutible, pero no puede afirmarse que se haya construido sin la suficiente reflexión. De hecho, su exposición se complementa con las aportaciones de la doctrina en la materia, tanto sobre el Derecho vigente como sobre el ya derogado y, de forma sobresaliente, con el análisis, desde la perspectiva de derecho comparado, del régimen jurídico italiano.

Corola el cuerpo de esta obra un cuarto capítulo destinado al examen de situaciones anómalas —el autor las califica de patológicas— en la transmisión de la propiedad operada mediante venta judicial. Son los casos de existencia de cargas anteriores no recogidas en la certificación de dominio y cargas, de constancia de una prohibición de disponer sobre el bien subastado y de ausencia de titularidad dominical del deudor respecto del bien que ha sido subastado.

La investigación se completa con la reunión final de todas las conclusiones alcanzadas, una relación bibliográfica y la enumeración, con todos los datos para su rápida localización, de las múltiples sentencias y resoluciones citadas. La faena se remata certeramente con dos anexos que contienen cuadros comparativos sobre diversos aspectos de la tramitación de la subasta judicial desde la LEC de 1881 hasta el régimen vigente.

Retomando la idea con la que hemos comenzado, el resultado de la labor de investigación del profesor MURGA plasmada en esta monografía es indiscutiblemente bueno. Por el magnífico empleo de las fuentes de conocimiento, por las propuestas que contiene, sin duda dignas de reflexión y discusión y, a nuestro juicio sobre todo, por advertir de nuevo sobre la necesidad de que el legislador procesal aborde mejor el momento traslativo de la venta judicial, sustituyendo las equívocas remisiones a la normativa civil actualmente vigentes por indicaciones precisas y claras al respecto que no circunscriban su virtualidad solo al *dies ad quem* para la interposición de la tercería de dominio. Si unimos a ello que el abordaje ha sido multidisciplinar (Derecho sustantivo-Derecho procesal), no podemos más que felicitar al autor y felicitarnos la comunidad de juristas por la aparición de este trabajo, en el que la construcción teórica está encaminada a la mejora de la práctica jurídica.

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



9 770210 044002