

LaNotaria

Número 2-3 | 2019

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

La Comisión de Asuntos Europeos de la UINL y la Academia Notarial Europea, un año más en Barcelona

La digitalización del Derecho Privado

«Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica»

Entrevista a Franco Salerno Cardillo

PRESIDENTE DE LA CAE

«La aportación notarial es muy importante por la solidez de su formación y criterio»

Entrevista a Juli de Miquel

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE BARCELONA

La abolición de la incapacitación.
El notario y los apoyos a la discapacidad (I)

Josep Maria Valls i Xufré

TRIBUNA

Pedro Martínez Pertusa
Alejandro Fuentes-Lojo Rius
Josep M^a Valls Xufré
Pedro Carrión García de Prada
María de los Reyes Sánchez Moreno
Joan Carles Ollé Favaró

DOCTRINA

El derecho a la vivienda en el derecho convencional internacional y comunitario
El tiempo en los arrendamientos urbanos: ¿qué pasa si es indefinido e indeterminado?

PRÁCTICA

La asistencia financiera a los socios

SERÁ TU PRIMERA REFERENCIA DE CONSULTA

LEFEBVRE QMEMENTO Notarios

Presentamos QMemento Notarios, una aplicación diferente, eficaz y específica para tu profesión, que incluye:



Los Mementos Francis Lefebvre: garantía de acceso inmediato a soluciones rigurosas y de directa aplicación. Mementos: Fiscal, Sociedades Mercantiles, Sucesiones y Transmisiones (Fiscal), Familia, Sucesiones (Civil).



Los Formularios Prácticos Sociedades Anónimas y Limitadas, con todos los documentos necesarios para cada operación, incluidas las escrituras públicas.



Una **base de datos jurídica que te ofrece todos los fundamentos** que respaldan las soluciones propuestas: normas, sentencias, resoluciones administrativas, etc.



Y además es **multisoporte**, consulta la información en cualquier momento y lugar.

SOLICITA MÁS INFORMACIÓN

91 210 80 00
clientes@lefebvre.es

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Javier Martínez Lehmann

Consejo de redacción:

Víctor Javier Asensio Borrellas, Leticia Ballester Azpitarte, Víctor Esquirol Jiménez, Pablo Gómez Clavería, Jesús Gómez Taboada, Antonio Longo Martínez, Susan Marsinyach Calvet

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (U. de Barcelona), Luis Humberto Clavería Gosálbez (U. de Sevilla), Andrés Domínguez Luelmo (U. de Valladolid), Joan Egea Fernández (U. Pompeu Fabra), Ignacio Farrando Miguel (U. Pompeu Fabra), Jacinto Gil Rodríguez (U. del País Vasco), José Luis Linares Pineda (U. de Girona), Sergio Llebaría Samper (Esade-URL), Juan José Marín López (U. Castilla-La Mancha), José María Miquel González (U. Autónoma de Madrid), Susana Navas Navarro (U. Autónoma de Barcelona), Pablo Salvador Coderch (U. Pompeu Fabra), Antoni Vaquer Aloy (U. de Lleida), Rafael Verdera Server (U. de Valencia), Francisco Vicent Chuliá (U. de Valencia), Roberto Follá Camps (Notario - RALJC), José Antonio García Vila (Notario), Ildefonso Sánchez Prat (Notario), Josep M.ª Valls Xufré (Notario), M.ª Angels Vallvé Ribera (Notario)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión
por Lefebvre-El Derecho

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

NIPO (Papel): 051180400

NIPO (PDF): 051180416

Todos los derechos reservados.

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 Il·lustre Colegio de Notaris de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.notariosdecataluña.org
lanotaria@catalunya.notariado.org

Intervención notarial y libertad personal y negocial

En estos tiempos de post desregulación, pues la crisis financiera parece haber calmado los ímpetus de tantos y de tantas teorías y elucubraciones que solo acreditaban su eficiencia sobre el papel impreso de informes *ad hoc* o de páginas de libros tan bien elaborados y mejor presentados como faltos de adecuación a la realidad socio-económica y menos a la condición humana; de nuevas formas de propiedad, y, sobre todo, de titularidad, en que tan ufana como apodícticamente se afirmaba que valía más un trozo de papel (como soporte documental o simple anotación en cuenta como elemento representativo de un valor mobiliario) que varias hectáreas en un páramo, aunque luego la realidad haya constatado que el páramo sigue siendo lo que era y, cuando menos, valía lo que valía (económica, biológica e incluso sentimentalmente), salvo que pudiera recalificarse que entonces mejor ya no hablar, frente a esas otras propiedades que cual castillo de naipes –y no obstante todas las auditorías, controles contables, fiscales, del mercados de valores, etc.- se derrumbaban sin valer ni lo que el trozo de papel valía (que obviamente es nada); y, como no podría ser menos, de superación de la vieja realidad del estatus (*civitatis, libertatis e familiae*), se hace necesario constatar algunas nuevas realidades y, en ellas, la creciente necesidad de intervención del notario como mejor garante de la libertad individual y, también, de la autonomía privada.

No puede olvidarse que la pretendida libertad de forma es la mejor garantía de que el “contratante fuerte” imponga su voluntad, tanto en su redacción como en su ejecución (pues no es gratis la ejecución judicial, ni inmediata, como tampoco la mediación) de ahí que no solo surja la figura del consumidor, sino que tendrá que llegar el momento que se garantice la igualdad del “contratante débil” que también puede serlo una PYME o incluso un pequeño profesional. Lo cierto es que la legislación europea no siempre discurre por estos derroteros, pero tampoco puede desconocerse que incluso en el derecho codificado –fiel reflejo de una concepción burguesa de la economía y la sociedad imperante- existen mecanismos y elementos para alcanzar el equilibrio contractual, singularmente a través de la aplicación de la buena fe. Al efecto, el negocio jurídico se contemple o no como tal, o incluso se emplee o no esta denominación en el derecho codificado, lo cierto es que es la mejor expresión de la voluntad del hombre y de su autodeterminación, eso sí no todos están en la posibilidad de lograr acomodar su voluntad a las categorías jurídicas adecuadas a unos costes razonables, que sí ofrece el notariado, que, además, debe asesorar a la parte más débil (v. art. 147 Reglamento notarial).

Llegados a este punto, la función notarial –como notariado latino germánico- resulta trascendental en cuanto no meramente fedataria sino por verdaderamente notarial, al serle imperativo adecuar la libre voluntad a las pertinentes categorías jurídicas, pues como se ha dicho –y es notorio- los valores propios del ciudadano son la libertad y la igualdad, y las tres vías para transmitir la riqueza –así como para ajustar la realidad económica a la necesidad del ciudadano, que no es solamente consumidor- son el contrato, el testamento y la donación, y es que hoy como ayer la riqueza todavía –aunque no lo sea en la forma predominante en que lo era- es la riqueza inmobiliaria, al margen de que se posea a través de sociedades interpuestas, fiduciarias, etc., pero ahí está el notario, y ahí se tiene que comprobar y acreditar la titularidad real.

Función notarial imprescindible, pues, sin duda, será necesario ir reformando leyes o incluso dictando otras nuevas, pero, lo cierto, es que la evolución no es ya a través de la reforma legislativa, pues aunque incesante aún lo tendría que ser más, al ser sabido que no es ya la

ley, en la sociedad postindustrial, la fuerza transformadora, sino que incluso inmutados los códigos, en tanto permitan la libertad contractual, de lo que es ejemplo epónimo y con sus justos límites el art. 1255 CC, será la vía contractual, con los contratos atípicos, como se va adecuando la realidad, y aquí el notariado está llamado a ir creando el derecho vivo, como lo ha venido haciendo, sea con la propiedad horizontal; con las sociedades (cierto que esclerotizadas de tanto control en algunos aspectos, cuando no puede olvidarse que es un pacto entre los socios para ser eficaz entre ellos e incluso frente a terceros que quieran ingresar, pues estos ya evaluarán si les interesa ingresar o no, o exigir modificaciones); con la planificación sucesoria; con los derechos reales atípicos o el clausulado específico de los contratos.

Necesaria también en esta época de nuevos sujetos, carentes de subjetividad jurídica –tal que los animales- pero merecedores de tutela, y, desde luego, de necesidad de diferenciarlos de las cosas, con un estatus intermedio entre el sujeto de derecho y el bien, y, en lo que concierne a los animales de compañía con creciente problemática en las rupturas matrimoniales e incluso ya en el fenómeno sucesorio, donde también se da la presencia notarial.

Notoria realidad es, también, la del sujeto “débil” por su edad, sea menor o anciano, o por su realidad psíquica o física, incapacitados judicialmente, sordos, ciegos, etc., y para ellos hoy –junto a su creciente autonomía en todos los órdenes- ya es no solo la más elemental sensibilidad humana la que exige un trato protector diferencial sino las mismas Convenciones de las que España forma parte las que exigen tener que adecuar o, hasta que llegue, interpretar nuestros Ordenamientos positivos conforme a ellas, y aquí, singularmente en la asistencia, debería ser natural la intervención notarial, como vía fácil y segura para adecuar la voluntad del asistido y la posible evolución de sus necesidades.

En fin, si se ha dicho que el orden público y la moral o las buenas costumbres (art. 1255 CC) no son sino uno de tantos instrumentos de control de la sociedad, aunque en los tiempos actuales en evidente cambio, pero igualmente cierto es que la buena fe (ejemplarmente recogida en nuestro art. 1258 CC) está presente en toda la contratación, sea en su inicio precontractual, en su ejecución y en su mismo cumplimiento o responsabilidad contractual, y aquí también la presencia del notario puede ser garante del verdadero equilibrio contractual y serlo además en el momento contractual oportuno (lo garantiza ahora la vigente Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario).

Creo, en suma, que queda claro que en la nueva sociedad, tanto en lo personal como en lo económico, la función notarial, no la meramente fedataria, las máquinas también pueden acreditar eso sí mecánicamente, cumple una función si cabe más trascendental en garantizar la libertad, no solo la personal, de libertad de elección (por su implantación territorial y la libertad de elección) sino, también, para adecuar su autonomía privada, por un tercero cualificado, neutral y protector de la parte “débil”, en el momento trascendental y sin sobrecargas burocráticas, ni de costes.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Intervención notarial y libertad personal y negocial
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- La responsabilidad social del notariado: la Fundación Notariado
Pedro Martínez Pertusa 7
- La ineficacia de la resolución notarial del contrato de arrendamiento de finca urbana del art. 27.4 de la LAU y su necesaria reforma
Alejandro Fuentes-Lojo Rius 12
- La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (I)
Josep Maria Valls Xufré 16
- La Academia Notarial Europea
Pedro Carrión García de Parada 27
- CAE: Fin de legislatura en Barcelona
María de los Reyes Sánchez Moreno 31
- Situación actual y perspectivas de futuro del Código civil de Cataluña. Análisis de las leyes civiles del periodo 2015-2019
Joan Carles Ollé Favaro 34



Entrevista

- "Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica"
Franco Salerno Cardillo 52
- "La aportación notarial es muy importante por la solidez de su formación y criterio"
Juli de Miquel Berenguer 57



Doctrina

- El derecho a la vivienda en el derecho convencional internacional y comunitario
Josep M^a Fugardo Estivill 63
- El tiempo en los arrendamientos urbanos: ¿qué pasa si es indefinido e indeterminado?
Enrique Peruga Pérez 103



Internacional

- El derecho privado en el nuevo paradigma digital
Resumen de ponencias 118
- *Survey on China's Intellectual Property Judicial Reform* / Estudio sobre la reforma judicial de la propiedad intelectual en China
Li Xiaomin & Liao Qian 146



Práctica

- Asistencia financiera a socios
Javier Martínez Lehmann 156



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo
Redacción Lefebvre 162
- Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
Víctor Esquirol Jiménez 170



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad
Fernando Agustín Bonaga 172
- Resoluciones de la DGRN en recursos de materia fiscal
Redacción Lefebvre 222
- Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat
Víctor Esquirol Jiménez 229



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 237

La responsabilidad social del notariado: la Fundación Notariado



Pedro Martínez Pertusa
Decano del Colegio Notarial de Murcia

La sociedad del siglo que vivimos requiere que todas las instituciones que en ella conviven y se desarrollan tengan un suplemento de contenido y compromiso, más allá del que le es propio para el cumplimiento de sus finalidades esenciales. Debemos partir de la idea de que ninguna actividad, sea profesional, empresarial, laboral o de cualquier otro tipo, se justifica por sí sola, sino que está incardinada en la estructura social como una pieza de una maquinaria que debe funcionar en la medida del valor de las partes que la componen.

Las personas y las corporaciones ostentan, qué duda cabe, su propia individualidad y sus características singulares que las diferencian de sus iguales, les dan valor y su promoción y desarrollo les marca el camino hacia la excelencia, como objetivo que debe procurarse. Pero los tiempos en que esa autosuficiencia y endogamia eran por sí solos justificadores de una institución se atisban ahora lejanos. La idea de la coo-

peración y el desarrollo de los grupos humanos en su conjunto emerge con fuerza desde finales del siglo pasado, convirtiéndose no sólo en una aspiración, sino en el objetivo primordial que a todos atañe, y al que se le atribuyen diversas denominaciones como la de sociedad del bienestar. Las actuaciones tendentes a conseguir este propósito son de lo más variado y abarcan campos diferenciados y complementarios.

El notariado, como suma de sus componentes notarios y como institución que los aglutina, no es ajeno a esta nueva forma de concebir la sociedad, y casi cabría decir que fue precursor de esta visión al diseñar una profesión con un **fuerte componente social**, marcada por el servicio público y la preocupación por el primeramente denominado cliente, luego consumidor y actualmente, con mayor generalidad, usuario del servicio público notarial. Y además de esa atención hacia las personas individuales de igual forma el notariado desde hace años

ha venido realizando **funciones profesionales en beneficio de la colectividad en forma de convenios y acuerdos con otras instituciones del Estado**, administrativas, profesionales, empresariales, universitarias y de cualquier orden, unas dispuestas por las normas legales y otras creadas al amparo de la voluntad específica de las partes.

Pero, según antes hablábamos, **la sociedad que queremos conseguir entre todos necesita una dosis adicional de cooperación y colaboración** más allá de la estrictamente profesional, que no tiene por qué ser ajena a nuestra actividad cotidiana, pero de igual forma puede ser completamente diferente y estar distante de ella, sin que por ello deba verse como una labor extraña, sino como una concepción de la profesión que supera nuestra labor cotidiana y trasciende a la labor de terceros, en el entendido caso de que, aun mirado de forma egoísta, el favorecer a quienes podría pensarse que están distantes, nos



favorece indirectamente a nosotros mismos. Y ello se desprende de la concepción global de la sociedad, cuyos componentes se benefician siempre del beneficio general, al cual por tanto tienen la obligación moral y ética de contribuir. Por tanto, **no se puede alcanzar el desarrollo de todos sin que todos aporten, y esa aportación debe de realizarse asimismo en favor de todos.**

Así las cosas, el **Consejo General del Notariado** ha tomado en consideración la posibilidad de cumplir con este desiderátum social utilizando los cauces legales a su alcance, y particularmente el sistema fundacional, por ser el que con mayor probabilidad se coherencia con la finalidad que se pretende. A partir de ahí, y a un nivel práctico, se **ha optado por revalorizar la Fundación Cultural del Notariado**, que fue constituida en su día como Fundación de interés general, de carácter particular, de naturaleza permanente y de ámbito estatal, reconocida con el carácter de benéfica por Orden del Ministerio de Cultura de 23 de octubre de 1995.

Para la actual etapa se ha decidido abordar **una nueva denominación y unos nuevos signos distintivos** acordes con las modernas perspectivas de comunicación mediática, resaltando la palabra que define nuestra identidad y que nos identifica en el entorno social, NOTARIADO. Y se han configurado los **nuevos fines esenciales, que exceden de los meramente culturales** que en su nacimiento había tenido y

que se extienden a la contribución del notariado al desarrollo social, económico y cultural de la sociedad, en particular la española, así como de las personas y grupos sociales, con especial atención a los valores humanos, su progreso y perfeccionamiento.

De igual forma se ha renovado el **elenco de actividades a desarrollar** para el cumplimiento de tales finalidades, que abarcan materias de muy diversa índole que permitirán estar presentes en distintos campos de actuación. Entre ellas se encuentran:

1ª.- La **cooperación al desarrollo en el ámbito nacional e internacional**, promoviendo actuaciones tendentes a mejorar la calidad de vida, la igualdad de las personas y las comunidades sociales y el respeto a los derechos humanos.

2ª.- La **promoción y desarrollo de los principios constitucionales de seguridad jurídica, legalidad y jerarquía normativa.**

3ª.- La **atención a los problemas que generan las necesidades especiales, particularmente en el ámbito jurídico**, tales como los relativos a personas mayores o con diferentes capacidades.

4ª.- El **estudio de situaciones jurídicas privadas que afecten al medio ambiente y al desarrollo sostenible**, para la integración entre el respeto de los derechos individuales y el beneficio colectivo.

5ª.- El **estudio y la promoción de instrumentos para la transparencia financiera nacional e internacional.**

6ª.- El **impulso de la defensa de los derechos de consumidores** y usuarios a través del asesoramiento previo, la asistencia contractual y precontractual y la preparación de dictámenes sobre situaciones concretas necesitadas de especial protección.

7ª.- El **estímulo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos**, mediante el diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje e instituciones similares, con la finalidad de contribuir a la instauración de la cultura de la paz.

De igual forma se ha renovado el **elenco de actividades a desarrollar para el cumplimiento de tales finalidades, que abarcan materias de muy diversa índole que permitirán estar presentes en distintos campos de actuación**

8ª.- La **promoción del sistema notarial como garante de los derechos de los particulares** y defensa frente a situaciones abusivas y posiciones de dominio de los grandes operadores jurídicos y económicos, tanto públicos como privados.

9ª.- El **desarrollo del notariado español conforme a los códigos deontológicos y de buenas prácticas y a los principios de transparencia y buen gobierno.**

10ª.- La **cooperación con el notariado internacional**, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, y en relación con los países latinoamericanos, emergentes y en desarrollo intermedio.

11ª.- La **promoción de estudios de investigación y divulgación de temas de interés general, predominantemente relacionados con el Derecho**, y de forma especial en el campo de los **derechos privado y notarial**, tanto en el ámbito nacional como internacional.

12ª.- La **celebración de congresos, exposiciones, cursos, seminarios, simposios, mesas redondas y cualesquiera otros eventos**, bien organizados por la propia Fundación, bien en colaboración



con las administraciones o demás entes públicos, bien con otras entidades, empresas o terceros, sobre temas **relacionados con los fines fundacionales**.

13ª.- **Concesión de premios a trabajos de investigación y ayudas**, de cualquier tipo, **para el estudio o la investigación** en temas relacionados con los fines fundacionales.

14ª.- La **publicación por sí sola o en colaboración** con otras entidades o empresas, **de libros, revistas, folletos u otros impresos de investigación o divulgación** de temas relacionados con los fines fundacionales.

En su lectura reposada tales fines se antojan ambiciosos y lejanos, pero es precisamente ese el significado de la participación social. *Sed realistas, pedid lo imposible*, en palabras de Albert Camús. No debemos renunciar a estar en ningún ámbito en el que nuestra cooperación y participación pueda dar razón de nuestro compromiso social.

La estructura de la fundación está diseñada para que formen parte de su patronato cualesquiera personas que así sean elegidas por el Consejo General del Notariado, tanto notarios como personas ajenas a la profesión notarial, que puedan aportar su conocimiento y experiencia en los diferentes ámbitos de actuación que constituyen sus finalidades y actividades

La estructura de la fundación está diseñada para que formen parte de su patronato cualesquiera personas que así sean elegidas por el Consejo General del Notariado, tanto notarios como personas ajenas a la profesión notarial, que puedan aportar su conocimiento y experiencia en los diferentes ámbitos de actuación que constituyen sus finalidades y actividades.

Durante el año dos mil diecinueve fueron aprobados los **nuevos estatutos** y se realizaron las primeras actuaciones hacia el exterior.

En el mes de julio tuvieron lugar en la **Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander** las jornadas organizadas por



la Fundación Notariado en colaboración con el **Colegio Notarial de Cantabria**, bajo la denominación **“Ley de contratos de crédito inmobiliario”**, que reunieron a instituciones y organismos afectados. Los representantes de la administración de justicia expusieron su perspectiva sobre las cuestiones que en mayor medida han sido objeto de tratamiento en las sentencias, tanto españolas como europeas. El mundo universitario estuvo igualmente presente destacando su inestimable espíritu crítico e inconformista con las reformas legales. Asimismo, contamos con la presencia de diversos representantes de los grupos políticos y de consumidores, empresarios del sector bancario, y por supuesto notarios, encabezados por el Director General de los Registros y del Notariado, que compareció en concepto de tal.

De igual forma la Fundación estuvo presente en la organización de las **novenas jornadas notariales de La Palma**, junto con el **Colegio Notarial de Canarias** y la Unión Internacional del Notariado Latino, con asistencia de altos representantes políticos, notariales y judiciales de distintos países iberoamericanos.

De cara al mundo cultural, ha sido suscrito un **acuerdo de colaboración con el Museo del Prado en el que la Fundación patrocina la llamada Cátedra del Museo del Prado** que es una de las principales líneas de actuación del Centro de Estudios del Museo del Prado, en la que se invita a profesionales de reconocido prestigio

a desarrollar, aportando sus valiosos conocimientos y experiencias, un proyecto propio relacionado estrechamente con las colecciones del Prado, los artistas en él representados o la historia misma del Museo. Consta de cuatro conferencias destinadas tanto a un público especializado como a un público general, y de cuatro seminarios en los que participa un escogido grupo de becarios previamente seleccionados. Las conferencias de la Cátedra se recogen luego en una publicación editada por el Museo Nacional del Prado. El titular de la Cátedra en 2019 es el escritor Antonio Muñoz Molina.

En relación con la universidad, en el mes de noviembre se celebraron las **jornadas** tituladas **“El Tribunal Inquisitorial de Llerena y su jurisdicción en Extremadura”**, organizadas por el **Colegio Notarial de Extremadura**, el departamento de Historia de la UNED y la Fundación Notariado.

En el **Colegio de Baleares** tuvo lugar la **presentación del libro «Derecho Civil de las Islas Baleares. Comentario crítico y propuestas de futuro»** cuya edición correspondió igualmente a la Fundación Notariado.

Debe destacarse igualmente la asunción por parte de la Fundación de la **publicación de las revistas Cuadernos de Derecho y Comercio y Revista Jurídica del Notariado** con la finalidad de evolucionar su indexación y destacarlas en las bases



de datos, índices y repertorios de consulta general, abriéndolas al ámbito universitario para aumentar su atractivo en el entorno de los investigadores. Para ello se potenciarán los comités editoriales y científicos, se adaptará su contenido y formato a los estándares más aceptados y valorados, y se editarán en formato electrónico, de manera que sean fácilmente accesibles y permitan transmitir la información que contienen con la mayor sencillez y agilidad posible, mediante su manipulación y tratamiento. Se requerirá la adecuación de los artículos a la estructura y formato comúnmente aceptados de los trabajos de investigación, si bien se mantendrá una sección específica para que los notarios puedan seguir publicando los estudios teórico-prácticos que han sido el objeto tradicional de las revistas, en el entendimiento de que debe fomentarse y cuidarse la vocación de estudio y la conveniencia de la comunicación y transmisión del conocimiento de los notarios.

Se pretende mantener además la edición en papel a solicitud de una pequeña parte de los notarios consultados, sin perjuicio de que su acceso en formato electrónico será igualmente posible para quienes hayan elegido el formato papel.

En esta misma línea editorial, la Fundación se propone **albergar la biblioteca virtual del notariado**, en la que se encuentren residenciadas las revistas, tanto en sus ediciones sucesivas como en sus números

anteriores más cercanos en el tiempo, con tesauros confiables que permitan la consulta sencilla, inmediata y efectiva. En esta biblioteca tendrá igualmente acogida el **fondo editorial del Consejo General del Notariado**, que conserva los libros que han sido publicados bajo nuestro patrocinio, cuya consulta telemática se procurará en la medida que lo permita la situación de cada ejemplar. Este fondo deberá ser actualizado con nuevas publicaciones. En todo caso el fondo editorial deberá digitalizarse para permitir su acceso y descarga online y las nuevas ediciones deberán realizarse, preferentemente, en soporte e-book.

Y estas novedades editoriales serán igualmente de utilidad para terceros, profesionales, universitarios, investigadores, extendiéndose, además, dado su nuevo formato, hacia el ámbito internacional, de manera que la biblioteca virtual sobrepase nuestras fronteras y pueda servir de referente de cualquier trabajo doctrinal y práctico.

A todos estos recursos se accederá a través de **portal o página web que en breve espacio de tiempo** estará disponible, acorde con el desarrollo actual de las nuevas técnicas informáticas, para lo cual se habilitarán medios seguros de acceso a las bases de datos, así como a las pasarelas de pago, para el caso en el que se arbitre un pago por consulta o descarga de documentos. Esta proyección hacia el exterior implicará ya de por sí un

beneficio, en términos reputacionales, para el notariado español, que se pondrá de manifiesto con el tiempo cuando crezca el tráfico de consulta de los documentos y textos. Especial relevancia tendrá esta proyección para los notarios americanos, siempre interesados en los estudios notariales y de derecho privado realizados en España.

En un futuro próximo, **la Fundación tiene previsto acudir a las convocatorias que tanto el Gobierno español como las Instituciones europeas** (p.e. Comisión/ Programa Justicia civil), **iberoamericanas** (p.e. SEGIB, COMJIB) **e internacionales** (p.e. Banco Mundial, BIRD), **realizan hacia las Instituciones sin ánimo de lucro para la presentación de Proyectos relacionados con estudios y actividades formativas y de investigación**, que podrían ser de interés para el notariado, y que son subvencionados mediante fondos públicos, no gravando por tanto el presupuesto ordinario.

Será asimismo misión de la Fundación el **apoyo a los Colegios notariales que por su estructura lo precisen en la organización de aquellas actividades, tales como Jornadas o Conferencias**, que les permitan tener una mayor presencia en la sociedad de sus respectivos ámbitos territoriales.

Será asimismo misión de la Fundación el **apoyo a los Colegios notariales que por su estructura lo precisen en la organización de aquellas actividades, tales como Jornadas o Conferencias**, que les permitan tener una mayor presencia en la sociedad de sus respectivos ámbitos territoriales

Las **relaciones y colaboraciones con las Universidades y las Instituciones de estudio e investigación**, así como con los estudiosos e investigadores que pertenecen a ellas, han sido, y han de seguir siendo, una de las líneas estratégicas del notariado. El notariado tiene concluidos numerosos **convenios de colaboración** con Universidades e Instituciones académicas y de investigación. Sin embargo, en buen número de casos, estos convenios tienen

una escasa trayectoria por estar vinculados a las personas que los promovieron o a un momento determinando. La Fundación, a través de tales convenios, o bien mediante la celebración de otros nuevos, puede ser la vía por la que profundizar en las relaciones con tales Instituciones y con los profesores e investigadores que las conforman. El incremento de estas relaciones puede proporcionar un importante capital intelectual al notariado.

Las relaciones y colaboraciones con las Universidades y las Instituciones de estudio e investigación, así como con los estudiosos e investigadores que pertenecen a ellas, han sido, y han de seguir siendo, una de las líneas estratégicas del notariado

En el mismo orden de cosas resultará oportuna la **convocatoria de becas para la realización de Tesis doctorales o estudios en materias que tengan especial interés para el notariado y de premios o reconocimientos para los trabajos publicados en el referido ámbito material**. En todos estos casos, los resultados de la investigación pueden redundar en beneficio del notariado, pero, además, debe tenerse en consideración que, de un lado, **puede suponer que algunos notarios alcancen el grado de doctor**, lo que directamente redunda en el crédito del notario y en profundizar en su formación, pero, de otra parte, supone el establecimiento de un vínculo estrecho entre el doctorando y su director, así como con la Universidad en la que se ha realizado la investigación. Además, en la medida que el beneficiario pertenezca a una institución de investigación, este vínculo permite establecerlo con el propio centro de investigación.

El **fomento de la cooperación con fundaciones notariales extranjeras**



a fin de crear una red que pueda sumar esfuerzos y crear sinergias, ha de ser uno de los objetivos de la Fundación. Estas redes pueden tener como finalidad abordar cuestiones de interés común al notariado de varios países, como de determinadas áreas geográficas y propiciar los foros de encuentro precisos para fomentar el intercambio de conocimiento. Asimismo, estas redes pueden tener por finalidad concurrir a convocatorias competitivas de Organismos nacionales, supranacionales, o internacionales a fin de recabar fondos para su ejecución. Estas actuaciones **pueden tener como resultado la aproximación de criterios entre notariados**, así como la difusión del conocimiento sobre la forma en la que los distintos notariados autorizan sus documentos y actas y sobre la incardinación de sus actuaciones en sus respectivos sistemas jurídicos.

Como antes se citó con relación al Museo del Prado, la Fundación establecerá **convenios de cooperación con instituciones culturales de primer orden,**

relacionadas con las artes escénicas o la música (Auditorio Nacional, Centro Dramático Nacional, Teatro Real...), pero también con aquellos otros Centros de relevancia territorial (Liceu, Auditorio o Palau Música, en Catalunya, o Palau de la Música y de la Ópera en Valencia).

A la vista de todo lo anterior, el futuro de la Fundación Notariado se antoja prometedor, para situar en el concierto social a nuestras instituciones profesionales, no tanto por la importancia del trabajo que desarrollan sino por su contribución al desarrollo colectivo. De todos los notarios, no solo de los cargos directivos, depende su éxito. Contribuyamos, por tanto, desde nuestros respectivos despachos o desde nuestros puestos de responsabilidad corporativa a la consecución de los fines y propósitos que la Fundación propugna, aportando ideas, apoyos, colaboración, conocimiento, relaciones y cualquier otro activo que redunde en beneficio general, de forma que podamos sentirnos orgullosos y satisfechos de su funcionamiento y de sus aciertos.

La ineficacia de la resolución notarial del contrato de arrendamiento de finca urbana del art. 27.4 de la LAU y su necesaria reforma



Alejandro Fuentes-Lojo Rius

Socio de Fuentes Lojo Abogados
Vocal de la Comisión de Codificación de Cataluña

El pasado 6 de marzo de 2019 entró en vigor el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en aras de impulsar medidas para garantizar la asequibilidad y la estabilidad del inquilino de vivienda con el fin de que el acceso a la vivienda por la vía del arrendamiento se erija en una alternativa real y no residual al acceso a través del dominio.

El RDL 7/2019 ha modificado varios aspectos de derecho sustantivo sobre la regulación del Título II de la LAU relativa al contrato de arrendamiento de vivienda, así como cuestiones de derecho procesal que afectan a los arrendamientos de finca en general -tanto urbana como rústica-.

Entre las novedades de carácter procesal, quisiéramos destacar una de las medidas

adoptadas por la reforma más polémicas y criticadas por la doctrina, consistente en la **suspensión temporal por un plazo de hasta tres meses** (en función de la condición del arrendador) **del juicio verbal de desahucio por impago de rentas o por expiración de plazo cuando el demandado es arrendatario de vivienda y está en situación de vulnerabilidad económica y/o social.**

El espíritu de la norma reside en la especial protección constitucional e internacional de la inviolabilidad del domicilio (art. 7 de la CDFUE, art. 18.2 de la Constitución), del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 7 de la CDFUE, art. 8 del CEDH, art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18.1 de la Constitución), y del derecho a la vivienda (art. 31 de la CSER, art. 25 de la DUDH, art. 11.1 del PIDESC, Obser-

vación General nº7 del Comité DESC de la ONU, art. 47 de la Constitución) pero, **a mi juicio, la fórmula utilizada no es la adecuada**, ya que para ello ya está el art. 704.1 de la LEC que faculta al órgano judicial para suspender temporalmente -por un plazo máximo de dos meses- el lanzamiento del ejecutado de su vivienda habitual cuando exista causa justificada para ello, por lo que hubiera sido tan sencillo como modificar este precepto legal ampliando en su caso el plazo de la suspensión máxima, evitando así dejar en manos de la administración algo tan sensible como es la suspensión de un proceso judicial de desahucio.

Se introduce un **nuevo apartado 5 en el art. 441 de la LEC** como obligación jurídica el **deber de comunicación de oficio del juzgado a los servicios sociales de la existencia del procedimiento para que**

determinen si el hogar afectado se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y/o social. En caso de que la administración competente apreciase indicios de la existencia de dicha situación de vulnerabilidad del demandado lo notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación se suspenderá *ope legis* el proceso hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de un mes de suspensión a contar desde la recepción por el juzgado de la comunicación de los servicios sociales si el actor es persona física, o de tres meses si es persona jurídica. Una vez recibida la comunicación o transcurridos esos plazos se alzarán la suspensión y continuará el procedimiento.

Nótese que hasta esta reforma, las modificaciones legales adoptadas (...) habían ido encaminadas a establecer un proceso de desahucio mucho más ágil, acortando los plazos de los trámites procesales, y erigiéndolo en un proceso sumario, especial y privilegiado, que procede en supuestos tasados y que la parte actora promueve por diversas finalidades: la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la finca cedida en arrendamiento

Nótese que hasta esta reforma, las modificaciones legales adoptadas -Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas- habían ido encaminadas a establecer un proceso de desahucio mucho más ágil, acortando los plazos de los trámites procesales, y erigiéndolo en un proceso sumario, especial y privilegiado, que procede en supuestos tasados y que la parte actora promueve por diversas finalidades: la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la finca cedida en arrendamiento. Sin embargo, el problema no es tanto de carácter procedimental como endémico, derivado del deficiente funcionamiento de la administración de justicia, consecuencia, fundamentalmen-



te, de la falta de medios materiales y personales.

La importancia de la agilidad en el desahucio por impago de rentas o por expiración de plazo es clave para la estabilidad del mercado de alquiler de vivienda, ya que el grado de capacidad del arrendador para recuperar la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato es un factor de seguridad esencial para sus intereses.

La medida procesal descrita introducida por el RDL 7/2019 va en contra de la necesaria celeridad que debe tener un proceso de desahucio y puede comportar un alargamiento de dicho proceso en perjuicio del arrendador y, por consiguiente, el efecto indeseado de una retracción de la oferta arrendaticia de vivienda en España.

El legislador nos tiene acostumbrados a moverse por impulsos, ante demandas sociales más o menos espontáneas que exigen resultados inmediatos, y con visión cortoplacista. Consecuencia de ello, hay precipitación, falta de reflexión, incontinencia legislativa, vaivenes injustificados que un día protegen a los arrendatarios, pero que al siguiente ponen en tela de juicio sus más elementales derechos a una tutela judicial efectiva, y que muestran que no hemos aprendido de los errores del pasado y de la falta de seguridad jurídica que dicho carácter pendular de la normativa de arrendamientos urbanos provoca.

A mi juicio, para evitar poner en riesgo la seguridad del arrendador en la restitución de la posesión de la finca arrendada a la extinción del contrato de arrendamiento es necesario arbitrar un sistema de resolución extrajudicial que permita al arrendador una recuperación ágil y eficaz de la posesión de la finca arrendada.

Con esta voluntad de agilizar el proceso de resolución del contrato de arrendamiento el legislador de 2013 introdujo mediante la aprobación de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, la posibilidad de que las partes acudieran a la mediación o al arbitraje para resolver las contiendas arrendaticias (art. 4.5 de la LAU), así como previendo un mecanismo notarial de resolución por falta de pago de contrato de arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 27.4 de la LAU).

Por lo que respecta a este proceso notarial de resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago, si bien a mi juicio se trata de una medida legal que iba en la buena dirección, tras más de cinco años de implementación de dicha norma legal, podemos constatar el fracaso estrepitoso de este mecanismo extrajudicial de resolución contractual dada su nefasta redacción legal.

En primer lugar, el legislador olvidó hacer referencia al pago que puede realizar el arrendatario requerido en el plazo de los



diez días, debiendo entenderse que dicho pago evita la resolución del contrato. Esta conclusión se refuerza si tenemos en cuenta que en el proceso judicial de desahucio por impago de rentas se permite al arrendatario enervar la acción en los términos del art. 22.4 de la LEC y, por tanto, la resolución por esta vía extrajudicial no puede hacer de peor condición al arrendatario que la que tendría en caso de ser demandado en juicio de desahucio.

En segundo lugar, del redactado del art. 27.4 de la LAU parece desprenderse que su aplicación se restringe exclusivamente al incumplimiento contractual de falta de pago de la renta, y no a otros incumplimientos contractuales, pero hubiera sido más acertado que el legislador hubiera utilizado una redacción más clara respecto de este extremo.

En tercer lugar, la norma hace referencia exclusivamente al efecto resolutorio del contrato, y nada dice sobre el efecto restitutivo de la posesión de la finca arrendada, de tal forma que debemos entender que su eficacia se encuentra muy limitada -solamente tiene eficacia en el plano registral-, no previendo un mecanismo específico para la restitución de la posesión de la finca arrendada para el caso de que el arrendatario se negare a su restitución, como sucede en muchas ocasiones. En este sentido, la redacción del precepto legal es terminantemente clara al manifestar que *“será título suficiente para practicar la cancelación del*

arrendamiento en el Registro de la Propiedad”.

Téngase en cuenta que estamos ante un mecanismo extraordinario de resolución de conflictos que se aparta del mecanismo ordinario de la vía judicial, por lo que deberá hacerse una interpretación restrictiva de la norma legal, en tanto que excepción a la regla general, más aún si tenemos en cuenta la especial protección que otorga nuestra Constitución a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución) cuando la resolución afecte a un contrato de arrendamiento de vivienda del art. 2.1 de la LAU, e incluso, si se trata de la resolución de un arrendamiento de uso distinto de vivienda (art. 3 de la LAU), como puede ser el arrendatario de temporada o vacacional, o de uso turístico, pues conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (SSTC, del Pleno, nº10/2002, de 17 de enero; y nº94/1999, de 31 de mayo) expansiva del concepto de domicilio, este va más allá del concepto de morada habitual, alcanzado incluso a una habitación de un hotel.

En su virtud, no cabe duda de que conforme a la redacción del art. 27.4 de la LAU, el arrendador que resuelva el contrato de arrendamiento por este cauce extrajudicial, y ante la negativa del arrendatario -ahora precarista- a desalojar la finca, se verá abocado a tener que interponer el proceso declarativo pertinente para conseguir su desalojo, no pudiendo instar directamente un proceso ejecutivo, pues la escritura pública

declarativa de resolución que pone fin a dicho procedimiento no tiene el carácter de título ejecutivo del art. 517.2.4º de la LEC.

A mayor abundamiento, existen dudas en torno a si cabe interponer el proceso sumario del desahucio por impago de rentas (art. 250.1.1ª de la LEC), ya que al estar resuelto el contrato de arrendamiento no es conceptualmente correcto acudir a este juicio verbal especial sumario, debiendo acudir pues al proceso de juicio verbal de carácter plenario de desahucio por precario del art. 250.1.2ª de la LEC.

Por todo ello, a mi juicio, **debería modificarse este proceso extrajudicial de resolución de contrato para dotar a la escritura pública no solamente de eficacia declarativa sino condenatoria al desalojo cuando el arrendatario no se oponga al requerimiento, no pague, o acepte la resolución, y para que sea título habilitante para interponer demanda ejecutiva de condena al desalojo.**

Es frecuente en la práctica que el arrendatario se marche de la vivienda sin avisar ni entregar las llaves al arrendador, obligando a este a acudir a los tribunales para recuperar la posesión, ya que de actuar por la vía de hecho cambiando la cerradura, el arrendador se expone no solamente a un ilícito civil por perturbación de hecho de la posesión (...), sino a una conducta constitutiva de un delito de coacciones (...), de un delito de realización arbitraria del propio derecho con fuerza en las cosas (art. 445.1 del CP) o, de un delito de allanamiento de morada (...)

Así mismo, opino que debería **ampliarse el objeto de este mecanismo extrajudicial de resolución contractual para cubrir también la resolución por expiración del plazo de duración del contrato.**

Es frecuente en la práctica que el arrendatario se marche de la vivienda sin avisar ni entregar las llaves al arrendador, obligando a este a acudir a los tribunales para recuperar la posesión, ya que de actuar por



la vía de hecho cambiando la cerradura, el arrendador se expone no solamente a un ilícito civil por perturbación de hecho de la posesión -tégase en cuenta que nuestro sistema jurídico protege la mera posesión natural en el art. 446 del Código Civil-, sino a una conducta constitutiva de un delito de coacciones (arts. 172 del CP), de un delito de realización arbitraria del propio derecho con fuerza en las cosas (art. 445.1 del CP) o, de un delito de allanamiento de morada (art. 202.1 del CP).

A mayor abundamiento, **la reforma del art. 27.4 de la LAU en el sentido expuesto también fomentaría que se inscribieran en el Registro los contratos de arrendamiento** ya que este proceso extrajudicial resolutorio solamente opera si el contrato está inscrito, pues los primeros interesados en dicha inscripción serían los arrendadores, evitando así perjudicar la asequibilidad del ciudadano en el acceso a la vivienda por la vía arrendaticia, y con las ventajas que conllevaría para la administración pública disponer de un registro fiel, conciso y completo sobre el mercado arrendaticio de vivienda para poder realizar políticas de vivienda.

Como toda propuesta de solución extrajudicial de conflictos lleva aparejada una disminución de los instrumentos jurídicos de defensa de las partes afectadas, pero ello no tiene por qué traducirse en un riesgo de infracción del principio de tutela judicial efectiva del arrendatario si se adoptan las cautelas procesales necesarias para ello

Como toda propuesta de solución extrajudicial de conflictos lleva aparejada una disminución de los instrumentos jurídicos de defensa de las partes afectadas, pero ello no tiene por qué traducirse en un riesgo de infracción del principio de tutela judicial efectiva del arrendatario si se adoptan las cautelas procesales necesarias para ello. En este sentido, y anticipándonos a las críticas de los procesalistas más garantistas, debemos manifestar que si bien el proceso ejecutivo es de naturaleza sumaria con causas tasadas de oposición contiene un verdadero incidente declarativo (art. 560 de la LEC) que **otorga**



más garantías de defensa que el juicio de desahucio por impago de rentas, cuyas causas de oposición son aún más tasadas a pesar de tratarse de un proceso declarativo, más aun tras las últimas reformas procesales de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, y la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que han reforzado el marco de protección del ejecutado flexibilizando el proceso de ejecución en su conjunto, y no solamente el hipotecario.

A modo de analogía, téngase en cuenta que la regulación del proceso administrativo de desahucio para viviendas de protección oficial finaliza con un acto administrativo, y no con una resolución judicial, de tal forma que el órgano judicial interviene solamente para autorizar la entrada al domicilio del arrendatario desahuciado para garantizar que la medida interesada limitativa de derechos fundamentales sea valorada por un tribunal conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, garantizando así en última instancia la tutela judicial efectiva del arrendatario.

En todo caso, nótese que la limitación en las causas de oposición del proceso de ejecución se daría solamente en defecto de oposición o de pago al requerimiento notarial de pago o en su caso a la notificación notarial de extinción del contrato por

expiración de plazo, de tal forma que en todo caso se garantizaría al arrendatario la oportunidad de oponerse por cualquier causa, abocando con ello automáticamente al arrendador a tener que acudir un proceso judicial declarativo para proceder al lanzamiento de la vivienda arrendada.

En todo caso, si de conformidad con una tesis expansiva del principio de proporcionalidad y razonabilidad que debe realizar el órgano judicial para resolver sobre la procedencia del desalojo forzoso en el caso concreto (STS, Sala Tercera, nº1797/2017; STC nº50/1995, de 23 de febrero; STC nº69/1999, de 26 de abril; STC nº188/2013, de 4 de noviembre; TEDH de 24 de abril de 2012; TEDH de 17 de octubre de 2013) es necesario que el proceso judicial permita un examen completo y contradictorio, habilitando un espacio procesal que permita dar audiencia al afectado sobre el impacto que tiene el desalojo en sus derechos fundamentales, **se podría modificar la regulación del proceso de ejecución añadiendo una nueva causa de oposición al efecto**, en la línea de la nueva causa de oposición relativa a la existencia de cláusulas abusivas que añadió la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, con motivo de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (Aziz vs España) que consideró abusivo el proceso de ejecución hipotecaria español porque no permitía alegar al ejecutado la existencia de una cláusula abusiva del contrato.

La abolición de la incapacitación.

El notario y los apoyos a la discapacidad (I)

La Convención de Nueva York y su incumplimiento en España (*)



Josep Mª Valls Xufré
Notario de Barcelona

La **Convención de Nueva York** sobre los derechos de las personas con discapacidad se aprobó el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor en nuestro país el **3 de mayo de 2008**^(*), teniendo que adaptarse nuestra legislación a dicha Convención y, en especial, a lo establecido en su artículo 12, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

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

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

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

proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

El cumplimiento de esta norma legal, ya en vigor, implica la abolición de la incapacitación, porque **modifica radicalmente la concepción de la persona con discapacidad. Ya no estamos ante un incapaz, sino ante una persona que necesita un apoyo**

* Texto basado en el trabajo presentado en el 29º Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Yakarta del 27 al 30 de noviembre de 2019



para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Tenemos que entender que se trata de personas que tienen plena capacidad jurídica con igualdad de condiciones pero que, para poder ejercitarla, la sociedad, la ley y las entidades públicas les habilita con una serie de medidas de apoyo para facilitar a la persona los medios necesarios para tomar sus propias decisiones. Como dice Castro-Girona, estamos ante un acontecimiento histórico que marca un antes y un después en materia de discapacidad ⁽²⁾.

La Convención se refiere no solo a lo que entendemos por capacidad jurídica, como aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que incluye la que llamamos capacidad de obrar, como legitimación para ejercerlos activa y pasivamente.

La Convención se refiere no solo a lo que entendemos por capacidad jurídica, como aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, sino que incluye la que llamamos capacidad de obrar, como legitimación para ejercerlos activa y pasivamente. Así lo ha confirmado el propio Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Martínez Aguirre explica cómo el concepto anglosajón de capacidad jurídica (*legal capacity*) incluye los dos aspectos, estático o de titularidad

y dinámico o de ejercicio ⁽³⁾. Ya no hay incapaces, el concepto de incapacitación natural desaparece y, por tanto, no se puede incapacitar a nadie. Hay personas que para ejercer su capacidad necesitan medidas de apoyo para completar lo que hasta ahora hemos venido llamando capacidad de obrar, expresión que debe diluirse en un solo concepto, el de la capacidad jurídica que tiene todo ser humano y que es un atributo inherente a la personalidad.

No se trata de un juego de palabras, tampoco de sustituir unas palabras - incapacitado, incapacitación, tutela, curatela - por otras como discapacidad o persona con capacidad de obrar modificada. El cambio es mucho más profundo, **es un cambio radical de concepción. No hay incapaces, hay personas que necesitan un apoyo**, que se puede haber creado por voluntad propia y previamente, como es el caso del poder preventivo, o por parte de terceros, como los familiares o las instituciones públicas cuando se presente la necesidad, como es el caso de la guarda de hecho o de la asistencia.

Tutela o curatela son términos que se tendrían que evitar, ya que llevan implícita la idea de modificación de la capacidad de obrar de la persona. En cambio, tanto la asistencia como el defensor son términos que ya poseen una tipicidad actual sin la carga semántica de incapacitación, al igual que el mandato y el poder preventivo, que nos ayudarán a configurar el nuevo sistema de protección de la persona en cuanto al ejercicio de sus derechos.

La perspectiva tradicional de la limitación de la capacidad de obrar en función del incapacitado se cambia y se sustituye por la perspectiva inversa: **tanto apoyo como requiera la persona para poder formar y transmitir su voluntad y preferencias.** Los apoyos se tienen que adaptar a las necesidades de la persona para hacer posible que pueda tomar por sí misma la decisión adecuada, cuando sea posible.

En España, **la Convención forma parte de nuestro derecho interno desde el 3 de mayo de 2008** tras su publicación en el BOE y prevalece sobre el derecho interno en virtud de la propia Constitución Española, tal y como reconoce la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados Internacionales (artículo 31) y es de aplicación directa como se deduce a *contrario sensu* del artículo 1.5 del Código civil. Además, es norma de interpretación de los derechos fundamentales (artículo 10.2 CE).

Como dijo Fernández Bujan, la Convención *"supone un cambio de paradigma en la concepción y el tratamiento de las personas con discapacidad, que obliga a modificar y adaptar la legislación española"* ⁽⁴⁾.

Esta norma internacional pasa de **un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de apoyo para tomar las propias decisiones.** La Convención apuesta por superar los obstáculos que la interacción con el entorno pone a las personas con discapacidad para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones, sin tener que recortar o suprimir su autonomía. Por ello, obliga a los Estados parte a ofrecer mecanismos de apoyo a la toma de decisiones que permitan a las personas con discapacidad desplegar sus habilidades y capacidades respetando plenamente su dignidad, autonomía, voluntad y preferencias.

EL ANTEPROYECTO ESPAÑOL DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2018

1) Sistema de curatela

Aunque el citado artículo 12 es de aplicación directa, el rechazo abierto a un cambio tan profundo por parte del mundo académico civilista, y la escasa prioridad que se dio a esta materia, ha provocado que no hayamos tenido un anteproyecto hasta el año 2018.

Y ello, a pesar de que el examen a España del Comité Internacional de Naciones

Unidas de 19 de octubre de 2011 fue muy claro en su exigencia de acometer la tarea y que se ha repetido este año, en sus observaciones finales, publicadas el 9 de abril de 2019, en las que **el Comité ha manifestado expresamente que está prohibido seguir incapacitando a las personas**, y por eso es imprescindible que esta reforma se ponga en marcha cuanto antes ⁽⁵⁾.

El legislador español parece, aparentemente, decidido a introducir los cambios exigidos, la derogación de la incapacitación y del procedimiento de modificación de la capacidad de las personas, introduciendo un sistema de apoyo a las personas con discapacidad en el **Anteproyecto de ley de reforma del Código civil y la legislación procesal civil de 21 de septiembre de 2018**.

En este anteproyecto se suprime la incapacitación, sustituyéndola por un procedimiento de provisión de apoyos. También se suprime la tutela para los mayores de edad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. **La curatela sin incapacitación previa se convierte en la figura central**, concebida como apoyo o acompañamiento (curatela asistencial) y en casos excepcionales como sustitución (curatela representativa). Se pretende atender los aspectos personales y no sólo los patrimoniales. Se prefieren las medidas preventivas y de autorregulación (poder preventivo, autocuratela) frente a las judiciales (heteroregulación). Se refuerza la guarda de hecho, concebida para permanecer en el tiempo. Se escucha siempre a la persona con independencia de sus necesidades de apoyo. Si hay una medida judicial la sentencia no priva de derechos. El procedimiento, de jurisdicción voluntaria, salvo que haya oposición tiene una filosofía de mesa redonda más que de banquillo como ocurría hasta ahora, pero se plantea la existencia de un procedimiento contencioso en que se contempla la imposición de los apoyos, lo cual es contrario a la Convención según la Observación General nº 1 del Comité. Honradamente creo que, en el Anteproyecto, tanto el aspecto civil como el procesal, todavía tienen que mejorar mucho, entre otros la desjudicialización y la accesibilidad a toda persona que lo necesite al otorgamiento de un acuerdo o mandato de apoyo, si su grado de discapacidad lo permite.

2) Contradicciones

En la exposición de motivos del anteproyecto se hacen unas declaraciones

que luego no tienen su adecuado reflejo en el articulado que se propone. Así, se declara pomposamente: *“siguiendo los precedentes de otros ordenamientos europeos y las directrices del Consejo de Europa, a la hora de concretar los apoyos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establecen externamente, una vez constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las primeras adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Dentro de las segundas, conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea. Para los casos en que se requiera al guardador que acredite la representación, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial ad hoc, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias.”*

Es verdad que se suprime la tutela que solo se mantiene para los menores de edad no emancipados no sujetos a patria potestad o en situación de desamparo, situación que es independiente y a la que el Convenio no se refiere, pues su objeto son únicamente las medidas de apoyo a las personas con discapacidad

Es verdad que se suprime la tutela que solo se mantiene para los menores de edad no emancipados no sujetos a patria potes-



tad o en situación de desamparo, situación que es independiente y a la que el Convenio no se refiere, pues su objeto son únicamente las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Pues bien, cuando el Anteproyecto regula estas medidas lo hace con una manifiesta parquedad y desacierto en cuanto a poderes preventivos, guarda de hecho y defensor judicial, cometiendo deslices de bulto como veremos a continuación y, sobre todo, no dando a estas instituciones el trato de preferentes como anunciaba la Exposición de Motivos. En cambio, **cuando regula la curatela nos demuestra que es la institución central y más importante del sistema, absolutamente judicializada, hasta tal punto que puede afirmarse que convierte la tutela actual en la curatela del futuro**, cosa que actualmente ya se hace con la tutela graduada, aunque como dice el artículo 267 del Anteproyecto “la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”.

A continuación, añade para que la similitud con la tutela graduada resulte incontestable: *“La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiera la intervención del curador, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo.”*

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



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

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

Hasta aquí, parece que con la Sentencia estableciendo la curatela, se acaba la intervención judicial, ya que debe determinar los actos que puede hacer por sí solo la persona sometida, los actos para los que es necesario el complemento del curador y los que solo este último, en representación del primero, puede ejecutar. Pero a continuación, **el artículo 285 establece los actos para los que el curador que ejerza funciones de representación necesita autorización judicial (además de los actos que determine la sentencia judicial)**. Pues bien, esos actos para los que el curador necesitará acudir al juez “en todo caso” (es decir, aunque su función sea de complemento), son los mismos que se exigen actualmente para el tutor, es decir actos de administración extraordinaria y de disposición de bienes inmuebles.

Coch Roura al comentar el artículo 223-4,3 del CCCat, que es equivalente al planteamiento del Anteproyecto que acabamos de exponer, dice que “no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención”⁽⁶⁾.

3) Excesiva judicialización

Este sistema es tan judicializado como el que ya tenemos, hasta tal punto que cuando se refiere al defensor judicial diciendo se le nombrará cuando la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea de forma recurrente, se está señalando *contrario sensu* que se someterá a curatela la persona con discapacidad que precise apoyo de forma permanente y que no tengan los apoyos voluntarios necesarios. Estos apoyos voluntarios, el Anteproyecto los reduce a los poderes preventivos (arts. 254 a 260) y a las previsiones otorgadas en “*escritura pública de medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, estableciendo el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo*”. Pero, en todo caso, **estos apoyos voluntarios se otorgan por persona sin discapacidad “en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”**.

En la guarda de hecho, el segundo párrafo del artículo 261 del Anteproyecto establece que “*Cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial, que deberá realizarse a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta le podrá ser concedida, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a*

las circunstancias de cada caso”. Esta norma adolece de una rigidez innecesaria, pues la representación puede ser necesaria para actos de administración ordinaria o sin trascendencia económica. **Sería conveniente, para ciertos actos, establecer una legitimación *ex lege*** en favor de determinados parientes o instituciones tutelares para que en el ejercicio de la guarda de hecho puedan actuar como representantes sin necesidad de acudir a una autorización judicial, con el correspondiente ahorro en tiempo y medios que ello implica.

4) La paradoja del poder con cláusula de continuidad

En el poder o mandato preventivo vuelve a caer en los mismos errores que el legislador catalán, regulación incompleta, basada en que estamos ante un mandato y que, en lo no regulado, se aplicarán las normas de dicho contrato. Esta concepción ya la rechacé en el primer artículo que escribí al publicarse el Libro Segundo del Código civil de Catalunya (Ley 25/2010 de 29 de julio) y lo sigo manteniendo en la obra que he dedicado al tema⁽⁷⁾.

Los poderes y mandatos preventivos como instituciones de apoyo a la persona deben extraerse de la esfera contractual y ser objeto de una regulación específica y completa

Los poderes y mandatos preventivos como instituciones de apoyo a la persona deben extraerse de la esfera contractual y ser objeto de una regulación específica y completa. De esta forma no se incurriría en contradicciones palmarias como también he advertido reiteradamente, entre una regulación, la del mandato, concebida para la esfera contractual y otra, la del poder preventivo que se incardina en el ámbito de las instituciones de protección de la persona. **Una de estas contradicciones es la que llamo la paradoja del poder con cláusula de continuidad para el caso de discapacidad sobrevenida, que se da en el código catalán y que el Anteproyecto repite sin ningún pudor.**

Para que se entienda lo más simplemente posible. Por una parte, el artículo 257 del Anteproyecto declara que el po-

der preventivo, “sobrevvenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa.” Y esto nos remite al artículo 285 que establece los actos para los cuales el curador necesita autorización judicial (actos de administración extraordinaria y de disposición). Ningún problema en los poderes preventivos puros, es decir aquellos en los que el poderdante determina el momento a partir del cual va a tener vigencia el poder, por ejemplo, presentando el apoderado un certificado médico o administrativo acreditativo de un determinado grado de discapacidad. En este tipo de poderes preventivos puros, cuando comience su vigencia, el apoderado necesitará la autorización judicial para los mismos actos que el curador, por ejemplo, para la disposición de inmuebles.

En cambio, en los poderes con cláusula de continuidad en caso de discapacidad, en los que el poderdante establece su vigencia desde el otorgamiento y que subsistirán en caso de discapacidad sobrevvenida, hay que distinguir dos regímenes jurídicos distintos, antes y después de la discapacidad. En la fase anterior se rigen por lo en ellos dispuesto, sin que la ley imponga ninguna autorización judicial. En la fase posterior, tanto en Cataluña como ahora el Anteproyecto, se somete al apoderado a la autorización judicial para actos de administración extraordinaria y de disposición. Pero, quién decide cuándo se pasa de una fase a la otra. ¿Cuando el apoderado ordinario pasa a preventivo, cuando pasa de no tener a tener que pedir autorización judicial? Es que en la primera fase ¿el apoderado preventivo debe declarar que el poderdante se halla todavía plenamente capacitado para ser informado del acto del apoderado, rendirle cuentas y, en su caso, ejercitar la correspondiente acción de responsabilidad por sí mismo? Si es así, el legislador tendría que expresarlo imperativamente y no lo hace, como tampoco lo hace en la regulación del contrato de mandato.

Aquí está la paradoja: en un poder ordinario, el apoderado mantiene sus facultades representativas, sin necesidad de autorización judicial (art. 1.732 CC). En cambio, **si a ese poder le añadimos la cláusula de continuidad en caso de discapacidad, estará sujeto a autorización judicial para actos que excedan la administración ordinaria según el Anteproyecto, pero, ¿a**

partir de qué grado de discapacidad, en qué momento y quién lo decide?

Esta paradoja de incertidumbre hace que, en Cataluña, en la práctica, casi todos los poderes preventivos se otorguen con una cláusula de exoneración de la autorización judicial, con lo cual se fusiona el poder preventivo con el poder ordinario, hasta el momento en que el poderdante es declarado incapaz, en que el poder preventivo sobrevive al poder ordinario. Lo que ocurre en la práctica es que, con un poder ordinario de carácter general, normalmente no es necesario incapacitar. La incapacidad natural ya no se contempla como causa de extinción del mandato y, en consecuencia, el poder ordinario prolongará su vigencia hasta la muerte del poderdante, en la mayor parte de los casos.

Con arreglo a las normas del mandato este se extingue por la incapacitación sobrevvenida del mandante (artículo 1.732 CC), incapacitación judicial, entendemos todos tanto doctrina como jurisprudencia. Igualmente el reciente artículo 622-33 del CCCat establece como causa de extinción la modificación judicial de la capacidad del mandante, o sea, hasta que no hay una sentencia declarando la incapacidad, el poder ordinario se halla vigente en su integridad sin que el apoderado tenga que solicitar autorización judicial, aunque el poderdante se halle en una situación de hecho en la que no pueda regir su persona, ni dar instrucciones al apoderado o exigirle rendición de cuentas.

NECESIDAD DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO

Es por todo ello que definiendo **extraer el poder preventivo del contrato de mandato y regularlo como lo que es, una institución de protección de la persona, con una normativa completa** que además acoja en su seno todo acuerdo bilateral o multilateral (acuerdos de apoyo) o disposición unilateral (poderes) que tengan por objeto dar soporte, ayuda y en su caso representar a una persona con algún grado de discapacidad psíquica.

En resumen, pienso que se podría hacer una regulación del poder preventivo mucho más técnica y completa y, como mínimo, sin incurrir en los errores que he apuntado, lo cual demuestra que en la redacción del Anteproyecto no se ha tenido en cuenta la doctrina de los autores, no se ha maneja-



do la bibliografía que la figura ha provocado sobre todo en Cataluña. La inconsistencia del Anteproyecto no acaba aquí, pues ante una filosofía desjudicializadora cabría esperar que, en esos medios de apoyo voluntarios, se incluyese también una figura en la que la persona, ya con discapacidad, intervenga en la constitución y configuración del apoyo o soporte que necesita.

Es decir, además de la guarda de hecho, que contempla una situación fáctica en la que normalmente la persona no ha intervenido, solo se contempla como apoyo voluntario el poder o mandato preventivo que presupone en el otorgante una capacidad plena. Francamente, **el sistema está dejando de lado al principal protagonista, a la propia persona necesitada de apoyos**. Entre la guarda de hecho y el poder preventivo debería existir un intermedio: el acuerdo de apoyo o mandato de soporte otorgado por la persona que ya lo necesita. El poder preventivo se otorga unilateralmente por una persona plenamente capaz, y después se transforma en bilateral por el solo hecho de que el apoderado ejercite alguna de las facultades conferidas, sin perjuicio del otorgamiento bilateral *ab initio*, mediante el mandato preventivo.

En cambio, en el acuerdo de apoyo o de soporte, **el otorgamiento lo verificaría la persona ya con discapacidad, con los ayudas necesarias según cada caso**, valga la redundancia, después de ser informada, aconsejada y acompañada en la toma de una decisión tan importante



como la configuración de su personal sistema de apoyo a su discapacidad y ello aunque se estableciera la necesidad de una aprobación judicial posterior. Esto exige un esfuerzo de imaginación jurídica, pero esto es lo que quiere la Convención y también las personas, familiares e instituciones tutelares que viven el devenir diario de todos ellos.

Piden más confianza en las propias personas, en los padres, hermanos o familiares, en las instituciones públicas y privadas cuyo quehacer diario conecta directa y constantemente con la persona necesitada de soporte

Piden más confianza en las propias personas, en los padres, hermanos o familiares, en las instituciones públicas y privadas cuyo quehacer diario conecta directa y constantemente con la persona necesitada de soporte. La Convención quiere que, en la medida de lo posible, sea el propio sujeto el que, consciente, informado y voluntariamente configure sus propias medidas de ayuda y protección para el desarrollo de su vida en sociedad mediante una serie de decisiones, cuyo alcance dependerá de sus preferencias y que podrán determinar:

- **Desde un punto de vista personal**, la organización de sus necesidades vitales y actividades ordinarias y la previsión de las que puedan acontecer en un futuro por cambios de las circunstancias actuales, determinando la persona, personas, instituciones u organismos en los que se confía, a fin de velar por su bienestar estableciendo un régimen de acompañamiento apoyo o supervisión según el caso, que va desde la organización del hogar hasta la asistencia médica pasando por sus inquietudes intelectuales, laborales, de entretenimiento y ocio.

- **Desde un punto de vista patrimonial**, la organización de su economía a fin de conservar, proteger y acrecentar sus bienes, para lo cual, la persona concernida puede nombrar a otra persona, familiar o no, u organismo, para que le acompañe en la toma de decisiones, complementen su actuación o incluso le representen, atribuyéndoles las facultades que se consideren pertinentes



e imponiéndoles también las limitaciones, condiciones y obligaciones que correspondan a los supuestos que se contemplen y sin perjuicio de la responsabilidad y la supervisión, que con carácter general deberá imponerse.

Entendamos de una vez, que una persona con una discapacidad, por ejemplo, un autista, necesita ser tratada como un igual y con el necesario apoyo podrá sentirse como un miembro más de la comunidad. Si no le damos la oportunidad de organizar su vida, su sistema de apoyos, estaremos menospreciándole como persona, rebajándole a la condición de ser inferior, negándole, en fin, la dignidad que como persona merece.

LA JUDICATURA INTENTA APLICAR LA CONVENCIÓN

En la práctica, la judicatura española está inclinándose cada vez más por la tutela graduada, con lo que no se incapacita totalmente, sino que se constituye una curatela que habilita a la persona para continuar rigiendo su propia vida salvo en determinadas cuestiones, como actos de administración extraordinaria o de disposición, para los que se hace precisa la intervención del curador, limitándose a completar su capacidad o excepcionalmente representarle.

Así, en la mayor parte de sentencias en que se solicita la incapacitación el juez la concede parcialmente, repitiéndose una

serie de afirmaciones que aparecen una y otra vez en las resoluciones judiciales como si se hubieran sacado de un formulario: "la regulación substantiva y procesal ha de interpretarse en la actualidad a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad que en su artículo tercero señala como principios básicos el respecto a la dignidad inherente a todas las personas, la autonomía individual, incluidas la libertad para tomar las propias decisiones y la independencia de las personas. El artículo 12 de la Convención supone un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso de un modelo de sustitución en la toma de decisiones a un modelo de soporte, apoyo o asistencia en la toma de decisiones, de manera que la incapacidad absoluta ha dejado de ser la regla general y pasa ser excepcional. Por tanto, en los procesos en que se solicite modificar o privar de la capacidad de obrar a una persona hay que promover proteger y asegurar el goce pleno y en igualdad de condiciones de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales, adoptando las medidas de apoyo que sean necesarias".

"Por otra parte, para determinar si procede o no modificar la capacidad de una persona y si procede que alcance debe tener esta modificación, hay que tomar en



consideración una serie de circunstancias básicas a saber las condiciones de vida y actividades que puede hacer la persona afectada por el procedimiento, qué es lo que realmente necesita esta persona para poder ejercer con la máxima amplitud posible su capacidad jurídica, en definitiva, en qué beneficiará realmente la sentencia que se dicte a sus condiciones de vida, y por ello hay que tener en cuenta también todas las habilidades funcionales en las diversas esferas de la vida cotidiana, actividades como vestirse lavarse, usar medios de comunicación, cocinar, limpiar etc. Así mismo se tendrán en cuenta sus habilidades de índole patrimonial, es decir todas aquellas relacionadas con su patrimonio, control de cuentas bancarias, dinero de bolsillo, solicitud de préstamos, tarjetas de crédito, compra o alquiler de una vivienda etc. No se podrá olvidar tampoco las habilidades de índole sanitario, es decir, la posibilidad de tomar decisiones en relación con tratamientos médicos quirúrgicos”.

“Es por todo ello que **valorando las circunstancias de cada persona la sentencia que se dicte debe ser individualizada, un traje a medida y único** para esa persona, que habrá que ajustar a sus necesidades y aptitudes de tal manera que la incapacidad que se pida y la que se conceda se acomode perfectamente, única y exclusivamente a ella, en tanto que cada persona discapacitada necesita su especial medida de protección”.

Aparentemente, los tribunales, pues, se han adelantado al Anteproyecto, haciendo

girar el sistema de protección de los discapacitados entorno a la curatela. Pero para llegar a la misma situación no hace falta cambiar nada. Si la curatela va a ser el nuevo epicentro, los jueces ya lo han cambiado, de la tutela a la curatela. Así lo ha hecho la nueva ley portuguesa de Régimen Jurídico del Mayor Acompañado de 14 de agosto de 2018 ⁽⁸⁾, la cual ha merecido la reprobación de juristas, personas, familiares e instituciones relacionadas con la discapacidad. Donde antes se contemplaba la tutela, ahora se habla de curatela, con un simple cambio de denominación, se pretende pasar de un sistema a otro, cuya filosofía es radicalmente distinta. Esto no es cumplir la Convención, como así señalan las recientes observaciones del **Comité de las Naciones Unidas** (abril de 2019) en el informe del Estado español sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité vuelve a decir al Estado español que hace falta derogar la incapacitación, eliminar las medidas que conllevan la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad y abordar las reformas legales necesarias para ofrecer a las personas con discapacidad los apoyos que exige el texto internacional para garantizar que pueden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

EL TRIUNFALISMO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Los redactores del Anteproyecto han seguido el mismo camino que el legislador portugués, y en lugar de desjudicializar la

discapacidad han mirado hacia otro lado, en busca de la solución más sencilla, curatela en lugar de tutela. Con igual estrechez de miras se manifiesta el pleno del **Consejo General del Poder Judicial en su informe, avalando el anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia español**, con el voto unánime de los 21 vocales que integran el pleno, considera que “la implantación de un sistema de autorregulación no debe significar necesariamente una disminución de la intervención judicial. Al contrario, la determinación de los apoyos necesarios en cada caso conlleva una serie de incidencias y trámites que deberían venir acompañados de un aumento cuantitativo y cualitativo o de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, especialmente en las primeras fases de implantación del nuevo sistema, donde deberán revisarse las medidas adoptadas con la legislación vigente”.

Los redactores del Anteproyecto han seguido el mismo camino que el legislador portugués, y en lugar de desjudicializar la discapacidad han mirado hacia otro lado, en busca de la solución más sencilla, curatela en lugar de tutela

Continúa el Consejo, en su informe, diciendo que se requerirá “un mayor grado de especialización de los órganos judiciales; un mayor número de órganos y personal especializados; un nuevo diseño de distribución territorial de competencia, de acuerdo con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad que suponga una **mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad** y la adopción de medidas de accesibilidad que permitan a las personas con discapacidad ejercer sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho a su derecho a la tutela judicial efectiva”.

Me parece una inconsciencia total, pues esos mayores medios judiciales que implican un aumento cuantitativo y cualitativo de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la administración de justicia, no se van a dar ni en cien años. Ese triunfalismo del Consejo General del Poder Judicial solo puede traer causa de su ceguera al contemplar la realidad actual, no,



el Estado no proveerá los fondos necesarios para crear y financiar esos nuevos órganos judiciales y personal especializados, que acerquen el órgano judicial a la persona con discapacidad.

Como dice Núria Coch, *“Si en la actualidad los tribunales especializados en modificación de capacidad se hallan totalmente desbordados, ¿cuál sería la situación si su trabajo se incrementase exponencialmente, a la vista del número de decisiones que cada persona que no fuera capaz de autogobernarse (total o parcialmente) precisare tomar a lo largo de su vida? Y, si ponemos los pies en la tierra, ¿qué coste presupuestario podría suponer la aplicación de este sistema?”*⁽⁹⁾.

Aunque eso fuera posible, que, honradamente nadie en este país puede creerlo, lo cierto es que además es contrario a la Convención. Enfáticamente dice el Consejo, que la implantación de un sistema de autorregulación no debe significar necesariamente una disminución de la intervención judicial. Yo no estoy de acuerdo, pues precisamente **lo que quiere la Convención y los propios afectados es autorregulación y disminución de la intervención judicial**. Los jueces están para enmendar y corregir las desviaciones provocadas por actuaciones malintencionadas de personas que intentan aprovecharse de la discapacidad de otras, pero no para organizar la vida de todos los que sufren alguna discapacidad, pues en la inmensa mayoría de los casos no habrá ninguna necesidad.

Muchas veces pienso que cuando hablamos, discutimos y legislamos, lo hacemos desde la perspectiva de nuestras familias “normales”, pero cargadas también de envidias, egoísmos y desconfianzas. Si los legisladores fueran personas con hijos o familiares con discapacidad lo harían de forma distinta, pues en esas familias muchos de estos vicios han desaparecido y se han convertido en dedicación, entrega, comprensión, altruismo. Al anteproyecto, por tanto, le falta confianza, confianza en los familiares, en las personas e instituciones, la mayor parte sin ánimo de lucro, que dedican toda su vida a atender a esas personas “especiales” tratando que poco a poco la sociedad suprima los calificativos y los vea como simples personas. Dar confianza también a esas personas con discapacidades que necesitan

saber que pueden regular su situación, que pueden manifestar sus preferencias, sus esperanzas y sus necesidades ya que, con ello, simplemente con ese reconocimiento, podrán sentirse como un miembro más de la comunidad: se les tienen en cuenta y se les considera como iguales.

HACIA UN MODELO MÁS VOLUNTARISTA Y NOTARIAL

El modelo que defiendo es un modelo notarial más que judicial. La autoridad judicial (o administrativa) solo debería intervenir en aquellos casos en que es imposible adoptar decisiones por sí mismo, aún con todo el apoyo necesario y se corre peligro de perjudicar gravemente su persona o bienes.

Evidentemente, si una persona aquejada de síndrome de Down se presenta ante un notario y pretende otorgar un acuerdo de soporte, aunque el mandatario sea su padre o madre, el notario no autorizará el documento por el solo hecho del aspecto externo que tiene la persona. El notario no tiene la *“auctoritas”* ni el *“imperium”* que protege al juez. Pero si la ley estableciera que, con determinados requisitos, por ejemplo, la asistencia de determinados profesionales, como un médico psiquiatra o psicólogo y un asistente social o con una certificación administrativa o autorización judicial, pudiera otorgarse un mandato de soporte, el notario cumpliendo las premisas legales podría autorizar el

otorgamiento. Más aún, o que estuviera sometido a la aprobación judicial posterior. Previamente, habría que establecer el grado de discapacidad de la persona y, en consecuencia, la asistencia requerida para el otorgamiento, incluso requiriéndose la intervención de un defensor judicial que le acompañe en el otorgamiento. Subjetivamente, el cambio es abismal con relación a la curatela. **Esa sutil diferencia implica un cambio radical para la persona**, pues, al fin, es ella la que otorga el acuerdo, la que decide, con lo que ello significa para su autoestima y dignidad.

La escenografía es absolutamente distinta, con todo mi respeto hacia los jueces y tribunales, pero se trata de sustituir un proceso de imposición por parte de un tercero, el juez, por un proceso de decisión en el que se manifiesta la voluntad de la persona necesitada de apoyo y que se produce de dentro hacia fuera. Configurar y garantizar ese proceso es el gran reto, pero esquemáticamente podría ser del modo siguiente. La valoración del grado de discapacidad por parte del organismo administrativo competente ⁽¹⁰⁾ sería un punto de partida y cuya determinación implicaría las medidas de garantías necesarias para el procedimiento correspondiente. Según el grado de discapacidad debería establecerse que la persona estuviese asistida en el proceso de determinación de apoyos simplemente por sus padres o familiares cercanos, por ejemplo, si la discapacidad es menor. A falta de ellos o por su imposibilidad, el



asistente social o la institución tutelar bajo cuya guarda se halle. Para casos de mayor discapacidad la asistencia, también, de un médico psiquiatra y de un abogado colegiado. Con estas ayudas el incapaz expresaría su voluntad al notario quien haría constar en acta la comparecencia de todos los intervinientes y el otorgamiento de las medidas de apoyo que requiere la persona. Además, habría que acompañar un inventario de los bienes y el nombramiento de un supervisor.

La figura del supervisor la defiendo en todo caso y realmente la utilizo en los poderes preventivos que autorizo como notario y otorgan las personas plenamente capaces en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad. Defino la supervisión como la función de control de la actividad del apoderado que el poderdante, **al otorgar el poder preventivo, puede encomendar a una persona u órgano con la extensión y facultades que se determinen en cada caso, especialmente en cuanto a la rendición de cuentas del apoderado y la autorización al mismo de determinados actos de administración extraordinaria y de disposición.** En realidad, el supervisor no es más que otro apoderado con unas facultades distintas a las del apoderado principal.

La supervisión se puede extender a todos los casos de medidas de apoyo o soporte a través de los correspondientes acuerdos, mandatos o poderes, otorgados por la

persona necesitada. Una institución tutelar podría ser un supervisor perfecto. De esta forma, se daría cumplimiento al artículo 12 de la Convención que en su cuarto número exige exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Para completar el procedimiento, el acta notarial otorgada debería remitirse al juzgado correspondiente, para su aprobación, ordenándose a continuación su inscripción para su publicidad. La intervención judicial sería mínima y la publicidad registral, se limitaría únicamente al hecho de la existencia de un acuerdo de apoyo, pero no publicaría su contenido. El acuerdo plasmado en acta notarial sería el instrumento idóneo en el tráfico jurídico.

Esto es solo una idea inicial y generalista de la posible intervención del notario en los apoyos a la discapacidad, pues su desarrollo más concreto y pormenorizado lo verificaré en la segunda parte de este trabajo.

LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO

Como jurista y como notario, uno de los temas que más me preocupan es la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros de buena fe y, por tanto, **cómo se coordinarán los apoyos y la seguridad jurídica.**

Hoy, hasta el momento en el que una persona es incapacitada judicialmente, la presunción es que tiene plena capacidad

de obrar. Antes de la incapacitación, su capacidad es apreciada en el momento y para el acto en concreto que se quiere otorgar, bien por la otra parte contratante o bien, si se otorga ante notario, por el propio notario que autoriza el acto.

La falta de capacidad para entender el acto que se pretende y sus consecuencias implica la falta de consentimiento, uno de los tres pilares básicos de nuestro derecho contractual: consentimiento, objeto y causa.

Siempre tenemos que distinguir entre la voluntad manifestada y la formación de esta voluntad. La voluntad manifestada es el resultado de un proceso de conocimiento del acto y de sus consecuencias. La voluntad manifestada puede resultar viciada si en el proceso de formación hay elementos que distorsionen el conocimiento de la persona afectada, en cuanto a la relación causa y efectos del acto en cuestión, y esto es así no tan solo en personas con carencias psíquicas sino también en personas totalmente sanas, como es el caso de la coacción o intimidación que hacen que lo que se manifiesta no sea realmente el resultado de un proceso libre de formación de la voluntad. En estos casos estamos ante un vicio de la voluntad manifestada que provoca la nulidad del acto jurídico por falta de consentimiento.

Una vez declarada judicialmente la incapacidad se hace constar en el Registro civil y, en su caso, en el Registro de la propiedad donde el declarado incapaz tenga bienes inscritos a su nombre. El solo hecho de la inscripción en el Registro civil provoca una presunción que perjudica al tercero, aunque no se haya hecho constar la incapacitación en el Registro de la propiedad, cosa que es muy habitual, ya que en el libro de incapacitados de cada Registro tan sólo constan las sentencias que alguien haya promovido su comunicación, con lo cual puede acontecer que en un Registro conste y en otro no.

El sistema actual es bastante imperfecto, pero tenemos que evitar que con la nueva regulación de los apoyos vayamos a peor. Se tiene que mejorar, tenemos que aprovechar una oportunidad única, puesto que todo Estado firmante de la Convención está obligado a reformar el sistema de protección de las personas que necesitan un apoyo externo, sin perjuicio de





la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros, si puede ser aumentándola.

Con las nuevas tecnologías informáticas sería conveniente poder acceder en todo momento a la situación de apoyo formal de cada persona, es decir, creo conveniente que los acuerdos de apoyo, **los poderes preventivos y las resoluciones judiciales o administrativas que configuren apoyos formales tengan un Registro público** de fácil acceso para el conocimiento general, a fin de proteger la seguridad del tráfico jurídico en esta nueva etapa en la que se quiere presentar el apoyo como una herramienta absolutamente normal en la vida de personas plenas.

Todos los operadores jurídicos deberían poder acceder *online* a este Registro, como actualmente podemos hacerlo con el Registro de la propiedad, el mercantil o el de concursados

Todos los operadores jurídicos deberían poder acceder *online* a este Registro, como actualmente podemos hacerlo con el Registro de la propiedad, el mercantil o el de concursados. Este último me sirve de ejemplo porque tan sólo nos informa de que una persona está en situación de concurso, sin decir nada de su alcance, del administrador concursal, ni de los pactos con los acreedores. No es necesario porque se trata de informar de que hay un problema, es como un semáforo en ámbar, nos advierte del peligro. Sabiendo que hay un concurso en proceso, ya haremos lo necesario para averiguar el resto. Además, este Registro concursal es nacional, para todo el Estado.

En cuanto a los apoyos podemos pensar en dos vías:

Primera: un registro *ex novo*, específico para los apoyos, en el que por el nombre y el número de Documento Nacional de Identidad de la persona que tiene alguna medida de apoyo nos informe automáticamente de su existencia. El problema que nos encontraremos es que no debe ser a nivel autonómico ya que, por ejemplo, un registro catalán de este tipo no nos solucionaría totalmente el problema,



puesto que desconoceríamos los acuerdos de apoyo otorgados fuera. Vale la pena, pues, que sea nacional, como antes he dicho.

Segunda: aprovechar el Registro civil y el Registro de la Propiedad ya existentes, estableciendo que todas las medidas de apoyo se deben hacer constar en la inscripción de nacimiento y que, en cuanto a este aspecto exclusivo, el acceso a esta información sea pública y automática por el solo hecho de que los operadores jurídicos con la clave que se considere conveniente (número de colegiado, DNI, clave personal, etc.) tengamos acceso, aunque tan sólo sea al hecho concreto de que la persona tiene unos apoyos que después ya nos encargaremos de conocer concretamente.

Respecto a los apoyos informales, la situación quedará como hasta ahora, pero con la legitimación *ex lege* que se pretende dar a determinados familiares se podrá mejorar la situación actual, eso sí, haciendo plenamente responsables a estos familiares, tanto de sus actuaciones como de las omisiones.

En el Anteproyecto estatal, la exposición de motivos dice que “el Registro Civil se convierte en una pieza central de la materia, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas preventivas previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, sobre las medidas legales que habría de aplicar la autoridad judicial. La consulta al registro individual permitirá conocer las medidas

preventivas, que habrán de figurar inscritas, así como velar por su aplicación y eficacia”.

“En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles, y los segundos no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente”.

Suscribo este planteamiento con una sola objeción, que no solo las resoluciones judiciales deben tener acceso al registro de la propiedad sino también los acuerdos de apoyo, en cuanto puedan significar una auto limitación de las facultades dispositivas, que pueden llegar a quedar casi totalmente anuladas, con relación a determinados bienes, por ejemplo, inmuebles. Lo normal es que el apoyo se concrete en acompañamiento, complemento o consentimiento de actos dispositivos, pero también podría ser que la persona desee voluntariamente excluirse de actos dispositivos siendo entonces el representante el único legitimado para realizarlos

EL ANTEPROYECTO CATALÁN

El legislador catalán ya inició el camino marcado por la Convención, incorporando instrumentos para evitar la incapacitación judicial (el poder preventivo) o que permiten acceder a medidas judiciales de apoyo cuando la incapacitación no es absolutamente necesaria (la asistencia).

En realidad, ya estamos trabajando en ello y, como miembro de la Comisión de Codificación del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, formo parte del grupo de trabajo sobre Instituciones de Apoyo y Protección de la Persona, con el objetivo de presentar muy pronto un **Anteproyecto de Ley de Soportes al Ejercicio de la Capacidad Jurídica**. Aquí radica una de las principales diferencias entre la concepción del anteproyecto español y el que se está preparando en Catalunya. En este último, el catalán, **una de las bases primordiales es desjudicializar la discapacidad**, fomentando los “acuerdos” de soporte o apoyo, acercándose en la medida de lo posible al mandato y al poder preventivo, siendo la curatela un remedio excepcional.

Otra base es elaborar una ley independiente, completa e integral que contemple, no solo los aspectos tradicionales de la discapacidad, sino que se extienda a la discapacidad funcional en personas perfectamente capaces, en la mayor parte de aspectos vitales, pero que en algunos pueden estar en inferioridad de condiciones, como por ejemplo en las nuevas tecnologías digitales, respecto de las que, la realidad actual nos enseña que la mayor parte de personas mayores de 75 años son verdaderos discapacitados digitales, por lo que habría que dictar una normativa que subsane ese desequilibrio, obligando, por ejemplo, a entidades financieras, instituciones y autoridades a “acompañar” a estas personas en esa particular faceta. De todo esto trato en la segunda entrega de este artículo.

El objetivo principal de la reforma es sustituir los actuales regímenes de protección basada en la incapacitación y en la limitación forzosa de la capacidad de obrar por medidas respetuosas con la dignidad y la libertad de la persona. Empoderar y proteger sin quitar ni limitar

derechos, sino ofreciendo medidas de acompañamiento para hacer viable el ejercicio de los propios derechos y para tomar parte activa en la vida social y el tráfico jurídico.

Este punto es el que implica una total revisión de conceptos. Hacer posible que la **PERSONA, con mayúsculas y sin calificativos**, pueda tomar parte activa en la vida social y el tráfico jurídico. Y es que los apoyos se dirigen a toda persona que los necesite, sin estar condicionados a la previa calificación de incapaz. Además, los apoyos se deben adaptar a las necesidades de la persona afectada para hacer posible que pueda tomar la decisión correspondiente por sí misma con toda la ayuda, con el tiempo que haga falta y con las garantías de respeto y consideración que merece la dignidad del ser humano.

Hasta tal punto llega el respeto a la persona que, de forma general, los apoyos tan sólo se deberían poder instar por la propia persona y, excepcionalmente, por otras personas con interés legítimo cuando se pongan de manifiesto indicios de abuso o de influencia indebida de terceros

Hasta tal punto llega el respeto a la persona que, de forma general, los apoyos tan sólo se deberían poder instar por la propia persona y, excepcionalmente, por otras personas con interés legítimo cuando se pongan de manifiesto indicios de abuso o de influencia indebida de terceros. En este último caso, el apoyo tendría que consistir en el acompañamiento para ayudar a la persona afectada a tomar conciencia de su situación y a partir de aquí, configurar las medidas necesarias para que pueda manifestar su voluntad.

Cuando, a pesar de todo, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de la persona afectada, a instancia del ministerio fiscal o de cualquier persona con interés legítimo se pueden adoptar, por la autoridad pública competente, los apoyos que sean necesarios para evitar daños graves a la persona o a sus bienes.

El apoyo en este caso se tiene que basar en la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona afectada.

A continuación, en la segunda parte de este estudio voy a tratar de configurar un sistema que, tomando como punto de partida las instituciones que ya están funcionando y las que podemos aportar como novedad, establezca una regulación, a poder ser unitaria para todo el Estado español, al menos en cuanto a sus conceptos y elementos básicos, a fin de evitar disfunciones graves, como las que actualmente ya estamos padeciendo.

NOTAS

1. 6963. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 23 noviembre 2007. BOE nº 96 de 21 de abril de 2008.
2. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. *La Convención (...) y la actuación notarial*. Aequitas Documentos, mayo 2011.
3. MARTÍNEZ AGUIRRE, C. *El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención (...)*. Monografías Derecho Civil, Dykinson, 2013.
4. FERNÁNDEZ BUJÁN, A. *La Convención de 2006 (...)*. Revista ICADE nº 83, 2011, págs. 119-155.
5. Para conocer los planteamientos de la O.M.S. acerca de la salud mental y el respeto a los derechos humanos, en especial en materia de capacidad jurídica véase: <https://www.who.int/publications-detail/who-qualityrights-guidance-and-training-tools>.
6. COCH ROURA, N. Revista La Notaría, 1/2018, pág. 78.
7. VALLS i XUFRE, J.M. *El poder preventivo*. CNC Tirant lo Blanch, 2018.
8. Ley nº 49/2018 de 14 de agosto de *Cria o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, aprovado pelo Decreto -Lei nº 47 344, de 25 de novembro de 1966*.
9. COCH ROURA, Núria. “La curatela en vista de la Convención de las Naciones Unidas...” Revista La Notaría, número 1, 2018, pág. 77
10. En Catalunya, por ejemplo, compete al Departament de Treball, Afers Socials i Família.

La Academia Notarial Europea



Pedro Carrión García de Parada
Secretario de la Unión Internacional del Notariado
Notario de Madrid

La **Unión Internacional del Notariado (UINL)** es una organización no gubernamental, de carácter internacional, “constituida para promover, coordinar y desarrollar la función y la actividad notarial en el mundo entero”. Está **integrada por ochenta y nueve notariados de todo el mundo** (las últimas incorporaciones, en noviembre 2019, han sido Líbano y Bielorrusia), y tiene su sede institucional, fundacional y originaria, en Buenos Aires (Argentina) y la administrativa, operativa, en Roma (Italia). Se constituyó, entre otros fines, para promover la formación profesional y el apoyo a los trabajos científicos en el ámbito notarial.

La UINL se organiza a nivel continental en Comisiones, destacando en Europa la labor de la **Comisión de Asuntos Europeos (CAE)**, que tiene **sede semipermanente en Barcelona**, celebrando una de sus dos reuniones anuales en esta ciudad. Su objetivo es tratar problemas notariales de interés particular, difundir los principios del

notariado, colaborar con las organizaciones internacionales y organizar jornadas de estudio sobre temas de interés notarial (art. 11 del reglamento de la UINL), además de profundizar y promover el conocimiento y la armonización de las leyes y del derecho nacional de los notariados miembro europeos, promover la publicación de trabajos, la circulación de información entre los notariados, estudiar temas de derecho comparado y de derecho internacional privado en el ámbito notarial, y promover la formación tanto inicial como continua de los notarios de su radio de acción, en particular por medio de Academias Notariales u otros institutos de formación similares (art. 13 del reglamento).

En cumplimiento del reglamento de la UINL, y siendo su Presidente el escribano argentino D. Eduardo Gallino, y su Vicepresidente para Europa el notario español D. Rafael Gómez-Ferrer Sapiña, se constituyó formalmente en la ciudad de Valencia (Es-

paña), en la sede del Colegio Notarial de dicha capital, en el salón de la Reina Isabel II, el 29 de octubre de 2010 la **ACADEMIA NOTARIAL EUROPEA**. Se rige ésta por su reglamento interno aprobado por el Consejo de Dirección de la UINL en su reunión celebrada en París el 11 de noviembre de 2009, el cual, en línea con los estatutos y el reglamento de la UINL, fija entre sus fines el **estudio de las normas aplicables por y a los notarios y las concernientes a estos** (en particular las que se refieren a la figura del notario, a su función y al documento notarial), **tanto de las instituciones europeas como de los países europeos, la formación inicial y continua de los notarios y la realización y difusión de trabajos científicos en materia notarial.**

La Academia tiene su domicilio en Roma, en la sede de la Secretaría Administrativa, y realiza sus actividades, principalmente, en el continente europeo. Son sus miembros los académicos numerarios -el delegado en



la CAE de cada Notariado miembro de ésta, los académicos de honor –personas que se hayan destacado en la defensa y difusión del notariado latino y del documento notarial, además de los presidentes de la UINL y de la CAE y de las extintas comisiones CAUE y CAEM, cuya fusión dio paso a la CAE- y los académicos correspondientes –juristas, en número máximo de 100, destacados en actividades relacionadas con los fines de la Academia-. Rige la misma el Comité Directivo de la propia CAE.

Desde que se creó en 2010 la Academia Notarial Europea, ha tratado diversos y variados temas en los diferentes lugares en que se ha celebrado, contando para ello con los mejores juristas europeos especialistas en cada materia, los cuales han ido integrando un panel de reconocidísimos académicos, el primero de los cuales fue el Profesor de la Universidad de La Sorbona, el Dr. D. Michel Grimaldi, quien ingreso con ocasión de la constitución de la Academia. Enumero los temas tratados desde su fundación:

Durante la legislatura 2011-2013

- En Tirana (Albania): “1. Integridad del notario, deontología notarial y sistema disciplinario en los países de la Unión Europea. 2. Cooperación con el Ministerio de Justicia y el papel clave del Consejo General o Superior del Notariado.”

- En Hamburgo (Alemania): “LEX REI SITAE como punto de conexión en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea”.

- En Amsterdam (Países Bajos): “La imparcialidad del notario y sus repercusiones en materia de formación profesional.”

- En Skopje (Republica de Macedonia/FYROM): “Papel del notario y derechos de los extranjeros sobre los bienes inmuebles en la República de Macedonia”.

- En Vilnius (Lituania): “La organización del notariado y sus funciones en el seno de la sociedad moderna de las nuevas democracias”.

Durante la legislatura 2014-2016

- En Banja Luka (Bosnia-Herzegovina): “1. Desarrollo del Notariado de tipo latino, con referencia particular a los notarios de Bosnia-Herzegovina. 2. Transferencia de competencias de la Corte a los notarios, con referencia particular a la transferencia de los procedimientos hereditarios en Croacia.”

- En Barcelona (España): “Europa, Notarios y Consumidores”.

- En San Marino (República de San Marino): “Estado y Notariado en la Historia y en la Actualidad”.

- En Barcelona (España): “La protección de personas vulnerables”.

- En Podgorica (Montenegro): “1. La cooperación notarial internacional, referida en particular a la validez de los documentos

notariales en el extranjero. 2. Las posibilidades de la inscripción electrónica directa de los derechos inmobiliarios en el registro de la propiedad”.

- En Barcelona (España): “Las consecuencias de la inmigración y el notariado”.

Durante la legislatura 2017-2019

- En Budapest (Hungría): “Los procedimientos no contenciosos”.

- En Budapest (Hungría): “Lucha contra el blanqueo de dinero. Situación en Europa”.

- En Madrid (España), conjuntamente con la Comisión de Asuntos Africanos y el CGN español, se celebró el 6º Coloquio Notarial de las “Jornadas del Mediterráneo”, cuyos temas fueron: “1. Parejas: libertad y diversidad (Unión libre, Pareja registrada, matrimonio). 2. Parejas: familia y empresa (organización y gestión de la empresa en el seno de la pareja y de la familia)”.

- En Viena (Austria): “La utilización de las herramientas y de los procesos digitales en el Derecho de Sociedades. El establecimiento de documentos a distancia”.

- En Londres (Reino Unido): “1. Consecuencias del BREXIT en el Derecho Internacional Privado y Público. 2. Diferencias principales en el Derecho de sociedades entre los sistemas de *common law* y de Derecho civil: constitución, poder de representación, titularidad de las cuotas sociales, publicidad.”

- En Barcelona (España): «**La digitalización del Derecho de Sociedades en Europa**». Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre el uso de herramientas y procesos digitales en el Derecho de Sociedades.

Me detendré breve y esquemáticamente en este último, por ser el estudio más reciente y servir de botón de muestra. Los trabajos obtenidos son guardados por la Academia, y algunos de ellos han dado lugar a una publicación del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña.

I. INTRODUCCIÓN

a. **Europa (la UE) debería ser un mercado único**, en el que las empresas se movie-



sen con comodidad, celebrasen acuerdos y negocios con las de otros Estados miembros, se organizaran empresarialmente (mediante fusiones, escisiones, transformaciones, traslados transfronterizos de sus domicilios, creación de estructuras de cooperación, etc.), **como si de un solo Estado se tratase.**

b. Sin embargo, no es esa la realidad. **Las barreras existentes son numerosas, tantas como Estados integran la UE.**

i. La legislación difiere de unos Estados a otros, lo cual disuade a las empresas de actuar transfronterizamente o les lleva a buscar y utilizar vías indirectas o subterfugios. Rige, en definitiva, la incertidumbre jurídica.

ii. No existen, o son insuficientes o diversas las herramientas digitales que hay.

En consecuencia, las operaciones transfronterizas son escasísimas.

c. De ahí que **la UE quiera levantar, suprimir, al menos, reducir esas barreras**, para con ello:

i. Facilitar la celebración de negocios y operaciones en toda la UE: lograr el mercado único.

ii. Favorecer la cooperación transfronteriza.

iii. Proteger a los socios y a otros afectados, como son los empleados y acreedores.

iv. Dotar a las empresas de un marco de total eficiencia, máxima competitividad y sostenibilidad a largo plazo de los negocios.

v. Aumentar la transparencia.

vi. Alentar a los accionistas para que participen más en el gobierno corporativo.

vii. Simplificar y abaratar los procedimientos.

En definitiva, **se busca: mayor seguridad jurídica y hacer realidad el mercado único (incluso digital).** Ello traerá la creación de empleo, el crecimiento económico y mayores inversiones. También mayor paz social.

d. **Las soluciones que se están proponiendo son:**

i. Adoptar un paquete de reglas y normas en materia de sociedades:

1. Destaca la **directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017.**

2. Existen **otros dos textos** que afectan a la anterior, y que constituyen el paquete de Derecho de sociedades (*Company law package*) que la Comisión Europea publicó el 25 de abril de 2018, con su propuesta relativa al uso de herramientas digitales en la constitución y registro de sociedades, y otra para las modificaciones estructurales (movilidad transfronteriza). Son:

a. **La directiva 2019/1151 de 20 de junio:** sobre uso de herramientas y procesos digitales en materia de sociedades, que debe ser transpuesta nacionalmente como tarde el 1 de agosto de 2021 (aunque cabe pedir un año de prórroga como máximo (1/8/2022), en caso de dificultades especiales para la transposición). El plazo se alarga hasta el 1/8/2023 para la transposición del depósito en línea de las actas e información de sociedades y su almacenamiento en los registros (art 13.11.2 y 16.6 de la directiva 2017/1132), como también para las cuestiones relativas a la revocación de administradores (art. 13.10).

Cada Estado miembro debe fijar antes de esa fecha las modalidades de constitución en línea de sociedades.

b. **La propuesta de directiva sobre modificaciones estructurales (transformaciones, fusiones y escisiones) de sociedades**, que goza del consenso de PE y del Consejo, está en fase rectificaciones lingüísticas y debe ser aprobado por uno y otro (muy avanzado).

3. **Creación de un portal único digital por el reglamento 2018/1724, del PE y del Consejo de 2 octubre 2018** (publicado el 21/11/2018 y será de plena aplicación a partir del 12/12/2023). Busca que las empresas (también los ciudadanos) se desplacen en el interior de la Unión y que operen, se establezcan y extiendan sus actividades a través de las fronteras. Debe ser un portal en línea, fácil, accesible, interactivo, que permita el uso en numerosas lenguas (éstas no deben ser un obstáculo). Debe permitir el acceso sencillo a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas para que ejerzan sus derechos en el mercado interior. Debe dotar de más transparencia a las normas y las regulaciones relativas a diferentes acontecimientos empresariales.

Su objetivo es reducir la carga administrativa, eliminar la discriminación y garantizar el funcionamiento del mercado interior proporcionando información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas.

4. **La directiva 2012/17/EU** (que debía ser transpuesta antes del 16/7/2014) y **el reglamento de ejecución (EU) 2015/884, del PE y del Consejo de 20 de mayo de 2015, sobre reglas para la interconexión de los registros centrales mercantiles y de sociedades (BRIS)**, operativo desde el 8 de junio de 2017, que permite el acceso electrónico a la información de los registros mercantiles a través del portal europeo e-justicia. Hoy están ya conectados los registros de veinticinco países y se extenderá a los registros de Lichtenstein, Noruega e Islandia. Si el Reino Unido sale sin acuerdo de la UE, se interrumpirá la conexión.

En cuanto a la interconexión de los registros de insolvencia, la Comisión debía adoptar los actos de ejecución determinando todas las modalidades técnicas de interconexión de estos registros.

5. **Directiva 2019/1023, del PE y del Consejo de 20 de junio de 2019, sobre armonización de las reglas en materia de insolvencia.** Se ha publicado el 26 de junio de 2019.

6. **Directiva 2009/102/CE** que provee un marco para crear sociedades unipersonales.

7. Dos regulaciones que establecen reglas para entidades de la UE:

a. **Regulación 2157/2001**, que contiene un estatuto de la sociedad europea (SE).

b. **Regulación 2137/85**, que recoge un estatuto para la Agrupación de Interés Económico Europea.

8. Iniciativas en materia de Cooperativas europeas para simplificar su estatuto en relación con el preexistente reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003 (en fase muy embrionaria).

9. Estudios preliminares sobre las dificultades de transmisión de empresas.

10. Reglas europeas sobre gobierno corporativo.

ii. Mediante la digitalización del derecho de sociedades



III. DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES

a. En general, cabe decir que **los procedimientos online permiten:**

i. Ganar en rapidez, reducir costes, un más fácil acceso a datos de los ciudadanos (con mayor protección de socios, trabajadores y acreedores) y de la Administración (persecución del crimen), compatibilizar y compartir procedimientos: lo que trae uniformidad, simpleza, menos costes.

ii. Ahora bien, presentan el riesgo de perder en seguridad, favorecer actividades fraudulentas fiscalmente, blanqueo de capitales, etc.

b. ¿Cómo conseguir seguridad utilizando esas nuevas tecnologías?

i. El notario debe jugar un papel clave, lo que aportará numerosas ventajas, aunque también deben preverse los posibles inconvenientes.

ii. Respetto del ejercicio de la función:

1. es preciso examinar si realmente se produce un cambio, así:

a. en la identificación de las personas, mediante la utilización de nuevos medios (DNI electrónico, biométricos, etc.);

b. en la apreciación de la capacidad (¿cabe la utilización de máquinas?);

c. en el asesoramiento (¿qué papel jugará la inteligencia artificial? ¿Se verán afectadas la Independencia e imparcialidad del notario?

d. al practicar el control de legalidad y otros (en la persecución del blanqueo de capitales, del fraude fiscal y del terrorismo);

e. al conservar la documentación (¿cabe sustituir totalmente el soporte papel por el digital o debe conservarse aquél, por ejemplo, para las matrices?);

f. el deber de guardar secreto;

g. concebir la función del notario como el visto bueno y la aprobación final que da en su condición de autoridad (reconocimiento de firma electrónica: eIDAS –reglamento 910/2014 del PE y del Consejo de 23 de julio de 2014)

2. ¿Cabe la sustitución del notario? ¿Puede suponer una competencia la inteligencia artificial o blockchain?

iii. **Aceptación del documento notarial electrónico:** utilización de los procedimientos digitales y de todas las herramientas de ese tipo para la circulación del documento notarial, que conserva su propia esencia, y la colaboración con los terceros, en particular con la Administración.

iv. **Conveniencia de que subsista la matriz en papel.**

v. Deberemos esperar para ver cómo actúa cada Estado miembro de la UE.

Estas son algunas de las cuestiones que suscitó el tema desde el punto de vista notarial. Se expusieron por magníficos ponentes en **la sesión de la Academia celebrada en Barcelona**, como última de la legislatura, el sábado **26 de octubre de 2019**, por parte del Director General de los Registros y del Notariado, don Pedro Garrido Chamorro, y a continuación en una mesa redonda, que tuvo el honor de coordinar, por quienes participaron en ella, don Daniel Vázquez Albert (Catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat de Barcelona), doña Ana Fernández-Tresguerres (Notaria de Madrid, Letrada adscrita a la DGRN y Académica de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España), don Corrado Malberti (Notario y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento y Presidente del grupo de trabajo CNUE sobre Derecho de Sociedades) y don Andreas Bosch (Director de la Bundesnotarkammer y responsable del desarrollo del nuevo sistema de formación en línea de los notarios alemanes).

La sesión puso de manifiesto que **nos hallamos ante un tsunami, una verdadera revolución, que puede acabar y hacer desaparecer profesiones tradicionales**. La digitalización busca simplificación y celeridad, lo cual no está reñido con el valor añadido que aporta el notario con su asesoramiento, su control de legalidad, la seguridad jurídica que ofrece y, sobre todo, su decisión final como autoridad que hace desplegar al documento del que es autor los efectos legalmente previstos. Sería conveniente que fuesen los notarios europeos quienes llevasen la iniciativa en lo que concierne a esa digitalización en relación con su función, que se coordinasen y actuaran de manera conjunta en la aportación de soluciones, concienciando a todos los notarios, de no estarlo ya, de la importancia de utilizar las nuevas tecnologías y el mundo digital como instrumento a favor del mejor desarrollo de su función para el bien de los ciudadanos, de las empresas, en definitiva, de la sociedad a la que se deben.

Larga vida a la Academia.

CAE: Fin de legislatura en Barcelona



María de los Reyes Sánchez Moreno
*Vicepresidenta de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE)
de la Unión Internacional del Notariado
Notaria de Alicante*

La Comisión de Asuntos Europeos (CAE), integrada en la Unión Internacional del Notariado (UINL), despidió su legislatura en Barcelona, su sede semipermanente.

Esta reunión, celebrada el día 25 de octubre, estuvo marcada por las presentaciones de trabajos realizados y los buenos propósitos e ideas para la siguiente legislatura, que va a seguir presidida por el Notario de Salerno, Franco Salerno Cardillo.

Precisamente por tratarse de la reunión de fin de legislatura, fue particularmente importante contar en ella con la presencia de José Marqueño, notario de Barcelona y presidente de la UINL y con la de la notaria alemana, Sigrun Egber-Falen, vicepresidenta de la UINL para Europa. Ambos terminaban igualmente su presidencia y vicepresidencia respectivas y fue el momento, también para ellos, de hacer un balance de la gestión de su equipo en este periodo.

Para el presidente de la UINL, el **objetivo de romper fronteras y de aprovechar**

sinergias ha marcado su actuación. De esta manera, **Líbano**, que estuvo presente en la reunión de la CAE y que es el miembro 88 de la UINL, muestra esta apertura de miras, siendo otro buen ejemplo las **Jornadas del Mediterráneo** celebradas en Madrid en junio de 2019, convertidas en esa ocasión en una reunión no sólo de países mediterráneos, sino de dos continentes, Europa y África, separados y también unidos por el Mediterráneo. Fue significativa la presencia en la reunión del actual **presidente de la Comisión de Asuntos Africanos (CAAF)**, que celebró su reunión en Madrid junto a la CAE.

En el haber de la UINL esta legislatura está el haber logrado una **definición de documento auténtico notarial** que excluye sea considerado en el mismo plano que el documento judicial de cara a su circulación, proyecto de la Conferencia de la Haya, criterio que a juicio del notariado no responde a la realidad del documento notarial. Y está igualmente en el haber de esta legislatura

la **creación dentro de la UINL del “Grupo Antiblanqueo” y la colaboración con operadores internacionales como el GAFI**; la especial atención prestada a la **protección de personas vulnerables**, en estrecha colaboración con la Conferencia de la Haya para contar con una Convención de Mayores, y más aún, con la ONU, habiendo recomendado la relatora Catalina Debandas que el notario, junto con el juez, sean autoridades de apoyo a las personas vulnerables y, también, la **atención a las nuevas tecnologías**, pero como apoyo a nuestra función y nunca sustituyendo al acto notarial como acto de autoridad y, por supuesto, la decidida **apuesta por la formación**. Precisamente, el presidente de la UINL reclamó a la CAE, a la que felicita por su esfuerzo científico, el esfuerzo de actualización de sus trabajos, única manera de garantizar su utilidad.

Un logro de carácter técnico legal pero inaplazable ha sido la **regularización de la situación jurídica de la UINL**. Se ha aceptado en este punto la postura española:



la UINL tiene carácter internacional, pero no personalidad jurídica, que sólo corresponde a su Secretaría.

A modo de conclusión, el presidente constató que **la supervivencia del notariado está ligada a que se subraye, valore y reconozca el carácter del notario como autoridad pública**. E hizo una reflexión: que **la UINL tiene más potencial del que ha podido desarrollar**.

Para la vicepresidenta de la UINL para Europa, ha de prestarse una **especial atención a la amenaza de la digitalización y el acto a distancia, que se han abierto camino en la constitución de sociedades** en Europa al hilo de la Directiva que los contempla y que, precisamente, fue el objeto de la reunión de la Academia Notarial que se celebró como último acto de la CAE el día 26 de octubre.

Siguiendo con el balance de legislatura, contamos también en la reunión con la presencia de Franz Leopold, notario austriaco presidente de la CCNI. Esta comisión de la UINL, que se ocupa de gestionar las peticiones de incorporación a la UINL de nuevos países, una vez estudiadas la condiciones en que se desarrolla la labor del notario en estos países y si es compatible o no con los principios básicos del notariado continental, valoró

la **incorporación del Líbano a la UINL** y se constató la petición de otros países como Bielorrusia, cuya candidatura se votará en Yakarta, y que estuvo presente por primera vez como observador en esta nuestra última reunión de la legislatura de la CAE.

El presidente de la CAAF, el argelino Achite-Henni, dio las gracias al presidente de la UINL, al de la CAE y al notariado español por las jornadas del Mediterráneo celebradas en Madrid, lugar de encuentro entre notarios de dos continentes. Esto implica una **apertura de las Comisiones de la UINL, incentivando la conexión entre ellas**. A todos interesan **temas comunes** como la **lucha contra el blanqueo de capitales y la desjudicialización**, afirmando el presidente de la CAAF la necesidad de subrayar **el valor del acto auténtico notarial y la utilidad social del notario**. Como presidente de la CAAF, pidió que se examinen notariados africanos que, a su juicio, tienen un sorprendente nivel técnico, como la República Democrática del Congo o Ruanda.

Tras la bienvenida a España de los delegados de la CAE por parte de José Ángel Martínez Sanchiz en su calidad de presidente del notariado español, comenzó uno de los actos más emblemáticos de la CAE: **la intervención por turno de los países para comunicar las novedades**

legislativas importantes que afecten al notariado. Se trata de un acto cuya duración ha tratado siempre de controlarse y limitarse, pero, sea como fuere, es un acto importantísimo para tomar el pulso al notariado europeo y subrayar el hecho de que estamos todos embarcados en un proyecto común aunque seamos muy distintos.

Puede destacarse la intervención de **Austria**, que ha experimentado ya la constitución de la sociedad en línea ante notario, que sería, pues, la primera en Europa; la de **Holanda**, que ha regulado la posibilidad de comparecencia *on line* ante notario siempre que con antelación se hayan pactado con él las condiciones de comunicación o la de **Italia**, concentrada en la informatización de los Registros y la posibilidad de inscribir el documento electrónico.

Hay un país, Suiza, que comunicó la proyectada reforma del arancel notarial basándola en la hora de trabajo. Este guiño a la liberalización del arancel se percibió como negativa por el notariado suizo, que reclamó ayuda a la UINL.

Por lo que a **España** se refiere, se informó de la LCCI, la ley de contratos de crédito inmobiliario, que tanto ha afectado al notariado español en este último periodo.

Hay un país, **Suiza**, que comunicó la proyectada reforma del arancel notarial basándola en la hora de trabajo. Este guiño a la liberalización del arancel se percibió como negativa por el notariado suizo, que reclamó ayuda a la UINL.

El turno de palabra tiene por objeto, también, proponer algún tema de interés para la siguiente legislatura. Uno de los más valorados es el de la representación transfronteriza de sociedades y su acreditación.

En esta reunión, última de la legislatura, se consideró adecuado invitar al notario francés ya jubilado, **Pierre Becque, anterior presidente de la CAE**. Y se consideró adecuada porque, en un mundo de cambios y revolución tecnológica, él representa al notario que empezó a



trabajar en otra época muy distinta y que ha tenido que evolucionar. Subrayó que, a pesar de los cambios, el deber de consejo y de prestación imparcial de la función sigue teniendo la misma importancia. Y que hoy, igual que antes, debe defenderse el doble carácter del notario como profesional del Derecho y como funcionario al servicio del ciudadano. Es cierto que el notario debe adaptarse a las innovaciones tecnológicas, pero está en nosotros el convertirlas en aliadas y no en amenazas a nuestra función. También debe el notario del futuro ocuparse de la colaboración transfronteriza, si bien debe garantizarse el respeto a las particularidades de cada país.

Si Pierre Becque representa al notariado con solera de un país como Francia, resulta interesante igualmente escuchar al presidente del notariado del Líbano, muy agradecido por haberse convertido en el país número 88 de la UINL. En este país, comentó el presidente del notariado, se ha producido lo que él llama una revolución pacífica del ciudadano por la modernización.

Si Pierre Becque representa al notariado con solera de un país como Francia, resulta interesante igualmente escuchar al **presidente del notariado del Líbano**, muy agradecido por haberse convertido en el país número 88 de la UINL. En este país, comentó el presidente del notariado, se ha producido lo que él llama una revolución pacífica del ciudadano por la modernización. Y el notario debe estar ahí, acompañando al ciudadano en su actividad privada garantizando que se respeten sus derechos civiles. En septiembre de 2020 este país organizará el que será el séptimo Coloquio del Mediterráneo.

Y llegó el momento de hacer balance de los **trabajos** que no ha sido posible terminar, el de **“Autenticación, legalización y certificación”**, que se ha convertido en el trabajo más longevo en la historia de la CAE, y el de **“Derechos Reales”**. Éste último ha resultado más difícil de lo que se pensó en un primer momento. Es un proyecto muy ambicioso, que se desarrolla en colaboración con la CNUE (Consejo de Notarios de la UE) y que,

para los países de la UE, tiene la especial utilidad de favorecer el mecanismo de la adaptación de derechos, que disponen de forma muy escueta los Reglamentos europeos de Sucesiones y de regímenes matrimoniales y de parejas registradas. De momento, se va a empezar con el listado básico de derechos en el marco de la sucesión. Más adelante se emprenderá el trabajo de su descripción y de la búsqueda de equivalencias.

¿Y los trabajos terminados?

Pues ha sido un gran logro de esta legislatura el haber terminado el trabajo sobre **Derecho de Sociedades**. Y un gran orgullo, el poder presentar el trabajo ya publicado sobre **poderes**: está escrito en inglés (la mayoría) y en francés, dependiendo de la lengua que ha utilizado el autor del trabajo. Pueden ser adquiridos desde la página de la UINL. Italia pretende su traducción al italiano y sería importante, y así se solicitó al presidente del Notariado español, que se tradujera igualmente al español. El estudio, muy práctico y que incluye un apartado sobre el poder preventivo, constata que un obstáculo para la circulación del poder es la legalización o apostilla.

Y el otro trabajo, estrella también de la legislatura, es el de **regímenes matrimoniales y de pareja**, que se va a publicar en breve, ya completamente terminado. Este trabajo es iniciativa de la CAE, pero cuenta con la colaboración de IRENE (Fundación internacional con sede en Luxemburgo para la difusión internacional del Derecho) y de la CNUE. Las intervenciones están sobre todo en inglés, y algunas en francés, dependiendo también de la lengua en que ha presentado el trabajo su autor nacional. En este caso en particular, el libro debe ser objeto de actualizaciones continuadas en el tiempo para garantizar su utilidad y es también de la máxima importancia dar publicidad a ésta, la obra más ambiciosa de la legislatura, de la que nos sentimos particularmente orgullosos todos.

Ciertos anuncios de **acontecimientos futuros** cerraron la reunión: el grupo de trabajo “Civil law-Common law” se reunirá en 2021 en Londres y girará en torno al Derecho Mercantil; IRENE celebrará reunión en Luxemburgo en febrero y la CAE celebrará su próxima reunión en Eslovenia, coincidiendo con el aniversario del notariado de este país, para seguir trabajando en la colaboración internacional a través del respeto a la diversidad jurídica y el trabajo científico.



Situación actual y perspectivas de futuro del Código civil de Cataluña.

Análisis de las leyes civiles del período 2015-2019



Joan Carles Ollé Favaró
Decano del Colegio Notarial de Cataluña
Director de la Comisión de Codificación de Cataluña

La derogación definitiva de la Compilación de 1960, Texto Refundido 1/1984, producida en virtud de la ley 3/2017 del Libro Sexto, ha coincidido en el tiempo con la **culminación**, al menos formal, **de los seis Libros del Código civil de Cataluña**, iniciado con la Ley primera 29/2002. El hecho tiene un importante simbolismo, que debe destacarse en toda su dimensión, dada la **importancia histórica y la gran valía técnica de dicho texto legal recopilatorio del Derecho catalán histórico**, aprobado en unos tiempos difíciles y elaborado por unos juristas excepcionales. **La Compilación es el precedente imprescindible** sin el cual sería impensable el Código civil. Del siglo XX al siglo XXI. Una historia de éxito.

Recuperada por Cataluña la facultad legislativa en Derecho civil en 1978, observamos que hace casi cuatro décadas se inició el proceso de codificación en el Principado, del que hoy comenzamos a vislumbrar el final.

Superando etapas en cada década, después de las leyes especiales de los años ochenta **y de los códigos sectoriales de los años noventa**, en 2002, recién iniciada la primera década del **siglo XXI**, se inicia la elaboración del Código civil y, rápidamente, en el transcurso de **la primera década, se aprueban los cinco primeros libros del Código**.

En la **segunda década de este siglo**, podríamos decir que se inicia la **segunda fase de elaboración del Código**. Tras un tiempo de reflexión y trabajo interno en el seno de la Comisión de Codificación y el Observatorio de Derecho Privado –y, por qué no decirlo, impactados quizá algún tiempo por la controvertida Sentencia del TC, de 28 de junio de 2010 sobre el Estatuto de 2006, tras verificar también que, desde un punto de vista competencial, en materia de Derecho civil más o menos todo seguía como en el Estatuto de 1979 que, por cierto, permitió avanzar mucho–, comienzan a impulsarse

nuevas leyes del Código civil con el Departamento de Justicia.

Por razones obvias, el planteamiento ya no podía ser el mismo que en la primera fase. El objetivo de estos años ha sido **ir dotando de contenidos el Libro Sexto**, poco a poco, ya que no es fácil ni quizá tampoco sea prudente impulsar la aprobación de todo el Libro en una sola ley y, al mismo tiempo, partiendo del carácter de código abierto del Código civil de Cataluña, iniciar un proceso **de actualización y modernización** selectiva con el fin, por una parte, de realizar tareas de armonización y mejora de las disfunciones o dudas que la práctica, la doctrina o los tribunales hayan puesto de relieve y, por otra parte, impulsar las reformas que aconsejen la evolución de la sociedad y la legislación comparada.

Con estos planteamientos, en los últimos años, desde el inicio de la década y, en espe-

NOTA: Artículo basado en la conferencia pronunciada en la inauguración del ciclo "Institucions del nostre Dret" organizado por la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, pronunciada el 8 de octubre de 2019 en el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.



cial, desde 2015 con los trabajos de la Comisión de Codificación, el Departamento de Justicia ha impulsado y el Parlamento ha aprobado seis leyes del Código civil; al mismo tiempo, varios trabajos están en fase de elaboración, más o menos avanzada.

El objetivo del presente trabajo es examinar los rasgos más importantes y reflexionar al mismo tiempo brevemente en torno a las claves de fondo, el entramado, de estas leyes civiles del período 2015-2019. Por último, expondré las ideas principales de las iniciativas en curso y añadiré algunas reflexiones sobre el futuro de nuestro Código civil.

Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro V, en materia de propiedad horizontal

El impulso de esta ley procedía de una resolución del Parlament, de 29 de abril de 2011, aprobada por unanimidad de todos los grupos de la Cámara, en la que se instaba al Govern para que, de manera urgente, se iniciaran los trabajos de revisión de la regulación de la propiedad horizontal. Se trataba de mejorar aquellos aspectos que recomendaban la práctica de los años transcurridos desde la aprobación del Libro V en 2006. En el impulso de la reforma tuvo

un protagonismo importante el colectivo de administradores de fincas, que conocen el día a día de las comunidades de propietarios. La idea general de la Ley era facilitar la toma de los acuerdos, simplificando sus requisitos, y reforzar las garantías de la comunidad ante los propietarios incumplidores. Se decidió no otorgar personalidad jurídica a la comunidad de propietarios, a pesar de que se venía reclamando desde algunos sectores doctrinales, al entender que podía generar más inconvenientes que ventajas. A continuación, relaciono las principales novedades de la reforma.

En primer lugar, cabe destacar la ampliación de la afección real de las entidades privativas, en caso de transmisión, a las deudas comunitarias y fondo de reserva vencidos del año en curso y los cuatro años anteriores, con devengo de intereses desde la reclamación (art. 553.5). Además, se resolvieron las dudas que se habían planteado anteriormente con la Ley de 5/2006 del Libro V en el sentido de si era aplicable o no en Cataluña el procedimiento monitorio del artículo 21 de la Ley de propiedad horizontal estatal. Se modificó el artículo 553-47, que ahora lo declara aplicable de forma expresa. También se aclara que el propietario que transmite su elemento privativo no puede reclamar la parte aportada al fondo

de reserva (art. 553-6.2), una materia que había generado controversia.

En cuanto a la convocatoria y toma de acuerdos las modificaciones fueron varias y relevantes. Así, se sustituye el sistema de primera y segunda convocatoria para una única convocatoria (553-21.4), no se fija quórum mínimo para su constitución (553-23.1), se introduce un sistema de doble mayoría en la toma de acuerdos, mayoría de propietarios que representen mayoría de cuotas (553-25.2) y se suprime el requisito de la unanimidad para modificar el título o desvincular un elemento común, siendo suficiente una doble mayoría de cuatro quintas partes (art. 553-26.2). En el cómputo de la mayoría, se simplificó enormemente el sistema al generalizarse el llamado “voto presunto” de los ausentes en todos los acuerdos que requieren unanimidad o mayoría cualificada, al establecer el artículo 553-26.3 que se cuenta como voto favorable la posición de los propietarios ausentes que en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo no se hayan opuesto mediante un escrito remitido a la secretaría por cualquier medio fehaciente. También cabe mencionar, en la misma línea de simplificación y facilitación de los acuerdos, el artículo 553-24.3, el cual establece que las abstenciones se suman a la mayoría alcanzada.

Además, se suprimió la posibilidad que existía antes de cesar al Presidente, Secretario o Administrador de la Comunidad, aunque el asunto no constara en el orden del día (553-25.1), lo que era bastante distorsionador. Por otra parte, se facilitaron los acuerdos relacionados con la supresión de las barreras arquitectónicas, instalación de ascensores o eficiencia energética (553-25.2), siendo suficiente la mayoría simple, aunque el acuerdo suponga la modificación del título constitutivo y los Estatutos o, en los dos primeros casos, incluso si las obras afectan a la estructura o configuración exterior. Una modificación interesante fue también la opción de convocar a la Junta por correo electrónico, aunque no haya acuerdo de la comunidad en este sentido (art.553-21.2) y la posibilidad, si lo prevén los Estatutos o así lo acuerda la Junta, de que se pueda asistir por videoconferencia o por otros medios telemáticos similares (553-22.1).

Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código civil

El objeto declarado de la presente ley era corregir aquellas carencias o dis-

funciones más evidentes del Código que habían puesto de manifiesto en los años anteriores la doctrina y la praxis de los juristas prácticos. No tenía ánimo de exhaustividad, que se dejaba para un momento posterior, más bien se pretendía actuar de una forma selectiva sobre aquellas cuestiones que se consideraba urgente corregir o aclarar. El Plan de Actuación de la Comisión de Codificación contempla seguir con los trabajos de revisión, actualización y armonización propiamente dicha de los distintos libros del Código que, no se olvide, fueron elaborados en momentos y por autores distintos. La lógica indicaría que, **una vez completado todo el Código, se debería emprender una más amplia segunda ley de armonización o de armonización final del conjunto del Código.**

Las modificaciones más importantes de la Ley 6/2015 fueron las siguientes: la introducción de un precepto (**art. 111-10**) que regula **la entrada en vigor y la pérdida de vigencia de las normas**, norma imprescindible en todos los Códigos, subsanando así una destacada omisión del Libro I. La vigencia de las normas había sido regulada en la Ley 3/1982, pero desapareció al aprobarse la ley 29/2002. En la tramitación parlamentaria decayó, con poco rigor, la llamada “derogación tácita”, es decir, cuando la nueva norma resulte incompatible (o en aquello en lo que resulte incompatible) con la ley anterior, que sí figuraba en el proyecto de ley inicial. A pesar de esta carencia, seguro que debe llegarse a la misma solución, pero técnicamente sería bastante más cuidadoso y exacto que el precepto lo manifestara expresamente, tal y como figuraba en el proyecto de ley.

También **se modificó el artículo 211-2 relativo a la conmorienencia**, para introducir en el primer apartado la regla clásica de nuestro Derecho, que hasta el momento no estaba y que, como sabemos, determina, en caso de fallecimiento de dos personas llamadas a suceder que fallecen al mismo tiempo, si no se puede demostrar la supervivencia de uno de ellos, la premorienencia de cada uno de ellos en la herencia del otro. Con todo, en la tramitación parlamentaria, **se reintrodujo** en el segundo apartado del artículo **la regla del originario 211-2**, importada del Derecho norteamericano, que determina la muerte simultánea a efectos sucesorios cuando entre ambas muertes han transcurrido menos de setenta y dos horas, aunque aclarando ahora que esta



norma solo se aplica cuando “hay unidad de causa o circunstancia” en los muertos en cuestión, y no en el resto de supuestos, que se incluían en el texto de la Ley 25/2010 del Libro II, de una manera literal y muy criticada.

En **derecho de sucesiones**, se introdujeron dos modificaciones relevantes: por un lado, **se amplió la ineficacia sobrevenida de las disposiciones mortis causa en caso de separación legal o de hecho, nulidad o divorcio**, extendiéndola a los parientes del cónyuge o conviviente, en línea directa o línea colateral dentro del cuarto grado, por consanguinidad o afinidad (**artículo 422 a 13,4**), armonizando y dando la misma solución que ya preveía el artículo 431-17 a los pactos sucesorios. Si en la sucesión contractual, en la que existe una voluntad tan firmemente manifestada, se decreta la ineficacia sobrevenida, se entendió que con mayor motivo debía declararse dicha ineficacia en la sucesión no contractual. Y, por otra parte, **se modificó el artículo 462-12 para establecer que el derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia no está sometido a plazo**, para coordinarlo con la imprescriptibilidad del reconocimiento del título de heredero y de la acción de petición de herencia establecida en el vigente Libro IV.

En sede de **derechos reales**, se aclaró, con mayor rigor, en el **artículo 564-3, a)** que **es el derecho de superficie el que no puede superar los noventa y nueve años, y no el derecho a construir o plantar**, como de manera inexacta disponía el precepto en su redacción original. Asimismo, en las **disposiciones generales de los derechos de adquisición voluntaria** se suprimió el plazo supletorio de un mes para el ejercicio del derecho, en su caso, es decir, si fuera necesario, que contenía el artículo 568-6,a) en su redacción original. Este plazo para el ejercicio del derecho era contradictorio con los plazos supletorios, a falta de pacto, de dos meses para el ejercicio del derecho de tanteo y tres meses para el de retracto, que establecen los artículos 568-14 y 568-15. La modificación introducida en el citado **artículo 568-6 a)** ha de entenderse en el sentido de que la fijación de un plazo para el ejercicio del derecho de adquisición voluntaria, con carácter general, no tiene carácter obligatorio para las partes, solo deriva de pacto voluntario. En el único caso en el que es preceptivo es en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, supuesto en que los plazos supletorios ya están regulados por los citados artículos.

Una de las modificaciones más importantes de la Ley de armonización se realizó en materia de **cancelación de fideicomisos**



condicionales y extinción de censos. En concreto, **se modificó el apartado 3 de la DT cuarta de la Ley 10/2008 del Libro IV**, estableciendo así que los fideicomisos condicionales se podrán cancelar en el Registro sin necesidad de expediente de liberación de cargas, ya sea si se acredita mediante acta de notoriedad, con la práctica de las pruebas adecuadas de que han transcurrido más de treinta años desde la muerte del fiduciario y de que sus herederos o causahabientes han poseído de manera pública, pacífica e ininterrumpida los bienes gravados con el fideicomiso, siempre y cuando no conste en el Registro ninguna inscripción o anotación tendente a hacer efectivo el derecho de los fideicomisarios, ya sea directamente, a petición del propietario de la finca, si han transcurrido más de noventa años desde la transmisión de la finca por el fiduciario, siempre y cuando no conste en el Registro ninguna inscripción o anotación tendente a hacer efectivo el derecho de los fideicomisarios.

La novedad de la Ley que generó, con diferencia, más debate en el Parlament entre las fuerzas políticas, en cuanto al alcance y los requisitos, fue **la introducción en el artículo 565-11 c) de una nueva causa de extinción del censo** consistente en la “falta de ejercicio de las pretensiones del censalista durante un plazo de diez años”, plazo que se armonizó con lo establecido en el artículo 121-20 para la prescripción de las pretensiones de cualquier clase o no sujetos a plazo especial. Cabe recordar que tanto la Com-

pilación como el Código de Sucesiones Ley 40/1991 establecían la extinción del censo por prescripción, supuesto que desapareció al aprobarse el Libro V con la Ley 5/2006, habiéndose discutido en la doctrina la subsistencia o no de la prescripción como causa de extinción de los censos.

La Ley primera de armonización reintroduce dicha causa de extinción si bien ahora, quizá con más exactitud, no se habla de prescripción sino de no uso o “falta de ejercicio”, y al mismo tiempo ya no se refiere únicamente a las pretensiones del censalista relativas al pago de las pensiones (como hacían la Compilación y el CS), si no al no uso de cualquiera de las pretensiones que le correspondan, lo que incluye el derecho de fadiga y el derecho de laudemio, en el caso del censo enfiteútico. Por este motivo, a efectos de computar el plazo de diez años, deberá considerarse la clase de censo de que se trate y los derechos que atribuya al censalista. En el caso de las pensiones, el plazo computará desde que dejaron de pagarse y para los derechos de laudemio y fatiga, desde que se produjo la transmisión de la finca, por lo que estos últimos derechos, cuando existan, no pueden prescribir mientras no se haya producido la transmisión. Por último, en otro orden de cosas, **la Ley reduce al 1% el importe de la cuota del laudemio a falta de pacto (artículo 568-6, a)**, en lugar del 2% anterior.

Ley 19/2015, de 29 de julio, de propiedad temporal y compartida

Fue impulsada a iniciativa de la Dirección General de Vivienda de la Generalitat y del Grupo de Acceso a la Vivienda (hoy Cátedra de Vivienda) de la Universidad Rovira i Virgili, que habían elaborado trabajos previos que, con posterioridad, fueron reelaborados y ajustados técnicamente en forma de texto articulado por la Sección de Derechos Reales y el Pleno de la Comisión de Codificación de Cataluña, con el apoyo del Departamento de Justicia. Partiendo del principio constitucional del derecho a una vivienda digna y adecuada contenido en el artículo 47 de la Constitución, el planteamiento inicial fue claramente **buscar alternativas de acceso a la vivienda diferentes a la propiedad y al alquiler que, además, en los años de la pasada crisis económica, tantos desahucios habían producido y estaban produciendo en aquellas fechas, en 2012, cuando se empezó a trabajar en esta iniciativa legislativa.**

Desde un punto de vista estrictamente civil la Ley tiene interés técnico en la medida en que, frente a la propiedad tradicional o absoluta, sitúa **dos modalidades nuevas, la propiedad temporal y la propiedad compartida**. Como dice el profesor Sergio Nasarre, ambas representan un cambio fundamental en el concepto de dominio heredado del Código de Napoleón; de una propiedad absoluta hemos pasado a una propiedad que puede adquirirse por un tiempo o propiedad temporal o bien de una manera progresiva o fraccionada, en el caso de la propiedad compartida. Por este motivo se habla, en el caso de estas dos modalidades de propiedad, de tenencias intermedias.

Estas nuevas instituciones tienen su origen en las figuras del Derecho anglosajón del *leasehold*, una especie de propiedad temporal, y la *shared ownership*, cercana a nuestra propiedad compartida, que han tenido en Inglaterra un cierto éxito en los últimos treinta años.

En una aproximación general, podríamos plantearnos si era necesaria la regulación de estas nuevas instituciones, y así lo hicieron en su momento los propios miembros de la Comisión de Codificación, puesto que no es impensable que la libertad de pactos y de *numerus apertus* de los derechos reales en nuestro Derecho y la creatividad jurídica de nuestros juristas prácticos pudiera llegar a configurar, sin necesidad de esta



normativa específica, unos negocios jurídicos equivalentes sobre la base de la normativa preexistente, es decir una adquisición de la propiedad a plazo y una situación de comunidad con adquisición progresiva de cuotas, con una serie de pactos que permitieran alcanzar una relación jurídica idéntica a la establecida en la Ley de propiedad compartida y temporal. No puede negarse que eso es así, pero a la vez también debe afirmarse que es positivo y pedagógico que nuestro Código civil haya introducido la regulación de dichas innovadoras figuras de acceso a la propiedad, con un contenido normativo en su mayor parte dispositivo, pero con también una parte de carácter imperativo que, en definitiva, aporta una regulación jurídica compacta y bien definida.

Como es sabido, **el Gobierno central interpuso el recurso de inconstitucionalidad 2465/2016 contra el artículo 1 de esta Ley 19/2015 del Parlamento de Cataluña**, al entender que la introducción en el Código civil de Cataluña de la propiedad temporal suponía regular *ex novo* una nueva modalidad de propiedad, que no tenía precedentes en el Derecho civil catalán y, en consecuencia, excedía la competencia autonómica del art. 149.1.8 de la Constitución. **Finalmente, el TC en sentencia de 97/2017, de 6 de julio de 2017, desestimó el recurso**, declarando la plena cons-

titucionalidad del artículo 1 y del conjunto de la Ley, al entender la preexistencia en el Derecho catalán de figuras próximas, como la enfiteusis, que supone también un dominio dividido (olvidando que actualmente ha perdido este carácter) o incluso el fideicomiso de residuo, lo que permite concluir que la figura de la propiedad temporal entra dentro del principio constitucional de desarrollo del propio Derecho civil.

Aunque aquí no puedo entrar en detalle en la **regulación legal de la propiedad temporal y compartida**, sí procede recordar sus principales características. En cuanto a la propiedad temporal, la mayoría de la doctrina coincide en que se trata de una verdadera propiedad ordinaria, y no un mero derecho real, propiedad que se caracteriza porque está sometida a un plazo “cierto y determinado”, con arreglo al artículo 547-1, hasta el máximo de noventa y nueve años, que determina el artículo 547-4, rasgo que caracteriza nuestra figura ante otras titularidades sometidas a temporalidad como la sustitución fideicomisaria, la donación con cláusula de reversión o la compraventa a carta de gracia.

Con todo, el derecho del **propietario temporal** sí presenta algunas limitaciones que derivan de su propia temporalidad y de la existencia del titular sucesivo, según

dispone el artículo 547-6. Así, el artículo 547-10.2 establece que el propietario temporal responde ante el titular sucesivo de los daños ocasionados por la culpa o dolo y el artículo 547-7.3 determina que “el titular sucesivo puede exigir al propietario temporal que se haga cargo de las obras de reparación o reconstrucción si el bien se deteriora en un cincuenta por ciento o más de su valor por culpa o dolo del propietario temporal”. Como es obvio, los actos dispositivos realizados por el propietario temporal se extinguen al cumplirse el plazo pactado para que la propiedad se traslade al propietario sucesivo.

Por otra parte, también hay consenso en la doctrina en que el propietario sucesivo tiene un auténtico derecho real y no una mera expectativa, como con menos rigor expresaban los trabajos iniciales que llegaron a la Comisión de Codificación. Como tal derecho real puede hipotecarse y gravarse (artículo 547.7.1). Es un derecho bastante cercano al derecho de opción y, sin duda, puede considerarse un derecho real de adquisición, aunque se diferencia del derecho de opción en que su efecto adquisitivo es automático, no requiere el ejercicio del derecho por parte de su titular. La diferencia con el derecho de superficie está en que el propietario gravado con el derecho de superficie, mientras dura este derecho, es el propietario del terreno, pero no tiene ningún derecho sino una mera expectativa respecto a la edificación que se construya.

Estas nuevas instituciones tienen su origen en las figuras del Derecho anglosajón del *leasehold*, una especie de propiedad temporal, y la *shared ownership*, cercana a nuestra propiedad compartida, que han tenido en Inglaterra un cierto éxito en los últimos treinta años

La **propiedad compartida** se ubica con acierto por la Ley en el Título Quinto del Libro Quinto, relativo a las situaciones de comunidad, puesto que, aunque la normativa habla de propietario material y propietario formal para distinguirlos más fácilmente, sin duda se trata de dos copropietarios. Lo que caracteriza la propiedad compartida en las situaciones de comunidad es que uno de los dos copropietarios, el propie-



tario material, es el que tiene en exclusiva el uso y disfrute del bien a cambio de la contraprestación que debe pagar al otro copropietario y, al mismo tiempo, que este propietario material tiene un derecho de adquisición gradual sobre el derecho del propietario formal, que se ejercerá en las condiciones que hayan pactado. El plazo máximo de la propiedad compartida es de treinta años, y ambas partes pueden transmitir su derecho, si bien no puede haber más copropietarios que el propietario material y el propietario formal y sus causahabientes.

En cuanto a la forma, comparto la opinión de Francesc Torrent en el sentido de que, a pesar de que tanto en el caso de la propiedad compartida como en el de la temporal no se hace referencia al carácter público o privado del título adquisitivo, resulta de aplicación el artículo 1280.1 del Código civil, parte general de obligaciones y contratos, el cual establece que deberán constar en documento público “los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”. Del mismo modo, según los artículos 33 y concordantes de la LLH, el acceso al registro de la propiedad queda reservado a la escritura pública y a otros documentos públicos, sin más excepciones que las establecidas en la Ley.

La introducción en la práctica jurídica y en el tráfico económico de las nuevas figuras de la propiedad compartida y temporal se está produciendo con cierta lentitud, si bien debe tenerse en cuenta la situación de incertidumbre que provocó el recurso de inconstitucionalidad hasta bien entrado el 2017. Influye también la cultura arraigada de propiedad absoluta o clásica en el seno de nuestra sociedad, lo que afecta tanto a los ciudadanos como a otros actores como las entidades financieras. De todos modos, poco a poco se observa que va implantándose sobre todo la figura de la propiedad temporal, especialmente a través de la Administración catalana, explorando fórmulas de acceso a la vivienda o alquileres sociales en sectores vulnerables o de rentas bajas de nuestra sociedad, que de otro modo quedarían fuera del mercado inmobiliario.

La Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto relativo a las obligaciones y los contratos

Se trata, sin duda, de la culminación legislativa de todo este período y, en cierto modo, la culminación de todos los trabajos de codificación de las últimas décadas. En alguna ocasión habíamos dicho que un código civil que no regulara la compraventa, el contrato civil por antonomasia, no podía

ser un código de primer nivel. Tras más de quince años de trabajos en la Comisión de Codificación y en el Observatorio, se consiguió que el Parlamento aprobara la ley.

Con todo, como se sabe, la Ley no abarca todo el contenido del Libro VI, ni de lejos. Después de establecer en el artículo 1 la estructura del Libro en tres títulos, Título I relativo a las disposiciones generales, Título II relativo a los tipos contractuales y Título III relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones, **la Ley regula únicamente parte del Título II**, introduciendo *ex novo* el contenido de los contratos de compraventa, del mandato y unas breves disposiciones del contrato de permuta. El resto es la incorporación y puntual actualización de los contratos históricos, que se encontraban en varias leyes especiales que se derogan, en concreto la Ley 6/2000 de pensiones periódicas, la Ley 23/2001 de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura, la Ley 2/2005 de contratos de integración y la Ley 1/2008 de contratos de cultivo.

Como es sabido, la Ley 3/2017 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central, que ha motivado la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de noviembre de 2019. La analizaré al final del presente apartado.

Entrando en el contenido del Libro Sexto, paso a repasar lo que, en mi opinión, son **los aspectos y las novedades más destacados de las diferentes modalidades contractuales respecto a la regulación anteriormente vigente**.

En relación con la **compraventa**, cabe decir ya de entrada que es una normativa moderna y avanzada, inspirada en los principios del Derecho contractual europeo. Desde un punto de vista general, destaca que se efectúa una regulación que obvia la distinción entre compraventa civil y mercantil, hoy sin duda superada en gran medida en Europa, desarrollando una regulación, podríamos decir amplia de la compraventa civil. Hace unos años, en la etapa del ministro de Justicia Ruiz Gallardón (2012-2014), partiendo de la reserva estatal de la competencia en Derecho mercantil, hubo un proyecto de ley de Código Mercantil, actualmente en vía muerta, que hacía prácticamente tabla rasa de la competencia civil autonómica, sin respetar el reparto competencial de la CE. Es una cuestión importantísima, en la que aquí no puedo detenerme, y en la que de momento

Cataluña ha tomado la iniciativa y ha cogido la delantera. Pero no está dicha la última palabra. Veremos cómo actúa en el futuro el legislador estatal.

Por otra parte, se realiza una regulación unitaria de la compraventa de bienes muebles e inmuebles y de la compraventa de consumo, si bien el grueso de esta última sigue estando fuera del Código y se regula la compraventa a ensayo o prueba, que se considera sometida a la condición suspensiva de la aprobación del comprador. Desde un punto de vista más bien dogmático, cabe poner de manifiesto el cambio, impecable técnicamente, en la definición del contrato en el artículo 621-1, el cual tiene por objeto la obligación de transmitir el bien, que requerirá la entrega de la posesión, física o instrumental.

El punto de partida de la norma derivaba de la consideración de que esta garantía, en el Derecho estatal, por razón de la evolución de la doctrina de la DGRN, hipergarantista para el comprador, ha caído en desuso por falta de estímulos para el vendedor, cuando en décadas anteriores se había utilizado bastante

Ha sorprendido en algunos ámbitos jurídicos la regulación del precio, al admitir el art. 621-5 que no esté determinado inicialmente, apartándose de la tradición secular. No obstante, el mismo artículo establece los criterios para su determinación, diciendo que “si el contrato suscrito no determina el precio ni establece los medios para su determinación, se entiende que el precio es el generalmente cobrado en circunstancias comparables, en el momento de la conclusión del contrato y con relación a bienes de naturaleza similar”.

Probablemente la modificación más relevante de la compraventa es la desaparición de la tradicional responsabilidad del vendedor de saneamiento por evicción y vicios ocultos y la sustitución de la responsabilidad por la falta de conformidad, como se ha dicho, en línea con el Derecho contractual europeo y la normativa de consumo.

Los remedios de las partes, de compradores y vendedores, en caso de incumplimiento



to de la otra parte, aunque están regulados en la compraventa, se aplican a todos los contratos de finalidad transmisiva, con las adaptaciones que correspondan. Se enumeran en 621-37, desarrollándose después su regulación: el cumplimiento específico, la reparación de la falta de conformidad por el propio vendedor, la suspensión del pago del precio o del cumplimiento de las obligaciones, la resolución del contrato, que ha de ser esencial, y la reducción del precio.

Dentro de los remedios, en subsección aparte, se regulan los remedios rescisorios del Derecho catalán histórico. En concreto, se trata de la rescisión por lesión *ultradimidium* que se ha mantenido, cuestión que fue muy controvertida en el seno de la Comisión de Codificación, donde había un sector que respaldaba su desaparición. La figura, partiendo del Derecho contractual europeo, ha sido objeto de una importante actualización y reordenación, subdividiéndose la normativa en dos figuras, la clásica *lesio enormis* o lesión en más de la mitad y la nueva institución de la ventaja injusta.

Ambas acciones rescisorias se aplican al contrato de compraventa y a los otros de carácter oneroso y tanto a los inmuebles como a los muebles. Son irrenunciables en el momento de la celebración del contrato, siguiendo la tradición jurídica catalana. Recordemos que ha desaparecido la excepción de Derecho local que había en la Compilación, en el sentido de que, en los territorios donde era de aplicación el Dere-

cho histórico de Tortosa, sí se podía pactar la renuncia simultánea.

La lesión en más de la mitad se regula en el artículo 621-46 y queda limitada al desequilibrio en las prestaciones de carácter objetivo, es decir, si se prueba que “en el momento de la conclusión del contrato, el valor de mercado de la prestación que recibe es inferior a la mitad del valor de mercado”. A diferencia de la Compilación, es una acción rescisoria que tiene tanto la parte enajenante como la adquirente, cuestión que se había venido reclamando por la doctrina.

La ventaja injusta (que ya contemplaba, por ejemplo, el Derecho de Navarra) regula el remedio rescisorio de carácter subjetivo, es decir, cuando el desequilibrio se produce por alguna circunstancia que afecta a las partes. Así, el artículo 621-45 establece que el contrato puede rescindirse si “una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifestamente ignorante o manifestamente carente de experiencia” y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, y se aprovechó de ello. En estos casos, conforme al precepto, se puede ejercer la acción rescisoria si “la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ella y obtuvo una ventaja excesiva o manifestamente injusta” sin que en ese caso rija parámetro de la mitad u otro porcentaje.



En la regulación específica de la compraventa de inmuebles se han recogido en la Ley algunas aportaciones importantes de la práctica notarial y registral.

Una de las más relevantes es seguramente la nueva regulación del pacto de condición resolutoria explícita, que contempla el artículo 621-54. No obstante, la anulación del apartado 3 de este artículo por la STC de 13 de noviembre de 2019, ha supuesto que esta innovación haya quedado en buena medida diluida.

El punto de partida de la norma derivaba de la consideración de que esta garantía, en el Derecho estatal, por razón de la evolución de la doctrina de la DGRN, hipergarantista para el comprador, ha caído en desuso por falta de estímulos para el vendedor, cuando en décadas anteriores se había utilizado bastante. La idea era recuperar esta institución, haciéndola más atractiva para ambas partes. Un equilibrio difícil pero posible.

Así, se introdujeron, en caso de impago, el mecanismo de sustitución de la consignación del precio cobrado por una afección real sobre la finca con el objeto de facilitar al vendedor la recuperación del bien, mecanismo o procedimiento que ahora se ha anulado y, por otra parte, se reforzó la posición del comprador, al establecer que el impago debía superar unos determinados porcentajes sobre el precio total con el fin de habilitar el ejercicio de la acción resolutoria, preceptos que se han mantenido.

En resumen, después de la STC siguen vigentes los nuevos preceptos del Libro Sexto consistentes en que, para que se produzca la resolución, el precio impagado debe superar el quince por ciento del total más los intereses y el hecho de que la cláusula habitual de retención por el vendedor de las cantidades pagadas ahora tiene el límite de la mitad de lo que hubiera tenido que percibir hasta la fecha de resolución.

En cambio, todo lo relativo a los efectos de la condición resolutoria, es decir, la tramitación de la resolución de la compraventa en caso de impago, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el Código civil y la Ley hipotecaria y la doctrina de la DGRN que, como sabemos, exigen la consignación judicial de toda la parte de precio cobrado por el vendedor, con el objeto de que el juez modere la cláusula penal de retención del precio pagado y declare la reinscripción a favor del vendedor.

El artículo 621-49 supone también una novedad en nuestro Derecho, al determinar que, si el contrato de compraventa prevé la financiación en todo o en parte del precio por una entidad de crédito, el comprador, salvo pacto en contra, puede desistir del contrato si justifica documentalmente, en el plazo pactado, la negativa de la entidad financiera, salvo que la denegación derive de la negligencia del comprador.

Es un pacto que es difícil que se plantee en la escritura pero que podrá ser muy útil

en los contratos privados que se suelen otorgar previamente, como solución para evitar la pérdida de las arras que se pueden haber pactado. Este artículo se aplica tanto a la compraventa de muebles como de inmuebles.

En el artículo 621-8 se contiene una opción muy interesante para la parte compradora con el fin de evitar abusos en la fase preliminar de la compraventa. Se establece que, en la compraventa de inmuebles, la entrega de las arras penitenciales pactadas por un plazo máximo de seis meses puede depositarse ante Notario y puede hacerse constar en el Registro y, en este caso, el inmueble queda afecto a su devolución. La afección caduca a los sesenta días del vencimiento del plazo pactado. La afección también puede cancelarse si el comprador desiste y el vendedor lo acredita fehacientemente.

No obstante, cabe decir que la utilización práctica de esta figura ha resultado nula como consecuencia de la tributación que han estimado que procedía los órganos consultivos de la Administración Tributaria. De esta manera tanto la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda (Consulta vinculante V1712-17) como la Dirección General de Tributos y Juego de la Generalitat de Cataluña (Consulta núm. 199/18) han determinado que el otorgamiento del acta notarial de depósito de arras cumple con los requisitos para estar sujeta a la cuota gradual de la AJD.

En este punto debe ser bien recibida la inclusión de una bonificación fiscal del cien por cien en el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados previsto en el artículo 71 del Proyecto de Ley de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2020 para las actas notariales de depósito de arras penitenciales del citado artículo 621-8 y que, de aprobarse finalmente, permitiría disfrutar de esta opción legal en las transacciones inmobiliarias a los ciudadanos con el objeto de dotarse de mayor seguridad jurídica.

Otra innovación importante ha sido la regulación de nuevas opciones para garantizar los derechos del comprador de inmuebles en construcción o rehabilitación, que tradicionalmente paga cantidades a cuenta sin que tenga nada más que un derecho obligacional. Los artículos 621-51 a 621-53 establecen ahora la posibilidad de que la parte compradora de un piso o local en construcción pueda adquirir e inscribir

ya una cuota del total inmueble sobre el que se construirá o rehabilitará la entidad a adquirir, que será la que le corresponderá al piso o local en la futura propiedad horizontal. La adquisición de la cuota dará lugar a un proindiviso con el promotor hasta que se constituya la propiedad horizontal. Se prevé que la parte vendedora podrá otorgar por sí sola la escritura de división en régimen de propiedad horizontal con la descripción exacta que consta en la escritura de compraventa de la cuota del total inmueble en la fase de construcción.

La institución histórica de la venta a carta de gracia se contiene como pacto en el artículo 621-5, pero su regulación se ubica, de una forma más exacta técnicamente, en el Título Quinto relativo a los derechos reales, en el capítulo de los derechos de adquisición preferente.

En relación con el **contrato de permuta** en el artículo 621-57 se establece que se le aplican las normas de la compraventa en lo que sean compatibles y, además, se determina que, a dicho efecto, cada parte se considera compradora respecto a los bienes que debe recibir y vendedora respecto a los que debe entregar.

La institución histórica de la venta a carta de gracia se contiene como pacto en el artículo 621-5, pero su regulación se ubica, de una forma más exacta técnicamente, en el Título Quinto relativo a los derechos reales, en el capítulo de los derechos de adquisición preferente

En cuanto al **contrato de mandato**, se regula solo el mandato representativo, quedando fuera la representación, como establece el preámbulo de la Ley, que se deberá introducir en la futura parte general de obligaciones y contratos y que, por tanto, se sigue regulando de momento por Código civil.

Cabe destacar el **pacto de irrevocabilidad** que, según el artículo 622-36, pueden convenir las partes cuando el otorgamiento tiene por finalidad una relación contractual subyacente. La nueva normativa se aparta de la regulación tradicional del Código civil en el que, a pesar del pacto de irrevocabilidad, siempre cabe la revocación, sin perjuicio de la indemnización por daños que



corresponda. En el Código civil catalán, si existe pacto de irrevocabilidad, en principio la revocación es ineficaz, excepto que se extinga la relación jurídica que fundamenta la irrevocabilidad, y también si una vez notificada la revocación al mandatario, este no se opone en el plazo de quince días o si el mandatario alega una justa causa, concepto bastante indeterminado y que, sin duda, generará litigiosidad.

También se debe destacar la regla del artículo 622-26.1 en la que se establece **el principio general de prohibición de cesión de ejecución del mandato a un tercero**, salvo autorización expresa, ya sea por vía de sustitución como de delegación. Se aparta así de la norma tradicional del Código civil (art. 1721) que permite la cesión, salvo que se haya prohibido expresamente. El mismo artículo 622-26.1, en su inciso final, nos dice que, si a pesar de la prohibición legal, el mandatario cede la ejecución a un tercero, el mandatario responde de los actos realizados por el cesionario. Esta regla no relativiza la prohibición general, de forma que establezca una especie de autorización de la sustitución por la puerta de atrás. Nada autoriza a pensarlo: el precepto es claro y contundente “debe actuar personalmente y no puede ceder la ejecución a un tercero”.

La regla comentada se mueve en el terreno de los efectos del incumplimiento

de la prohibición legal, que la Ley no puede desconocer que fácticamente a veces se producirá. Así, debe contraponerse a la norma del artículo 622-26.2, que determina que, si el mandante ha autorizado la cesión, el mandatario solo responde por la falta de idoneidad notoria de la persona elegida o por las instrucciones inadecuadas.

La prohibición de sustitución del mandato tiene una enorme importancia jurídica, incluso social, que debe ponerse de manifiesto. En concreto, se planteará el grave problema práctico, que ya se está produciendo, en todos aquellos mandatos otorgados previamente a la entrada en vigor de la Ley 3/2017 del Libro Sexto, derivado del hecho de que, en el momento de su suscripción, y posteriormente, sí podían ser sustituidos, en virtud del artículo 1721 del Código civil, que era de aplicación en ese momento, mientras que actualmente, al ser de aplicación el comentado artículo 622-26.1 del Código civil de Cataluña, ya no cabe la sustitución sin autorización expresa del mandante. Si se desea dejar prevista la posibilidad de sustitución futura, deberán otorgarse nuevos poderes con la correspondiente cláusula de previsión de la sustitución.

La Ley recoge en el artículo 623-34 una nueva modalidad de contrato, la **custodia del territorio**, que en realidad existía desde



hace años en la práctica jurídica. Tiene duración temporal y su objeto son los bienes inmuebles y aquí el cedente permite total o parcialmente el uso o la gestión de la finca a cambio de que el cesionario, que debe ser una entidad que tenga entre sus fines la custodia del territorio, realice actividades de asesoramiento, de divulgación, de planificación o de gestión y mejora, con el fin de conservar la biodiversidad, el patrimonio natural y cultural y el paisaje o de hacer una gestión sostenible los recursos naturales.

En los trabajos preparatorios se debatió bastante si debía configurarse como derecho real u obligacional. Se optó por destacar su carácter contractual, dejando abiertas ambas posibilidades a la libertad de pactos. Si bien no se manifiesta de forma expresa, aunque normalmente es un contrato gratuito, nada impide que pueda ser oneroso.

Los contratos agrarios tradicionales se han recepcionado por el Código civil, en general, sin cambios destacables. El **contrato de censal** es el único que ha sido objeto de una cierta reelaboración y reubicación, recuperando los orígenes de esta figura jurídica, como contrato de financiación. Se ha separado así de la regulación del **violario**, que se define como contrato aleatorio, en el que la renta a pagar es de carácter vitalicio.

La **Ley 3/2017** no se limitó a regular únicamente el contenido del Libro Sexto del Código, sino que se incorporaron, a modo de ley ómnibus, una serie de **disposiciones finales**, que modificaban determinados artículos de otros libros del Código.

De entre estas modificaciones la más relevante, sin duda, es la **incorporación de las nuevas competencias** de Notarios y Letrados de la Administración de Justicia derivadas de la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria en lo que afectaban a nuestro Código.

En muchos casos, se trataba solo de adaptar la terminología y, así, por ejemplo, dada la nueva competencia de estos funcionarios en divorcios y separaciones de mutuo acuerdo y sin hijos menores, en lugar de hablar de persona separada o divorciada judicialmente se pasa a hablar de persona separada o divorciada legalmente, o se contempla el convenio regulador otorgado ante estos, o en otros, en lugar de personas incapacitadas se habla ahora de personas con la capacidad modificada legalmente.

En este punto cabe recordar que la Ley 2/2016, de 2 de noviembre, de modificaciones urgentes en materia tributaria del Parlamento de Cataluña aprobó en su artículo 5 una bonificación del cien por cien

en el Impuesto de AJD de las escrituras de separación, divorcio y extinción de pareja estable de común acuerdo y sin hijos menores o con la capacidad modificada legalmente. Como sea que las adjudicaciones de bienes derivadas de estos actos jurídicos estaban exentas fiscalmente, hasta esta Ley, en caso de otorgarse ante el letrado de la Administración de justicia y sujetos si se autorizaban por el Notario, la norma iguala el tratamiento fiscal, en la línea de impulsar la desjudicialización, facilita al ciudadano la efectividad real de las dos opciones.

En otros casos, la incorporación conlleva una modificación más de fondo de la materia, aunque solo sea a efectos procedimentales. Así, en los artículos 421-18 y 421-19 se regula la competencia exclusiva notarial en la adreación del testamento ológrafo y, también en el 461-6.1, en la repudiación de herencia, suprimiéndose la renuncia judicial que figuraba en este hasta la entrada en vigor, o en los artículos 429-4, 13 y 15 la competencia alternativa o concurrente del Notario y el letrado de la Administración de Justicia en renuncia bajo justa causa del albacea o el nombramiento de albaceas dativos.

Cabe destacar la competencia exclusiva notarial en materia de la *interrogatio in iure* o interpelación al llamado, que regula el nuevo 464-12, en lugar de la competencia judicial anterior. Fue uno de los puntos donde era más importante la incorporación de la nueva competencia notarial derivada de la Ley de jurisdicción voluntaria. Dada la distinta solución legislativa del Derecho civil catalán respecto al español en caso de que el interpelado no se manifieste en el plazo legal, ya que en Cataluña se entiende renunciada la herencia y en el Código civil se entiende aceptada, se habían generado serias dudas en cuanto a la aplicación directa o no en este punto de la LV en Cataluña. El nuevo artículo 461-12 resolvió, por tanto, esta relevante cuestión. En Aragón, por ejemplo, no se ha aprobado en este punto una norma similar y hay constancia de que se producen graves problemas y dudas en cuanto al funcionario competente en esta materia.

Por otra parte, el precepto de nuestro Código es acertadamente muy garantista, por lo que el Notario debe notificar personalmente al interpelado y, en caso de no encontrarlo, debe intentarlo una segunda vez. Sin duda, el artículo dice de forma imprecisa que "el requerimiento personal al llama-

do debe hacerse, como mínimo, dos veces en días diferentes". No se trata por supuesto de practicar dos veces la notificación, lo que sería absurdo, sino de intentarlo dos veces si fracasa la primera. Solo en caso de fracasar la notificación personal dos veces puede realizar el Notario la notificación por correo certificado con acuse de recibo y, solo en caso de que también se frustrara, sería posible entonces en último término la publicación de edictos.

La sentencia examina la competencia en materia de Obligaciones y Contratos de la Generalitat a través del doble parámetro del concepto de "desarrollo" del Derecho civil propio y de la reserva estatal de las "bases de las obligaciones contractuales" que, aunque no fueron alegadas por el Gobierno central, el Tribunal Constitucional, con toda lógica, sí examina a fondo y asienta nueva doctrina, como veremos

Se puede debatir si la aceptación de la herencia otorgada, en su caso, por parte del interpelado debe realizarse necesariamente ante el mismo Notario que ha efectuado el requerimiento en virtud del acta instada por el requirente o persona interesada en la sucesión a que se refiere el art. 461-12.2 o bien se puede otorgar ante cualquier otro Notario. Este mismo apartado 2 del artículo parece que abona la primera tesis al establecer literalmente que el Notario debe requerir personalmente al llamado "a fin de que, en el plazo de dos meses, le manifieste si acepta o repudia la herencia".

Sin embargo, me inclino por la segunda opinión, que me parece que avala la más elemental lógica jurídica: no es razonable pensar que la aceptación realizada, dentro del plazo de dos meses, en virtud del principio de libre elección, ante un Notario distinto al que haya practicado el requerimiento, se pueda considerar inválida o ineficaz. No se entiende por qué motivo debería ser así: lo importante es la manifestación de voluntad de aceptar o repudiar. No cambia en nada ni perjudica a nadie que esta escritura se otorgue ante un Notario u otro. El Código civil de Cataluña ya establece en esta mate-

ria una sanción bastante dura para el interpelado que no conteste el requerimiento; no tiene mucho sentido que se le ponga un segundo obstáculo jurídico innecesario. Además, el art. 471-12.4 parece dejar abierta esta posibilidad de aceptación de la herencia ante otro Notario al hablar de la aceptación en escritura pública de la persona requerida sin distinguir, y ya se sabe que, donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Ahora bien, sí resulta muy conveniente que esta escritura de aceptación se notifique al Notario que ha autorizado el acta de requerimiento, bien por el propio Notario autorizante de la escritura, si conoce la existencia del acta previa, bien por el propio interpelado. Se trata de evitar el otorgamiento de negocios jurídicos que, por desconocimiento, puedan ser contradictorios con la aceptación de la herencia.

Ha suscitado alguna duda si es aplicable en Cataluña la nueva competencia alternativa del Notario y del letrado de la Administración de justicia, en lugar del juez, en materia de designación de contador dativo, que resulta de la modificación introducida en el artículo 1.057.2 del Código civil por la Ley de jurisdicción voluntaria 15/2015.

Se podría sostener su aplicación dado que la LJV es de ámbito estatal, pero me inclino por la no aplicación de esta norma en Cataluña por la razón fundamental de que la figura del contador-partidor dativo no está contemplada en el Código civil de Cataluña, es ajena al Derecho civil catalán y, dada la competencia plena del Parlamento en Derecho civil y de que además la LJV incluyó la modificación directamente en el Código civil, lo que supone tradicionalmente, en otras materias, respetar la regulación sustantiva de las CCAA con Derecho civil propio, no parece dejar dudas respecto a esta cuestión. Si ya hubo muchas dudas (hasta el punto de que se tuvo que modificar la Ley) en la aplicación en Cataluña de los cambios de la LJV en la *interrogatio in iure* o interpelación al llamado, donde ya existía la figura en el CCC, con mayor fundamento parece ahora imponerse la no aplicación. Otra cosa es que el legislador catalán en el futuro se planteara la inclusión en el Código de una figura que podría ser muy útil para resolver los conflictos sucesorios por vía extrajudicial.

Otras modificaciones relevantes introducidas por la Ley 3/2017 a través de las Disposiciones finales son las siguientes:



Se añadió un apartado 2 al artículo 569-28, determinándose que **en la cesión del crédito hipotecario se notificará fehacientemente al deudor o hipotecante no deudor**, como presupuesto para la legitimación del cesionario, y **debe indicar el precio convenido o el valor que se da al derecho y las condiciones esenciales de la cesión**, indicándose que la renuncia del deudor a la notificación en cualquier momento es nula. Esta norma viene a responder a las quejas de indefensión del deudor, contenidas a veces en las propias resoluciones judiciales, ante la entidad financiera que concedió el crédito hipotecario y lo ha cedido a un tercero, a menudo un fondo internacional, sin habérselo notificado, pero a quien la entidad cedente le sigue ejecutando la garantía. Este artículo no solucionará todos los problemas de indefensión derivados de este tipo de situaciones, pero es un paso en la dirección correcta.

También se añadió un apartado 5 al artículo 565-11, determinando que **se puede interrumpir la prescripción del censo en el plazo de 10 años del apartado 1 c) del mismo artículo por la vía extrajudicial** o bien por notificación notarial al censatario o por nota al margen de la inscripción del censo practicada en virtud de instancia firmada por censalista. La Ley de armonización 6/2015, que introdujo, como hemos visto, la regulación de la extinción de la prescripción del censo, al no regular la interrupción solo dejaba la vía judicial para realizarla. Ahora se facilita la defensa del derecho del censalista



por la vía extrajudicial, evitándose así tener que ir forzosamente a la reclamación judicial.

Por último, se regula, aunque fuera del Código, la figura de la **masovería urbana**, que ya estaba contemplada en la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda, modificando la letra k) del artículo 3 de la misma ley, definiéndola como el contrato oneroso en virtud del cual el propietario de un inmueble lo cede al **masovero urbano** para que haga las obras de reparación, mantenimiento y mejora necesarias para que el inmueble sea habitable o para mantenerlo en condiciones de habitabilidad. En defecto de pacto, la duración del contrato es de cinco años. El propietario podrá resolver el contrato si el masovero no lleva a cabo las obras en el plazo acordado que, en defecto de pacto, es de cinco años

Sentencia del TC de 13 de noviembre de 2019

La Ley 3/2017, reguladora del Libro Sexto de Obligaciones y Contratos fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central el 22 de mayo de 2017, en lo referente a la regulación íntegra de los contratos de compraventa y de mandato, y las disposiciones generales del contrato de permuta, por extralimitación alegada de la competencia civil autonómica del artículo 149.1.8 CE, aunque sorprendió en Cataluña la no invocación de la reserva estatal de la competen-

cia en materia de bases de las obligaciones contractuales.

La Sentencia del TC de 13 de noviembre de 2019 resolvió dicho recurso, declarando plenamente constitucional la Ley 3/2017 del Libro Sexto, salvo un solo artículo, el 621-54.3, relativo al denominado procedimiento notarial de resolución, al que me he referido antes, y no por razones de derecho sustantivo, sino porque el TC entendió que se trataba de materia procesal, que es competencia del Estado ex art. 149.1.6 de la Constitución.

La sentencia se aprobó por una mayoría ajustada y con algún voto particular bastante controvertido. En cualquier caso, se trata, sin lugar a dudas, de una **sentencia de una importancia extraordinaria e, incluso, histórica para el futuro de nuestro Derecho civil**.

La sentencia examina la competencia en materia de Obligaciones y Contratos de la Generalitat a través del doble parámetro del concepto de “desarrollo” del Derecho civil propio y de la reserva estatal de las “bases de las obligaciones contractuales” que, aunque no fueron alegadas por el Gobierno central, el Tribunal Constitucional, con toda lógica, sí examina a fondo y asienta nueva doctrina, como veremos.

En cuanto a la cuestión del desarrollo, que afecta a todo el Derecho civil y no solo al derecho de obligaciones y contratos, la sentencia, partiendo de otras anteriores, como la 121/1992 y la 133/2017 y, en general, de la propia doctrina anterior del TC, da un paso adelante y llega a conclusiones que podríamos calificar de autonomistas. Así, nos dice que el concepto de desarrollo permite una ordenación legislativa de ámbitos no normados por el Derecho civil autonómico en cuestión, dado que lo contrario implicaría identificar desarrollo con modificación. Esto conlleva el reconocimiento del derecho al “crecimiento orgánico”, puesto que, sin capacidad de crecimiento, actualización e innovación, las instituciones jurídicas pierden su sentido.

Sin embargo, eso implica, conforme a la consolidada doctrina constitucional anterior, que las CCAA dotadas de Derecho civil propio puedan regular instituciones “conexas” con las ya existentes en su ordenamiento jurídico. Es más, esta conexión con el derecho preexistente ahora se afirma que no queda limitada a la existente en la

entrada en vigor de la Constitución, o sea la Compilación, sino que la conexión puede ser con “las instituciones reguladas posteriormente al amparo del artículo 149.1.8 CE”, como incluso “con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan”. También se afirma que “si Cataluña, en un momento histórico dado, optó por incluir escasas o poco detalladas reglas sobre un determinado tipo contractual, esto no ha de significar que no pueda ahora completar su régimen jurídico. La inconstitucionalidad de una norma por vulnerar las competencias legislativas no viene dada por su extensión o detalle, sino por su extralimitación material”.

Todos estos razonamientos llevan naturalmente a la STC, a la luz del concepto de desarrollo del Derecho civil propio autonómico ex art 149.1.8 CE, a la **conclusión de resolver a favor de la plena constitucionalidad de la regulación en el Código civil de Cataluña de la compraventa, la permuta y el mandato y la gestión de negocios ajenos**. En relación con la compraventa, la STC considera decisivo que la Compilación de 1960 ya contenía un Libro Cuarto “De las obligaciones y los contratos y la prescripción”, así como las instituciones históricas de la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia, y la existencia de otras normas relativas a las formas de entrega de los bienes, los gastos de la escritura y la entrega de copias. En cuanto a la permuta, el Tribunal, además de la evidente proximidad con la compraventa, considera suficiente base para su desarrollo la referencia en la Ley 40/1960 de la Compilación contenida en la rúbrica del Capítulo III del Título I Libro IV relativo a las obligaciones y los contratos y a la prescripción y, en concreto, por una parte, a sus arts. 307, 313 y 323 que, en materia de enfiteusis, regulaban el cálculo del laudemio y la exclusión del derecho de fadiga cuando existía una permuta y, por otra, que la rescisión por lesión opera tanto en el ámbito de la compraventa como en el de la permuta. En el caso del mandato y la gestión de negocios ajenos, la sentencia encuentra antecedentes en las figuras del censal, el violario o el albaceazgo o, más próximamente, en el poder en previsión de pérdida sobrevinida de capacidad (art. 222-2) o el poder para constituir hipoteca (art. 569-29.2), entre otros.

De mayor trascendencia es aún el análisis que hace la sentencia de la competencia

del Estado en “las bases de las obligaciones contractuales” ex art 149.1.8 y su incidencia en la competencia de las CCAA con Derecho civil propio al regular la materia de obligaciones y contratos. Varias sentencias anteriores del TC se habían referido a esta relevante cuestión, pero de una forma u otra habían esquivado entrar a fondo en ella. En dicha sentencia el TC, quizá porque no le quedara otro remedio, ha analizado ampliamente esta materia y ha asentado una nueva doctrina, que es la que deberá tenerse en cuenta en adelante. La clave de esta doctrina es que el TC asimila esta competencia estatal a la de la normativa básica y la doctrina de las competencias compartidas, lo que no había dicho antes el Alto Tribunal, al menos con esta claridad. Esta premisa de la sentencia, aunque ha recibido algunas críticas, no deja de tener una cierta lógica, en la medida en que el artículo 149.1.8 CE habla de “bases”. Este planteamiento nos lleva a un terreno bien conocido por los constitucionalistas.

El problema principal de averiguar cuáles son las bases de las obligaciones contractuales es que el Estado no las ha determinado formalmente en una ley. El TC resuelve esta cuestión a partir de la aplicación de la doctrina de la normativa básica. La sentencia nos dice que, a pesar de no estar determinadas formalmente, mientras tanto las bases deberán inferirse de la regulación que de dichos contratos efectúa el Código civil, pero al no tener esta Ley la condición formal de básica, puesto que es una norma preconstitucional (1889), el parámetro de control no es la concreta regulación que realiza el Código civil de tales contratos, sino sus elementos esenciales.

Un aspecto relevante de la STC es que **pone límites a las bases a fijar por el Estado en el futuro.** En este sentido, señala que la reserva de las bases en materia contractual no permite al Estado “regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual”, sino que solo se considerarán normativa básica las normas que “afectan a la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal”.

No obstante, el TC todavía llega a un grado más preciso y concreto en la determinación de las bases de las obligaciones

contractuales. Así, afirma que puede considerarse legislación básica en materia de contratos la comprendida en los principios desarrollados en los Títulos I y II del Libro IV del Cc (arts. 1088 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. Cc), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 Cc) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 Cc). Con el mismo carácter básico deben tomarse los principios materiales que se extraen de estas normas, tales como la autonomía de la voluntad, la prevalencia del principio espiritualista en la perfección del contrato, la eficacia obligacional del contrato en relación con los modos de traslación del dominio, la obligatoriedad del contrato, la buena fe contractual, el sistema de responsabilidad por incumplimiento, la responsabilidad universal del deudor, los requisitos de validez y eficacia del contrato o la defensa de los consumidores.

El problema principal de averiguar cuáles son las bases de las obligaciones contractuales es que el Estado no las ha determinado formalmente en una ley

La sentencia concluye esta exégesis del concepto de bases de las obligaciones contractuales con una afirmación categórica: “Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales”.

A partir de estas consideraciones la sentencia procede a examinar las diferencias más destacadas que presentan los nuevos contratos del Libro Sexto del Código civil de Cataluña respecto al Código civil con el objeto de ver si son conformes o no a lo que entiende el Tribunal por bases. Así, en concreto, revisa las innovaciones que hacen referencia, en sede de compraventa, a la obligación de transmitir la titularidad del derecho vendido (art. 621-1), a las prohibiciones de celebrar el contrato de compraventa (art. 621-4), a la determinación del precio (art. 621-5), al derecho y deber de información (art. 621-7), a las arras (art. 621-8), a la obligación del

vendedor de garantizar la conformidad del bien vendido (art. 621-9), a las acciones del vendedor y comprador derivadas del incumplimiento del contrato (art. 621-37), a una de las más importantes novedades que incorpora el Libro Sexto, la regulación de la permuta (art. 621-56) y, en materia de mandato, a las innovaciones que se refieren a la necesidad de que el mandatario actúe personalmente sin posibilidad de ceder la ejecución del encargo (art. 622-26) o al pacto de irrevocabilidad del contrato (art. 622-35).

Finalmente, la sentencia afirma que “Tras el análisis realizado se puede concluir que la regulación autonómica impugnada no interfiere en la estatal y, por ello, no debe declararse inconstitucional ya que, en los términos expuestos, ni ha supuesto una invasión de competencias estatales ni, por ahora, supone ninguna interferencia en la regulación estatal”.

En definitiva, para terminar el comentario de esta muy importante sentencia del TC, creo que hay que subrayar algunas **conclusiones importantes**:

1.- La sentencia reconoce con toda claridad y rotundidad la competencia de Cataluña para regular los contratos civiles, competencia que había sido discutida en determinados ámbitos e incluso puesta en duda por alguna reciente sentencia del propio TC.

2.- El TC ha avalado plenamente, salvo un solo artículo residual, la normativa de todos los contratos contenidos en la 1ª Ley del Libro Sexto, en especial los regulados ex novo, es decir, los de la compraventa, el mandato, la gestión de negocios ajenos y la permuta, que habían sido impugnados por el Gobierno central, contenidos muy relevantes para nuestro Código civil, en especial la regulación de la compraventa.

3.- El concepto de bases de las obligaciones contractuales, según el TC, se identifica con la parte general de obligaciones y contratos, lo que son los Títulos I y II del Libro Cuarto al actual Código civil, en especial determinadas materias de estos libros que identifica la STC de 13 de noviembre de 2019, que antes he reproducido. Deberá hilarse fino por parte del legislador catalán en la regulación del Título I del CCC, relativo a las disposiciones generales, para evitar interferir en la competencia estatal. Este punto de la sentencia comentada, la identificación de las bases de



las obligaciones contractuales con la parte general, o algunas materias de la parte general de obligaciones y contratos, coincide con la tesis de la doctrina mayoritaria. También partía de esta premisa la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2008*. También ha sido, a grandes rasgos, el criterio de la Comisión de Codificación, en el sentido de la plena competencia para regular los contratos en particular, criterio que ahora ha sido avalado por el TC.

4.- La sentencia abre, por tanto, la puerta claramente a seguir avanzando en los futuros contenidos del Título II del Libro Sexto relativo a los contratos en particular, hasta completarlo, regulando, entre otros, los contratos de arrendamiento, de servicios, el préstamo, la fianza, la sociedad civil, el depósito o el comodato. En todos los casos existen antecedentes que permiten el desarrollo constitucional de los diferentes tipos contractuales.

5.- El Título III del Libro Sexto, relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones, como siempre se ha entendido por la doctrina, no está sujeto a la reserva estatal de las bases de las obligaciones contractuales. Aquí se trata de fuentes de las “obligaciones no contractuales” que, por tanto, interpretando *a sensu contrario* el art.

149.1.8 CE, quedan al margen. El concepto amplio de desarrollo del Derecho civil propio de la doctrina constitucional no debe ser obstáculo para la regulación, dado que existen precedentes claros de todas y cada una de las instituciones de esta materia. Estamos hablando, sobre todo, de instituciones tan importantes como la responsabilidad extracontractual, pero también del enriquecimiento injusto o de los supuestos de vinculación obligacional derivada de la voluntad unilateral, es decir, la promesa pública, el concurso público o la adhesión a códigos de conducta.

6.- Dada la consideración de normativa básica de la competencia estatal de la materia de las bases de las obligaciones contractuales, y conforme a los pronunciamientos de la propia sentencia, **no se puede obviar que el Estado podrá regular en el futuro, a través de una ley, la determinación formal de las bases de las obligaciones contractuales, que podría afectar en algún punto a la regulación del Libro Sexto.** Con todo, la propia Sentencia, de 13 de noviembre de 2019, fija unos límites claros a esta eventual futura legislación básica, lo que reduce mucho el grado de incertidumbre en este extremo, aunque no totalmente.

La Ley 10/2017, de 27 de junio sobre las voluntades digitales y de modificación de los libros Segundo y Cuarto del Código civil

Esta Ley fue una apuesta personal del consejero de Justicia Carles Mundó, que desde el inicio de su mandato demostró un gran interés por una materia novedosa y de actualidad como esta. Es positivo que el Derecho civil catalán esté atento a nuevas realidades, nuevas necesidades de los ciudadanos, conforme a la evolución de la sociedad. La revolución digital avanza poderosamente y se expande cada vez a más ámbitos de nuestra vida. La **regulación de la transmisión hereditaria de los contenidos digitales** de una persona ha sido regulada en muy pocos países: en ese momento solo en EE.UU. y Francia. Partiendo de estos precedentes, **en Cataluña**, con buen criterio, y considerando que tenemos unas competencias muy exigüas en derecho público, **se siguió un modelo propio, enfocando la regulación desde el punto de vista del derecho privado.**

El gran reto técnico de la Ley, que se superó satisfactoriamente, **era introducir con naturalidad una innovación tan relevante como la llamada “herencia digital” en unas instituciones jurídicas y una regulación tan consolidada históricamente como la sucesoria.**

La sentencia del TC 7/2019, de 17 de enero, que resolvió el recurso interpuesto por el Gobierno central, como se sabe, declaró inconstitucional el registro electrónico de voluntades digitales que creaba la Ley y, por consiguiente, declaró nulos los incisos correspondientes de los artículos 6, 8, 10, 11, que se incorporaban a los artículos 411-10.3 b), 421-24.1, la disposición adicional tercera y la disposición final quinta, respectivamente, del Libro Cuarto del Código civil, así como la disposición final primera de la Ley. **El TC entendió, de una manera restrictiva, que se trataba de un registro jurídico de carácter civil, constitutivo de derechos y no meramente administrativo** y, por tanto, excedía la competencia autonómica al invadir la competencia estatal del artículo 149.1.8 de ordenación de los registros públicos. La sentencia tuvo en contra el voto particular de la vicepresidenta, Encarna Roca, quien sostuvo de forma muy argumentada la posición contraria.

La anulación del registro electrónico entiendo que conlleva la anulación

o desaparición del documento privado electrónico que estaba vinculado y le daba contenido. Al suprimirse el apartado b) del artículo 411-10.3 deja como única vía de otorgamiento el testamento y los demás actos de última voluntad, mencionados en el apartado a) del mismo artículo.

La sentencia deja en vigor, sin embargo, toda la innovadora regulación sustantiva de la Ley de voluntades digitales, que deriva de la competencia en Derecho civil de la Generalitat. Esta segunda consecuencia, que es muy relevante, tal vez ha quedado un poco oculta debido a la anulación del registro electrónico, que no dejaba de ser un aspecto adjetivo de la Ley. Creo que **nos corresponde a todos, y en especial a los juristas prácticos, desarrollar y llevar a la práctica las determinaciones de la nueva normativa**, que cada vez será más oportuna para dar respuesta a las nuevas realidades, incluyendo en los testamentos las correspondientes cláusulas, conforme a la voluntad del testador.

El artículo 411-10.1 establece que las voluntades digitales expresadas por el causante en el testamento se ejecutarán por la persona designada por él o, en su defecto, será el heredero o albacea universal, en su caso, quienes resulten facultados para actuar ante los prestadores digitales con los que el causante tenga cuentas activas. En una primera lectura del conjunto del artículo 411-10, podría parecer que el heredero abintestato no tendrá estas facultades en el ámbito digital, ya que la ley solo tiene presentes a las personas designadas en el testamento. **Se impone una interpretación extensiva** que, por otra parte, si nos fijamos bien, tampoco está excluida por la literalidad del artículo 411-10.5. Estrictamente, este último precepto habla de "heredero" sin más, no distingue si es testamento o abintestato.

El artículo 411-10.2 dispone que el testador puede establecer el contenido y el alcance concreto del encargo que se ha de ejecutar, determinando a título enunciativo una serie de actuaciones, como solicitar la cancelación de las cuentas o que se activen las cláusulas contractuales o las políticas establecidas para los casos de fallecimiento.

En cualquier caso, el 411-10.5 establece que, si el testador no lo ha autorizado especialmente, el ejecutor de las voluntades digitales necesita autorización judicial para



tener acceso a los contenidos de las cuentas y archivos digitales.

La Ley 10/2017 va más allá y no se limita al ámbito sucesorio. En concreto, la norma introdujo un **apartado 4 al artículo 222-2 relativo a los poderes en previsión de pérdida sobrevenida de capacidad o poderes preventivos**, nombrando a un apoderado que actúe ante los prestadores de servicios digitales con el fin de gestionar sus cuentas y, en su caso, solicitar su cancelación. Aunque el artículo solo regula las voluntades digitales en los poderes preventivos, **parece obvio que las mismas facultades pueden incluirse en un poder no preventivo**, de forma que un poderdante faculte a un tercer apoderado para que desde ese momento le gestione sus cuentas digitales.

El legislador catalán quiso regular también otro supuesto entre vivos que había generado algunos problemas y preocupaba socialmente. Estamos hablando de los **supuestos de representación legal en los casos de tutelados y, sobre todo, de los menores de edad, en los que se introdujeron los nuevos 222-36-3 y 236-17.5, respectivamente**. Los tutores y los progenitores han de velar por que la presencia de los menores y los tutelados e hijos en potestad en entornos digitales sea apropiada a su edad y personalidad, protegiéndolos de los riesgos. A dichos efectos pueden instar las medidas oportunas ante los prestadores.

Sin embargo, para suspender provisionalmente el acceso de sus representados en las redes deberán dirigir un escrito, en el que un facultativo constatare la existencia de un riesgo claro, inmediato y grave para su salud física o mental, además de haberlos escuchado previamente. La suspensión provisional tiene un plazo máximo de tres meses, a menos que sea ratificada por el juez. Podrán solicitar también la asistencia de los poderes públicos a efectos de lo dispuesto en dichos preceptos, si bien en caso de los menores este recurso tendrá un carácter excepcional. Para cancelar las cuentas digitales de tutelados y menores, los representantes legales necesitarán autorización judicial, ex artículo 222-43, l) y 236,27 k), respectivamente.

Así se puede comprobar que **se ha hecho un gran esfuerzo de equilibrio entre la intervención de los representantes legales para velar por esta presencia digital de menores y tutelados y los problemas que puedan derivar de ello y, al mismo tiempo, una clara voluntad también de proteger su autonomía y el desarrollo de su personalidad, conforme a los principios del Convenio de Nueva York de 2006, reservándose al control judicial las limitaciones más relevantes**. Fue una cuestión muy debatida y ponderada, con resultados, creo, bastante satisfactorios.

También **se modificó el controvertido artículo 236-17-4 relativo al contenido de la potestad parental**, que establecía



que “los progenitores podrán corregir a los hijos en potestad parental de forma proporcionada, razonable y moderada, con pleno respeto a su dignidad”.

Con esta reforma de la Ley 10/2017, para despejar cualquier duda en el sentido de que la facultad de “corrección” no puede comprender en ningún tipo de violencia, se ha añadido que debe ser con “finalidad educativa” y “con pleno respeto a su dignidad e integridad física y psíquica”. La misma modificación se introdujo en el artículo 222-36.2 en cuanto al tutelado.

Para terminar este apartado, debo referirme a la **norma estatal, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos, que regula esta materia**, aunque de una manera bastante fragmentaria, en los artículos 3 y 96. Resulta obvio que el legislador estatal tuvo en cuenta la Ley de voluntades digitales catalana. En cualquier caso, **la regulación tiene algunas deficiencias que hay que poner de relieve**. En primer lugar, además del heredero, albacea o persona designada por el causante, se dice que las personas vinculadas al difunto por razones familiares o de hecho podrán solicitar el acceso a sus datos personales y contenidos digitales, impartir las instrucciones correspondientes, así como instar a su rectificación o supresión, salvo que el causante lo hubiera prohibido expresamente. Permitir que un familiar, sin que sea el heredero o la persona designada por el testador, familiares con los que a menudo no tendría

una relación personal satisfactoria, puedan acceder a los contenidos digitales del fallecido, que muchas veces será lo más íntimo y personal, vinculado a la más propia dignidad personal, probablemente es un error. El legislador catalán tuvo especial cuidado de que eso no fuera así, en mi opinión acertadamente.

Por otra parte, al margen del testamento, los preceptos citados de la Ley 3/2018 hablan de una manera imprecisa y poco rigurosa de “mandatos e instrucciones” para expresar las voluntades digitales, cuyos requisitos desarrollará un RD posterior, así como, en su caso, su registro. Eso conlleva dejar vía libre a la inseguridad jurídica y una brecha importante en el sistema sucesorio. Aquí resulta asegurado el solapamiento con los testamentos y otros documentos de última voluntad que la Ley catalana salvaba de manera brillante. Cabe esperar que el desarrollo reglamentario corrija estas importantes carencias.

Ley 6/2019 de modificación del Libro Cuarto del Código civil para garantizar la igualdad de derechos a la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial.

La idea motriz de esta ley es **la supresión de las seculares limitaciones existentes en el Código en materia sucesoria para los discapacitados visuales y auditivos** que, probablemente bienintencionadas y de tipo paternalista, hoy en día no tienen razón de ser, se han convertido en obsoletas y, además, discriminatorias. La Ley tiene su origen en la resolución del Parlamento de Cataluña de 683/XI, de 25 de mayo de 2017, aprobada por todos los grupos de la Cámara en la que se instaba al Gobierno a eliminar estas discriminaciones.

Además de **cambiar la terminología**, a fin de hacerla más inclusiva, por lo que en lugar de sordos y ciegos, se pasa a hablar de discapacidades sensoriales, que incluye a los discapacitados visuales y a los auditivos, las **principales novedades** sustantivas son las siguientes:

Se ha modificado el artículo 421-10, eliminando la necesidad de testigos para otorgar testamento en el caso de las personas con discapacidades sensoriales, también **se modifica el artículo 421-11, suprimiendo el apartado 2b) que les impedía ser testigos en los testamentos**, en los casos que tenga que haber,

y **se modifica igualmente el artículo 421-14, eliminándose la prohibición de que las personas con discapacidad visual puedan otorgar testamento cerrado e incluyendo la opción de que el documento autógrafo sea escrito en braille**.

Finalmente, la Ley da un paso más y establece en una **disposición adicional** que, **a solicitud del testador, en el otorgamiento de testamentos se debe utilizar el braille, el lenguaje de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial**. Y de acuerdo con el **421-8**, que también se modifica, el Notario **ofrecerá al testador con discapacidad sensorial estos medios técnicos, que le facilitará el Colegio de Notarios**. Este último punto tiene una *vacatio legis* de seis meses, periodo en el que, para hacer efectivo lo dispuesto, deberá firmarse un acuerdo entre el Departamento de Justicia, el Colegio de Notarios y las asociaciones que representan a los colectivos de las personas con discapacidades sensoriales.

Desde un punto de vista notarial, debe distinguirse: en el caso de persona con discapacidad visual, esta no tendrá ningún problema para expresar su voluntad sucesoria, así como para entender la lectura y las explicaciones que le haga el Notario, ni para firmar. Normalmente con esto ya será suficiente y el testador no necesitará ni querrá ninguna otra actuación adicional. Pero si el testador también quiere en este caso hacer efectiva su opción de lectura personal del testamento, previamente advertido por el Notario de su derecho en este sentido, se pondrán a su alcance los medios técnicos necesarios para que pueda realizar la lectura del texto del testamento en sistema braille.

En el caso de personas con discapacidad auditiva, la situación es la inversa. El testador podrá hacer sin ningún tipo de problema la lectura por sí mismo del testamento redactado por el Notario. Y en cuanto a la manifestación de la voluntad del testador al Notario, la lectura del testamento por este y sus explicaciones y resolución de dudas, en función del grado de discapacidad auditiva del testador, normalmente también será suficiente y no será necesaria ninguna actuación adicional. Pero si el testador necesita, o simplemente prefiere, que estos extremos le sean complementados con los

medios técnicos necesarios (lenguaje de signos normalmente), previamente advertido por el Notario de su derecho en este sentido, se le pondrán a su alcance para que pueda manifestar su voluntad y prestar el consentimiento con las máximas garantías, de manera que pueda garantizarse su capacidad de comprensión de la lectura y del asesoramiento del Notario.

Todo lo dicho aquí será de aplicación *mutatis mutandis*, aproximadamente, en los casos en que la persona con discapacidad sensorial sea testigo en un testamento, según prevé el nuevo art. 421-11, si bien adaptadas en este caso las especialidades a lo más propiamente específico de la función de testigo.

No es este el lugar para entrar en el estudio notarial de otros casos más límites, que se dan muy poco en la práctica. El ejemplo más extremo, estudiado por la doctrina clásica, es el testamento de la persona que tiene una discapacidad auditiva plena y que no sabe hablar ni leer ni escribir, supuesto que, sinceramente, hoy es totalmente inverosímil. En todos estos casos más dudosos, el Notario tiene a su alcance el art. 421-10.1, que le permite pedir la presencia de testigos.

En fin, es una Ley oportuna y necesaria, que ha levantado múltiples y amplios consensos y debemos valorar positivamente.

Iniciativas en curso y perspectivas de futuro

Finalmente, me referiré brevemente a las **iniciativas en curso en el Departamento de Justicia y la Comisión de Codificación y las perspectivas de futuro de nuestro Código.**

En estos momentos, la Comisión de Codificación ha redactado un **primer borrador de un anteproyecto de ley de actualización, incorporación y modificación de determinados artículos del Código civil.** El Gobierno ha publicado ya la memoria y ha iniciado la primera fase de alegaciones.

El planteamiento general es el que se mencionaba al principio de este trabajo. Salvo el Libro Sexto, todos los demás libros hace ya bastantes años que están aprobados, la mayoría hace más de diez años y, por tanto, el legislador catalán debe estar atento a nuevas realidades, a las demandas de la sociedad y a la evolución legislativa en derecho comparado. El borrador del ante-

proyecto **identifica determinadas materias que se consideran prioritarias.**

Así, el texto actualiza varios preceptos que afectan a todos los Libros para dar cumplimiento al principio de igualdad entre mujeres y hombres. **Se trata de actualizar la terminología y el lenguaje, de manera que sea omnicomprendido de los dos géneros.**

En segundo lugar, el anteproyecto incorpora la **convicción de que los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, especialmente la mediación, conllevan una serie de ventajas que benefician a la ciudadanía.** Con este fin se incluye un artículo en el Libro Primero para que estos procedimientos extrajudiciales, y en especial la mediación, deban ser tenidos en cuenta por los operadores jurídicos cuando analizan y gestionan los conflictos que les llegan. Igualmente, este principio general se desarrolla en varios apartados del Código.

El planteamiento general es el que se mencionaba al principio de este trabajo. Salvo el Libro Sexto, todos los demás libros hace ya bastantes años que están aprobados, la mayoría hace más de diez años y, por tanto, el legislador catalán debe estar atento a nuevas realidades, a las demandas de la sociedad y a la evolución legislativa en derecho comparado

En tercer lugar, este texto acoge una de las prioridades más urgentes del Código que es **modificar el Libro II, de Persona y Familia, con el objeto de implementar el principio de capacidad jurídica de todas las personas, haciendo efectivo sobre todo el mandato derivado del Convenio de Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.** A pesar del tiempo transcurrido y de que las reglas contenidas en esta son plenamente vigentes, ya que forman parte de nuestro ordenamiento interno, hoy en día la legislación civil y procesal afectada aún no ha sido modificada ni adaptada.

Esta **reforma** en materia de capacidad, de gran alcance, ha sido **pensada en dos**

fases. En este anteproyecto se ha abordado solo la parte general del Título I del Libro II, los capítulos I relativo a la personalidad civil y capacidad, comprensivo de los principios rectores, que se han modificado drásticamente en el sentido indicado, y el capítulo II relativo a la Autonomía de la Persona en el ámbito de la salud. Se ha considerado conveniente dejar para un momento posterior la reforma de las instituciones de protección, tutela, curatela y demás, y avanzar hacia un sistema de soportes, **reforma que se deberá ponderar mucho y muy bien, ya que hay que compatibilizar el desarrollo de los principios indicados con el mantenimiento de los niveles de seguridad jurídica de nuestro sistema.**

Igualmente, dentro del Libro IV de Sucesiones, el legislador debe ser receptivo al fuerte **debate** en el seno de nuestra sociedad en los últimos años **en torno a la institución de la legítima y la evolución del derecho comparado.** Teniendo en cuenta que la mayoría de los derechos de nuestro entorno aún conservan la legítima y, en general, en una cuantía superior a la del Código civil catalán, **se ha optado en el anteproyecto por mantenerla y seguir avanzando en la línea gradualista de erosión de la legítima de la ley del Libro Cuarto de 2008.** Asimismo, la sensibilidad social actual pide acotar y limitar en determinados casos la responsabilidad *ultra vires* o la confusión de patrimonios del heredero.

Varios ordenamientos jurídicos de países de nuestro entorno, como Suiza, Francia o Portugal, han regulado en los últimos años el llamado **derecho animal.** El artículo 511-1.3, introducido por la Ley 5/2006 del Libro Quinto del Código civil, ya estableció el principio de que los animales no son cosas, rompiendo así una secular tradición jurídica, y añadiendo que están bajo la protección de las leyes y que solo se les aplican las reglas de los bienes en lo que permite su naturaleza. Ahora es preciso desarrollar este principio, pionero en su momento, estableciendo fundamentalmente reglas especiales para la resolución de los conflictos de titularidad o posesión sobre los animales, atendiendo al interés del propio animal y a otros criterios específicos que derivan de las relaciones con las personas y que no pueden ser, estrictamente, los mismos que en el caso de los bienes.

En materia de prenda, **se propone regular la llamada doble prenda** y, por



tanto, **suprimir la actual prohibición del Código de constituir una segunda pignoración sobre los bienes propios en favor de terceras personas acreedoras** (art. 569-15), prohibición que no existe en la regulación estatal y que supone, en la práctica, una desventaja importante para nuestra economía. Cabe recordar que esta modificación legal iba incluida (DF 2a) en el Decreto Ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento, que finalmente decayó. El proyecto de ley de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2020 incorpora de nuevo este cambio normativo. Como se puede apreciar, el Gobierno intenta varias vías para aprobar esta modificación legal que, sin duda, es de interés general.

En esta misma línea de incluir nuevas opciones legales para los ciudadanos, empresas y operadores, se propone **recuperar la figura de la llamada prenda flotante**, que es aquella que permite garantizar en una misma prenda varias obligaciones de las mismas partes ya contraídas o incluso por contraer, en un período de tiempo dado y por una cuantía máxima. Esta figura había sido regulada en la Ley 22/1991 de garantías posesorias sobre cosa mueble y desapareció al aprobar el Libro Quinto en 2006.

Otros trabajos de la Comisión de Codificación también están bastante avanzados, aunque en fase menos desarrollada que dicho anteproyecto. En particular, **dentro del Libro Sexto, se está trabajando**, por una parte, **en el contrato de arrendamiento urbano** y, de hecho, **en una regulación general del contrato de arrendamiento de bienes** y, por otro lado, **en el título tercero relativo a las fuentes de las obligaciones no contractuales**.

Después del impulso del anteproyecto de actualización, **las próximas iniciativas a emprender**, con carácter prioritario, **serán**, por una parte, **estas dos materias del Libro**

Sexto, arrendamientos y Título III relativo a las fuentes no contractuales de las obligaciones, y por otra, **la segunda parte de la reforma sobre discapacidad**, o sea, la relativa a modificación de las instituciones de protección, tras modificarse los principios generales de acuerdo con el Convenio de Nueva York de 2006, reforma que tendrá una gran trascendencia jurídica y social, sobre la que debemos ser capaces de generar un amplio consenso en todos los ámbitos.

No desconozco y no se puede descartar que, en función de la duración más larga o más corta de la actual legislatura en Cataluña, dichos trabajos se puedan mantener en el futuro en el formato actual o, en una próxima legislatura, se puedan unificar o dividir legislativamente. Lo importante es que se trata de materias de gran actualidad e interés social y que el Departamento de Justicia y la Comisión de Codificación atiendan estas necesidades y demandas de nuestra sociedad y elaboren las correspondientes propuestas legislativas.

Por otra parte, considero que **el objetivo prioritario a medio plazo**, para los próximos años, **deberá ser terminar el Código civil, que significa básicamente completar el Libro Sexto**, sin perjuicio de que, como Código Abierto que es, debemos estar siempre predispuestos a las modificaciones que vengan impuestas por la evolución social o legislativa.

La STC de 13 de noviembre de 2019 marca un antes y un después y nos abre un nuevo escenario que **debe permitir al legislador catalán regular los distintos contratos en particular, las fuentes no contractuales de las obligaciones y la parte general de obligaciones y contratos, dentro del marco y los límites constitucionales que establece la propia doctrina constitucional**.

Pronto se cumplirán veinte años de la aprobación de la Ley Primera del Código Civil. Creo que un plazo de entre cuatro y cinco años es un período razonable para concluir el Código civil de Cataluña con la

misma línea de rigor y excelencia que se ha llevado a cabo hasta hoy.

BIBLIOGRAFÍA

TORRENT CUFÍ, Francesc. **“La propiedad temporal y la compartida”**. *La Notaría* n.º 2/2015.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve. **“La propiedad temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya”**. *Revista Jurídica de Catalunya*, 2016.

ESPILAU, Santiago. **“La extinción del derecho de censo en la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña”**. *La Notaría* n.º 1/2016.

NASARRE AZNAR, Sergio (director). **La propiedad compartida y la propiedad temporal. Ley 19/2015.- Aspectos legales y económicos**. Editorial Tirant Lo Blanch, 2017.

GETE ALONSO, Carmen. **“Una primera lectura de los contratos del Libro VI del Código Civil de Cataluña”**. Editorial Sepin, Marzo 2017.

Serrano de Nicolás, Àngel (coord.). **Estudios sobre el Libro Sexto del Código Civil de Cataluña**. Editado por el Colegio de Notarios de Catalunya, 2018.

SANTDIUMENGE FARRÉ, Josep. **“La notificación de la cesión del crédito hipotecario del artículo 569-28.2”**. *La Notaría* n.º 1/2018.

IGLESIAS PAJARES, Raquel. **“Comentarios a la sentencia del pleno del TC de 17 de enero de 2019”**. *La Notaría* n.º 3/2018.

OLLÉ FAVARÓ, Joan Carles. **“El dret civil català després de la Constitució de 1978 i els Estatuts de 1979 i 2006.- Un Codi civil per al segle XXI”**. Jornadas Conmemoración 25º aniversario de la constitución del Tribunal Superior de Catalunya, 2014.

“Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica”

Franco Salerno Cardillo

Presidente de la CAE

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Franco Salerno Cardillo (Palermo, 1961) se licenció en Derecho en su ciudad natal (1983) y ejerce de notario desde 1988, en Palermo desde hace 22 años. Desde sus inicios profesionales demostró su interés por el ámbito internacional, primero colaborando como delegado de Italia en la Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo (CAEM - 1986-2001) y posteriormente como delegado en la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Europea (CAUE – 2002-2004). Ha sido delegado por su país en la Comisión de Asuntos Europeos de la Unión Internacional del Notariado (2005-2016). Tras una etapa siendo ya miembro del Consejo General de la UINL, pasó a ser vicepresidente de la CAE (2014-2016). Desde 2017 preside la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado.

Paralelamente ha formado parte de diversas comisiones y grupos de trabajo en el Consiglio Nazionale del Notariato de Italia y coordinador y ponente en numerosos congresos en Europa. También es autor de diversas publicaciones de la propia CAE, de la Fondazione Italiana per il Notariato y del Consiglio Nazionale del Notariato, entre otros.



P: Ha presidido la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) en el periodo 2017-2019. ¿Qué balance hace de su presidencia?

R: Estoy muy satisfecho de lo que hemos hecho en estos tres años. Lo dije en la sesión plenaria, en Barcelona, en que resumí el balance de estos años en cinco puntos. Primero: hemos tenido reuniones en toda Europa: en Budapest, Madrid, Viena, Londres y Barcelona. Segundo: hemos terminado muchos estudios. La CAE es una comisión científica, y uno de sus principales objetivos es hacer estudios, sobre todo de derecho internacional privado y de derecho comparado entre los países de la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL). Y en esta legislatura hemos finalizado estudios sobre parejas, empresas, personas vulnerables e inmuebles. También sobre la actividad notarial en relación con el extranjero, sobre blockchain, escrituras y registros digitales y sobre derecho de sociedades. Y mi mayor satisfacción es que hemos publicado dos libros: uno de ellos, hecho por casi 40 países europeos, versa sobre las condiciones indispensables de validez de un poder. Porque cuando un notario recibe un acto puede utilizar un poder si viene del extranjero y debe conocer si el poder es válido. Y la validez de su acto depende de la validez del poder. Este estudio recoge muchas preguntas y respuestas que el notario se encuentra cada día, en su práctica cotidiana. Por ello es un estudio muy importante, escrito en inglés y en francés. Y el segundo libro es sobre las parejas en Europa, sobre matrimonio y uniones registradas. Es un libro de 700 páginas en el que han participado 32 países europeos y podemos decir que es una continuación del libro "Sucesiones en Europa". El primero de estos libros ha sido elaborado por la CAE en colaboración con la CNUE, que es la conferencia de notariados europeos, mientras el segundo es solamente de la CAE. En este caso, han participado en su redacción todos nuestros delegados y es especialmente importante porque este año han empezado a aplicarse dos reglamentos comunitarios sobre regímenes matrimoniales y parejas registradas, y los notarios necesitan conocer la ley y que se aplique en cada país de Europa. De modo que este libro es un instrumento muy útil, de primera consulta, no solo para los notarios, que somos juristas prácticos, sino también para todos



los ciudadanos que necesitan conocer informaciones jurídicas.

En este momento, el tema más importante para el notariado es el rol del notario en la utilización de nuevas tecnologías y compatibilizarlas con la seguridad jurídica

El tercer punto que quisiera destacar es que estamos trabajando en otros estudios, muy importantes también, por ejemplo, uno sobre derechos reales y su adaptación de conformidad a los reglamentos de la Unión Europea. Cada país conoce los derechos reales, el usufructo, el uso de la habitación, etc... pero no en cada país tiene el mismo significado. Por tanto, cuando se habla de usufructo, por ejemplo, en Italia, ¿qué significa? ¿Y en Rumanía? Estamos haciendo un inventario de los derechos reales en Europa, y estamos unificando para ver cómo se puede adaptar un derecho de un país a otro país.

El cuarto aspecto importante es que en cada reunión plenaria de la CAE tenemos una reunión de la Academia Notarial. Es una jornada dedicada a un tema jurídico de

máxima actualidad. Durante esta legislatura se han tratado los siguientes temas: el procedimiento no contencioso; el rol del notario en la prevención del blanqueo de capitales; y en colaboración con la Comisión de Asuntos Africanos, el año pasado en Madrid organizamos un coloquio del Mediterráneo centrado en materia de derecho de familia, que fue un intercambio de informaciones jurídicas entre los países europeos y los africanos, una experiencia muy interesante que nos permitió abordar, por ejemplo, qué pasa si un ciudadano europeo tiene un problema jurídico de derecho matrimonial en África, y lo contrario. En Londres tratamos de la implicación del Brexit en el derecho internacional privado, y del derecho de sociedades en el Reino Unido. Y el último tema, en Viena, fue ya la digitalización del derecho de sociedades en Europa, que es el mismo tema tratado en Barcelona con la diferencia de que en Viena lo tratamos antes de la Directiva europea de este año. Recientemente se ha aprobado una directiva europea que impone a los estados miembros tratar de crear un sistema de constitución de sociedades *online*, de modo que en Barcelona lo tratamos con destacados ponentes tanto españoles como de otros países europeos.

En definitiva, hemos hecho mucho trabajo y estoy muy satisfecho. Además, quería trabajar en una línea cordial, ya que para mí estas reuniones de la CAE no tienen solo un valor científico sino también un valor



Entrevista

humano, de relaciones humanas. Somos amigos, nos conocemos desde hace mucho tiempo, y tenemos la misma idea del Notariado, de la función frente a las necesidades de los ciudadanos, de la profesión jurídica, etc. Por ello, estoy muy satisfecho de todo: de las publicaciones, de los libros y de los estudios, que son publicados en la página web de la CAE, dentro de la de la UINL, dado su interés científico y, por lo tanto, público.

P: ¿En qué se diferencian las sesiones plenarias de los actos de la Academia Notarial Europea?

R: La reunión plenaria es una reunión con participación solo de los delegados de los distintos países. Actualmente en la CAE participan 40 notariados europeos, 22 de la Unión Europea, y 18 que no pertenecen a la Unión Europea. Y tenemos un Estado observador, Bielorrusia, que ingresará en la Unión el mes que viene (por noviembre). También pueden participar algunos invitados; por ejemplo, en Barcelona invitamos al presidente de la Comisión de Asuntos Africanos y presidente del Consejo Notarial del Líbano, así como al anterior presidente de la CAE. Por el contrario, la Academia es para el público, para comunicar lo que hacemos, y es abierta. Pueden participar notarios del país anfitrión, abogados, jueces, profesores universitarios, académicos, público, ciudadanos interesados en el tema... La Academia es el momento de comunicar lo que hacemos, lo que hace el notario sobre un tema en particular.

Y normalmente hay unos ponentes y después un debate o una mesa redonda donde se puede profundizar en el tema, comparar problemas, hablar de soluciones, etc.

P: ¿Qué peso tiene la CAE en el marco global de la Unión Internacional del Notariado?

R: La Unión Internacional del Notariado es la "mamma", y tiene cuatro hijos, cuatro comisiones continentales: la de Europa, de África, de Asia y la de América. Las comisiones de África, Asia y América son comisiones políticas, mientras la Comisión de Europa (CAE) es una comisión científica. Esta es una diferencia fundamental. Por tanto, la Comisión africana o de Asia no hacen estudios como nosotros, ni publican libros. Nosotros nos caracterizamos, sobre todo, por ser una comisión científica, la única comisión continental de la Unión Internacional del Notariado con estas características. Por ello no podemos establecer comparaciones con el resto, ya que tenemos objetivos distintos. Aun así, hemos visto, por ejemplo, con ocasión del coloquio del Mediterráneo, que hay problemas científicos comunes, como los regímenes matrimoniales. Por ello tenemos puntos de contacto. No podemos hablar del peso concreto de la CAE en la Unión Internacional, pero en todo caso la CAE es la única comisión que hace estudios que son comunicados al exterior. Este es el motivo de que muchos ciudadanos conozcan la CAE. Las otras comisiones

son políticas, se mueven dentro del notariado y no hay apertura hacia el exterior.

P: Dentro de la CAE, ¿podemos hablar de qué países lideran el notariado europeo?

R: En la CAE tenemos los países tradicionales, de la vieja Europa, que tienen un notariado de tradición, antiguo – como Italia, España, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Alemania, Austria... – Y tenemos países del este de Europa que son notariados nuevos, que nacieron cuando Rusia se separó y nacieron nuevos estados. Estos, evidentemente, son estados que tienen un notariado muy joven, y tienen menos experiencia notarial y jurídica en relación con el notario. Es decir, el notario en aquellos países de larga tradición jurídica tiene muchas competencias desde hace muchísimo tiempo. Mientras en los nuevos notariados, el notario tiene menos competencias porque está empezando a colocarse y a tener una posición nueva. La contribución jurídica, el peso jurídico en la CAE de los países de tradición, no es más importante, pero sí es diferente. Pero todas las contribuciones son importantes, aunque sean distintas.

Si el notario no tiene ética, no puede hacer lo que debe hacer

P: ¿Cómo es actualmente la relación entre la CAE y el CNUE?

R: La relación es excelente. La CNUE es una institución diferente, que no participa de la Unión Internacional del Notariado. Es la Conferencia de los notarios europeos, de la Unión Europea, pero de hecho muchos delegados de la CAE son parte del CNUE. Además, la CNUE también tiene grupos de trabajo; yo, por ejemplo, formo parte del grupo de trabajo de la CNUE sobre derecho de familia desde hace 10 años, y en la CAE ahora soy presidente y antes fui delegado. Muchos notarios colaboran con ambas instituciones. Nos diferencia que la CNUE tiene un rol político, realiza acciones con la Comisión Europea, además de tener unos objetivos científicos y elaborar estudios. En este campo es fácil colaborar, tenemos los mismos objetivos. Por ejemplo, la CNUE ha publicado en su página web formularios, preguntas y respuestas sobre el tema de fa-





milia, sociedades, personas vulnerables... para cada país de la Unión Europea. Preguntamos cómo es la ley, cómo se hace la constitución de sociedades, cuál es la ley aplicable a la pareja o al matrimonio, etc. Por ejemplo, hizo el estudio para los países de la Unión Europea y la CAE ha completado el estudio con las respuestas de países europeos que no son parte de la Unión Europea. Hace tres años la CNUE hizo un estudio muy válido sobre las sucesiones en los países de la Unión Europea, y desde la CAE lo completamos con los otros países europeos que no son de la Comisión Europea, y hemos publicado el libro que comentaba anteriormente. De modo que tenemos una colaboración científica. En el caso de este libro, además, lo venderemos e irá acompañado gratuitamente de dos publicaciones de la CNUE sobre el mismo tema, haciendo una difusión conjunta y con financiación de la Comisión Europea. Colaboramos directamente, cada uno manteniendo nuestro rol institucional, encontrando muchos puntos de contacto en el ámbito científico.

P: ¿Cuáles son los principales retos en el ámbito de las nuevas tecnologías?

R: En este ámbito hicimos un estudio sobre blockchain e instrumentos electrónicos, que terminamos hace un año. Y hemos dedicado dos actos de la Academia notarial al acto jurídico a distancia. Estos es una demostración del interés de la CAE por este tema. En Viena, hace un año, presentamos el sistema del acto a distancia con tecnología de identificación a distancia del cliente de Austria y de Estonia. En la reunión de Barcelona estaba invitado el delegado de Letonia para presentar su sistema, pero finalmente no pudo venir. Y en la próxima legislatura pensamos ya en crear un grupo de trabajo para monitorizar la evolución de las nuevas tecnologías y del acto a distancia. Es el futuro del notariado europeo, en este momento el tema más importante para el notariado: el rol del notario en la utilización de nuevas tecnologías y compatibilizarlas con la seguridad jurídica. Y seguridad jurídica no es solamente la identidad de una persona – para lo que podemos recurrir a la retina, la huella dactilar, etc. – o saber cómo se llama y si es quien dice ser, sino tener seguridad jurídica, es decir, preservar la voluntad de la persona, que comprenda efectivamente lo que está haciendo y cuáles son las consecuencias de lo que está haciendo,



ya sean jurídicas, fiscales, sobre el derecho de familia, sobre sus hijos, sobre la sucesión en la empresa, etc. No es suficiente con decir que tenemos un sistema de seguridad tecnológica; nosotros nos cuidamos de la protección de la seguridad jurídica, que es distinto.

Tener buenas relaciones con el notariado español es muy positivo porque es un notariado muy fuerte, un ejemplo para otros notariados

P: ¿Y cómo valora el nivel de seguridad jurídica en Europa?

R: Puedo decir, rotundamente, que la presencia del notario latino asegura seguridad jurídica, porque la función principal del notario es prevenir litigios y dar certeza a los clientes del acto jurídico que autoriza. Esto es el corazón de la profesión del notario: garantizar la seguridad jurídica. Donde hay el notario latino, hay seguridad jurídica. Tenemos un buen sistema de prevención del litigio y lo demuestran los datos: en Italia, por ejemplo, en materia de venta de inmuebles hay una litigiosidad del 0'001%. No hay riesgos. En los países anglosajones es exactamente lo contrario; hay muchísima litigiosidad porque no tienen

un sistema de prevención de los litigios. La prevención la hace el notario latino.

P: ¿Qué relación hay entre los notariados afines al *civil law* – notariado latino – y los del *common law* actualmente?

R: En el *common law* no se puede decir que hay notario; tienen un sistema diferente, con una excepción: los notarios de Londres, de la City, llamados Scrivener Notaries. Tienen pocas competencias comparado con los notarios latinos de tradición europea, pero lo que hacen lo hacen con características de notario. Son juristas, son terceros independientes, y dan garantías jurídicas. Pero esta es la excepción, y ellos forman parte de la CAE. Proviene de una institución muy antigua, creada en su momento a instancias del Arzobispo de Canterbury, y hay muy pocos, apenas unos 40, con unas competencias muy particulares. A veces los políticos creen, en relación al *civil law* y el *common law*, que todo lo que funciona en un país puede funcionar en otro, y que un sistema puede adaptarse automáticamente a otro país y otro sistema, pero no es cierto. Lo que va bien en el sistema de Reino Unido o de Estados Unidos no se puede adaptar automáticamente, no pueden decir “pero allí lo hacen así”, no es suficiente. Porque allí tienen un sistema completamente diferente, basado no en la prevención jurídica sino en el juicio sucesivo y en los seguros. Cada acto tiene un seguro que lo cubre, pero si



Entrevista



hay problemas, hay un juicio y una indemnización, que no es lo mismo que proteger con prevención.

Debemos comprender y tener disponibilidad ante los cambios, adaptarnos manteniendo un rol que ha sido muy importante durante siglos y que, en mi opinión, va a mantener su importancia

P: ¿Qué importancia tiene, en este marco, el componente ético y deontológico de la profesión?

R: En el pasado hemos dedicado muchísimos estudios al sistema deonto-

lógico y al sistema sancionador en el caso de aquellos notarios que no se adaptan a las reglas, y los hemos ido publicando en la página web de la CAE. Es un tema muy actual siempre porque es la base de la propia definición del notario. Si el notario no tiene ética, no puede hacer lo que debe hacer. Porque la ética frente al cliente es la primera condición para ser independiente, para ofrecer asesoramiento y, sobre todo, para la equidistancia y la neutralidad ante todos los clientes: el que vende, el que compra, etc... Solo puede mantenerse así si su comportamiento es ético, correcto, según las reglas de cada notariado. En Italia o en España, por ejemplo, tenemos códigos de comportamiento deontológico muy importantes. Además, cada consejo nacional tiene comisiones para seguir la evolución de la jurisprudencia y de la doctrina notarial. Es fundamental seguir continuamente la evolución de la deontología.

P: ¿Cómo valora el hecho de contar con Barcelona como sede semipermanente?

R: Yo estoy muy feliz de que sea así, porque puedo decir que la CAE aquí se siente en su casa. Hace dos legislaturas tuvimos todas las reuniones de otoño aquí en Barcelona. El año pasado el notariado español nos invitó a Madrid en junio, y para evitar hacer dos reuniones en el mismo país elegimos otra ciudad para la reunión de otoño. Y hace dos años hubo condiciones particulares. Pero este año hemos venido aquí y todos estamos muy contentos, porque el Colegio Notarial de Cataluña nos acoge siempre de manera afectuosa, generosa y cálida, además tengo muy buena relación con su decano, Joan Carles Ollé. El notariado español, en general, es muy similar al notariado italiano, y los españoles y los italianos también tenemos un carácter y una lengua similar, de modo que también nos entendemos bien cuando hablamos de notariado, de cuestiones jurídicas. Tener buenas relaciones con el notariado español es muy positivo porque es un notariado muy fuerte, un ejemplo para otros notariados. Por eso el hecho de tener sede en Barcelona es importante.

P: Ya para finalizar, ¿qué mensaje lanzaría al notariado europeo en estos momentos?

R: Un mensaje de optimismo. Todo cambia, los tiempos cambian, y el notariado también debe cambiar. Debemos comprender y tener disponibilidad ante los cambios, adaptarnos, por ejemplo, a las nuevas tecnologías en el ámbito jurídico, manteniendo un rol que ha sido muy importante durante siglos y que, en mi opinión, va a mantener su importancia. Pero hay que aceptar el cambio y adaptarse, no podemos quedarnos como siempre. El cambio tecnológico es una realidad, no se puede parar, y nosotros tenemos que ofrecer nuestras competencias y nuestra disponibilidad para adaptarnos.



“La aportación notarial es muy importante por la solidez de su formación y criterio”

Juli de Miquel Berenguer

Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Montserrat Fontich

Juli de Miquel Berenguer (Barcelona, 1941) es licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona (1963). Fue profesor ayudante de Derecho internacional privado en la Universidad de Barcelona (1965-1970), miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona (1988-1991) y miembro de la Comisión de Deontología del mismo Colegio (1991-1993). Ha sido profesor asociado de la Facultad de Derecho de ESADE (1996-2016) y actualmente es miembro del Consejo Profesional de esta facultad.

También es miembro de la Asociación Internacional de Abogados *Worldlink for Law*, autor de varias publicaciones y socio director del bufete Euroforo-Arasa & De Miquel Advocats Associats.

Desde abril de 2018 preside el Tribunal Arbitral de Barcelona.

P: ¿Cuándo se inició su vínculo e interés por el arbitraje?

R: Mi vínculo empezó con la creación del Tribunal Arbitral de Barcelona. En ese momento, yo formaba parte de la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona y fue cuando se iniciaron las conversaciones entre el Colegio, el Colegio Notarial de Cataluña, los Registradores y la Cámara, para aprovechar la Ley de 1988 que daba pie a un arbitraje más adecuado, porque lo que teníamos antes no reunía unas características mínimamente aceptables; yo viví todo ese proceso. Y soy una persona convencida del arbitraje desde el principio. No intervine directamente en estas, pero participé en la creación del TAB y, paralelamente, escribí un artículo en la Revista Jurídica sobre arbitraje. A partir de allí, participé en algún procedimiento arbitral desde el principio.

Nuestro Tribunal tiene la gran ventaja de que está amparado por unas instituciones de la categoría del Colegio Notarial, el de Abogados, el de Registradores de la Propiedad y la Cámara

P: Cuando nació el Tribunal Arbitral de Barcelona, en el año 1989, ¿qué objetivos tenía?

R: El arbitraje como tal ha existido desde tiempos inmemoriales; siempre ha habido posibilidades de arbitrar ante un problema. Pero el arbitraje regulado, para que fuera un sistema alternativo de resolución de conflictos, como decía, no estaba realmente desarrollado con una normativa que lo hiciera factible y posible. La normativa anterior era de 1953, teníamos muchas limitaciones y, en 1988, cuando se dicta la Ley, se permite por primera vez en España el arbitraje institucional, es decir, que las entidades como la nuestra, que sirven para otras instituciones, puedan crear una sede de arbitraje. Aprovechando esta magnífica posibilidad, que hasta ese momento no se había conseguido todavía en España y que en otros países sí existía, fue cuando



decidimos, junto con el resto de las instituciones, crear el TAB.

P: En abril de 2018 fue nombrado presidente del TAB. ¿Qué balance hace de este año y medio de presidencia?

R: El balance para mí es muy interesante. El grupo de personas que forman la Junta Directiva y yo estamos muy motivados porque creemos en el arbitraje. La verdad es que en este país no tenemos suficiente cultura arbitral. Nuestro Tribunal tiene la gran ventaja de

que está amparado por unas instituciones de la categoría del Colegio Notarial, el de Abogados, el de Registradores de la Propiedad y la Cámara. Este apoyo tan amplio no es habitual en ningún lugar del mundo y debemos aprovecharlo. Me he encontrado con la situación, que ya conocía, de tener que desempeñar una labor de introducción, de comunicación, más que de desarrollo. Y eso es lo que estamos llevando a cabo ahora. Se habla mucho de mediación, se hace un gran esfuerzo para mediar –aunque la realidad es que se hacen muchas menos mediaciones de las que realmente debe-



rían llevarse a cabo—, pero del arbitraje se hablaba y se habla poco. Es preciso crear esta cultura arbitral. ¿Y cómo? Pues debemos impulsarla las instituciones que estamos aquí. E impulsar significa que figure en los contratos una cláusula arbitral, que también figure en las escrituras otorgadas ante notario, etc. Estas instituciones que colaboran deben tratar de asegurarse de incorporar esta cláusula arbitral en los contratos: los Notarios, por ejemplo, deben procurar que, cuando los particulares no quieren otra cosa, en las escrituras se recomiende que la cláusula arbitral sea una fórmula de solucionar los conflictos que puedan surgir entre los socios, o entre los socios y la sociedad. Esta es la principal campaña que debe realizarse. Paralelamente, es necesario llevar a cabo una política de comunicación, una política de visitar a los organismos empresariales, explicárselo, desarrollar una política didáctica de lo que es el arbitraje, organizar actos como el que tuvo lugar en el Colegio Notarial para celebrar el aniversario del TAB, el pasado 30 de octubre, que fue muy interesante y tuvo muy buena acogida. Ahora tenemos previstas entrevistas, por ejemplo, con la Asociación de Empresas de Tecnología, que son empresas tipo

start up, empresas pequeñas que se crean y que quizá tienen mucho éxito o tal vez desaparecen, a las que también les conviene tener una cláusula arbitral que les permita resolver los posibles conflictos con celeridad, con agilidad. Eso es lo que tenemos que realizar, esta comunicación permanente. El año que viene (por 2020) celebraremos el Congreso de Instituciones Arbitrales en Barcelona y todos los miembros de la Junta estamos en contacto con la mayoría de tribunales arbitrales de España y también con algunos del extranjero para que vayan a Barcelona y podamos realizar una jornada no solo jurídica, para debatir temas arbitrales, sino también una jornada de reflexión, de acercamiento. En este sentido, estamos contentos, porque estamos trabajando; en cambio, no estamos contentos en el sentido de que el arbitraje no está implantado, no está arraigado como debería estarlo.

P: ¿Cuáles son los primeros objetivos alcanzados? ¿Y qué retos tiene el futuro?

R: Seguir este camino de contacto con otras instituciones y con

organizaciones empresariales, que es muy importante. En este último año ya hemos pasado por Pimec, la asociación Tech City, que lleva las empresas tecnológicas de Cataluña, etc. Este es el trabajo que estamos llevando a cabo. El balance es positivo, pero todavía hay mucho por hacer.

Es preciso desarrollar una política de comunicación didáctica de lo que es el arbitraje

P: ¿Qué ventajas destacaría del arbitraje?

R: Si alguien me pidiera qué ventaja tengo si voy a un arbitraje mercantil, empresarial o de propiedad intelectual, por ejemplo, en lugar de ir por la vía judicial, le diría que lo primero que hay que intentar es buscar soluciones a los conflictos. Y los conflictos se solucionan con diálogo entre las personas. Pero a veces no es posible y entonces se debe acudir a un sistema resolutorio, que pueden ser dos: el arbitraje y el sistema judicial. ¿Qué ventajas tiene el arbitraje y, concretamente, el TAB? Tenemos un sistema ágil, transparente, muy independiente, una lista de árbitros que se ha renovado completamente, con personas muy especializadas, que han demostrado tener un currículo magnífico para temas concretos y esta especialización es importantísima. Y, además, el arbitraje aporta un aspecto en cierto modo nuevo, en relación con lo que estamos acostumbrados, muy importante, que es la confidencialidad. El arbitraje no sale en los periódicos, no se conoce quién participa, no se conocen los detalles del tema, mientras que, en un tema judicial, desgraciadamente, siempre hay filtraciones y se conocen datos. Otra ventaja es la rapidez, porque el arbitraje, si no surge ningún problema específico, se resuelve en 8-9 meses. Además, es mucho más cercano. Un tema judicial depende de muchos aspectos: de qué juzgado sea, del trabajo que haya en ese juzgado; después hay una segunda instancia, un recurso de casación y, a la larga, es mucho más caro que el arbitraje.





Entrevista

P: ¿Cualquier empresa puede recurrir al arbitraje ante un conflicto?

R: Puede recurrir al arbitraje cualquier tipo de empresa, incluidas las empresas públicas. Nosotros siempre defendemos que una empresa pública, es decir, una empresa participada por la Administración, acuda al arbitraje. Y no solo cuando haya una cláusula arbitral –que es recomendable que la tengan–, ya que si no los pleitos en las empresas públicas para temas de contratación administrativa se alargan años y años. Sería conveniente que las empresas públicas, cuando tuvieran un conflicto, acudieran al Tribunal Arbitral para resolverlo, incluso en caso de que no haya ninguna cláusula arbitral. Se puede acudir y decir: somos dos partes, tenemos un conflicto y acudimos al Tribunal para que resuelva el tema. Sería como un *ad hoc*.

P: ¿Cuál es el perfil de las empresas que recurren al arbitraje? ¿Y cuál es el porcentaje de satisfacción?

R: La mayoría de las empresas que nos solicitan arbitraje lo hacen habitualmente por conflictos entre empresas y, muchas veces, por conflictos entre socios y empresas: socios que piden la disolución de la empresa o en la que hay reclamaciones contra los administradores, por ejemplo. Pero en general son conflictos entre empresas. En cuanto al ámbito de competencia del TAB, es nacional e internacional. Y en cuanto al porcentaje de satisfacción, yo creo que debe ser del 94-95%.

P: ¿Cuál es el perfil y la formación mayoritaria de los árbitros del TAB? ¿Se necesita una mayor especialización?

R: Nosotros tenemos una comisión de árbitros de la que formamos parte tres personas de la Junta, entre estas un Notario, Antoni Bosch, que ha llevado a cabo una labor magnífica. Con la nueva Junta decidimos que, a partir de una determinada fecha, que era el 1 de enero de 2019, se acabaría ya la lista que existía hasta ese momento y se abriría una nueva lista de árbitros. Y, por lo tanto, todas las personas interesadas, fueran árbitros o no lo fueran aún, nos entregaron su documentación y su currículum. Esta comisión se ha ido reuniendo y ahora

tenemos un listado con unos 140 árbitros, con unas 20 especialidades, abarcando temas muy específicos como pueden ser fusiones, adquisiciones, temas societarios, inmobiliarios, de propiedad intelectual, de propiedad industrial, de tecnología, de sucesiones...

P: La modificación de la Ley de arbitraje 11/2011 abrió la posibilidad de que otros profesionales jurídicos ejercieran el arbitraje, entre estos los Notarios. ¿Cómo valora esta incorporación?

R: Entraron árbitros juristas, que es el requisito que se fija para ser árbitros de derecho. Árbitros que son profesores, Notarios, registradores de la propiedad... Creo que la aportación de los Notarios es una aportación fundamental porque tienen una preparación muy sólida en temas, especialmente, de Derecho civil y Derecho mercantil. Su aportación ha sido muy interesante, han intervenido desde que la Ley lo permitió, en nuestro caso contamos con varios Notarios, y el resultado ha sido siempre muy bueno. Hemos recibido felicitaciones por sus laudos arbitrales y, a veces, no solo de aquellos a quienes se resuelve a favor, sino también felicitaciones de personas a las que no se ha resuelto a su favor, pero que consideran que el proceso se ha llevado muy bien. En definitiva, la aportación notarial es muy importante por la solidez de su formación y criterio.

En el TAB tenemos un sistema ágil, transparente, muy independiente, una lista de árbitros que se ha renovado completamente, con personas muy especializadas

P: ¿Qué efectos tiene el laudo arbitral? ¿Se puede anular?

R: El laudo arbitral es firme como una sentencia, firme y ejecutivo. Pero la Ley permite que se pueda presentar un recurso específico de anulación, un único recurso de anulación, que se presentará en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o de la Comunidad Autónoma que

corresponda. Los motivos para presentar este recurso son muy restrictivos, están perfectamente delimitados por la Ley y son fundamentalmente temas de orden público, de que no se haya permitido notificar a partes interesadas, o de que se hayan prohibido pruebas que eran esenciales... o sea, temas de derechos fundamentales. O bien que no haya un compromiso de arbitraje, que haya una recusación del árbitro. Son temas muy específicos. El porcentaje de gente que presenta recurso de anulación es bajo, entre el 10-12%.

P: ¿Qué cree que diferencia el TAB respecto a otros tribunales arbitrales?

R: La gran diferencia del TAB respecto a otros tribunales arbitrales, como decía antes, es que nosotros tenemos la suerte de que se hayan agrupado las entidades interesadas en el arbitraje, y tenemos un producto, hablando en términos comerciales, que es único, porque en España no hay ningún otro tribunal con estas características. Madrid, por ejemplo, tiene tres tribunales, uno que depende del Colegio de Abogados, otro que depende de la Cámara de Comercio de Madrid y otro que lo hace de las Cámaras españolas; y los tres funcionan, es decir, que también pueden funcionar muy bien, pero son diferentes. Lo que se debe intentar siempre es que el TAB –que no es único, porque la Ley permite que haya más– sea un punto de inflexión en el sentido de que diferentes entidades vinculadas a la justicia directa o indirectamente por su profesión estén juntas para dar solución a conflictos.

P: ¿Cuál cree que debería ser el peso del arbitraje en relación con el sistema tradicional de justicia?

R: Lo que es evidente es que la inmensa mayoría de los temas siempre pasarán por la Administración de justicia que, además, es un servicio público que está consagrado en la Constitución y que da amparo a todas las reclamaciones. Ahora bien, existe una serie de temas donde el camino adecuado es el arbitraje. Si intentáramos buscar un porcentaje, teniendo en cuenta que en Cataluña hay miles de asuntos, la participación del arbitraje sería pequeña,



tal vez de un 2-3%, y ya sería suficiente; ahora es muy inferior. Nosotros y todo el resto de los tribunales estamos en un porcentaje ínfimo.

P: ¿Cómo ve la evolución del arbitraje en nuestro país? ¿Y la implantación en los países de nuestro entorno?

R: En otros países la implantación del arbitraje es muy pequeña también en función de la justicia ordinaria y es natural que sea así, pero es superior a la nuestra. Creo que es un tema básicamente de falta de cultura arbitral. A nivel de la Universidad, ahora aquí empieza a estar presente en los másteres de abogacía y en algunos planes de estudio de la carrera de Derecho se empieza a

establecer una asignatura de arbitraje. Hace unos años el arbitraje prácticamente solo se mencionaba en la clase de Derecho procesal y, de paso, como si fuera algo intrascendente. Ahora ya empieza a haber una cierta inquietud, un cierto interés, gente que pregunta, nos piden dar conferencias... Existe un cierto movimiento, pequeño, pero que se nota. Por lo tanto, tenemos que ir progresando por este camino. Para educar a los que se forman, y educar, entre comillas, a las entidades que pueden utilizar el arbitraje. Nosotros estamos visitando ahora a los grandes despachos profesionales y los organismos empresariales, para explicar lo que estamos haciendo y cómo lo hacemos, la lista de árbitros que tenemos, etc. Estamos llevando a cabo, como decía antes, esta campaña didáctica.

P: El año pasado se efectuó el primer estudio de arbitraje en España, en el que participaron 82 empresas de diferentes sectores y facturación. Entre las conclusiones del estudio se veía que las cortes internacionales tenían una puntuación más alta que las nacionales. ¿Por qué motivos cree que es así?

R: Por un lado, por la cultura arbitral. Y, por otro, porque hay dos o tres cortes internacionales que tienen mucho prestigio, adquirido después de muchos años; por ejemplo, la Corte Internacional de París, la Corte de Londres o la de Estocolmo. Lo han conseguido a lo largo de los años, y han logrado que, para resolver muchos conflictos internacionales, se confíe en estas cortes, sobre todo cuando son de dos países diferentes, que no quieren, en principio, que un tribunal que pertenezca a uno de ellos realice el arbitraje y quieren que sea un tercero. Estos tribunales han transmitido una sensación de competencia, eficacia e independencia a pesar de que el tiempo que tardan en resolver –y la Corte de Arbitraje de París es un ejemplo– es muy prolongado, similar al procedimiento judicial.

Hemos creado un consejo asesor con personas de prestigio que serán como embajadoras y podrán apoyar el arbitraje desde los ámbitos académicos o extracadémicos donde se desempeñen

P: En el año 2018 se elaboró un nuevo reglamento del TAB. ¿Con qué objetivo se ha elaborado y cuáles son las principales novedades que incorpora?

R: Se ha modificado para dar más agilidad de funcionamiento en toda la fase previa. Para admitir a trámite el arbitraje o en el nombramiento del árbitro se ponen menos pegas y, además, también ha cambiado el sistema de árbitros. Antes la lista de árbitros no se conocía públicamente, y ahora el listado, en virtud de la transparencia que predicamos, es público. Por consiguiente, cuando una empresa tiene un tema de arbitraje puede escoger hasta cinco nombres de la lista. Y



Entrevista

la otra parte hace lo mismo, sin saber, evidentemente, los que ha elegido la otra. Si hay coincidencia en un solo nombre, el arbitraje ya tiene un árbitro. Porque, si no, muchas veces se pueden poner pegas en la designación de un árbitro: si el árbitro tiene vinculaciones o no con una u otra empresa, o si conoce suficientemente la materia, por ejemplo. Todo ello daba lugar a una pérdida de tiempo. También se ha mejorado el sistema de tarifas, para que todo el arbitraje sea un poco más económico. Y se han reducido los tiempos para dictar los laudos.

P: Recientemente, con motivo del 30 aniversario de la institución, anunció la creación de un consejo asesor. ¿Quién formará parte de este y qué objetivo tiene?

R: Los estatutos del TAB se modificaron y se hizo un artículo diciendo que el TAB estaría asistido por un consejo asesor formado por personas de prestigio para aprovechar sus ideas, sugerencias y críticas y que sirvieran un poco como embajadoras del Tribunal en aquellos ámbitos donde se mueven. Y que lo hagan porque estén convencidas de explicar el arbitraje como personas totalmente independientes. Excepto un miembro que es Notario, el resto no son juristas. Estas personas serán como embajadoras y podrán apoyar el arbitraje desde los ámbitos académicos o extracadémicos donde se desempeñen. También deben ser nuestros sensores. Nos reuniremos con ellos tres o cuatro veces al año. Las personas que forman parte actualmente de este son Esther Giménez-Salinas, que ha sido rectora de la Universidad Ramon Llull; Antón Costas, catedrático de Economía y que fue presidente del Círculo de Economía; Francisco Armas, Notario; Jordi Gosálves, que ha sido presidente del Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Barcelona; José María Gay de Liébana, economista; y Helena de Felipe,

presidenta de Fepyme Catalunya, la federación de pequeñas y medianas empresas y vicepresidenta de UEAPME (European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises), la patronal europea. Esperamos que puedan desarrollar realmente lo que pretendemos.

A 30 años vista quiero pensar que el arbitraje estará más arraigado, porque si no sería un fracaso de nuestra Junta, de nuestra generación y de nuestras instituciones

P: Próximamente tendrá lugar en Barcelona, como comentaba al principio, el X Congreso de Instituciones Arbitrales. ¿Cómo valora que tenga lugar en Barcelona y cuáles serán los principales objetivos?

R: Yo creo que hay que hacer cosas en Barcelona, porque la marca Barcelona es magnífica y no podemos perderla ni abandonarla. Todo lo que podamos hacer en nombre de Barcelona debe ser bienvenido. En el último Congreso de Instituciones Arbitrales, que se celebró en Madrid cuando hacía muy poco tiempo que yo era presidente, dije públicamente que nuestra intención era celebrar el congreso del año siguiente en Barcelona. La gente respondió muy bien, pero como solo fue una manifestación pública en una sala de conferencias, había que tratarlo con la Junta. Recientemente ya hemos hablado por teléfono con muchos presidentes para ratificarlo y en breve crearemos la plataforma necesaria. No solo habrá ponencias, sino que también celebraremos una reunión de presidentes y miembros de la Junta directiva para reflexionar sobre los tribunales, sobre dónde estamos y adónde vamos.

P: Precisamente un año atrás, en el Congreso anterior, usted propuso la creación de una federación de instituciones arbitrales para impulsar el arbitraje institucional. ¿Se ha avanzado en este tema?

R: El año pasado ya empezamos a hablar de crear una federación de tribunales que tenga más fuerza. De momento se lo he explicado por teléfono a los presidentes de las principales instituciones, les pareció muy bien y están muy ilusionados.

P: La institución ha cumplido 30 años. ¿Cómo cree que será el TAB y el arbitraje dentro de 30 años?

R: A 30 años vista quiero pensar que el arbitraje estará más arraigado, porque si no sería un fracaso de nuestra Junta, de nuestra generación y de nuestras instituciones, ya que estamos todos embarcados en la idea de hacerlo potente. Por consiguiente, sería un fracaso yo creo que no fracasaremos.

P: ¿Qué mensaje final lanzaría, por un lado, a los juristas y, por otro, a los ciudadanos, respecto al futuro del arbitraje?

R: A los juristas les diría, primero, que confíen en el arbitraje. Segundo, que confíen en el Tribunal Arbitral de Barcelona. Y tercero, que, si no confían o no lo ven demasiado claro, que pregunten, que entren en nuestra web, que miren la lista de árbitros, que se informen de cómo funcionamos. Y si lo ven claro, al final serán partidarios del arbitraje del TAB. Y a los ciudadanos les diría que sepan que, al margen de los pleitos, de los tribunales, hay instituciones como el TAB que les pueden dar una cobertura independiente, justa e imparcial a su problema.

El derecho a la vivienda en el derecho convencional internacional y comunitario

Josep M^a Fugardo Estivill
Notario de Terrassa

1. El derecho a la vivienda

1.1. Introducción

En el presente trabajo se procede al estudio del derecho a la vivienda (DAV) desde la perspectiva del derecho convencional internacional y europeo y su encaje en el marco constitucional español ⁽¹⁾.

El *alojamiento* consistente en una estancia o lugar físico adecuado y sostenible, dotado con determinados medios materiales y de seguridad que brinde un ambiente tolerable y en el que la persona o las personas puedan vivir, descansar y protegerse de la intemperie o de peligros, constituye una necesidad primaria, básica y permanente de todos los seres humanos ⁽²⁾. La *vivienda* u *hogar*, vinculada a un espacio salubre, material y temporalmente delimitado, en el que habitualmente residen, viven, habitan y descansan las personas o familias, con intimidad, privacidad, dignidad, libertad, protección, seguridad y autonomía, identifica la forma más universal y tradicional de alojamiento. En las sociedades modernas, el derecho al uso, goce y disfrute de una vivienda, en suma, el derecho a una vivienda, constituye una de las necesidades y pilares fundamentales de la dignidad de la persona y del estado de bienestar.

El acceso al goce, uso y disfrute de una vivienda es una necesidad humana primaria que a escala mundial presenta déficits



importantes. Según Naciones Unidas (2019: 3) ⁽³⁾, "Se estima que 1.800 millones de personas carecen de una vivienda adecuada. El 25 % de la población urbana del mundo vive en asentamientos ilegales. Las personas sin hogar y los desalojos forzosos están aumentando en casi todos los países ⁽⁴⁾. [...] Cuando se dispone de medios para eliminar la falta generalizada de viviendas y las viviendas inadecuadas, la única explicación de su persistencia en los niveles actuales estriba en que los Estados y otros agentes no han reconocido la vivienda como un derecho humano. La denegación del acceso a

la justicia es la encarnación de ese fracaso. El derecho de acceso a la justicia es "un elemento fundamental de la noción misma de derechos humanos" ⁽⁵⁾. Para ser titular de derechos y para que la vivienda sea considerada un derecho humano fundamental, toda persona debe poder reivindicar sus derechos y exponer y contextualizar la privación de dignidad y de derechos a que se ve sometida".

El derecho a la vivienda se presenta tanto en las áreas rurales como en las urbanas y junto a una problemática común cada su-

puesto ofrece peculiaridades propias. En las áreas rurales, las limitaciones, que pueden ser muy acusadas, suelen producirse en relación con el acceso a bienes, servicios, suministros y prestaciones de todo orden, especialmente, en los territorios más aislados y deprimidos ⁽⁶⁾. En las áreas fuertemente urbanizadas, la problemática adquiere mayor complejidad, porque aparece vinculada, cada vez más, con la gentrificación (RUTH GLASS, 1964), la globalización, el urbanismo neoliberal, los circuitos del capital global y la circulación cultural (NEIL SMITH, 2002) ⁽⁷⁾, y va ligada a la necesidad de un entorno urbano seguro, inclusivo, sano, sostenible social, económica y medioambientalmente, y democráticamente gestionado o “derecho a la ciudad” (H. LEFEBVRE, 1968) ⁽⁸⁾.

El objeto del derecho se centra en la posesión, uso, disfrute y goce de la vivienda (“una”, ex art. 47 CE), en su carácter de morada o sede principal, habitual de las personas o del grupo familiar, en la que, de ordinario, residen normalmente, con ánimo de permanencia, y en su consideración preferente como bien de consumo duradero. No obstante, según cuál sea la forma de adquisición o tenencia de la vivienda y las circunstancias concurrentes, la vivienda también puede tener carácter de bien de inversión; hallarse condicionada en su adquisición por el apalancamiento financiero y la “financiarización” ⁽⁹⁾; y puede destinarse a fines secundarios (segundas residencias), o especulativos, supuestos que, según las circunstancias concretas del caso, pueden tener limitada o remota relación con el genuino ejercicio social del derecho a la vivienda, aunque ello no obsta para que, cuando así suceda, también pueda destinarse, a título oneroso o gratuito, al uso o disfrute de terceras personas como vivienda habitual de estas.

1.2. Derecho convencional internacional

La doctrina internacional sobre derechos humanos confiere carácter relevante al derecho a una “vivienda adecuada” y lo califica como un derecho humano a la vida. De acuerdo con M. KOTHARI (2008: 5): “El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad”. De acuerdo con LEILANI FARHA (2016: ep. 27) ⁽¹⁰⁾, “El derecho a la vida no puede separarse del derecho a un lugar seguro en el que vivir, y este segundo derecho solo tiene



sentido en el contexto de un derecho a vivir con dignidad y seguridad, sin violencia”, pues, “Para cualquiera que no tiene hogar o está en la calle, vivir con seguridad y dignidad es casi imposible.” (2016: ep. 12). El *Manual para Parlamentarios* n° 26, de la Unión Interparlamentaria (UI) y las Naciones Unidas (NN.UU.) (MPP, 2016: 217) ⁽¹¹⁾, señala que “La carencia de vivienda es la forma extrema de la denegación del derecho a la vivienda y es constitutivo de la pobreza”. Por otro lado, la posesión de una vivienda en condiciones precarias e insostenibles, puede constituir una grave vulneración del derecho a una vivienda adecuada (o DVAD).

En el *derecho convencional internacional* aluden especialmente a la vivienda, los siguientes textos:

El artículo 25.1 DUDH (Declaración Universal de Derechos Humanos), dispone que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;...” (é.a.) ⁽¹²⁾.

A su vez, el artículo 11.1 PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), prevé lo siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efecti-

vidad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.” (é.a.). Además, los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar los derechos previstos en el Pacto, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 2.2) (é.a.). El PIDESC “sigue siendo el tratado fundacional de los derechos económicos, sociales y culturales” (NN.UU., 2004: 5) ⁽¹³⁾.

En términos similares al texto que precede, entre otras previsiones de derechos, el artículo 28.1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (CPDIS), dispone lo siguiente:

“Artículo 28. Nivel de vida adecuado y protección social. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.” (é.a.).

Los textos citados enfatizan sobre el derecho de “toda persona” (sin discriminación), a “un nivel de vida adecuado”; y en principio, es este nivel de vida adecuado, el



que debe permitir y asegurar, que todas las personas puedan satisfacer determinadas necesidades básicas (alimentación, vestido y vivienda adecuados), y además, en el caso del art. 21.1 DUDH, el acceso a la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; y en el caso de los artículos 11.1 PIDESC y 28.1 CPDIS, con inclusión, respect., de la “mejora continua de las condiciones de existencia”, o “de vida”. Como sea que los textos de referencia no especifican el modo o forma de asegurar la satisfacción de dichas necesidades, cabe deducir que, en aras a conseguir dichos objetivos, las posibilidades legales de ordenación socioeconómica pueden ser muy diversas, pero las vías elegidas deben hallarse en congruencia o ser compatibles con los restantes derechos humanos previstos en los correspondientes pactos convencionales. Por otra parte, los textos citados establecen que la vivienda deber ser “adecuada”, lo que evidencia que la necesidad solo podrá considerarse correctamente satisfecha cuando la vivienda reúna aquellos requisitos mínimos previstos a tal fin.

Se refieren igualmente a la necesidad de vivienda, entre otros, el artículo 27.III de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) ⁽¹⁴⁾; el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951); el artículo 16 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (Nº 169) de la OIT; y el artículo 49 del Cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949) ⁽¹⁵⁾. Asimismo, existen numerosas Declaraciones y Recomendaciones internacionales en

materia de vivienda ⁽¹⁶⁾. En la esfera regional europea, según se examina más adelante, en especial, se refieren a este derecho, el artículo 31 de la Carta Social Europea (CSE), (versión revisada, Estrasburgo, 3 mayo 1996), y el artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) ⁽¹⁷⁾.

Por otro lado, entre los ambiciosos objetivos de la *Agenda 2030* para el Desarrollo Sostenible (Asamblea General NN.UU., 2015), el objetivo 11 lleva por título “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles” y el punto 11.1 fija como objetivo: “De aquí a 2030, asegurar el acceso de todas las personas a viviendas y servicios básicos adecuados, seguros y asequibles y mejorar los barrios marginales” (é.a.).

1.3. La vivienda en el Derecho constitucional español y comparado

Con carácter general, debe distinguirse entre principios constitucionales en materia de vivienda, y las normas legales y programas públicos que, en cada país, desarrollan de modo efectivo el acceso y la protección del DAV.

Centrando la atención primordialmente en la primera cuestión, en el derecho español, con anterioridad a la vigente Constitución española, no existían referencias constitucionales a la vivienda aunque en la Constitución republicana de 1931 se preveía sobre la protección al campesino y el

“patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos” ⁽¹⁸⁾. En el texto actualmente vigente y en relación con los derechos sociales previstos en el Capítulo III, Título I CE (arts. 39 a 62 CE) que lleva por título “De los principios rectores de la política social y económica”, existen las siguientes menciones: El artículo 47 CE dispone que “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una *vivienda digna y adecuada*. Los poderes públicos *promoverán* las condiciones necesarias y establecerán las *normas pertinentes para hacer efectivo este derecho*, regulando la *utilización del suelo de acuerdo con el interés general* para impedir la especulación. La *comunidad participará en las plusvalías* que genere la acción urbanística de los entes públicos.” (é.a.). También se refiere a la vivienda el artículo 50 CE en relación con la atención de la tercera edad. Por otra parte, según se expone a lo largo de ese trabajo, existen previsiones estatutarias y numerosas normas legales de rango estatal y autonómico, que tienen en cuenta el derecho a la vivienda.

Centrando la atención primordialmente en la primera cuestión, en el derecho español, con anterioridad a la vigente Constitución española, no existían referencias constitucionales a la vivienda aunque en la Constitución republicana de 1931 se preveía sobre la protección al campesino y el “patrimonio familiar inembargable y exento de toda clase de impuestos”

Por otro lado, en el Título I (Condiciones básicas de la igualdad en los derechos y deberes constitucionales de los ciudadanos), Capítulo I (Estatuto básico del ciudadano), de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana ⁽¹⁹⁾, el artículo 5 (*Derechos de los ciudadanos*), establece que: “Todos los ciudadanos tienen derecho a: a) *Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible*, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados; b)...” (é.a.), y el artículo 3.4 prevé que a tal fin, “Los poderes públicos *promoverán* las condiciones para

que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos [...] sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo" (é.a.).

De ambas normas se desprende que el citado derecho a "disfrutar" de una vivienda ("percibir o gozar los productos o utilidades de algo" -DRAE-), se refiere al objeto (la vivienda), pero no como derecho exigible e inmediato a los poderes públicos, pues estos solo están impelidos a "promover" ("impulsar el desarrollo o la realización de algo" -DRAE-), las condiciones para lograr que el derecho se convierta en real y efectivo

De ambas normas se desprende que el citado derecho a "disfrutar" de una vivienda ("percibir o gozar los productos o utilidades de algo" -DRAE-), se refiere al objeto (la vivienda), pero no como derecho exigible e inmediato a los poderes públicos, pues estos solo están impelidos a "promover" ("impulsar el desarrollo o la realización de algo" -DRAE-), las condiciones para lograr que el derecho se convierta en real y efectivo. En razón de su ubicación, el citado artículo 47 CE no garantiza un derecho fundamental, sino que enuncia un principio rector de la política social y económica; se trata de una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos y a los que vincula. En todo caso, "garantizar" un derecho es muy distinto que "promoverlo". Como señala J. M. HERREROS LÓPEZ (2011: 81), "Garantizar es asegurar, ofrecer fijeza o certeza de algo. Promover, por contra, es iniciar o impulsar un proceso, tomar la iniciativa para llevarlo a cabo y procurar su consecución, sin asegurar necesariamente un concreto resultado".

Dice el artículo 47 CE que la vivienda debe ser "digna y adecuada". Los conceptos de «dignidad» y «adecuación», "constituyen sendos estándares que cualifican y marcan un nivel a la acción de los poderes públicos". (L. MORELL OCAÑA, 1995: 6871). Se trata de conceptos indeterminados y elás-



ticos (BASSOLS) susceptibles tanto de valoración subjetiva como objetiva, sin excluir supuestos o situaciones en que, por causas muy diversas, a pesar de no cumplan ambos requisitos, otros bienes o instalaciones puedan utilizarse con fines residenciales, de descanso y habitacionales y destinarse impropriadamente a vivienda (infraviviendas) ⁽²⁰⁾.

En relación con ambos requisitos, de modo sucinto, cabe señalar lo siguiente:

a) *Vivienda digna*. El concepto de "vivienda digna" está necesariamente vinculado con su destinación que no es otra que la de servir de estancia y morada de la persona o personas que la habitan y que estas puedan hacerlo dignamente. En la CE "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, [...] son fundamento del orden político y de la paz social" (art. 10.1 CE). Como sea que los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad humana, el disfrute de la vivienda, esto es, de la estancia material en que, de ordinario, la persona desarrolla su vida diaria y sus actividades personales más íntimas y privadas, debe reunir las condiciones, intrínsecas y extrínsecas, necesarias para que la dignidad de la persona sea preservada, respetada y protegida.

Como dice J. GONZÁLEZ PÉREZ (1985:142-143), "La dignidad sustancial de la persona está en la razón de todos sus derechos básicos, aunque en algunos esa dimensión se haga más patente, como el derecho a la integridad física y moral, el de la libertad personal, en el derecho al honor,

intimidad personal y familiar.- El reconocimiento y una eficaz tutela de estos derechos fundamentales constituye elemental garantía de la dignidad de la persona". No obstante, mientras que los derechos civiles y políticos ya están suficientemente concretados en su naturaleza normativa y cuentan con un subsistema garantista, no sucede lo mismo en relación con los derechos sociales o principios rectores. En el presente caso, dicha previsión introduce un sentido constitucional normativo, un deber ser positivo y garantista, en defensa del respeto del principio de la dignidad de la persona en consideración al entorno próximo y lugar físico de su residencia, en este caso, la vivienda ⁽²¹⁾.

b) *Vivienda adecuada*. En el Informe de NN.UU. sobre el derecho a una vivienda adecuada (2010: 3 y ss.) se pone de relieve que "Una vivienda adecuada debe brindar más que cuatro paredes y un techo". En sentido parecido, el Comité Europeo de Derechos Sociales señala que el DAV está estrechamente relacionado con el derecho a la vida y con el derecho a respetar la dignidad humana de toda persona ⁽²²⁾.

En síntesis, los rasgos mínimos que según NN.UU. configuran el concepto de "vivienda adecuada" se centran en los siguientes puntos ⁽²³⁾: seguridad en la tenencia; disponibilidad de suministros básicos y servicios; asequibilidad; habitabilidad; accesibilidad; ubicación; y, adecuación cultural. Cabe observar que la debida satisfacción de todos estos requisitos concuerda con el concepto objetivo de vivienda digna.



En el derecho constitucional comparado, cuando existen, las propuestas y referencias a la vivienda, son muy variadas y en otros supuestos no existen, pero incluso en esos supuestos, no cabe desconocer la incidencia y obligaciones dimanantes para los Estados signatarios de los pactos y tratados internacionales válidamente celebrados y que, con o sin previsión constitucional, en la práctica totalidad de legislaciones nacionales se prevén disposiciones, de derecho privado y derecho público en relación con el uso, disfrute, posesión y protección de la vivienda familiar o habitual y la provisión de viviendas sociales.

A grandes rasgos y a título de ejemplo, cabe referirse a los supuestos siguientes:

En la Constitución italiana solo se habla del fomento del “acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda” (art. 47) pero existe una amplia regulación referente a la vivienda social (*edilizia sociale* o “*housing sociale*”) (24). La ley Fundamental de Bonn solo prevé sobre la inviolabilidad del domicilio y remite a la ley para “para subsanar la escasez de viviendas” (art. 13) (25), pero algunas Constituciones de los *Länder* (Berlín, Baviera) reconocen el DAV como derecho fundamental. La Constitución belga incluye entre los derechos económicos y sociales, “el derecho a una vivienda adecuada” que la doctrina califica de obligación de medios de carácter prioritario (26). La Constitución finlandesa se refiere al fomento del derecho “de todos” a la vivienda y al apoyo de las iniciativas privadas de vivienda y desde mediados de los años ochenta del pasado

siglo, la exitosa legislación de desarrollo, ha regulado el derecho a la vivienda con carácter prestacional (programas: *Housing First* y PAAVO -*Finnish National Programme to Reduce Long-Term Homelessness*- I y II) (27).

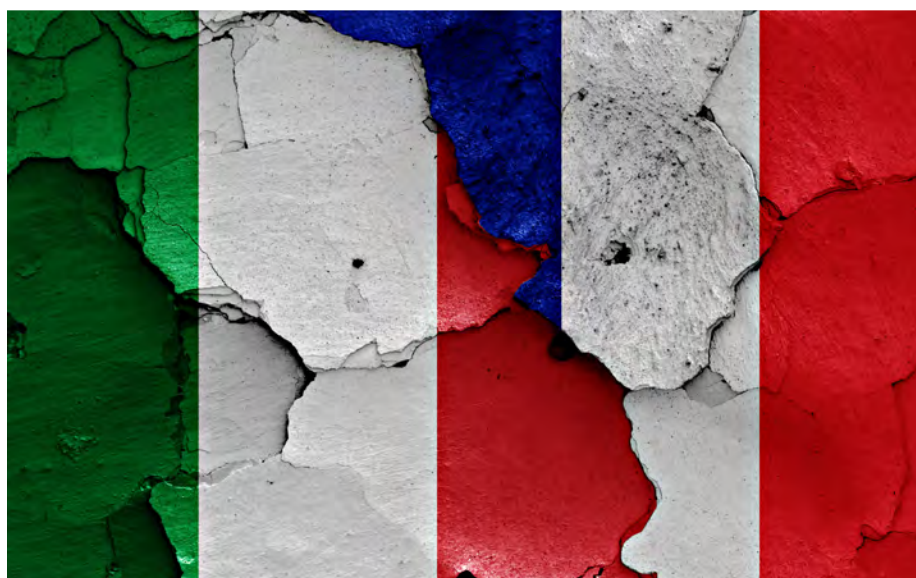
En la vigente Constitución francesa no existen referencias expresas a la vivienda y su Preámbulo remite a los derechos humanos y los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789 -confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946-, y, en concreto, se refiere a garantizar, “al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo” y la protección de la “salud”, la “seguridad material” y el “descanso”, pero el Consejo Constitucional (decisión de 19 enero 1995), señaló que: “la posibilidad de disponer de una vivienda digna es un objetivo que tiene valor constitucional” y a este respecto, la política legislativa adoptada es muy completa y el DAV es oponible como obligación de resultado (*droit au logement opposable* o DALO) (28).

En el Reino Unido, por medio de las *Housing authorities*, la administración británica ofrece ayudas financieras a las personas que cumplen determinadas circunstancias y preferencias y tienen un nivel de ingresos que no son suficientes para acceder a una vivienda (*qualifying persons*), con abstracción de si los beneficiarios están empleados o desempleados. Los subsidios pueden cubrir la totalidad o parte del alquiler o servir de ayuda para el pago de servicios de calefacción, agua caliente, electricidad o comida. La legislación básica referente a la vivienda

se halla en la antigua *Housing and Town Planning Act* (1919). En 1977, se aprobó la *Homeless Act*, con el objeto de luchar de modo prioritario contra el sinhogarismo. En 2004 la *Housing Act*, regula el derecho de la vivienda, la legalidad de la tenencia, las reglas de la compraventa, y las ayudas para grupos vulnerables. Por último, la *Localism Act* (2011) amplía las competencias de las entidades de régimen local para regular y desarrollar políticas relativas a dicho ámbito.

En general, el derecho positivo de la práctica totalidad de países de la UE, reconoce y regula la figura de la vivienda protegida, social o pública pero su importancia puede ser más o menos relevante y diferir en sus formas de acceso (titulares del derecho, arrendamiento, propiedad -con o sin acceso diferido-, etc.). En todo caso, la doctrina pone de relieve que, actualmente, en general, cabe destacar la siguiente problemática común: la necesidad de adoptar políticas públicas para abordar la creciente demanda de viviendas sociales y otras opciones posibles referentes a viviendas asequibles; el gasto relacionado con la vivienda (incluido el coste de los servicios) absorbe una parte creciente de las disponibilidades económicas de muchos hogares; existe una mayor dificultad en el acceso y mantenimiento de viviendas adecuadas; aumenta el número de personas sin hogar; de personas endeudadas por alquileres e hipotecas, y de ocupaciones posesorias sin título legítimo; por último, aumenta el número de personas registradas en las listas de espera para acceder a viviendas sociales (29).

En los textos constitucionales iberoamericanos existen abundantes menciones y adjetivaciones diversas referidas a la vivienda: “vivienda digna” (Argentina, Paraguay); “de interés social” (Bolivia, Colombia, Paraguay); “popular” (Costa Rica); “confortable” (Cuba), “de los trabajadores” (Guatemala); “digna y decorosa” (México); “digna, cómoda y segura” (Nicaragua); “de interés social” (Ecuador); “decorosa, higiénica y económica” (Uruguay); “adecuada, segura, cómoda, higiénica, con servicios básicos esenciales...” (Venezuela); también existen referencias al régimen legal protector del denominado “bien de familia” y a la protección contra el embargo de la morada o bien familiar (Brasil, México, Paraguay, Argentina, Rep. Dominicana, Uruguay), y se prevé sobre la “pequeña propiedad rural familiar” y la “adquisición en propiedad de pequeñas moradas familiares, rurales o urbanas, por



su posesión y uso no interrumpido sin oposición" (Brasil).

En los Estados Unidos, salvo la existencia de referencias sobre la inviolabilidad del domicilio y la protección de la propiedad en general, la Constitución de este país no prevé sobre el derecho a la vivienda, pero existen programas de vivienda pública (*public housing*) y subvenciones para proporcionar viviendas adecuadas y seguras en alquiler para familias elegibles de bajos ingresos y personas de edad avanzada o discapacitadas. En dicho país existen aproximadamente 1,2 millones de hogares que viven en unidades de vivienda pública gestionadas por Agencias Locales de Vivienda (*Local Housing Agencies* o HAs). La ayuda federal se administra a través del Departamento de Vivienda y Desarrollo Urbano de los EE. UU. (*The U.S. Department of Housing and Urban Development* o HUD) ⁽³⁰⁾. También se protege patrimonialmente la vivienda familiar en normas legales que pueden ser de origen federal o estatal, con alcance diferente desde el punto de vista cuantitativo e irrenunciable por el deudor, salvo que constituya un derecho real de realización del valor como la hipoteca. En algunos estados la exención (*homestead*) es total y en otros es cuantitativa ⁽³¹⁾. Por otra parte, en los ordenamientos de derecho anglosajón, la protección patrimonial de la vivienda familiar puede ampararse en la creación de patrimonios separados fiduciarios (*trust*).

También cabe destacar los servicios de atención a las personas sin hogar (sinhogarismo; homeless), desarrollados a inicios de los años 1990, por el Dr. SAM TSEMBERIS en Nueva York y aplicados en EE.UU. y Canadá, denominados *Housing First*

También cabe destacar los servicios de atención a las personas sin hogar (sinhogarismo; *homeless*), desarrollados a inicios de los años 1990, por el Dr. SAM TSEMBERIS en Nueva York y aplicados en EE.UU. y Canadá, denominados *Housing First*. Estos servicios han resultado muy efectivos para reducir significativamente el sinhogarismo de las personas desarraigadas o con drogadicciones, con enfermedades limitantes o discapacitadas, en situación de exclusión social y extrema vulnerabilidad o con largas



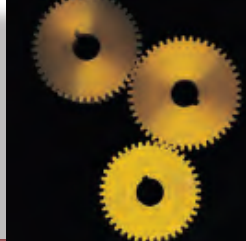
situaciones de calle, carentes de redes de apoyo familiar o social o incluso de familias sin hogar con menores a su cargo. Este modelo ha inspirado actuaciones similares, en los ámbitos, privado o público, en distintos países europeos. Como señala N. PLEACE (2016: 12): el modelo "*Housing First* utiliza la vivienda como punto de partida más que como objetivo final [...] lo primero que se proporciona antes que cualquier otro tipo de apoyo o intervención es el alojamiento, y por eso se denomina *Housing First* ('Vivienda Primero')"; "*Housing First* ofrece a las personas usuarias un acceso inmediato a la vivienda como una cuestión de derechos: abordar la injusticia de la pobreza, dar una oportunidad a las personas más desafortunadas y aliviar de inmediato el sufrimiento de las personas sin hogar" (2016: 7).

Por lo que respecta a su carácter o no de derecho subjetivo exigible a los poderes públicos o como mero principio rector o programático, en síntesis, cabe distinguir tres modelos básicos ⁽³²⁾: a) Modelo de garantía del DAV como un derecho social fundamental, al menos, respecto de ciertos colectivos (p. e., Finlandia), pero que en otros países no se reconoce como derecho subjetivo ejercitable ante los tribunales (p. e., Ucrania, Venezuela); b) Modelo de garantía configurado como un principio rector de política social y económica, que se prevé en múltiples ordenamientos (p. e., Portugal, España); y, c) Modelo de garantía indirecta a través de otros derechos fundamentales o bienes de rango constitucional, en que el DAV también puede tener o no carácter vinculante (p. e., Francia).

2. Derechos civiles y políticos vs. derechos económicos, sociales y culturales

"Los derechos humanos son derechos que tiene toda persona en virtud de su dignidad humana. Los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas. Definen las relaciones entre los individuos y las estructuras de poder, especialmente el Estado. Delimitan el poder del Estado y, al mismo tiempo, exigen que el Estado adopte medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos" (MPP, 2016: 19 y ss.). Los derechos humanos son universales, inalienables, indivisibles e interdependientes (*ibdm.*).

Sin perjuicio de las declaraciones clásicas de derechos universales de inspiración liberal proclamados a finales del siglo XVIII, la doctrina sobre derechos humanos suele distinguir los derechos humanos civiles y políticos (DCP), históricamente calificados de primera generación, recogidos en la DUDH (adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948) -y posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) ⁽³³⁾, de otros tipos de derechos humanos, denominados de segunda generación, de contenido económico, social y cultural (DESC) y de otras clases de derechos, de tercera y hasta cuarta generación, declarados o previstos en otras convenciones, recomendaciones y propuestas internacionales, de contenido general o específico, de fecha posterior a la DUDH ⁽³⁴⁾.



INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS



En un momento histórico de acusada confrontación ideológica y política entre los países de los sistemas capitalista y comunista, la inclusión o no de los DESC ya fue considerada durante los trabajos relativos a la redacción de la DUDH. Finalmente, a pesar de defenderse la tesis de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, predominó una concepción de los derechos humanos centrada en los derechos civiles y políticos y se acordó la exclusión de los DESC. Los argumentos utilizados con mayor profusión fueron que la segunda clase de derechos no podían ser judicialmente exigidos e iban más allá de los derechos reconocidos en los textos constitucionales del momento ⁽³⁵⁾. La relevancia de la DUDH se halla en que, a pesar de la diversidad ideológica, de creencias y de culturas de quienes la redactaron, se consiguió una declaración calificada de “Universal”, a la par que se evitaba asignar a una determinada tradición filosófica la explicación “propia, original, adecuada y definitiva” de la Declaración (P. PALLARES YABUR, 2013: 141).

En síntesis, respecto de los derechos humanos de primera generación previstos en el PIDCP, muchos de ellos igualmente presentes en la DUDH, cabe afirmar que se trata de derechos que se reconocen a todos los seres humanos como persona y ciudadano/ciudadana. Estos derechos se conciben bajo el signo de la protección de la dignidad de la persona y los derechos de igualdad y libertad. Entre estos derechos cabe citar los siguientes: derecho a la vida; de igualdad ante la ley; a la seguridad de la persona; a

la protección contra la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; al reconocimiento jurídico; a un recurso efectivo ante los tribunales competentes por las violaciones a los derechos humanos; contra la detención, la prisión o el destierro arbitrarios; derecho a casarse, y a tener una familia; y derecho al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad.

La cuestión de los DESC, algunos de ellos enunciados o concordantes con la DUDH, fueron retomados y concretados con ocasión de la aprobación del PIDESC, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A -XXI-, de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor en 1976. El PIDESC, al igual que el PIDCP, fueron firmados por España el 28-9-1976 y aprobados y ratificados en 13 abril 1977 (BOE 30-4-1977) ⁽³⁶⁾.

Los derechos de segunda generación surgen como consecuencia del tránsito del estado liberal al estado social de derecho, en que se plantea la necesidad de que los poderes públicos adopten políticas legislativas adecuadas para reconocer, promover, ordenar o proporcionar, con carácter universal o específico, la prestación o acceso a dichos derechos, todo ello, de acuerdo con las necesidades personales y preferencias sociales y la herencia social del momento, y en la medida permitida por el progreso, el cambio social y los recursos económicos disponibles. La necesidad de satisfacer lo mejor posible estos derechos se justifica porque sin tener asegurada la cobertura de determinadas necesidades materiales

elementales, se hallarían en cuestión los derechos referentes a la libertad individual, el bienestar material, el progreso social, y a la participación política y democrática ⁽³⁷⁾.

Entre estos derechos, destacan los siguientes: derecho a la seguridad social; al trabajo; a igual salario por igual trabajo; a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure una existencia conforme a la dignidad humana; al descanso y al tiempo libre; a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar (comprendiendo la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica); a seguros y pensiones en los casos de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros supuestos no dependientes de la propia voluntad; a la protección de la maternidad, la infancia, la discapacidad y las personas dependientes.

La realidad social evidencia que las distintas circunstancias naturales, funcionales y temporales de las personas y las familias, las colocan ante situaciones de desigualdad vital y social y en la medida de los medios disponibles y en aras al bien común, la convivencia y la paz social, la prestación de derechos sociales contribuye a paliar dichas circunstancias

La realidad social evidencia que las distintas circunstancias naturales, funcionales y temporales de las personas y las familias, las colocan ante situaciones de desigualdad vital y social y en la medida de los medios disponibles y en aras al bien común, la convivencia y la paz social, la prestación de derechos sociales contribuye a paliar dichas circunstancias. La implementación de estos derechos se apoya en razones de solidaridad, sensibilidad social y también cabe deducirla del concepto aristoteliano de justicia distributiva. Por otro lado, en los sistemas económicos capitalistas y en general, en el marco de los estados de bienestar, la persistencia de desigualdades socioeconómicas en materia de distribución de rentas y riqueza, puede dificultar su libertad y autonomía personal y material, por lo que la generosa prestación de los DESC constituye una medida necesaria para que todas las personas puedan gozar y ejercitar, en mejores condiciones sociales y

económicas, con dignidad, libremente y sin temores, los derechos humanos de primera generación, gocen de una mejor calidad de vida, y con ello, aumente el bienestar general. Cabe observar que algunos de estos derechos se hallan implícitos en las funciones, deberes y obligaciones que caracterizan las relaciones familiares y el parentesco, pero con la evolución social y los cambios experimentados en las estructuras familiares, los estados modernos han facilitado, asumido, participado, previsto o incluso sustituido o impuesto, la provisión de dichos derechos por vías muy diversas e intensidad varía.

Las concepciones doctrinales sobre la prestación y exigibilidad de estos derechos son diversas. Para T. H. MARSHALL (1992), en comparación con los derechos individuales exigibles y justiciables, los derechos sociales son obligaciones de los poderes públicos frente a la sociedad entendida como un todo

Las concepciones doctrinales sobre la prestación y exigibilidad de estos derechos son diversas. Para T. H. MARSHALL (1992), en comparación con los derechos individuales exigibles y justiciables, los derechos sociales son obligaciones de los poderes públicos frente a la sociedad entendida como un todo. Este objetivo debe lograrse mediante el acceso universal a los derechos en el Estado, y, en una escala más amplia, por medio de las medidas correctoras de la acción pública, en sectores como la vivienda, la educación, la sanidad, la asistencia social y las pensiones ⁽³⁸⁾. Se trata de derechos que tienen por misión contribuir a la generación de unas condiciones mínimas de vida que garanticen la libertad funcional individual (GARCÍA MACHO, 2009: 81 y ss.). En las sociedades capitalistas y de mercado, en relación con la vivienda, la obligación del Estado es asegurar que, por medio de transacciones voluntarias, los ciudadanos, por sí mismos, o con ayudas privadas o públicas, gocen de la capacidad de encontrar y elegir, por su propia iniciativa, en consideración a su capacidad económica y a la vista de las opciones, privadas o públicas, existentes, una vivienda que sea digna y adecuada.

Para otros autores, la deseable equiparación entre DCP y DESC se justifica por-



que el ser humano es, a la vez, ciudadano y ser social de modo indivisible (VAN DER PLANCKE, M. SANT'ANA) ⁽³⁹⁾. Los derechos sociales -afirma A. OLLERO (2012: 54)- "no se conciben ya como ámbitos de inmunidad frente al Estado sino como fundamento para exigir una prestación que habrá de verse satisfecha *por el Estado*. No se trata solo de derechos nuevos sino de un nuevo modo de considerar los ya reconocidos. Los Pactos que desarrollan la Declaración Universal de Naciones Unidas lo dejan claro, al reduplicar en paralelo más de uno: la libertad de enseñanza de un Pacto se verá, por ejemplo, acompañada por el prestacional derecho a la educación del otro". El problema que presentan estos derechos es que, se trata de derechos que "difícilmente pueden verse garantizados por una *norma* jurídica, que se aplique o todo o nada. ¿Cómo garantizar así una vivienda *digna*? Se verán reconocidos más bien a través de principios optimizadores ⁽⁴⁰⁾, que propiciarán e interpretarán normas que hagan realidad viviendas lo más dignas que resulte posible. Los normativistas no verán en ello derechos propiamente dichos sino, más bien, meras expectativas ante los deseables resultados de políticas públicas" (*ibdm.*).

Desde una perspectiva puramente económica de la cuestión, sin considerar otros parámetros, no cabe desconocer la siguiente premisa básica: la *limitación* de los recursos capaces de producir bienes y servicios en una economía, lo que implica la necesidad de elegir, entre las posibilidades de producción disponibles y entre todos los bienes y servicios, que son escasos o limi-

tados, cuáles son los que deben ofrecerse y proveerse. En una economía de pleno empleo, para producir cierto bien o servicio ha de disminuir algo la producción de otro. Para ejemplificar el supuesto, si se supone que sólo se producen dos bienes o clases de bienes, es evidente, que cuántos más recursos se destinen a la producción de una clase de bien, menos recursos podrán destinarse a la producción del otro. El *Qué* debe producirse y el *Cómo*, dependerán de la forma en que se organice, el conjunto del sistema económico, financiero y productivo, y de las pautas de consumo, ahorro e inversión, y el *Para quién*, dependerá de las decisiones de las personas y de las rentas y posibilidades adquisitivas o derechos que tengan a su abasto o se asignen, a los adquirentes de bienes y servicios.

A su vez, la provisión material y social de DESC por parte de los poderes públicos, en cantidad suficiente, dependerá, fundamentalmente, del sistema de organización política vigente en cada país (países de economía de mercado, de economía centralizada, o colectivista); de las políticas legislativas adoptadas al respecto (políticas liberales y desreguladas vs. economía social, de mercado o centralizada); y también de los recursos públicos destinados por las administraciones públicas a unos u otros fines. En los sistemas de economía de mercado, la prestación pública de DESC depende de dos parámetros básicos: a) La proporción de ingresos públicos o carga fiscal soportada por los contribuyentes y, por aplicación de los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y limitación de déficits



estructurales (art. 135 CE), las posibilidades (limitadas) de endeudamiento público; y, b) La proporción destinada en los presupuestos públicos a satisfacer necesidades sociales.

En el caso de los países que integran la UE, el gasto público destinado a la protección social (enfermedad; invalidez; vejez; supervivencia; familia; desempleo; vivienda y exclusión social), es muy elevado, tanto por lo que se refiere al número de personas incluidas en la misma como en la diversa destinación del gasto público. En la UE-28, el porcentaje del PIB dedicado a la protección social en los últimos años (sin incluir la parte del gasto público dedicado a otros fines) se sitúa en una media alrededor del 29 % del PIB (en España, según datos del año 2018, se destinó el 25 % a estos fines y el gasto público total fue del 41,9 % PIB) ⁽⁴¹⁾.

El fomento del DAV también puede lograrse con medidas legislativas indirectas que no impliquen gasto público (por ejemplo, políticas de no discriminación social), o mediante normas que trasladen determinados costes públicos al sector privado (por ejemplo, dedicación de parte de la edificación urbana a viviendas sociales; asunción de los costes de planeamiento o desarrollo urbanístico u obras públicas de infraestructura, cesiones gratuitas de aprovechamientos urbanos; etc.). Por último, en el marco de la globalización internacional, otro factor relevante a considerar, que puede limitar o condicionar la expansión y desarrollo de los derechos sociales, se halla en la subordinación del sistema económico a

las exigencias de la competitividad regional e internacional; la necesidad de preservación de los grandes equilibrios macroeconómicos; y, en tiempos de crisis económica, las limitaciones derivadas de la adopción de políticas públicas de austeridad ⁽⁴²⁾.

Los derechos humanos de tercera generación, denominados derechos colectivos, de solidaridad o fraternidad, surgen tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la descolonización. Se trata de derechos difusos que precisan no solo la colaboración de los propios estados sino también la participación de la comunidad internacional lo que dificulta su normatividad y control. Entre estos derechos, cabe citar los siguientes: derecho al desarrollo; a la paz; a la solidaridad; a la felicidad; a un medio ambiente sano y equilibrado; y derechos de las futuras generaciones. Estos derechos evolucionan a partir de los derechos de la segunda generación y siguen la línea de la amplitud, la des-juridificación y la apertura al poder político. Si estos derechos se entienden "como valores (la paz), o metas (el desarrollo), y no derechos en sentido jurídico estricto, se evitan los inconvenientes que supondría reconocerlos como auténticos derechos (que ningún juez podría garantizar). Considerarlos «derechos» es sólo resaltar su condición de aspiración legítima." y si se entienden como derechos se ampliarían muchísimo las competencias de los Estados que se comprometiera seriamente a garantizarlos (C. PEREIRA SÁEZ (2017: 95).

Los derechos humanos de tercera generación, denominados derechos colectivos, de solidaridad o fraternidad, surgen tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la descolonización

Por último, un sector de la doctrina también se refiere a la denominada cuarta generación de derechos de una sociedad inclusiva digital ordenada en torno a un nuevo "contrato social", el contrato socio-digital ⁽⁴³⁾. Se trata de derechos humanos emergentes que responden, por un lado, al desarrollo y profundización de derechos ya reconocidos, algunos necesitados de especial protección, y por otro, al dinamismo y nuevas necesidades de las sociedades contemporáneas consecuentes a un pro-

ceso que se halla en permanente evolución y debe enfrentarse a los retos, exigencias, necesidades y reivindicaciones sociales derivados del cambio social, tecnológico, económico y medio ambiental.

Tanto el reconocimiento como el no reconocimiento de los derechos humanos conlleva relevantes afectaciones y costes personales, económicos y sociales. En la doctrina se ha puesto de relieve la complementariedad e incluso asimetría que puede darse entre el estado de derecho y los derechos humanos, y viceversa. Como observa I. TRUJILLO (2015: 162), "el estado de derecho puede identificarse con el concepto mismo de derecho, mientras que la práctica de los derechos humanos es una práctica de justicia y va más allá de lo jurídico, y al mismo tiempo no cubre todo el campo del derecho. El estado de derecho busca la realización del fin del derecho: la coordinación autoritativa de individuos libres y responsables. La práctica de los derechos humanos busca, en cambio, la protección de los individuos y de sus intereses fundamentales. La importancia de cada una de esas finalidades está fuera de cuestión, pero, si acaso, la primera representa el corazón de lo jurídico. La segunda es jurídica pero no solamente y tiene que ver con los sujetos y sus intereses fundamentales". Con todo, los derechos humanos han contribuido y contribuyen a la remodelación del estado de derecho y penetran en el derecho, y "Sus diferencias (necesarias) no son óbice para que estas prácticas se relacionen entre ellas, sobre todo si se considera que el sujeto beneficiario de ambas, es el ser humano y su dignidad." (ibdm.: 180).

Aunque se ha sostenido que el reconocimiento de los DCP no conlleva costes, a poco que se medite sobre las consecuencias de la vigencia de los derechos de plena igualdad y libertad, en una sociedad que es intrínsecamente desigual y diversa, "cuando un Estado se toma en serio el cumplimiento efectivo de un derecho civil y político como el del derecho a la vida, la libertad de expresión, el debido proceso, resulta fácil advertir las fuertes consecuencias presupuestarias que siguen de los mismos" (N. ESPEJO YAKSIC, 2009: 27 -28). Esta reflexión evidencia que la protección de DCP también requiere políticas públicas de carácter positivo y la consiguiente destinación de recursos públicos para garantizar su efectividad. Otro tanto cabe afirmar en relación con los DESC. El reconocimiento de estos derechos

no se agota con el cumplimiento de obligaciones positivas, sino que también precisa de acciones negativas o de abstención por parte de los poderes públicos. Por ejemplo, “no impedir” el acceso a un derecho como a la salud o a la vivienda o “no discriminar” por razón del sexo o la raza la provisión de algún derecho social.

Por tanto, con arreglo al autor citado, resulta más adecuado sugerir que “todos los derechos -sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales- generan un *continuo* o *espectro* de obligaciones positivas y negativas que los Estados deben respetar, garantizar y satisfacer adecuadamente”. Lo que antecede, sin perjuicio de que, respecto de cada clase de derecho, la acción positiva o negativa a desplegar sea más o menos necesaria, intensa, relevante o costosa.

También se ha defendido la incompatibilidad en el plano constitucional entre los principios del Estado de derecho y del Estado social (E. FORSTHOFF), dado que aquel sale desvirtuado cuando se entremezclan ambos, por lo que la concreción de aquél debe llevarse a cabo por el legislador y/o la Administración; y se ha cuestionado el carácter normativo concreto de los DESC y que, ante un enunciado vago e impreciso, su implementación debe ir acompañada del ulterior despliegue legislativo o administrativo. Frente esta objeción, cabe oponer que análoga afirmación puede hacerse respecto de los DCP y la tesis de la ponderación de derechos. Por otra parte, el déficit de implementación de los DESC no implica que no se puedan reconocer o prever determinadas obligaciones en aras a su implementación.

En relación con los DESC, L. FERRAJOLI (1999) advierte que la tradición jurídica no ha elaborado técnicas de garantía tan eficaces como las establecidas para los derechos de libertad y por ello, cabe hablar de cierto retraso en la teorización y diseño del Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho que ha conducido a cierta discrecionalidad, al juego no reglado de los grupos de presión y al clientelismo político. Para R. ALEXI (2007), se trata de derechos mínimos y subsidiarios del mercado, mandatos de optimización susceptibles de cumplirse en diferentes grados. Por su parte, G. H. J. VAN HOOF (1984), propone cuatro “niveles” de obligaciones del Estado aplicables a todos los derechos humanos,



sean estos civiles o sociales, lo que hace menos tajante la distinción entre ambas clases de derechos: *obligaciones de respetar* (no interferir u obstaculizar el derecho en cuestión); *obligaciones de proteger* (impedir interferencias de terceros); *obligaciones de asegurar* (asegurar el derecho cuando la persona no pueda hacerlo por sí misma); y *obligaciones de promover* (desarrollar condiciones para que los titulares del derecho puedan acceder al derecho) ⁽⁴⁴⁾.

Por último, las reticencias que en sede jurisdiccional o constitucional (jurisprudencia constitucional de crisis) pueden presentarse para la implementación de los derechos sociales y económicos, cabe justificarlas en los motivos siguientes: de tipo político, basados en la separación de poderes al considerarse que la competencia para decidir sobre el gasto público social corresponde a los parlamentos; de tipo técnico, por causa de la indeterminación o imprecisión del contenido de los derechos sociales, y su naturaleza progresiva y programática; y de tipo económico, en razón de la relajación de los derechos sociales ante los imperativos de la realidad económica y la influencia de las tesis neoliberales. Estos motivos pueden condicionar su cuestionamiento en las esferas jurisdiccionales o favorecer respuestas atenuadas. No obstante, estos motivos no siempre son aceptados y también puede suceder que los juzgadores, incluso en momentos de crisis económica o fases de austeridad, contribuyan con sus decisiones a la adopción de soluciones legales favorables a lo que cabe esperar de un Estado democrático y “social” de Derecho ⁽⁴⁵⁾.

3. Interpretación internacional e interna de los DESC

En la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” (23 mayo 1969) ⁽⁴⁶⁾, entre otras previsiones, como regla general aplicable a la interpretación de los tratados, el artículo 31 remite al principio de “buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En nuestro derecho, el artículo 35.2 de la “Ley 25/2014, de 28 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales” (LTAI), prevé que “En la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización.”

En materia de orientación e interpretación de las disposiciones del PIDESC, como fuentes interpretativas y de *soft law* más relevantes, en síntesis, cabe mencionar las siguientes:

La fuente principal se halla en las denominadas “Observaciones generales” adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Las Observaciones generales (OG), profundizan las normas y disposiciones del PIDESC. Como dice NN.UU (MDESC N° 12: 6), “Estas observaciones generales y las adoptadas por otros órganos de derechos humanos son declaraciones valiosas en las que se



trata del contenido, el propósito y el significado jurídico de los temas que en ellas se abordan”.

Por otra parte, la naturaleza y alcance de las obligaciones de los Estados Partes conforme al PIDESC fue examinada por un grupo de expertos en el campo del derecho internacional, que acordó por unanimidad, los denominados “Principios de Limburgo” (Maastricht, 2-6 de junio de 1986). Los miembros de este grupo, entre los que se hallaba un representante de España, fueron convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, los Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, EUA). Los Principios acordados tuvieron una considerable influencia en la formulación de la Observación general (OG) del CDESC Nº 3, referente a la índole de las obligaciones de los Estados Partes según el Pacto y también se tuvieron en cuenta por estos para la presentación de informes sobre el cumplimiento del Pacto.

Entre otras consideraciones, los Principios de Limburgo se refieren al carácter de derecho humano de los DESC (principio 1) y afirman que el PIDESC junto con el PIDCP y el Protocolo Facultativo, que entraron en vigencia en 1976, “ayudan a ampliar el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos: estos instrumentos en su conjunto constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos” (pr. 2).

En 1992, DANILO TÜRK, Relator Especial sobre la realización de los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (actualmente, denominada Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos), elaboró algunos de los postulados básicos referentes a los DESC, principalmente, respecto de la índole de las obligaciones de los Estados con respecto a esos derechos.

En 1997, los Principios de Limburgo fueron complementados con directrices preparadas en otra reunión de expertos en derecho internacional celebrada en Maastricht (22-26 enero 1997). Las “Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” tratan de la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, las violaciones de esos derechos por comisión y omisión, la responsabilidad por la vulneración de los derechos y el derecho de las víctimas a recursos eficaces ⁽⁴⁷⁾.

En concreto, la Directriz nº 9 (Obligaciones mínimas esenciales), señala que: “Un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denomina <<una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...]. Por ejemplo, incurre *prima facie* en una violación del Pacto un Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privados de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas más básicas de enseñanza>>.

Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.”

Finalmente, también es especialmente relevante la intervención de instituciones y organismos internacionales y nacionales de derechos humanos en tareas varias como la protección de estos derechos, la información, investigación, asesoramiento, promoción, y elaboración de propuestas y proyectos de ley, la preparación de informes dirigidos a las autoridades públicas y la sociedad civil, la vigilancia sobre la observancia de los derechos reconocidos en el Pacto, y el examen de las reclamaciones sobre posibles violaciones del mismo. Según la OG Nº 10 del CDESC, estas instituciones “desempeñan un papel que puede ser decisivo en la promoción y la garantía de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos. Desgraciadamente, con demasiada frecuencia no se ha reconocido a la institución esa función, o ésta ha sido descuidada o considerada de baja prioridad por la institución. Es indispensable, pues, que se preste plena atención a los derechos económicos, sociales y culturales en torno a las actividades pertinentes de esas instituciones.” (ep. 3) ⁽⁴⁸⁾.

Por otro lado, en el marco de la UE, se creó en el año 2007, la “Agencia de los Derechos Fundamentales” (*The Agency for Fundamental Rights* o FRA) con el objeto de proporcionar a los Estados miembros y a las instituciones de la UE ayuda y asesoramiento independiente, sobre la base de estudios, en materia de derechos fundamentales. La FRA es un órgano independiente de la UE, financiado con el presupuesto de la Unión. La Agencia mantiene una colaboración particularmente estrecha con: Instituciones, organismos y agencias de la UE; Gobiernos y parlamentos nacionales de los países de la UE; el Consejo de Europa; Grupos y organizaciones que se ocupan de los derechos fundamentales y la Plataforma de los Derechos Fundamentales; Organismos nacionales de derechos humanos; y la ONU, la OSCE y otras organizaciones internacionales ⁽⁴⁹⁾.

En su faceta interna, en el marco constitucional español, el reconocimiento de los derechos humanos se ubica, fundamentalmente, en el Título I (De los derechos y deberes fundamentales; arts. 10 a 29 CE), cuyo respeto se ve reforzado por lo previsto en el artículo 10.2 CE: “Las normas relativas a los

derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce *se interpretarán de conformidad* con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” (é.a.).

En su faceta interna, en el marco constitucional español, el reconocimiento de los derechos humanos se ubica, fundamentalmente, en el Título I (De los derechos y deberes fundamentales; arts. 10 a 29 CE), cuyo respeto se ve reforzado por lo previsto en el artículo 10.2 CE

Según el TC, los derechos fundamentales tienen un *doble carácter*: son un patrimonio común, personal y colectivo; “son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia” y son “elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)” (STC 25/1981, de 14 julio 1981, FJ 5). Por otra parte, cuando se presenten, los *conflictos entre los distintos derechos* sin fronteras nítidas deben resolverse por medio del *juicio de ponderación*: “no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca” (STC 320/1994, 28 noviembre 1994, FJ 2).

En el derecho español, el sistema general de garantías de los derechos humanos se articula por medio de las siguientes vías: legislativa (art. 53.1 CE); judicial (art. 53.2 CE); constitucional (a través del recurso de amparo, ejercitable ante el TC, una vez agotada la vía judicial); e, institucional: Defensor del Pueblo (arts. 162 CE y 46 LOTC); Ministerio Fiscal (art. 124 CE); Comisión Permanente Constitucional y Comisión Permanente de Peticiones (Reglamento del Congreso de



los Diputados, arts. 40-53); por último, acceso a los mecanismos institucionales de supervisión y control previstos en los Convenios y Tribunales internacionales para la protección de estos derechos⁽⁵⁰⁾.

Sin perjuicio, según previene el citado artículo 10.2 CE, de su función hermenéutica o de parámetro interpretativo de los textos y acuerdos internacionales suscritos por el Estado español, cabe observar que la norma citada no otorga rango constitucional a los derechos y libertades proclamados por los Tratados Internacionales en cuanto no estén también recogidos constitucionalmente (STC 36/1991, 14 febrero de 1991, FJ 6). No obstante, por mandato constitucional, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno y sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional (arts. 96.1 CE; 1.5 CC), lo que conlleva que, cuando proceda, su contenido podrá ser aplicado directamente en todo aquello que sea suficientemente preciso sin necesidad de un ulterior desarrollo legal o reglamentario (principio de *self-executing*) (STS, CA, S. 5ª, 22 abril 2010).

Como afirma C. MONTESINOS PADILLA (2018: 2472), de acuerdo con la más destacada doctrina, la cuestión del rango normativo del Derecho internacional convencional, es una cuestión de competencia y eficacia y no de jerarquía⁽⁵¹⁾: “Los jueces

ordinarios, que no el TC, habrán de resolver los conflictos que se susciten entre los tratados y las normas internas otorgando preferencia aplicativa a los primeros frente a los segundos [...]. En caso contrario se produciría una suspensión unilateral de sus efectos, expresamente proscrita por el propio art. 96.1 CE *in fine*”. La citada LTAI (arts. 29-31), consagra expresamente esta prevalencia legislativa, cuando dispone que todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán *respetar las obligaciones de los tratados internacionales* en vigor en los que España sea parte y *velar por el adecuado cumplimiento* de dichos tratados. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes. El Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley que se requieran para la ejecución de un tratado internacional y el Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla adoptarán las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte en lo que afecte a materias que formen parte de sus respectivas competencias.

En consecuencia, en los términos acabados de exponer, no cabe duda del carácter vinculante y obligatorio de los compromisos asumidos en los términos previstos en los tratados internacionales, pero en relación con los derechos humanos y en concreto, el encaje constitucional del derecho a la vivienda, la situación no deja de ser com-



pleja porque se confrontan, por un lado, la supremacía constitucional y, por otro lado, en lo que respecta a su ámbito propio, la primacía del Derecho de la Unión Europea. En síntesis, con E. GUILLÉN LÓPEZ (2018: 361), deben tenerse presentes las siguientes magnitudes:

1ª. La prioridad del derecho fundamental radica, en exclusiva, en la Constitución. Según la L.O. 2/1979, del TC, “el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados” (art. 27.Uno). Sin perjuicio de su compleja problemática internacional, y a pesar de preverse la práctica de controles previos de constitucionalidad de los “Tratados Internacionales”, estos también pueden ser “susceptibles de declaración de inconstitucionalidad” (art. 27.Dos.c) (control *a posteriori*) (v. STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3).

2ª. Existe una realidad normativa -y ocasionalmente jurisprudencial- que es de procedencia extraestatal y tiene diferente densidad; y

3ª. Existe una obligación de interpretar la primera conforme a la segunda. De esta combinatoria pueden desprenderse diferentes resultados -favorables en algunos casos, desfavorables en otros- en orden a la garantía de los derechos reconocidos en el tratado internacional correspondiente ⁽⁵²⁾.

En suma, con arreglo al TC: “la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos comunitarios no implica que

las autoridades nacionales dejen de estar sometidas, en cuanto poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como establece el art. 9.1 de la Norma fundamental” (STC 79/1992, de 28 de mayo, FJ 1)”. En todo caso, “<<la integración de España en la Comunidad Económica Europea no significa que por mor del art. 93 [CE] se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE (STC 28/1991, FJ 4)>> (STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4)” (STC 134/2011, de 20 julio, FJ 6) ⁽⁵³⁾. A pesar de su función hermenéutica (art. 10.2 CE), “ni el Derecho comunitario originario ni el derivado <<poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley>> (SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; y en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 7)” (STC 136/2011, 13 septiembre, FJ 12).

4. Obligaciones generales y especiales previstas en el PIDESC

De acuerdo con el acervo doctrinal del CDESC, la implementación por los Estados Parte de los DESC, entre los que se halla incluido, el derecho social a una vivienda adecuada, precisa referirse, respectivamente, al contenido esencial de las obligaciones: generales, inmediatas, y de contenido según están previstas en el PIDESC ⁽⁵⁴⁾.

4.1. Obligaciones generales: respetar, proteger y cumplir

Las “obligaciones generales” de los Estados referentes al “respeto, protección y cumplimiento” de los derechos sociales, fueron examinadas por el relator especial de NN.UU, ASBJORN EIDE en relación con el Derecho a la Alimentación, y la metodología expositiva seguida por dicho autor, también ha sido adoptada con carácter general por el Comité DESC ⁽⁵⁵⁾.

Las obligaciones citadas se concretan en lo siguiente:

a) *Obligación de “respetar” los derechos sociales.* Se trata de una obligación general de carácter negativo consistente en no lesionar o dañar directamente dichos derechos. En relación con el PIDESC, el no respeto de los derechos reconocidos en el mismo, puede deberse a la abstención en la ejecución de actos públicos que conlleven la privación de alguno de sus derechos o en la evitación de actos discriminatorios en el goce de cualquiera de los mismos. Esto es, los poderes públicos deben evitar injerencias directas o indirectas en el disfrute de los DESC (CDESC, OG N° 14, ep. 33 y OG N° 15, ep. 21).

b) *Obligación de “proteger”.* Comprende aquellas actuaciones públicas que tienen por objeto prevenir, amparar y defender, incluso por vía penal, de los posibles abusos de terceros (grupos, empresas, entidades...), que vayan en contra o violen el legítimo disfrute personal de un DESC.

c) *Obligación de “cumplir” con las obligaciones derivadas de los derechos sociales.* La obligación de cumplir comprende las obligaciones de proporcionar, promover y facilitar los DESC. En relación con la vivienda, esta obligación implica que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, con el fin de conseguir la plena efectividad al derecho humano a la vivienda ⁽⁵⁶⁾.

4.2. Obligaciones sobre la adopción de medidas apropiadas, inmediatas y progresivas

El artículo 2.1 PIDESC establece que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [en inglés el compromiso es: “to take steps”; en francés: “s’engager à agir” (“actuar”)], tanto

por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, *especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (é.a.).

Carácter progresivo de la obligación. La progresividad en la satisfacción de los DESC es otra obligación prevista en la norma citada. Esta obligación difiere de la que se prevé en el artículo 2 del PIDCP ⁽⁵⁷⁾, que no la tiene en cuenta, pero en el presente caso, la obligación de *efectividad y progresividad a lo largo del tiempo*, “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de *flexibilidad* necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.” (ep. 9); toda medida que tenga carácter regresivo (principio de prohibición de regresividad o retroceso -cláusula *standstill*- y excepcionalidad del supuesto) requerirá la consideración más rigurosa y deberá justificarse debidamente por referencia al contenido de todos los derechos del Pacto (*ibdm.*).

Plazo. En la OG N° 3, el CDESC pone de relieve que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados [en España, el 27 de julio de 1977]. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.” (ep. 2).

Medidas y medios a considerar. El Comité subraya que la expresión “*todas las medidas*” no implica solo la adopción de medidas legislativas, porque ello, “como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase “*por todos los medios*

apropiados” su significado pleno y natural.” (ep. 4). Además de las medidas legislativas, cabría considerar entre las apropiadas, ofrecer *recursos judiciales, administrativos y otros recursos efectivos* en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables y ejecutables (por ej., derecho a la igualdad y a la no discriminación) (ep. 5); y a los efectos del artículo 2.1 del Pacto, otras medidas posibles, incluyen, pero no agotan, las de carácter administrativo, financiero, educacional y social (ep. 7). En algunos países los tribunales pueden resolver sobre los DESC y la exigencia del derecho es justiciable ⁽⁵⁸⁾.

La expresión “por todos los medios apropiados” es neutral respecto del sistema político y económico vigente en cada Estado, “y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico”

La expresión “*por todos los medios apropiados*” es *neutral* respecto del sistema político y económico vigente en cada Estado, “y no cabe describir lealmente sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laisser-faire*, o en ningún otro tipo de planteamiento específico” (ep. 8), todo ello, sin desconocer, como señala el preámbulo del PIDESC, que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Recursos disponibles. Los Estados deben adoptar medidas “*especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan...*” La expresión “*recursos*” debe entenderse en sentido amplio, sin que se limite exclusivamente al gasto público y a políticas fiscales e incluye los recursos humanos, tecnológicos, informativos, naturales, financieros, tanto de origen interno como internacional.

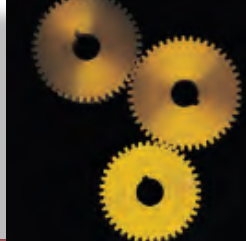
Esta interpretación de “*máximos*” excluye que la sola escasez de recursos financieros pueda servir de excusa para el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado ⁽⁵⁹⁾.

Por sí mismo, el *crecimiento económico* no garantiza la satisfacción de los DESC. Es precisa una acción pública sostenida y favorable que fomenta y posibilite la efectividad y disfrute de dichos derechos. En todo caso, según NN.UU. (2009: 25) ⁽⁶⁰⁾, salvo las dos excepciones que se citan, los estados *no están obligados a proporcionar los DESC de modo gratuito* y deben evitar *situaciones de dependencia o de asistencia social no justificadas*; en cambio, con independencia de que su provisión material sea de procedencia pública o privada, están obligados a garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios requeridos para el disfrute de los DESC estén disponibles a precios asequibles. Esto implica que “los costos directos e indirectos de la vivienda, la alimentación, el agua, el saneamiento, la salud o la educación no deben impedir que una persona acceda a tales servicios y no deben poner en peligro su capacidad de disfrutar de otros derechos”. La primera excepción en favor de la gratuidad puede darse cuando para garantizar la igualdad de disfrute del derecho sea preciso que se presten servicios, subvencionados o gratuitos, a quienes, de no ser así, no podrían disfrutar del derecho (por ej., alimentos en supuestos de hambrunas); la segunda, cuando se atribuya carácter universal al goce de determinado derecho (por ejemplo, enseñanza primaria -y secundaria- gratuita y obligatoria para todos; servicios sanitarios o de salud gratuitos, en todo o en parte, ...). “El suministro por los gobiernos de bienes y servicios en caso de necesidad es, por consiguiente, un medio de garantizar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, pero no un fin en sí mismo” (*ibdm.*: 27).

Junto a la acción de los poderes públicos, la sociedad civil y las instituciones y organizaciones no gubernamentales, también pueden coadyuvar y participar en la provisión de DESC, por ejemplo, movimientos sociales, voluntariado, organizaciones de base comunitaria, asociaciones de defensores de los derechos humanos, asociaciones profesionales, sindicatos, medios de comunicación y académicos, e instituciones benéficas y religiosas.

4.3. Obligación absoluta de respetar el contenido mínimo o esencial de los DESC

La normativa internacional no establece si los servicios han de ser prestados



por suministradores públicos o privados o por una combinación de ambos, pero los Estados son responsables de regular y de garantizar, a los hombres y mujeres, que cualquier forma de prestación de servicios respete los derechos humanos y su contenido mínimo o esencial. Por ejemplo, de acuerdo con el Informe sobre el derecho a una vivienda adecuada, N° 21 (2010: 33) ⁽⁶¹⁾, el Estado “debe cerciorarse de que no se vea privado de cobijo y vivienda básicos un número importante de personas. Si no puede hacerlo, el Estado debe demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión prioritaria, esos niveles esenciales mínimos.” Tampoco se respeta el contenido mínimo o esencial del derecho, por ejemplo: por causa de desalojos forzosos ilegítimos; por no disponer de suministros o servicios básicos o esenciales, o si estos son insalubres o se producen desconexiones arbitrarias; en casos de contaminación ambiental; o cuando no se asegure, por medio de ayudas o subsidios adecuados, el acceso a la vivienda a personas o grupos que, por motivos fuera de su control, no pueden disfrutar del derecho a una vivienda adecuada.

Para el CDESC ⁽⁶²⁾: “El derecho humano a una vivienda adecuada es un derecho fundamental que constituye la base para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales ⁽⁶³⁾ y está vinculado en su integridad a otros derechos humanos, incluyendo a aquellos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ⁽⁶⁴⁾. El derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos ⁽⁶⁵⁾ y los Estados partes deben tomar todas las medidas que sean necesarias para lograr la plena realización de este derecho ⁽⁶⁶⁾. Muchos componentes del derecho a la vivienda adecuada están íntimamente vinculados con la adecuada existencia de recursos jurídicos internos para asegurar el goce efectivo de este derecho ⁽⁶⁷⁾”.

El conjunto de medidas de política legislativa concordes con las obligaciones generales y específicas en aras el desarrollo del derecho social a la vivienda, aparecen descritas en el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) y del ACNUDH, propuesto por ONU-Hábitat, en los términos que, en síntesis, se detallan en el cuadro adjunto n° 1.

BATERÍA DE MEDIDAS RELATIVAS AL DERECHO SOCIAL A LA VIVIENDA

Respetar	Proteger	Promover	Cumplir
Prevención de desalojos ilegales y de desalojos forzosos	Prevención de las violaciones del derecho a la vivienda	Seguridad de la tenencia	Combatir, prevenir y poner fin a la falta de vivienda
Prevención de todas las formas de discriminación	Recursos nacionales y aplicación en el plano nacional del derecho internacional	Reforma legislativa y reconocimiento del derecho a la vivienda	Incremento y asignación adecuada del gasto público en vivienda
Prevención de toda medida represiva	Garantizar la igualdad de derechos para todos los grupos	Elaboración de puntos de referencia de la plena realización	Viviendas adecuadas y habitables para todos
Libertades basadas en la vivienda	Acceso para todos a viviendas asequibles y elaboración de un indicador de asequibilidad	Elaboración de estrategias nacionales sobre el derecho a la vivienda	Elaboración de normas físicas mínimas en relación con la vivienda
Derecho a la vida privada e inviolabilidad del domicilio	Accesibilidad a la vivienda para grupos desfavorecidos que precisan medidas especiales	Prioridad a los derechos de los grupos vulnerables	Provisión de todos los servicios e infraestructuras necesarios
Participación ciudadana en cuestiones relacionadas con la vivienda	Control residencial democrático de la vivienda	Acceso a información sobre la vivienda	Financiación de viviendas económicas y programas de ahorro
Respeto de las características culturales relacionadas con la vivienda	Reglamentación de los precios de los alquileres y de las actividades en el sector privado de la vivienda	Garantizar la existencia de suficientes terrenos asequibles	Construcción de viviendas sociales

Fuente: MDESC, N° 12 (2004: 22).
Cuadro n° 1.

5. Supervisión y control internacional de los pactos convencionales

En los términos previstos en los textos convencionales y tratados, la supervisión y control internacional y judicial de los derechos humanos es fundamental, pues sin la existencia de procedimientos adecuados, cabría plantearse la cuestión de la utilidad, vinculación y eficacia de los pactos internacionales y de si se trata realmente de derechos humanos. Las diversas instituciones internacionales que pueden intervenir en materia de supervisión y control pueden ser internacionales, cuestión que se examina en el presente apartado, o según se pone de relieve en el apartado siguiente, referirse al marco regional europeo y comunitario ⁽⁶⁸⁾:

5. 1. Consejo de Derechos Humanos de NN.UU.

El Consejo de Derechos Humanos (CDH) fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006, con el objetivo principal de verificar las situaciones de violación de los derechos humanos y hacer recomendaciones al respecto. Se trata de un organismo intergubernamental dentro del sistema de las NN.UU. compuesto por 47 Estados elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas responsables de la promoción y protección de todos los derechos humanos en todo el mundo. El CDH puede tratar sobre las cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos y situaciones que requieren su atención. Se reúne en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.

5.2. Procedimientos de "Examen Periódico Universal" y Procedimientos especiales

Como se desprende de su denominación, *Examen Periódico Universal* ⁽⁶⁹⁾ o *Informes periódicos* (a los 2 años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años) consiste en un informe emitido por el Estado Parte del Pacto sobre la manera en que se cumplen o se ejercitan los derechos humanos en el Estado Parte informante. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". En el supuesto de los *Procedimientos especiales* del CDH, un Relator Especial o un Grupo de Trabajo, proceden al examen de situaciones concretas en determinados países o cuestiones temáticas para todo el mundo. En relación con el DVAD, la Comisión de Derechos Humanos (hoy, CDH) (Res. 2000/9, 17 abril 2000) creó la figura del Relator Especial con el fin de examinar dicha cuestión como un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.

En el sexto informe periódico presentado por el Estado español (E/C.12/ESP/6), el CDESC ⁽⁷⁰⁾ (sesiones 16ª y 17ª, 2018), manifestó su preocupación por las medidas de austeridad adoptadas, que "han perjudicado el disfrute del derecho a una vivienda adecuada particularmente de personas y grupos más desfavorecidos y marginados." En particular, preocupa al Comité el número insuficiente de viviendas sociales; la creciente falta de asequibilidad de la vivienda, particularmente dentro del mercado privado debido a los precios excesivos; y la falta de protección adecuada de la seguridad de la tenencia y ante los desahucios. Asimismo, le preocupa el número significativo de hogares que no cuentan con una vivienda en condiciones adecuadas y el alto número de personas sin hogar (eps. 35 y 36). A este respecto cabe señalar que la corrección de parte de estas deficiencias ha sido acometida por medio de las últimas reformas legislativas y la adopción de medidas de política económica, de ámbito estatal y autonómico ⁽⁷¹⁾.

5.3. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ⁽⁷²⁾

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) fue creado por la Resolución 1985/17 (28 mayo de 1985), del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y está constituido por ex-



pertos independientes que tienen por objeto la supervisión del PIDESC de acuerdo con las funciones previstas en la parte IV del Pacto.

La presentación de denuncias y comunicaciones "individuales" sobre violaciones del Pacto está regulada en el Protocolo Facultativo del PIDESC (Res. A/RES/63/117, de 10 diciembre 2008) ⁽⁷³⁾. Este Protocolo prevé sobre el procedimiento y requisitos para recibir y examinar comunicaciones y denuncias. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los DESC enunciados en el Pacto (art. 2 Prot.). En todo caso, la comunicación sobre la afectación de DVAD debe referirse a la vivienda habitual del autor o autores o cuando el citado derecho se encuentre realmente amenazado, y no a otras posibles viviendas que no cumplan dicha función ⁽⁷⁴⁾.

Entre los requisitos de admisibilidad, se establece que el Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna. Una vez examinada la comunicación recibida a la vista de toda la documentación transmitida entre las partes interesadas y tras haber superado el control de admisibilidad, el Comité hace llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación junto con sus recomendaciones, si las hubiere. A su vez, "El Estado Parte dará la debida consi-

deración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité." (art. 9.2).

En relación con el Estado español y el DVAD, interesa referirse a los dos siguientes Dictámenes condenatorios del CDESC, y a un tercer Dictamen que, tras el examen de las cuestiones de admisibilidad, fue calificado de no admisible ⁽⁷⁵⁾:

1. En el Dictamen del CDESC (55º período de sesiones, 1-19 de junio de 2015) ⁽⁷⁶⁾, la denunciante española, la Sra. I.D.G sostenía haber sido víctima de violación de los derechos que le asistían en virtud de los artículos 11 y 2.1 PIDESC. En síntesis, salvando la detallada casuística del caso, en un proceso de ejecución hipotecaria por impago del préstamo bancario concedido con la garantía de la vivienda, la autora alegaba la falta de acceso efectivo a los tribunales del Estado Parte, al haber sido notificada por edictos, y haber tenido conocimiento del procedimiento cuando ya había sido ordenada la subasta de su vivienda, lo cual, con apoyo en la STJUE, asto. C-415/11, caso Aziz, 14 de marzo de 2013, le impidió cuestionar judicialmente el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, sin poder oponerse, por ejemplo, a la forma en que los intereses que le tocaba pagar fueron calculados por la entidad acreedora, y señalando que los procesos de ejecución hipotecaria no protegían adecuadamente el derecho de las personas



a ejercitar adecuadamente la defensa legal de sus viviendas. El TC no había admitido el recurso de amparo formulado oportunamente por la parte actora.

A partir de los hechos considerados probados, el Comité concluye que el juzgado no tomó todas las medidas razonables para notificar adecuadamente a la autora la demanda de ejecución hipotecaria y, en consecuencia, se privó a la autora de defender adecuadamente su DAV ante un tribunal; dictamina que el Estado Parte violó sus derechos en virtud del artículo 11.1 leído conjuntamente con el artículo 2.1 PIDESC; y recomienda que el Estado Parte debe proporcionar a la autora una reparación efectiva, en particular: a) asegurar que la subasta de la vivienda de la autora no se ejecute sin que ella cuente con la debida protección procesal y un proceso con las debidas garantías, conforme a las disposiciones del Pacto y en consideración con las observaciones generales del Comité núm. 4 y 7; y, b) reembolsar a la autora los costes legales incurridos en la tramitación de la comunicación. También acuerda recomendaciones generales dirigidas al Estado Parte en pro de la mejora de los procedimientos de ejecución hipotecaria y la práctica de notificaciones adecuadas a la parte demandada, en especial antes de que se proceda al anuncio de subasta o a un desalojo de la vivienda lo que, según se expone más adelante, ha supuesto la ulterior aprobación de diversas medidas legales de protección de los usuarios deudores hipotecarios y de la “Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”.

2. El Dictamen del CDESC (61º período de sesiones, 29 de mayo a 23 de junio de 2017) ⁽⁷⁷⁾, se refiere a un desalojo por extinción del plazo contractual consiguiente a un proceso judicial iniciado por la parte arrendadora contra la parte arrendataria que se hallaba en situación de precariedad económica (asto. *M.B.D.*) ⁽⁷⁸⁾. Sin entrar a fondo en la casuística del caso, en síntesis, los autores, de nacionalidad española, sostenían que el Estado Parte violó el derecho que les asistía ex art. 11 PIDESC, pues fueron desalojados por orden del juzgado a pesar de que no tenían una vivienda alternativa y que la medida afectaba a sus hijos menores de edad, quienes tenían derecho a una especial protección. También argumentaban que en el proceso judicial no se observaron las garantías judiciales; que las autoridades no concedieron a la familia vivienda pública; y que la Comunidad de Madrid vendió parte de su parque de viviendas públicas a fondos de inversión privados en un contexto de grave crisis económica. El recurso de amparo ante el TC fue inadmitido y también fue rechazada una petición de medidas provisionales ante el TEDH, sin que posteriormente se presentase una demanda ante este Tribunal.

Con relación a los antecedentes de hecho, el CDESC consideró probado: que el autor había recibido subsidios por desempleo y la RMI en diferentes periodos; que en el momento en que se ejecutó el desalojo los autores no contaban con una vivienda alternativa o con ingresos suficientes para procurarse otra vivienda en alquiler; y que el autor había solicitado vivienda pública

al IVIMA en numerosas ocasiones. También constaba que permanecieron unos días en el albergue temporal del SAMUR, que les comunicó que, de ser necesario, podía ofrecerles alojamiento para la autora e hijos en un centro para mujeres y para el autor en un PSH, pero los autores alegaban que al ser invitados a abandonar el albergue temporal, no se les ofreció ninguna otra alternativa de alojamiento digno y que los Servicios Sociales informaron que en caso que la familia fuera desalojada y no tuviera vivienda alternativa tomarían medidas de protección a favor de los niños. No se cuestionó por el Estado Parte la alegación de los autores que después de permanecer en el albergue temporal por 10 días, ellos y sus hijos debieron dormir en el automóvil familiar durante 4 días, hasta que un conocido les ofreció alojamiento por varias semanas.

Aunque la disputa por la extinción del contrato de arrendamiento se refiera a dos particulares, el Comité observa que el Estado Parte tiene la obligación *inter alia* de garantizar que la medida de desalojo de la parte arrendataria no sea contraria al artículo 11(1) del Pacto. También señala que el desalojo de personas que viven en una vivienda en alquiler puede ser compatible con el Pacto siempre que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo, en el que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, y exista una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y la parte afectada, no existan medios alternativos o medidas menos gravosas, y la parte afectada por la medida no debe quedar en una situación que le exponga a o constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos. En el caso de desalojos forzados, la OG Nº 4 ⁽⁷⁹⁾, afirma que los Estados parte “deberán adoptar todas las medidas necesarias para que en lo posible se les proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas, según proceda” (ap. 15.2) y tal fin, “pueden optar por políticas muy diversas para lograr ese propósito, incluidas la creación de subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una.” (ap. 25.3).

El Comité concluye que en el caso examinado que se refiere a personas sin recursos, al no garantizarse una vivienda alternativa por las autoridades del Estado, se produjo

una violación de su DVAD y señala que el “Estado Parte tiene la obligación de proporcionar a los autores una reparación efectiva”, como otorgarles una vivienda pública u otra medida que les permita vivir en una vivienda adecuada, una compensación económica por las violaciones sufridas; y reembolsar a los autores los costes legales razonablemente incurridos en la tramitación de esta comunicación (ap. 20); el Comité también formula determinadas recomendaciones generales en aras a la adopción de medidas legales para “prevenir violaciones similares en el futuro”. (ap. 21).

En relación con esta clase de supuestos y entre las diversas medidas legales de contenido social adoptadas por los poderes públicos en materia de alquileres, en el preámbulo del “RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler”, se hace expresa mención al citado Dictamen CDESC y al PIDESC, y se afirma que la nueva norma amplía los plazos legales de arrendamiento e introduce en el procedimiento de desahucio mecanismos que sirvan para responder a la grave situación que viven los hogares más vulnerables, estableciendo plazos y garantías en el proceso con la prohibición de los lanzamientos con fecha abierta (sin fecha ni día exactos de cuando se pretende practicarlos), lo que implica, entre otras novedades, la “obligación de adoptar las medidas necesarias para superar los problemas de falta de coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales en los procedimientos de desahucio de la vivienda habitual cuando afecta a hogares especialmente vulnerables”⁽⁸⁰⁾. Por otra parte, el nuevo Plan de Vivienda 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de marzo), mantiene los programas de ayudas a las necesidades sociales actuales y promueve, como ya lo hizo el anterior Plan 2013-2017, la política de subvenciones sociales al alquiler y el fomento del alquiler⁽⁸¹⁾. Por último, sin perjuicio de otras actuaciones de los respectivos legisladores y gobiernos autonómicos, en Cataluña cabe citar la regulación contenida en la “Ley [Gencat] 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética”, con los cambios introducidos por la STC, Pleno, 13/2019, de 31 de enero, de declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los artículos. 3 y 4 y de la disposición adicional⁽⁸²⁾.

3. Por último, en el Dictamen CDESC adoptado en 8 de octubre de 2018 (E/C.12/64/D/19/2016, 14.11.2018)⁽⁸³⁾ se afirma que, de conformidad con el artículo 3.2.e del Protocolo Facultativo, la comunicación nº 19/2016, relativa al desalojo de una vivienda ocupada por el autor sin título legal no es admisible.

Aunque el ordenamiento jurídico español ofrece diversos procedimientos en la esfera civil, y también puede acudir como ultima ratio a la vía penal, lo cierto es que las soluciones civiles existentes para resolver sobre la posesión y ocupación ilegal de viviendas en las fechas en que se sucedieron los hechos, no eran suficientemente ágiles y eficaces, ni plenamente satisfactorias

En apretada síntesis, el autor había ocupado una vivienda sin título legal o autorización del titular de la misma, de la que su exsuegra, G.G., había sido desalojada por impago de la hipoteca y que en el proceso de ejecución se había adjudicado por el juzgado a una compañía mercantil. La finca fue ocupada por el autor y otras personas. El autor fue condenado por usurpación (art. 245.2 del Código Penal, CP) junto con una orden de lanzamiento que se llevó a cabo con la ayuda de la fuerza pública. El autor cuestionaba la errónea interpretación de la norma penal por el juzgado, por entender que la finca ocupada constituía “su” morada y su permanencia en la misma debía ser protegida de acuerdo con el artículo 11 PIDESC.

El Estado Parte alegó que la comunicación dirigida al Comité no debía admitirse por no haber agotado el autor todos los recursos internos (no haber interpuesto incidente de nulidad de actuaciones ante la A.P., y en su caso, posteriormente, el recurso de amparo ante el TC). Tampoco existía arbitrariedad judicial, sin que al autor hubiera alegado la violación por parte de la Administración española de ninguna de las garantías previstas en el PIDESC sobre el desalojo de la vivienda. La interpretación pretendida por el autor de la palabra “morada” que figura en la dicha norma penal es ilógica porque se refiere a la del ofendido y

no a la del ofensor. Con ello, el CP diferencia las figuras de la “usurpación”, supuesto en que se ocupa un inmueble que no es la vivienda del ofendido, del “allanamiento de morada”, que es un tipo penal con mayor sanción porque el inmueble ocupado constituye la morada del ofendido (ap. 4.4.).

A la vista de la documentación aportada, el Comité no observa que la sentencia condenatoria adolezca de los defectos comunicados por el autor. El Comité señala que en realidad “el autor no cuestiona un error de interpretación de la ley nacional por los jueces del Estado Parte, lo cual, [...] escapa a la competencia del Comité”, sino que el autor considera que el artículo 11 PIDESC “fue violado porque fue sancionado por el delito de usurpación por haber ocupado un inmueble para usarlo como vivienda, sin importar si los jueces interpretaron o no adecuadamente el ordenamiento legal. Pero para que esa petición pudiera ser estudiada por el Comité sería necesario que el autor mostrara en concreto que su condena por el delito de usurpación afectó en alguna forma su derecho a la vivienda. Sin embargo, el autor no cumplió con esa mínima exigencia sino que se limitó a señalar que no debía haber sido condenado por usurpación” (ap. 6.5).

Aunque el ordenamiento jurídico español ofrece diversos procedimientos en la esfera civil, y también puede acudir como *ultima ratio* a la vía penal, lo cierto es que las soluciones civiles existentes para resolver sobre la posesión y ocupación ilegal de viviendas en las fechas en que se sucedieron los hechos, no eran suficientemente ágiles y eficaces, ni plenamente satisfactorias. Para solventar esta problemática la “Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas”, ha actualizado el tradicional *interdicto* de recobrar la posesión con el loable intento de poder conseguir una recuperación inmediata de la posesión de una vivienda o parte de ella ocupada ilegalmente, “siempre que se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, las entidades sin ánimo de lucro con derecho a poseerla y las entidades públicas propietarias o poseedoras legítimas de vivienda social” (v. arts. 250.4º, y 437, 441 y 444 LEC)⁽⁸⁴⁾. Por otra parte, en el recurso de inconstitucionalidad contra esta Ley, el TC concluye que “el legislador proce-

sal ha tenido también en cuenta las exigencias derivadas del mandato del art. 47 CE y de los compromisos internacionales asumidos en la materia por el Estado español” y, en consecuencia, “La regulación impugnada no puede considerarse [...] lesiva del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), teniendo además en cuenta que legislador dispone de un amplio margen de apreciación para adoptar disposiciones en materia social y económica” (STC 32/2019, de 28 febrero, FJ 6) ⁽⁸⁵⁾.

Petición de medidas cautelares. La petición al CDESC de adopción de medidas cautelares está prevista en el artículo 5 (*Medidas provisionales*) del Protocolo. En estos supuestos, tras haber recibido una comunicación y antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, en cualquier momento el Comité podrá dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación. El ejercicio de estas facultades discrecionales por el Comité no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la comunicación.

Esta norma abre la posibilidad de que las personas que se consideren en riesgo de desahucio sin contar con una vivienda digna y se hallen en situación de vulnerabilidad, puedan solicitar la adopción de medidas cautelares y obtener una suspensión del desalojo mientras no se les provea de una solución habitacional. En caso de que el

Comité acuerde la medida cautelar, la decisión debe comunicarse al representante del Estado español ante NN.UU. para que este a su vez la transmita al juzgado que instruye el procedimiento. En razón de su regulación internacional el procedimiento se caracteriza por su tecnicismo y complejidad, sin que por otra parte, existan mecanismos ágiles que faciliten su aplicación efectiva por lo que se considera más bien una opción de “último recurso” ⁽⁸⁶⁾. Por otra parte, según se ha expuesto, el legislador ha adoptado determinadas medidas en esta materia (cit. RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo).

6. Supervisión y control de los tratados y pactos convencionales en el marco europeo

En la esfera regional europea, en síntesis, el sistema de protección de los distintos derechos humanos y la protección del DVAD descansa en los siguientes órganos e instituciones:

6.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), también conocido como “Tribunal de Estrasburgo”, tiene por objeto, supervisar y enjuiciar respecto de los Estados Parte, y de conformidad con las condiciones de admisibilidad previstas al efecto, las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) (Consejo

de Europa, 1950) y en sus Protocolos adicionales, destinados a ampliar el listado inicial de derechos ⁽⁸⁷⁾. Se trata de un Tribunal “con las características que definen la jurisdicción: la independencia e imparcialidad de sus miembros, el carácter contradictorio del procedimiento y el carácter de fuerza vinculante de sus decisiones” (L. LÓPEZ GUERRA, 2013: 168).

En el marco constitucional español, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH tienen especial relevancia en relación con lo dispuesto en el artículo 10.2 CE que prevé que los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce *deben interpretarse* de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Desde las primeras sentencias del TC, ello ha significado que todo el acervo doctrinal elaborado por el TEDH en torno a los derechos reconocidos en el mismo se haya convertido en un *canon hermenéutico principal* (“de decisiva relevancia”, STC 22/1981, FJ 3) para la interpretación del texto constitucional y al que el TC “ha recurrido de forma constante y reiterada [...] para dotar de contenido a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1978” (F. PÉREZ DE LOS COBOS, 2016: 1) ⁽⁸⁸⁾.

Por otro lado, entre otros cambios, la aprobación del Protocolo 15 CEDH (hecho en Estrasburgo, el 24 junio 2013) ha supuesto la adición de un nuevo Cdo. al final del preámbulo del CEDH, en el cual se afirma que “incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” ⁽⁸⁹⁾. Este protocolo ha introducido, con carácter general, el principio de subsidiariedad y la doctrina del margen de apreciación, principios que, hasta entonces, se habían utilizado en relación con los artículos 8 a 11 CEDH.

La nueva previsión permite que los Estados Parte puedan acudir a esta doctrina que hasta ahora sólo se utilizaba respecto de aquellos derechos que ponían de manifiesto las diferencias culturales entre los Estados debido a la heterogeneidad y a la falta de consenso de los miembros del Consejo de Europa. Como observa PÉREZ DE LOS COBOS (2016: 6), dicha adición evi-



dencia el “juego de equilibrios” que quiere realizarse: “Un juego de equilibrios que es inherente a la noción de subsidiariedad misma. De una parte, la afirmación de que en primer término corresponde a los Estados la garantía de los derechos y libertades reconocidos. De otra, la de que en el desempeño de esta función gozan de un margen de apreciación. Y, por último, como cláusula de cierre, la del papel fundamental de control que corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un papel, ciertamente, subsidiario, pero también último y supremo.”⁽⁹⁰⁾.

La nueva previsión permite que los Estados Parte puedan acudir a esta doctrina que hasta ahora sólo se utilizaba respecto de aquellos derechos que ponían de manifiesto las diferencias culturales entre los Estados debido a la heterogeneidad y a la falta de consenso de los miembros del Consejo de Europa

A diferencia de la protección de los derechos civiles y políticos, que tienen amplia cabida en el TEDH, la doctrina pone de relieve que los derechos económicos y sociales se protegen preferentemente por medio del CDESC y mecanismos no jurisdiccionales, pero ambas vías no tienen el carácter de compartimentos estancos, porque como ha dicho el propio TEDH: “Si bien el Convenio protege esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen implicaciones de naturaleza social y económica. Por ello el Tribunal estima, como [ya lo hacía] la Comisión, que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse en la esfera de los derechos económicos y sociales no debe ser un factor decisivo contra esa interpretación; no hay una división estanca que separe esa esfera de la del ámbito protegido por el Convenio» (STEDH, asto. *Airey c. Irlanda*, nº 6289/73, 9 octubre 1979, ep. 26)⁽⁹¹⁾.

No obstante, en materia del derecho humano a la vivienda, la doctrina del TEDH es matizada porque dicho derecho no está formulado explícitamente y solo por vías indirectas se defiende su vinculación con otros derechos como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art.



3). el derecho a un proceso debido (art. 6), el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) y la prohibición de discriminación (art. 14), pero sin que exista una mención directa a dicho derecho, ni se trate de un derecho convencionalmente garantizado, por lo que su garantía es indirecta⁽⁹²⁾.

Como señala L. FARHA (2016: 25), respecto de la cuestión principal, “la interpretación limitada del derecho a la vida puede evitar que alguien que no tiene hogar o sufre una grave inadecuación de vivienda presente una reclamación de derechos humanos”, en cambio, “cuando se protege explícitamente el derecho a una vivienda adecuada como derecho constitucional independiente, los tribunales lo aplican más eficazmente cuando se relaciona con el derecho a la vida”. Con todo, en la sentencia *Öneryildiz c. Turquía*, [GS], nº 48939/99, 30 noviembre 2004, la Gran Sala señala que la obligación positiva del artículo 2 es de aplicación en el contexto de cualquier actividad, ya sea pública o no, en la que el derecho a la vida pueda estar en juego, pero la elección de los medios para garantizar las obligaciones positivas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 es, en principio, una cuestión que cae dentro del margen de apreciación del Estado contratante⁽⁹³⁾.

En el asunto *Chapman vs. Reino Unido*, GS, nº 27338/95, 18 enero 2001, el Tribunal afirmó que el artículo 8 CEDH no confiere un derecho a ser provisto de vivienda (§ 98) y que se trataba de una cuestión política y no jurídica, en otras palabras, siendo altamente deseable que todos los seres

humanos tengan un hogar donde puedan vivir dignamente, la provisión pública de fondos para que todas las personas tengan un hogar es una cuestión de contenido político y no judicial⁽⁹⁴⁾; y tampoco consagra el derecho a vivir en un lugar en concreto (asto. *Garib vs. Países Bajos*, GS, nº 43494/09, 6 noviembre 2017⁽⁹⁵⁾). El Tribunal advierte que como sea que en el ámbito que se trata, ciertas cuestiones pueden depender de muchos factores y de planes de ordenación del suelo rural y urbano, en principio, los Estados contratantes gozan de un amplio margen de apreciación (asto. *G. Noack y otros c. Alemania*, nº 46346/99, 25 mayo 2000); y señala que existe un grado de interacción aparente entre el derecho de cada uno de elegir libremente su residencia, y el derecho al respecto del “domicilio” y de “la vida privada”, ex. art. 8 (§ 140). En otros casos, la cuestión se plantea en consideración a otros artículos como el derecho a un proceso equitativo (art. 6) y el citado derecho a la vida privada y familiar (art. 8).

Por ejemplo, al amparo del artículo 6, el Tribunal ha declarado que no debe privarse al justiciable de poder beneficiarse, en un plazo razonable, de la ejecución de la resolución definitiva que había acordado una indemnización por los daños sufridos (*Bourdov c. Rusia*, nº 59498/00, 7 mayo 2002, § 35) o la provisión de una vivienda por razón del cargo (*Tétéry c. Rusia*, nº 11931/03, 30 junio 2005, §§ 41 y 42), todo ello sea cual sea la complejidad de los procedimientos de ejecución del Estado o de su sistema presupuestario. El Estado no podrá emplear como excusa que pasa por dificultades fi-



nancieras ni que carece de otros recursos para justificar el incumplimiento (*Bourdov c. Rusia*, § 35; *SARL Amat-G y Mébaghichvili c. Georgia*, nº 2507/03, 27 septiembre 2005, §47; *Scordino c. Italia*, nº 1, [GS], nº 36813/97, 29 marzo 2006, § 199). No puede argumentarse la ausencia de alojamiento alternativo para explicar el incumplimiento de una sentencia que impone el desalojo forzoso de los ocupantes del departamento (*Prodan c. Moldavia*, nº 49806/99, 18 mayo 2004, § 53) ⁽⁹⁶⁾.

En relación con el artículo 8 CEDH, existen numerosas resoluciones que se refieren a la protección del derecho a la vivienda contra las injerencias públicas y privadas arbitrarias, las obligaciones positivas de los Estados, y la protección, según los casos, de propietarios, inquilinos, usuarios de la vivienda, minorías y personas vulnerables (por ej.: destrucción deliberada de la vivienda; traslados forzosos de domicilio; registros domiciliarios no autorizados; órdenes de expulsión del domicilio; ocupación y depredación del domicilio; expropiaciones ilegítimas; problemas del entorno social y afecciones medio ambientales graves; etc.) ⁽⁹⁷⁾, pero según se ha expuesto el artículo 8 no confiere un derecho al alojamiento y tampoco el derecho a vivir en un sitio determinado.

En el asunto *Marzari c. Italia*, nº 36448/97, 4 mayo 1999, el denunciante padecía una enfermedad grave y denunciaba que le habían desalojado sin proporcionarle un alojamiento alternativo adecuado. El TEDH concluyó que el desalojo por causa del im-

pago del alquiler era legítimo, pero hizo notar que, en algunos casos, las autoridades pueden tener la obligación de proporcionar una vivienda. En este asunto, el Tribunal tuvo en cuenta que las autoridades no sólo habían pospuesto el desalojo del denunciante por un largo período de tiempo, sino que de hecho habían proporcionado una vivienda al denunciante aunque éste la considerase inadecuada y declaró que la denuncia carecía de fundamento ⁽⁹⁸⁾.

El derecho al domicilio se concibe no solo en relación con el simple espacio físico sino también con el derecho de goce o disfrute de la vivienda sin perturbaciones, lo que puede comportar la adopción de medidas públicas para la ejecución de las decisiones judiciales sobre la atribución del uso y disfrute de una vivienda (*Cvijetić c. Croacia*, nº 71549/01, 26 febrero 2004, §§ 51-53). Las injerencias pueden ser corporales, por ejemplo, entrada en el domicilio sin autorización (asto. *Chypre c. Turquía* [GS], asto pral. nº 25781/94, 1º mayo 2001, § 294); ingreso en un establecimiento asistencial de dos de los cinco hijos de una familia numerosa por no disponer esta de una vivienda adecuada (asto. *Wallová y Walla c. República Checa*, 26 octubre 2006, nº 23848/04), o incorporales, como ruidos, emisiones, gases, humos tóxicos, olores, radiaciones, etc. (p.e., astos. *López Ostra c. España*, nº 16798/90, 9 diciembre 1994, y *Moreno Gómez c. España*, nº 4143/02, § 53, 16 noviembre 2004); por causa de molestias y alborotos nocturnos imputables a una discoteca o por varias, en zona acústicamente saturada (*Martínez Martínez c. España*, nº 21532/08, 18 octubre

2011, §§ 47-54; *Cuenca Zarzoso c. España*, nº 23383/12, 16 enero 2018); de un bar (*Udovičić c. Croacia*, nº 27310/09, 24 abril 2014, § 159) o por la pasividad de las autoridades ante las quejas por graves y repetidos conflictos vecinales (*Surugiu c. Rumanía*, nº 48995/99, 20 abril 2004, §§ 67-69).

El derecho a no ser discriminado está salvaguardado por el artículo 14 CEDH pero debe invocarse conjuntamente con cualquiera de las disposiciones sustantivas del convenio, sin embargo, el artículo 1 del Protocolo 12, incluye una cláusula independiente relativa a la no discriminación, en relación no sólo con los derechos protegidos por el convenio sino también con la discriminación en un sentido más general, incluidos todos los derechos establecidos en la legislación nacional y, como señala la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, 2009: 31) ⁽⁹⁹⁾: "Si bien ninguno de estos artículos otorga explícitamente el derecho a la vivienda, el tribunal ha ido ampliando constantemente la protección que ofrece a las personas que se encuentran en una situación de vivienda precaria y a quienes se enfrentan a un desalojo forzoso". En suma, en relación con el derecho a la vivienda, la jurisprudencia progresiva del TEDH reconoce la existencia de obligaciones positivas y negativas a cargo de los poderes públicos y evidencia la creciente admisión de la tutela y justiciabilidad de diferentes aspectos relativos a los derechos sociales ⁽¹⁰⁰⁾.

Medidas cautelares. El articulado del CEDH no prevé la posibilidad de que el demandante pueda solicitar medidas cautelares, pero como sea que "en muchos supuestos, la dilación en la adopción de una decisión puede suponer que la violación del derecho que se pretende vulnerado sea ya irreversible e irremediable", la necesidad de su adopción se justifica porque "la protección que presta [el TEDH] frente a violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio ha de ser efectiva, y no meramente formal o ilusoria" (L. LÓPEZ GUERRA, 2018: 121; 2013: 171).

La adopción por el TEDH de medidas cautelares y sus efectos vinculantes, se fundamenta en lo siguiente: Por un lado, "haciendo uso de unas mimbres normativas muchos menos sólidas, la jurisprudencia del TEDH ha convertido sus medidas cautelares en obligatorias para los Estados parte." (Mª DÍAZ CREGO, 2018: 426 y ss.) y por otro

lado, el artículo 39 del Reglamento de Procedimiento del propio TEDH ⁽¹⁰¹⁾, prevé que la Sala o, en su caso, el Presidente de la Sección o el Juez de guardia, ya sea a instancia de parte o de cualquier otra persona interesada, o de oficio, puedan indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento.

Según la jurisprudencia del TEDH, para dictar medidas cautelares es preciso que concurran circunstancias excepcionales que evidencien de forma plausible la existencia de un riesgo inminente de que se produzca un daño grave e irreparable en el disfrute de uno de los derechos del núcleo duro del CEDH

Según la jurisprudencia del TEDH, para dictar medidas cautelares es preciso que concurran circunstancias excepcionales que evidencien de forma plausible la existencia de un riesgo inminente de que se produzca un daño grave e irreparable en el disfrute de uno de los derechos del núcleo duro del CEDH ⁽¹⁰²⁾. A pesar de que el Convenio no prevé expresamente sobre el DAV, mientras trataba de determinar si la pérdida de la vivienda habitual producía una vulneración de los artículos 3 u 8 CEDH, el TEDH ha adoptado medidas cautelares con el fin de frenar el lanzamiento de los demandantes cuando el supuesto afectaba a colectivos especialmente vulnerables (niños, personas mayores o con alguna discapacidad) (v. astos. *Yordanova y otros c. Bulgaria*, 24 abril de 2012, nº 25446/06; *Raji y otros c. España*, 16 de diciembre 2014, nº 3537/13; *A.M.B. y otros c. España*, de 28 de enero de 2014, nº 77842/12).

Ejecución de sentencias. Debido a su específica función, la ejecución de las sentencias del TEDH reviste especial significación, pero no depende del propio Tribunal. Salvo que el TEDH ordene expresamente determinada medida individual (por ej., excarcelación de una persona condenada a pena de privación de libertad), las sentencias definitivas del TEDH se consideran declarativas y obligatorias. Son los Estados firmantes quienes se comprometen a acatarlas y quienes deben decidir las vías concretas para su acatamiento en el ordenamiento interno. Por



su parte, el Comité de Ministros de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa es el encargado de controlar su aplicación y de velar por el pago de las eventuales reparaciones económicas ⁽¹⁰³⁾. A este respecto, el artículo 46 (*Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias*), dispone: "1. Las Altas Partes Contratantes *se comprometen a acatar* las sentencias definitivas del Tribunal en los *litigios en que sean partes*. 2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que *velará por su ejecución*. 3..." (é.a.). Como ha señalado el TEDH, en el asunto *Hornsby c. Grecia* (19 marzo 1997), el derecho a acudir a un tribunal en materia civil, es solo uno de los aspectos del "derecho a un proceso equitativo", pero sería "ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que la decisión judicial definitiva y obligatoria careciera de efectos en detrimento de una de las partes".

El eventual incumplimiento de la resolución constituye un ilícito convencional que, en razón del motivo determinante del incumplimiento, puede tener diversa intensidad. En todo caso, el ilícito habría de sumarse al ya declarado en la sentencia objeto de incumplimiento ⁽¹⁰⁴⁾. La necesidad de cumplir y ejecutar las sentencias del TEDH cabe ampararla en el derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y como señala, por ej., E. GUILLÉN LÓPEZ (2018: 364), salvo que se considere que el TEDH no tiene carácter de órgano judicial, es constitucionalmente imperativo establecer un sistema que haga posible la ejecución de sus sentencias y su necesidad no es solo una obligación desde

el punto de vista del CEDH ⁽¹⁰⁵⁾, sino también un imperativo constitucional.

Con anterioridad a la reforma de la LOPJ de 2015 (*infra*), la doctrina -e incluso el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Res. DH, 2005/93, de 26 octubre, asto. *Gabbari Moreno c. España*), ponía de relieve la problemática derivada de la inexistencia de un mecanismo de revisión de sentencias firmes en respuesta a una condena procedente del TEDH, lo que en la práctica conllevaba que, por ejemplo, que fueran atendidos los pagos de una satisfacción equitativa respecto de las distintas sentencias dictadas contra las autoridades de nuestro país, pero sin que existieran mecanismos legales expresos para la reapertura de procedimientos internos cuando la vulneración del Convenio tenía su origen en un acto o procedimiento judicial por vulneración del CEDH. En estos casos, la búsqueda de soluciones generalmente controvertidas y de resultado incierto, se apoyaba en el recurso de revisión y el recurso de amparo ante el TC ⁽¹⁰⁶⁾.

En el derecho vigente, el artículo 5bis LOPJ (introd. por la L.O. 7/2015, de 21 de julio) ⁽¹⁰⁷⁾, establece que "se podrá interponer" recurso de revisión ante el TS contra una resolución judicial firme, cuando el TEDH haya declarado que ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, lo que antecede, "siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión" ⁽¹⁰⁸⁾. Aunque esta



medida supone un avance respecto de la situación anterior, la doctrina se muestra crítica con la solución adoptada porque, entre otros inconvenientes y dudas, en el ordenamiento procesal español, el procedimiento elegido resulta ajeno a la función tradicionalmente asignada al recurso de revisión, pues esta clase de recursos “se fundamenta en hechos distintos a los alegados y discutidos en el proceso cuya resolución se interesa, no en una valoración jurídica distinta a la que se realizó en el proceso ya concluido con fuerza de cosa juzgada” (J. SIGÜENZA LÓPEZ, 2016: 378 y ss.), y el legislador podía haber optado por otras alternativas o soluciones específicas ⁽¹⁰⁹⁾.

6.2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es un órgano comunitario, creado en 1952, con sede en Luxemburgo, que tiene por objeto, garantizar el respeto de los Tratados y el Derecho de la UE y su interpretación y aplicación uniforme (art. 19 TUE). El TJUE controla la legalidad de los actos de las instituciones de la UE; vela por que los Estados miembros respeten las obligaciones establecidas en los Tratados; e interpreta el Derecho de la Unión a solicitud de los jueces nacionales. El TJUE desarrolla una función armonizadora y facilita la existencia de unos parámetros mínimos en el ámbito de los derechos fundamentales de la UE. Se trata de una de las instituciones básicas o de primer nivel de la UE (art. 13.1 TUE). En especial, a petición de un órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro, el

TJUE es competente para pronunciarse, con carácter *prejudicial*: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (art. 267 TFUE).

El TJUE únicamente puede interpretar el Derecho de la Unión dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión Europea (autos *Vino*, C161/11, EU: C:2011:420, aptdo. 25, y *Văraru y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C496/14, EU:C:2015:312, aptdo. 16). Por consiguiente, cuando una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el TJUE no tiene competencia para conocer sobre la misma, y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (autos *Balázs y Papp*, C45/14, EU:C:2014:2021, aptdo. 23, y *Văraru y Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, C496/14, EU:C:2015:312, aptdo. 18) ⁽¹¹⁰⁾.

El artículo 67.1 TFUE, dispone que: “1. La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros.” A su vez, el artículo 288, párr. primero, TFUE dispone que “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes”, y la Declaración 17 relativa a las Disposiciones de los Tratados, señala que: “La Conferencia recuerda que, con

arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia”.

Asimismo, el Tratado de la Unión Europea (TUE) “reconoce” los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros que “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” (art. 6.3 TUE). Por otra parte, la CDFUE “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados” (art. 6.1 TUE) ⁽¹¹¹⁾. En consecuencia, con abstracción de si se trata de una “incorporación por referencia” o más bien de una “aceptación de obligaciones por referencia” para hacer más visibles dichos derechos y libertades, el hecho incontrovertido es que la UE cuenta con un catálogo objetivo con valor jurídico igual al de los Tratados constitutivos (D. J. LIÑÁN NOGUERAS, 2013: 124). La Carta “opera un «cambio de paradigma» en el modo de asumir la garantía de los derechos y libertades ⁽¹¹²⁾. Por medio de la Carta, los derechos fundamentales dejan de *pertenecer* a los jueces, dicho sea con un sentido neutro, para pasar a tomar cuerpo en una *gramática* sin duda necesitada de interpretación, pero menos de creatividad” (P. CRUZ VILLALÓN, 2017: 90).

Por otro lado, el TJUE ha ido incorporando el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en su argumentación jurídica, si bien lo ha hecho en su consideración de principios generales, como un elemento de interpretación de valor hermenéutico pero sin eficacia jurídica directa (R. MARTINÓN QUINTERO, 2015: 55); y aunque no existen mecanismos formales de coordinación, entre ambos Tribunales, debido a la no adhesión, hasta el momento, de la UE al Convenio, cabe observar una concordancia práctica entre la jurisprudencia de ambos tribunales, que, en un proceso de diálogo formal e informal, van delimitando sus respectivos ámbitos de jurisdicción (L. LÓPEZ GUERRA, 2017: 163 y ss.) ⁽¹¹³⁾.

Según se ha expuesto, la finalidad principal de las sentencias sobre *cuestiones prejudiciales* es la de garantizar una aplicación uniforme del Derecho Comunitario para que siempre y en cualquier circunstancia produzca el mismo efecto en todos los Es-

tados miembros y aquellas sólo pueden formularse por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Los efectos de la sentencia varían en función del tipo de cuestión prejudicial que se haya planteado: si se trata de una cuestión interpretativa, el órgano jurisdiccional interno tendrá que interpretarlo como diga el Tribunal de Justicia; si se trata de una cuestión de invalidez, tendrá efecto “erga omnes” porque anulará esa norma si es contraria al Derecho Comunitario⁽¹¹⁴⁾. Como afirma MARC CARRILLO (2017: 213 y ss.), el procedimiento incidental de la cuestión prejudicial es “un caballo de Troya que desplaza a las jurisdicciones nacionales”. La cuestión prejudicial se ha convertido “en un instrumento para la participación de los jueces nacionales en la interpretación del Derecho de la Unión Europea”. Por otra parte, el TJUE “ha extendido su poder jurisdiccional sobre la tutela [de] derechos fundamentales y, en cierto modo, ha desplazado a los tribunales constitucionales”. Para el citado autor, “no es una metáfora inadecuada afirmar que este procedimiento incidental ante el Tribunal de Luxemburgo se ha convertido en la joya de la corona⁽¹¹⁵⁾, en la medida que, además de fiscalizar el Derecho de la Unión por el monopolio que ostenta para enjuiciar la validez de sus actos como señaló en su sentencia del caso Foto-Frost⁽¹¹⁶⁾, se ha convertido también en un instrumento procesal de control indirecto de la adecuación de los Estados miembros a la legalidad europea”.

A pesar de que la UE carece de una competencia expresa en las áreas clave de la vivienda y el derecho de propiedad (art. 345 TFUE), el Derecho de la UE puede incidir en dicho ámbito en cuestiones relacionadas con el mercado común (art. 114.1 TFUE) y relativas a la protección de los consumidores que debe basarse en “un nivel de protección elevado” (art. 114.3, y asim. art. 169.1 TFUE)

Las sentencias del TJUE tienen fuerza obligatoria y despliegan el efecto de cosa juzgada. El Tribunal resuelve siempre en última instancia y sus sentencias no son recurribles ante ningún otro tribunal, salvo en el caso de algunos recursos de carác-

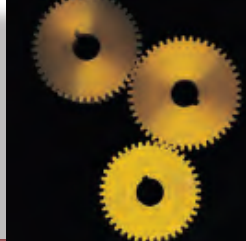


ter extraordinario⁽¹¹⁷⁾. Comparadas con las sentencias del TEDH, las sentencias procedentes del TJUE son especialmente relevantes porque vinculan de modo mucho más efectivo a los Estados Parte (art. 251 y ss. TFUE) y según el supuesto enjuiciado, conllevan su acatamiento por los órganos jurisdiccionales internos de la resolución adoptada, pueden impulsar las correspondientes modificaciones legislativas para acomodar la norma cuestionada al Derecho europeo, y en los supuestos de desconocimiento de la primacía del Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE confieren legitimación para la interposición de un *recurso de amparo* ante el TC (*a.e.*, SSTC, entre otras, 58/2004, 19 abril FJ 10; 232/2015, de 5 noviembre, FJ 5; y 31/2019, Pleno, de 28 febrero 2019)⁽¹¹⁸⁾. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 4bis LOPJ (añadido por L.O. 7/2015, de 21 de julio): “1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Como observa R. BUSTOS GISBERT (2017: 358), “el TEDH garantiza mínimos de protección, mientras que el sistema de la UE el TJUE garantiza la autonomía de todo un ordenamiento jurídico imponiendo estándares unitarios en los que a menudo no cabe margen de maniobra”, o en palabras de R. PUNSET BLANCO (2017: 208): “el ordenamiento europeo vincula con idéntico grado de intensidad a todos los Estados de la Unión, de manera que ninguno de ellos puede fijar, aunque sólo sea para su exclusivo ámbito territorial, el sentido y alcance de las normas europeas”

y así lo pone de relieve, por ej., el ATS (S. 3ª), de 9 julio 2019.

A pesar de que la UE carece de una competencia expresa en las áreas clave de la vivienda y el derecho de propiedad (art. 345 TFUE), el Derecho de la UE puede incidir en dicho ámbito en cuestiones relacionadas con el mercado común (art. 114.1 TFUE) y relativas a la protección de los consumidores que debe basarse en “un nivel de protección elevado” (art. 114.3, y asim. art. 169.1 TFUE). Todo ello, al hilo, además de lo especialmente previsto en el artículo 34 CDFUE que posibilita la actuación en dicho ámbito (art. 4.2, letras a y f TFUE) y en otros concurrentes (por ej., eficiencia energética y accesibilidad en edificios).

En materia del derecho a la vivienda, el Auto TJUE 10 abril 2018, asto. C-125/18, ep. 8, afirma que el TJUE “ha reconocido que la pérdida de la vivienda familiar puede perjudicar gravemente a ese derecho (véanse, en particular, en este sentido, las sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 61, y de 10 de septiembre de 2014, *Kušionová*, C34/13, EU:C:2014:2189, apartado 63)”. En el asto. *Kušionová*, C34/13, el Tribunal Europeo afirma que “[64] ... la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, *McCann c. Reino Unido*, demanda nº 19009/04, apartado 50, y *Rousk c. Sue-*



cia, demanda nº 27183/04, apartado 137)”; “[65]. En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13”.

El acceso al TJUE puede deberse a causas muy diversas; por ejemplo, cuestiones sobre fiscalidad de una vivienda declarada monumento histórico-cultural (STJUE, Sala 2ª, de 18 diciembre 2014, asto. C-87/13). En el marco de la normativa española las cuestiones suscitadas sobre el DAV se han centrado especialmente en cuestiones prejudiciales relacionadas con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos bancarios celebrados con consumidores; los procedimientos de ejecución de contratos de préstamo hipotecario (espec., arts. 695 y 698 LEC); y el artículo 47 CDFUE (Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial).

En síntesis, a título de ejemplo, cabe citar las resoluciones siguientes: S. Sala 1ª, (decisiones prejudiciales ex art. 267 TFUE) de 14 marzo 2013 (C-415/11, asto. *Aziz*) ⁽¹¹⁹⁾; y S. de 17 julio 2014, asto. C-169/14, *Sánchez Morcillo y otros*; S., GS, 21 diciembre 2016 ⁽¹²⁰⁾, astos. acumulados C154/15, C307/15 y C308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, decs. prejs., sobre jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, de una cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores, Direc. 93/13/CEE; S., Sala 1, 26 enero 2017, C-421/14, asto. *Banco Primus*, dec. prejudic.; Autos TJUE de 5 abril 2017, *B. Sabadell*, y de 3 julio 2019, *BBVA*; STJUE (GS), 26 marzo 2019, asts. acumulados C70/17 y C179/1, *Abanca y Bankia*, y cuestiones prejudiciales sobre la Directiva citada y una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario ⁽¹²¹⁾; S., Sala 1ª, 21 enero 2015, cuets. prejs., astos. acumulados C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, *Unicaja Banco*, y *Caixabank* (intereses de demora); S. 30 abril 2014, Sala 6ª, asto. C-280/13, *Barclays Bank* (ámbito de aplicación de la Directiva 93/13); S., Sala 1ª, 29 octubre 2015, C-8/14, *BBVA* (plazo preclusivo oposición cláusulas abusivas en proced. ejec.); S. de 7 diciembre 2017, Sala 5ª, C-598/15, *B. Santander* (reconocimiento de los derechos reales derivados de la adquisición de la vivienda hipotecada de una persona física por parte del

Banco Santander en un procedimiento de adjudicación en subasta extrajudicial) ⁽¹²²⁾.

La declaración por el TJUE de no compatibilidad o no conformidad de la norma de derecho interno cuestionada respecto de lo previsto en el Derecho comunitario, supone, que, como señala el TC (SS. 58/2004, 19 abril, FJ 9; y 78/2010, Pleno, 20 octubre, FJ 2.b), si se plantease en la esfera jurisdiccional una nueva cuestión prejudicial materialmente idéntica a otra que ya ha sido objeto de una decisión en caso análogo, la obligación de plantear la cuestión prejudicial desaparece (SSTJCE 27 marzo 1963, astos. *Da Costa* y acumulados, 28 a 30/62; y 19 noviembre 1991 (TJCE, 19991, 296 asto. *Francovich y Bonifaci* C-6 y 9/90); también desaparece cuando la correcta aplicación del Derecho de la UE puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución a la cuestión planteada (STJCE, 6 octubre 1982, asto. *Cilfit* 283/81) ⁽¹²³⁾.

Todo este acervo jurisdiccional ha puesto de relieve la necesidad de que el legislador español acometa las reformas legislativas de adaptación para incorporar el acervo comunitario sobre cláusulas abusivas, siendo también responsabilidad de los órganos judiciales españoles interpretar y aplicar las normas jurídicas de conformidad con dicho acervo comunitario en materia de consumo

En suma, en relación con la interpretación de Directivas, entre otras, las Directivas 93/13/CEE y 2014/17/UE, y la aplicación de la CDFUE, las resoluciones del TJUE afianzan una nueva vía para la protección del DAV y conllevan cierta “constitucionalización” y armonización del Derecho privado europeo ⁽¹²⁴⁾. Por otra parte, en relación con la protección de los deudores ante las ejecuciones hipotecarias, las decisiones del TJUE han supuesto una aplicación concurrente del principio de efectividad y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE) y generado un doble efecto: contribuir activamente a elevar el estándar de protección jurisdiccional que asiste a los deudores hipotecarios en el espacio europeo; y poner de manifiesto el reducido margen de ma-

niobra que en este ámbito subsiste en relación con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros (A. M. CARMONA CONTRERAS, 2017: 307 y ss.).

Todo este acervo jurisdiccional ha puesto de relieve la necesidad de que el legislador español acometa las reformas legislativas de adaptación para incorporar el acervo comunitario sobre cláusulas abusivas, siendo también responsabilidad de los órganos judiciales españoles interpretar y aplicar las normas jurídicas de conformidad con dicho acervo comunitario en materia de consumo ⁽¹²⁵⁾, y ha motivado sucesivas reformas legislativas en materia de constitución de garantías hipotecarias, protección de los deudores hipotecarios, cláusulas abusivas y procedimientos de ejecución.

Por ejemplo, la sentencia del citado caso *Aziz* censuró duramente el sistema procedimental del proceso ejecutivo hipotecario español, por no prever la posibilidad de control, de oficio o a instancia de parte en el incidente de oposición, del carácter abusivo de las cláusulas en contratos con consumidores. Con el fin de solventar esta carencia se han promulgado, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que, entre otros cambios legales, ha introducido dicho control judicial de oficio (art. 552.1 LEC), y posteriormente, para adaptarla a la sentencia *Sánchez Morcillo y Abril García* (C169/14, EU: C:2014:2099), el RD.Ley, 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (v. preámbulo, ep. VI, y DF 3ª).

Entre otras las leyes estatales armonizadoras, de transposición o de reforma, cabe citar las siguientes ⁽¹²⁶⁾: Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; RD.Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, que toma en consideración los “últimos pronunciamientos judiciales en materia de cláusulas suelo y, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.” (Preámb.); RD.Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; y la relevante Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los

contratos de crédito inmobiliario, que tiene como objeto la transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010 ⁽¹²⁷⁾. Esta Ley prevé “normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir” (art. 1.I); la norma “extiende su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores. Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos” (Preámb. III), y en concordancia con su objeto, establece modificaciones en cerca de una docena de leyes.

En el ámbito, por ejemplo, de la CC.AA. de Cataluña, al amparo de sus competencias legislativas, caber citar las normas siguientes: la Ley [Gencat] 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña (reformado en varias ocasiones, y con las modificaciones dispuestas por la STC 54/2018, de 24 de mayo), que contiene previsiones legales varias sobre la vivienda, los contratos de crédito o préstamo hipotecario sobre la vivienda y el arbitraje; la Ley [Gencat] 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial, y STC, Pleno, 8/2019, de 17 enero 2019, de estimación parcial y declaración de nulidad de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 17 de la Ley) que adopta “medidas de protección del derecho a la vivienda y servicios sociales, y regular los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos derivados de las relaciones de consumo, con relación a las personas físicas residentes en Cataluña que se encuentran en situación de exclusión residencial o que están en riesgo de encontrarse en dicha situación” (art. 1.1); y la antes citada Ley [Gencat] 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. Esta Ley citada tiene por



objeto “establecer mecanismos destinados a resolver las situaciones de sobreendeudamiento de personas físicas y de familias, por causas sobrevenidas, especialmente en lo relativo a las deudas derivadas de la vivienda habitual, mediante la regulación de un procedimiento extrajudicial...” (art. 1.1); el Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria que introduce varias medidas para “movilizar directamente los parques de viviendas sometidos a procesos de ejecución hipotecaria” y favorecer “el interés y la función social de estas viviendas y tiendan a posibilitar que las familias residentes en estas viviendas puedan permanecer en las mismas en régimen de alquiler” (Preámb.). Por otra parte, la Ley [Gencat] 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, que entre otros fines, tiene por objeto “Hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada, establecido por la Constitución y el Estatuto, y el resto de derechos constitucionales conexos” (art. 2.a), ha sido modificada en varias ocasiones.

6.3. Carta Social Europea

El texto de la primera Carta Social Europea (CSE) fue aprobado en Turín (1961) por los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, y tenía por finalidad garantizar sin discriminación los “derechos sociales” y “desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las

categorías de sus poblaciones...” (Preámb.). La Carta se refería a 19 derechos sociales y su contenido fue revisado en 1996. El nuevo texto, añade derechos nuevos, modifica algunos de los ya existentes e incorpora el Protocolo adicional de 1988, que había introducido 4 nuevos derechos a la Carta de 1961. La CSE revisada comprende un total de 31 derechos sociales y ofrece un nivel de protección social mucho más elevado ⁽¹²⁸⁾. A medida que se incorporen al nuevo texto las Partes signatarias, la CSE de 1996 sustituye el texto anterior. La Carta Social Europea evidencia la voluntad comunitaria de conseguir un mercado interior con dimensión social. En el derecho español la CSE ha merecido un limitado reconocimiento, pero muchos de los derechos previstos en la misma han inspirado y se han incorporado a la CDFUE ⁽¹²⁹⁾ y ello conlleva que, de un modo u otro, numerosas normas promulgadas prevean sobre dichos derechos ⁽¹³⁰⁾.

La CSE menciona el DAV en la Parte I y, en concreto, prevé sobre la vivienda como sigue: en relación con el “Derecho de las personas discapacitadas”, a “permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio” (art. 15.3); al referirse al “Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica”, con previsión de “apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias” (art. 16); y al “Derecho de las personas de edad avanzada a protección social”, con previsión de “permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida [...] mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas



a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda;...” (art. 23); en relación con el “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social”, con el compromiso “en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, ...” (art. 30;). Por último, como norma más relevante por su alcance general, el artículo 31 (“Derecho a la vivienda”) se refiere al compromiso de las Partes signatarias de “adoptar medidas” destinadas a garantizar el ejercicio efectivo del DAV como sigue: “1. a favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente; 2. a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3. a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”.

Al referirse a este artículo, el “Informe explicativo” del Consejo de Europa, afirma que la citada disposición “obliga a las Partes, en la medida de lo posible a tomar medidas en aras a eliminar progresivamente el sinhogarismo, promover el acceso a la vivienda de un nivel suficiente y procurar que el coste de acceso a la vivienda sea asequible para las personas que no disponen de recursos suficientes. Vivienda “suficiente” significa viviendas con un nivel sanitariamente aceptable. Para una definición de los términos “que no disponen de recursos suficientes” cabe remitirse al artículo 13” (ep.118) ⁽¹³¹⁾; “Corresponde a las autoridades competen-

tes de cada Estado determinar, a nivel nacional, las normas nacionales aceptables en materia de vivienda.” (ep. 119).

La interpretación del Consejo Europeo de Derechos Sociales al apartado 1 de dicho artículo, es del siguiente tenor: “La noción de vivienda adecuada debe ser definida por una norma legal. Se entiende por “vivienda de calidad suficiente”, una vivienda salubre, con estructuras saludables, sin hacinamiento, y con garantías legales posesorias. Incumbe a los poderes públicos ofrecer los medios necesarios para que la vivienda sea de un nivel adecuado y que los plazos de espera para gozar de una vivienda no sean excesivos. Para que sea eficaz, el derecho a una vivienda adecuada debe estar jurídicamente protegido. Deben existir garantías procesales adecuadas. El residente o futuro residente debe poder acceder a procedimientos judiciales que sean imparciales y tengan un coste asumible” ⁽¹³²⁾.

En síntesis, la parte I de la nueva CSE establece que “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes: ...”. Entre estos derechos, se halla la previsión siguiente: “31. Toda persona tiene derecho a la vivienda.”.

La Parte II de la CSE establece que “Las Partes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III,

por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes”. En esta parte figura el texto del citado artículo 31.

La Parte III comprende los artículos A y B. En lo que aquí interesa resaltar, el artículo A.1. se refiere a las “Obligaciones” de cada una de las Partes que se compromete: a: “a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados...”; a considerarse obligada por al menos seis de los nueve artículos de la Parte II (entre estos artículos no se halla el artículo 31); y, “a considerarse obligada por el número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados”; y en cualquier momento la Parte podrá adicionar cualquier otro artículo o párrafo numerado de la Parte II de la Carta que no hubiera aceptado con anterioridad. El artículo B prevé sobre los vínculos con la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional de 1988, en el sentido de que sigue vigente la vinculación con los textos anteriores, con el contenido a que el Estado Parte se hubiera obligado y la aceptación de las obligaciones de cualquier disposición de la presente Carta tendrá como consecuencia que, a partir de la fecha de entrada en vigor de esas obligaciones, quede sin efecto la citada vinculación.

La Parte IV regula cuestiones varias relativas a la supervisión y la admisión de “reclamaciones colectivas”. Existen dos sistemas de control para supervisar la aplicación por parte de los Estados: el sistema de informes y el procedimiento de reclamaciones colectivas que fue introducido en el Protocolo adicional de 1995 (en vigor en 1998), para los Estados aceptantes, por lo que el primer sistema es el que tiene mayor aplicación. La Parte V se refiere a la aplicación general del principio de no discriminación; posible suspensión de las obligaciones previstas en la Carta; no afectación respecto de otras disposiciones de derecho interno o internacional más favorables que las se prevén en la Carta; desarrollo normativo; y enmiendas a la Carta. Por último, la Parte VI se refiere a la firma, ratificación y entrada en vigor, aplicación territorial, denuncia y notificaciones de la Carta e incluye un anexo a la Carta Revisada ⁽¹³³⁾.

6.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)

Según el artículo 2 TUE, la Unión “se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. La protección comunitaria en materia de derechos humanos se basa en la CDFUE, el CEDH y en los “que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros” (art. 6 TUE). El artículo 7 TUE prevé que el Consejo Europeo, cumplidos los procedimientos previstos al efecto, pueda dirigir recomendaciones o suspender determinados derechos de los Estados miembros cuando se constate la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 ⁽¹³⁴⁾, y desde al año 1993, previo debate, el Parlamento Europeo adopta sendas resoluciones anuales sobre la situación de los derechos fundamentales en Europa ⁽¹³⁵⁾.

Según el Preámbulo de la CDFUE, la Carta reafirma, en el ámbito de la UE y sus competencias y en base al principio de subsidiariedad, “los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros”, del CEDH, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH

Según el Preámbulo de la CDFUE, la Carta reafirma, en el ámbito de la UE y sus competencias y en base al principio de subsidiariedad, “los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros”, del CEDH, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH. “En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión



y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

La Carta sigue un enfoque novedoso porque supera la tradicional separación o distinción internacional entre DCP y DESC (o, abreviadamente, derechos sociales) e integra en un texto unitario los derechos de varias generaciones, pero respecto de la concreta efectividad, inmediatez y alcance de aquellos, la doctrina advierte sobre los condicionantes que los delimitan ⁽¹³⁶⁾. La Carta se dirige a las instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión y no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados (art. 51 CDFUE).

Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Cuando sean necesarias, las limitaciones deben respetar el principio de proporcionalidad, y responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Cuando la Carta contenga derechos que correspondan a derechos garan-

tizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, pero ello no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa. En la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (art. 52 CDFUE).

Las disposiciones de la Carta no pueden interpretarse como limitativas o lesivas de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el CEDH, así como por las constituciones de los Estados miembros (art. 53). La Carta prevé la “prohibición de abuso de derechos” de actividades o actos, tendentes a la destrucción de los derechos reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias que las previstas en la Carta (art. 54).

La invocación de los principios reconocidos en la Carta ante los órganos jurisdiccionales, sólo puede efectuarse respecto de la interpretación y control de los actos legislativos y ejecutivos adoptados por los órganos e instituciones de la Unión y, en su



caso, por los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión. En consecuencia, no es posible alegar dichos principios aisladamente ante la jurisdicción, sino que siempre deben ser invocados en relación con un concreto acto legislativo o ejecutivo, que haya podido conculcarlos. Las legislaciones y prácticas nacionales deben ser tenidas cuando la propia Carta la invoque ⁽¹³⁷⁾.

Por lo que se refiere a la vivienda (art. 34.3 CDFUE) y la protección de los consumidores, cabe exponer lo siguiente:

En primer lugar, "En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal [nacional] remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13" (STJUE, S. 3ª, de 10 septiembre 2014, *Kušionová*, C34/13, ap. 65) ⁽¹³⁸⁾. A pesar de que en el derecho interno el DAV tenga carácter de principio rector (art. 47 CE), como sea que todos los poderes públicos deben aplicar el Derecho de la Unión, ello implica el necesario reconocimiento y salvaguarda efectiva de los derechos reconocidos en el Derecho de la UE (principio de efectividad).

En segundo lugar, la pérdida de la vivienda familiar "no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia *Aziz*, EU:C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia, asto. *Sánchez Morcillo y Abril García* y *BBVA*, EU:C:2014:1388, apartado 11)" (*ibdm.*, ap. 63). El TEDH ha estimado que la pérdida de una vivienda lesiona gravemente el derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (SSTEDH, *McCann c. Reino Unido*, demanda nº 19009/04, apartado 50, y *Rousk c. Suecia*, demanda nº 27183/04, apartado 137) (*ibdm.*, ap. 64).

En tercer lugar, la relevancia que reviste la protección de los consumidores respecto de la existencia de cláusulas abusivas en los contratos crediticios con garantía de una vivienda familiar en la que reside el deudor, A estos efectos, "el artículo 38 de la Carta dispone que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. El artículo 47 de la Carta reconoce el derecho a la tutela judicial efec-

tiva. Estos imperativos rigen la aplicación de la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia *Pohotovost*, EU:C:2014:101, apartado 52)" (*ibdm.*, ap. 52).

En cuarto y último, lugar, en relación con el artículo 11, aptdo. 1.d, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, y en virtud del principio de no discriminación, la STJUE (GS), asto, *Kamberaj*, C-571/10, declara que la norma nacional italiana que prevé el reparto de los fondos destinados a la *concesión de una ayuda a la vivienda*, con un trato diferente para el nacional de un país tercero que goza del estatuto de residente de larga duración, respecto del trato conferido a sus nacionales, no es conforme con dicha Directiva siempre que la dicha ayuda esté comprendida en una de las tres categorías contempladas en dicha disposición y que no resulte aplicable el apartado 4 de ese mismo artículo.

6.5. Defensor del Pueblo Europeo

La figura del *Defensor del Pueblo Europeo* fue creada por el Tratado de Maastricht (1993), con ocasión de la introducción de la ciudadanía de la Unión y constituye una vía institucional de garantía de derechos frente a las actividades u omisiones de las instituciones y los órganos de la Unión que puedan deberse a una mala administración ⁽¹³⁹⁾. La fuente de inspiración para crear esta figura se halla en los Defensores del Pueblo nacionales, cuyo primer exponente fue el *Ombudsman* que estableció la Constitución sueca de 1809 ⁽¹⁴⁰⁾.

De acuerdo con el artículo 43 CDFUE, todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a someter al *Defensor del Pueblo de la Unión* los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales ⁽¹⁴¹⁾. El derecho garantizado por este artículo es el que garantizan los artículos 20 y 228 del TFUE (art. 52.2 CDFUE).

El concepto de "mala administración" es amplio y, salvo las excepciones indicadas, engloba todas las formas de administración inadecuada o deficiente, lo cual puede tener lugar cuando: un órgano no actúa con-

forme a Derecho; no cumple los principios de buena administración; o infringe los derechos fundamentales. Dentro de este concepto se incluye la adopción, por parte de las instituciones u órganos de la Unión, de medidas que conlleven una aplicación deficiente o inadecuada de una norma, tales como, negligencias o irregularidades administrativas, abusos de autoridad, desviaciones de poder, o discriminación por cualquier causa.

El recurso al Defensor del Pueblo es un medio alternativo al derecho a obtener una reparación jurídicamente vinculante en los tribunales y su ámbito de actuación puede ser más amplio porque el concepto de mala administración no se limita solo a actos ilegales, lo que implica que el supuesto pueda existir aunque la Administración haya cumplido todas sus obligaciones jurídicas; en estos casos, no tendría sentido acudir a un tribunal y solo el Defensor del Pueblo puede ayudar.

El servicio del Defensor del Pueblo es un servicio independiente e imparcial que no tiene, necesariamente, el mismo objetivo que el previsto en los procedimientos judiciales

El servicio del Defensor del Pueblo es un servicio independiente e imparcial que no tiene, necesariamente, el mismo objetivo que el previsto en los procedimientos judiciales. A diferencia de un tribunal, el Defensor del Pueblo no puede anular actos ilícitos y a diferencia de los tribunales, sus opiniones respecto a la correcta interpretación o aplicación de la ley no son jurídicamente vinculantes, pero precisamente por este motivo, el Defensor del Pueblo puede buscar soluciones flexibles a los problemas, por ejemplo proponiendo soluciones amistosas de carácter menos formal que, a veces, pueden servir para resolver situaciones suscitadas dentro de la Administración por medio de un diálogo constructivo con mayor eficacia que la búsqueda de respuesta en las normas y principios jurídicos. También dialoga de forma periódica y estructurada con las instituciones europeas para mejorar la calidad de la Administración de la UE y fomentar el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos ⁽¹⁴²⁾ y presenta

informes anuales sobre el conjunto de sus actividades. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución, órgano u organismo interesado que, en un plazo máximo de tres meses, deberá exponer su posición ante el Defensor. Éste remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución, órgano u organismo interesado. La persona de quien emane la reclamación debe ser informada del resultado de estas investigaciones (art. 228.II TFUE).

6.6. Derecho de petición al Parlamento Europeo

Los ciudadanos de la UE y las personas físicas o jurídicas, independientemente de su nacionalidad, que tengan su residencia o domicilio social en un Estado miembro de la Unión tienen derecho, a título individual o colectivo, a dirigir peticiones al Parlamento Europeo, sobre asuntos propios de los ámbitos de actuación de la UE que les afecten directamente (art. 44 CDFUE y arts. 20.2.d), 24 y 227 del TFUE). En el Título IX (De las peticiones, arts. 215 a 218), del Reglamento interno del Parlamento Europeo se regulan los detalles relativos al ejercicio del derecho de petición. Las peticiones presentadas deben estar redactadas en una lengua oficial de la Unión, y debe constar en ellas el nombre y el domicilio de los peticionarios. Las peticiones serán estudiadas en la Comisión del Parlamento Europeo competente por razón de la materia objeto de la petición, pudiendo llegar, en su caso, a ser objeto de una resolución por parte del Pleno de la Eurocámara.

6.7. Comisión Europea

La Comisión Europea no es un órgano que tenga por finalidad específica la protección de los derechos humanos, pero debe actuar de conformidad con el marco normativo que rige la UE en esta materia (arts. 2 y 6 TUE), y sus acuerdos son susceptibles de denuncia ante el TJUE. También existen mecanismos de queja y denuncia de los ciudadanos ante la Comisión ante posibles incumplimientos del Derecho de la UE que prevén expresamente sobre la protección de determinados derechos humanos, y del acceso en términos de igualdad de trato y no discriminación, a bienes y servicios (por ej., Directivas, 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,

relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico ⁽¹⁴³⁾; Reglamento (UE) N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión).

7. Conclusiones

1. El disfrute de una vivienda digna y adecuada constituye una necesidad humana básica. El reconocimiento del derecho a la vivienda; su adecuada satisfacción funcional y protección; la política habitacional en los supuestos de vulnerabilidad o de exclusión social; y la provisión de espacios adecuados para las personas en situaciones de vulnerabilidad o dependencia física, mental o sanitaria o sin hogar, están ampliamente reconocidas en la esfera convencional internacional, en el Derecho europeo y en las legislaciones internas de los países.

2. En comparación con los derechos humanos políticos y civiles de primera generación, en su carácter de derecho humano de segunda generación, el reconocimiento e implementación y provisión efectiva del derecho a una vivienda digna y adecuada por parte de los poderes públicos en los respectivos derechos nacionales internos puede ser más o menos intenso en función del grado de aceptación, efectividad y exigibilidad del derecho, las políticas legislativas de todo orden seguidas al respecto, y los medios, facilidades y recursos públicos destinados a tal fin.

3. En el Derecho constitucional español el derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada no se configura como un derecho fundamental, sino que constituye uno de los principios rectores de política económica y social. No obstante, por expresa previsión constitucional, los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho a la vivienda. Asimismo, el Estado español, como Estado Parte, debe cumplir los compromisos internacionales asumidos y el Derecho de la UE y reconocer, aplicar y salvaguardar de modo efectivo sus previsiones (principio de efectividad).

4. Las obligaciones asumidas por los Estados Parte del PIDESC consisten en respetar, promover, proteger, cumplir sus previsiones y adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas y hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

5. En los Estados miembros de la Unión Europea rige el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, en los ámbitos en que proceda, aquellos deben aplicarlo y acatar las resoluciones adoptadas al respecto.

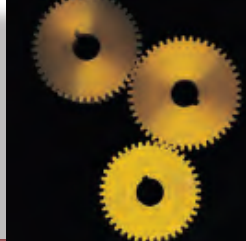
6. En el Derecho europeo deben considerarse, fundamentalmente, las previsiones contenidas en la CDFUE, y el efecto vinculante de las resoluciones del TJUE. Según la jurisprudencia del TJUE, en el Derecho de la UE, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 CDFUE.

7. En relación con el DAV y la protección de los consumidores deudores hipotecarios, cabe observar que la transposición de las Directivas comunitarias al derecho interno y las resoluciones del TJUE, han tenido especial repercusión en la práctica procesal y la legislación interna de desarrollo.

8. Además de los sistemas y garantías de control interno y los avances en la implementación del DVAD y de su exigibilidad efectiva en los casos legamente previstos, la supervisión y el control internacional, europeo, y judicial de los derechos humanos, en los términos previstos en los textos convencionales y tratados y en el Derecho Europeo, es fundamental, pues sin la existencia de procedimientos adecuados a tales fines, cabría plantearse la cuestión de su finalidad, utilidad y eficacia y si, en cada caso, se trata realmente de un derecho.

9. Los procedimientos para la supervisión y control internacional de los pactos convencionales y el Derecho europeo son especialmente útiles para verificar y mejorar su cumplimiento efectivo y corregir las lagunas e insuficiencias que puedan observarse en el derecho interno de los Estados Parte.

10. Las políticas públicas para promover y asegurar el DAV y la existencia de viviendas sociales adecuadas y asequibles, pueden apoyarse en medidas directas e indirectas.



El sector público puede proceder a la promoción directa de viviendas sociales; prever ayudas y subvenciones; luchar contra la exclusión social y habitacional; facilitar la redistribución de rentas y la igualdad de oportunidades; y prever un amplio marco normativo de protección de usuarios y consumidores en todas sus modalidades posibles. Para conseguir la colaboración activa del sector privado y una provisión suficiente de viviendas asequibles, es preciso que exista un marco jurídico global favorable que incentive, asegure y proteja eficazmente los intereses socioeconómicos de todas las partes interesadas.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Victor; Courtis, Christian, 2001, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, en Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, Nº. 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Seminario "El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación. (Valencia, 26 y 27 de noviembre de 2001)) <http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/429/Art_CourtisC_Apuntes-ExigibilidadJudicial_2001.pdf?sequence=1>

Aguilar Gualda, Salud de; García Corral, Adriana; García Cerezo, Pablo, 2017, *Análisis constitucional y propuestas de mejora para la protección de derechos fundamentales en España (I)*, pp. 7-60, en Aletheia, Cuadernos Críticos del Derecho. 1-2017. ISSN: E 1887-0929. <http://www.liberlex.com/archivos/derechos_fundamentales_17.pdf>

Aláez Corral, Benito, 2011, *El derecho a una vivienda digna en el derecho internacional y constitucional comparado (notas para un proyecto de ley asturiana de garantía del derecho a la vivienda digna)*, pp. 39-75, en Direitos Fundamentais & Justiça Nº 14, enero-marzo, 2011 <<https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/De-rechoalaviviendadigna.pdf>>

Arias Martínez, M^a A., 2019, *Las competencias autonómicas en materia de vivienda frente a las competencias estatales de carácter transversal en la reciente jurisprudencia constitucional*, pp. 106-121, en REALA. Nueva Época – Nº 11, Abril-Septiembre 2019 – ISSN: 1989-8975 – DOI: 10.24965/reala.v0i11.10602 (r.e.)

Belorgey, Jean-Michel, 2007, *La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales*, pp. 349-377, en Revista de Derecho Político, nº 70, 2007 <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-2007-70-5FEF2A71&dsID=carta_social.pdf>

Benito Sánchez, J. C., 2019, *Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas*, pp.579-603, en Lex Social, vol. 9, nº 2 <https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4228>

Blanco Saralegui, José M^a, Blázquez Martín, Raquel, 2019, *Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios*, pp. 1632-1650, en RCDI nº 773, Madrid.

Bosch, Jordi, Trilla, Carme, 2019, *Sistema de vivienda y estado del bienestar. El caso español en el marco europeo*, adaptación por X. Aguilar, Observatorio Social de "la Caixa", julio, 2019, Barcelona <<https://observatoriosociallacaixa.org/-/sistema-de-vivienda-y-estado-del-bienestar-el-caso-espanol-en-el-marco-europeo>>

Boullosa, Nicolás, 2012, *Arquitectura nómada: el mínimo común denominador habitable* <<https://faircompanies.com/articles/arquitectura-nomada-el-minimo-comun-denominador-habitable/>>

Bustamante Donas, J., 2010, *La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales*, pp. 80-89, Revista Telos, octubre-diciembre 2010, Madrid <<https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>>

Bustos Gisbert, R., 2017, *La aplicación judicial de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, pp. 333-359, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800259>>

Camisón Yagüe, José Á., 2011, *Lecciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones,

Cáceres <<http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Carlotti, Marie-Arlette, 2016, *L'effectivité du Droit Au Logement Opposable - Mission d'évaluation dans 14 départements*, informe para el Ministro de la Vivienda y el Alojamiento Duradero, Francia <http://www.hcl-pd.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_mission_Carlotti_-_Dec_2016_Vmail.pdf>

Carmona Contreras, A. M., 2017, *La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria*, pp. 307-332, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, pp. 307-332 <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>>

Carrasco Durán, M., 2005, *La interpretación de la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución)*, pp. 155-94, en Revista de Derecho Político, nº 62, 2005, <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8948/8541>>

Carretero del Barrio, Ignacio, 2018, *La Burbuja Inmobiliaria en España*, trabajo de fin de grado, tut. J. M^a Gómez García, Facultad de CC.EE y EE., Universidad de Valladolid, Valladolid <<http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/34498/TFG-E-670.pdf?jsessionid=46CA7D62478E477CC405F79ECD9333F9?sequence=1>>

Carrillo, Marc, 2017, *Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos*, pp. 213-234, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>>

Cascajo Castro, José Luis, 2009, *Los derechos sociales, hoy*, pp. 21-42, en Revista catalana de Dret públic, núm. 38, 2009 <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2173/n38-cascajo-en.pdf>>

Churchill, Robin R.; Khaliq, Urfan, 2004, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, pp. 417-456, en EJIL (2004), Vol. 15 Nº 3 (rec. elec.).

Copette, A. 2016, *Le droit au logement et le sans-abrisme en Belgique*, trabajo de fin

de estudios master en derecho, dir. J. Fierens, Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie, Université de Liège, Bélgica <<https://matheo.uliege.be/bitstream/2268.2/1149/4/TFE-Copette-Alexandra%202016.pdf>>

Cortina, Albert, 2019, *Derechos humanos y digitales universales. Hacia un nuevo contrato sociodigital*, pp. 125-129, Telos, 110, abril 2019 <<https://telos.fundaciontelefonica.com/wp-content/uploads/2019/04/telos-110-regulacion-albert-cortina.pdf>>

Costes, L., 2011, *Del "derecho a la ciudad" de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna*, pp. 1-12, en URBAN, septbre. 2011/febrero 2012, NS02. <<http://www2.aq.upm.es/Departamentos/Urbanismo/institucional/numero-ns/ns02-2011/>>

Cuena Casas, Matilde, 2015, *Mecanismos de protección del patrimonio familiar: inembargabilidad y patrimonio separado*, pp. 329-346, en Reseña Legislativa Española y Comparada, RCP nº 23 – 2015 <<https://eprints.ucm.es/34807/1/Mecanismos%20proteccion%20B3n%20publicado.pdf>>

Cruz Villalón, P., 2012, *Rights in Europe: The Crowded House*, pp. 1-20, King's College London, Working Papers on European Law, Working Paper 61/2012. Londres <<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/european/research/CELWPEL-012012FINAL.pdf>>

Cruz Villalón, P., 2017, *El valor de posición de la carta de derechos fundamentales en la comunión constitucional europea*, pp. 85-101, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>>

Diamandouros, Paraskevas Nikiforos, 2013, *Derecho administrativo de la UE: perspectiva del Defensor del Pueblo Europeo*, pp. 367-381, en Revista de Administración Pública, ISSN: 0034-7639, núm. 191, mayo-agosto, 2013, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4386740>>

Díaz Crego, Mª, 2018, ¿Tomando la justicia cautelar en serio?: las medidas provisionales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pp. 425-451, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº 42, 2018 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800417>>

Espejo Jaksic, Nicolás, 2009, *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica*, con la col. de L. Casas Becerra, M. Feddersen Martínez, A. Quesille Vera, Osfam Chile, Chile <https://www.academia.edu/15726967/Manual_Sobre_Justiciabilidad_de_Derechos_Sociales_para_Jueces_de_Ibeoram%C3%A9rica>

Farha Leilani, 2015, *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Asamblea General, NN.UU., Consejo de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2015 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/294/55/PDF/G1529455.pdf?OpenElement>>

- 2016, *La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado*, Septuagésimo primer período de sesiones, Asamblea General, NN.UU., 8 agosto 2016 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/253/05/PDF/N1625305.pdf?OpenElement>>

Galiana Saura, Ángeles, 2017, *La vivienda como objeto de estudio desde el derecho: la vivienda como derecho humano y la cátedra UNESCO sobre vivienda*, pp. 129-144, en Hábitat y Sociedad (ISSN 2173-125X), nº 10, noviembre de 2017, Universidad de Sevilla (rec. elec.).

García Espinar, Javier, s.f., *Tabla de Derechos Humanos 2.0. Cuadro de normas y mecanismos para la protección de los Derechos Humanos*, Fundación Acción Pro Derechos Humanos <<https://www.derechoshumanos.net/derechos/index.htm>>

García Macho, Ricardo, 2009, *Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad*, pp. 67-96, Revista catalana de Dret públic, núm. 38, 2009 <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2175/n38-garcia-es.pdf>>

Giddens, A., 2010, *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid.

González Pérez, J., 1985, *La dignidad de la persona en la Jurisprudencia constitucional*, pp. 133-148, en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, nº 62, ISSN 0210-4121, Madrid.

Guillén López, Enrique, 2018, *Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo*

de Derechos Humanos. una perspectiva de Derecho constitucional europeo, pp. 335-370, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, nº 42, 2018 <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23640/18964>>

Hamulák, Ondrej; Ramiro Troitiño, David Ramiro; Chochia, Archil, 2018, *La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos sociales*, pp. 167-186, en Estudios Constitucionales, Año 16, Nº 1, 2018, ISSN 07180195 Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v16n1/0718-5200-estconst-16-01-00167.pdf>>

Herreros López, Juan Manuel, 2011, *La justiciabilidad de los derechos sociales*, pp. 78-92, en LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales núm. 1/2011, julio-diciembre 2011 <<https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/2273/254-512-1-SM.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Kenna, Padraic, 2009, *El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)*, pp. 479-501, UNED. Revista de Derecho Político Nº 74, enero-abril 2009 <<http://e-spacio.uned.es/8080/fedora/get/bibliuned:DerechoPolitico-2009-74-10015/Documento.pdf>>

Kothari, Miloon, 2008, *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, NN.UU., A/HRC/7/16 13 de febrero de 2008 <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf?view=1>>

Kurlat Aimar, J. S., 2018, *La posibilidad de toda persona de disponer de una vivienda digna: un objetivo de valor constitucional en el derecho francés*, pp. 599-626, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLX, núm. 152, mayo-agosto de 2018 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6865501>>

Lasa López, Ainhoa, 2018, *Potencialidades del pilar europeo de derechos sociales en la praxis jurisprudencial del juez de Estrasburgo: entre la heterarquía vínculo social-vínculo económico y la disfuncionalidad*, pp. 609-631, UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, 2018 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800421>>



Lekie, Scott, 1992, *From Housing Needs to Housing Rights: an Analysis of the Right to Adequate Housing under International Human Rights Law*. The International Institute for Environment and Development (IIED), Londres <<https://pubs.iied.org/pdfs/7014IIED.pdf>>

Lefebvre, H., 1968, *El derecho a la ciudad*, Edicions 62, edic. de 1978, Barcelona.

Liñán Noguera, Diego J., 2013, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, por A. Mangas Martín, D. J. Liñán Noguera, 7ª edic., Edit. Tecnos, Madrid.

López Escudero, M., 2008, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, AA.VV., dir. A. Mangas Martín, coord. L. N. González Alonso, Fundación BBVA, Bilbao <https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf>

López Guerra, Luis, 2013, *El sistema europeo de protección de derechos humanos*, pp. 165-187, en *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, AA.VV., Coords. G. Rodrigo Bandeira, G. René Urueña, A. Torres Pérez, Red de Derechos Humanos y Educación Superior <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf>

- 2017, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y «le mouvement nécessaire des choses»*, pp. 163-188, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/objeto/461326>>

- 2018, *La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos*, pp. 111-130, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, 2018 <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23649/18973>>

Llanos Mansilla, Hugo, 2010, *Los derechos económicos, sociales y culturales, DESCs*, pp. 149-197, en *Ars Boni et Aequi*, ISSN 0718-2457, ISSN-e 0719-2568, Vol. 6, Nº. 1, 2010 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3257855>>

Mangas Martín, Araceli, 2013, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, por A. Mangas Martín, D. J. Liñán Noguera, 7ª edic., Edit. Tecnos, Madrid.

Martinón Quintero, Ruth, 2015, *Los derechos humanos en la unión europea. en especial, el problema de la adhesión de la unión*

al convenio europeo de derechos humanos, pp. 49-71, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · segundo semestre 2015: 28, ISSN 1699-1524.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, 2017, *El derecho constitucional a la vivienda*, pp. 1-7, *El Notario del Siglo XXI* – Revista, nº 74, Colegio Notarial de Madrid, Madrid <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-74/academia-matritense-del-notariado/7764-el-derecho-constitucional-a-la-vivienda>>

Mestre i Mestre, Ruth, 2016, *La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 113-132 en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, Nº 33 (2016) <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/8249/8034>>

Montesinos Padilla, Carmen, 2011, *Reformas de los sistemas español y europeo de garantía y tutela multinivel de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18695/TFM_MEADH_Carmen_Montesinos_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- 2016, *El recurso de revisión como cauce de ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: pasado, presente y futuro*, pp. 98-113, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº. 10, abril-septiembre 2016, ISSN 2253-6655 <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3051>>

- 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. Mª Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Moralo Aragüete, Manuel, 2011, *Lecciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Cáceres <<http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Morand-Deville, Jacqueline, 2009, *Actualité du droit de l'urbanisme en France: les finalités environnementales et sociales*, pp. 147-166, *Revista catalana de Dret públic*, núm. 38, 2009 <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2178/n38-morand-fr.pdf>>

Morte Gómez, Carmen, 2018, *Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del tribunal europeo de derechos humanos: una selección*, pp. 551-568 UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 42, 2018 <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6800424>>

Niño Estébanez, R., 2018, *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España: el procedimiento de revisión*, tesis doctoral, dir. I. Gutiérrez Gutiérrez, UNED, Madrid <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Rnino/NINO_ESTEBANEZ_Roberto_Tesis_.pdf>

Ollero, Andrés, 2012, *Los nuevos derechos*, pp. 49-62, en *Persona y Derecho*, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de derechos humanos, nº 66-67 / 2012/1-2, Universidad de Navarra, Pamplona <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/34993/1/Ollero%20%282012%29.pdf>>

Pallares Yabur, Pedro, 2013, *La justificación racional de los derechos humanos en los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, pp. 139-158, en *Persona y Derecho*, vol. 68 / 2013/1, Universidad de Navarra, Pamplona <<http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/35062/1/Pallares%20%282013%29.pdf>>

Pereira Sáez, Carolina, 2017, *Los nuevos derechos: ¿la clausura de un ciclo?*, pp. 93-114, en *Persona y Derecho*, vol. 75 / 2017/1, Universidad de Navarra, Pamplona <<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/8887/8255>>

Pérez Alberdi, Mª Reyes, 2011, *La jurisprudencia social del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 93-105, en *LEX SOCIAL-Revista de los Derechos Sociales* núm. 1/2011, julio-diciembre 2011 ISSN: 2174-6419 <

Pérez de los Cobos, F., 2016, *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español: una relación fructífera*, pp. 1-7, Ponencia, Conferencia internacional que, bajo el título "Los retos y perspectivas de la justicia constitucional contemporánea", San Petersburgo (Rusia), 17 de mayo de 2016 <<https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>>

Pisarello Prados, Gerardo, 2009, *El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales*, pp. 1-13, en Revista catalana de Dret públic, nº 38. Dret a l'habitatge, urbanisme i cohesió social <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/issue/view/139>>

Pittini, Alice, 2012, *Edilizia sociale nell'Unione Europea*, pp. 12-34, TECHNE 04 2012: ISSN online: 2239-0243, Firenze University Press <<http://fupress.net/index.php/techne/article/viewFile/11486/10976>>

Pleace, Nicholas; Culhane, Dennis; Granfelt, Riitta; Knutagård, Marcus; 2015, *The Finnish Homelessness Strategy. An International Review*, ISBN 978-952-11-4381-6 (PDF), Ministry of the Environment, Helsinki <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/153258/YMra_3en_2015.pdf?sequence=5>

Pleace, Nicholas, 2016, *Guía Housing First Europa*, con colabrs. múltiples <<https://housingfirsteurope.eu/assets/files/2016/11/Gui%CC%81a-Housing-First-Europa.pdf>>

Prieto Suárez, Ramón, 2008, *La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)*, pp. 355-365, en Revista Europea de Derechos Fundamentales, ISSN 1699-1524, Nº 11, primer semestre 2008.

Punset Blanco, R., 2017, *Derechos fundamentales y primacía del Derecho europeo antes y después del caso Melloni*, pp. 189-212, en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 39, 2017, Madrid <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/461326>>

Redondo Trigo, Francisco, 2017, *Crónica de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE sobre vencimiento anticipado e intereses moratorios*, pp. 1591-1615, en RCDI nº 761, Madrid.

Ripoll Carulla, Santiago, 2010, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, pp. 75-112, en Revista Europea de Derechos Fundamentales • ISSN 1699-1524 Núm. 15/1er Semestre 2010 <<http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/238/231>>.

Rodriguez de Barcelos, Andrea Beatriz, 2018, *Los derechos sociales fundamentales frente a los argumentos económicos*,

trabajo de fin de máster, tut. F. J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III, Madrid <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26425/TFM_MEADH_AndreaBeatriz_Rodrigues%20Barcelos_2018.pdf>

Rolnik, Raquel, 2012, *El derecho a una vivienda adecuada*, Informe presentado por el Secretario General de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Naciones Unidas A/67/286, 10 agosto 2012 <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286_sp.pdf>

Roman, Diane, 2014, *La jurisprudence sociale des Cours constitutionnelles en Europe : vers une jurisprudence de crise ?*, <<https://www.cairn.info/revue-les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-2014-4-page-63.htm>>

Salcedo Bertrán, Carmen, 2019, *Retos y compromisos internacionales para la consolidación del Estado social y democrático de derecho en España*, pp. 498-540, en Lex Social, vol. 9, núm. 1 (2019) <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6915853>>

Salvador Martínez, María, 2011, *Lecciones básicas de Derecho e Instituciones de la Unión Europea*, AA.VV., coord. José Ángel Camisón Yagüe, (Manuales UEX, ISSN 1135-870-X; 76) ISBN 978-84-7723-948-2, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Cáceres <<http://dehesa.unex.es/bitstream/handle/10662/3134/978-84-7723-948-2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Serrano de Nicolás, Ángel, 2014, *La sentència de la Sala primera del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de març de 2013 (assumpte C-415-11, M. A. versus Catalunya-caixa): la seva ona expansiva en el nostre sistema hipotecari actual*, pp. 119-134, en Revista Catalana de Dret Privat, vol. 14 (2014), Barcelona.

- 2014a, *La Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*, pp. 93-98, en La Notaria, 2014, 1, Barcelona.

Sigüenza López, Julio, 2016, *Ejecución de sentencias del TEDH: la revisión no es la mejor solución*, pp. 373-388, en Los recursos en el proceso civil. Continuidad y reforma,

AA.VV., dirs. R. Bellido Penadés, M. Ortell Ramos, Dykinson, Madrid (r.e.).

Simón Moreno, Héctor, 2019, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la constitucionalización del Derecho privado: ¿una nueva vía para proteger el derecho a la vivienda?*, RCDI nº 771, Madrid.

Steck, Christoph; Fabra, Andrea ; Felguera, Eusebio; Menéndez, Fernando; López-Barajas, Gonzalo; Shipp, Jonny; Villa, Paloma; y Carretero, Raquel. 2018, *Manifiesto por un Nuevo Pacto Digital*, Telefónica, Madrid <https://www.telefonica.com/manifiesto-digital/assets/manifiesto_por_un_nuevo_pacto_digital.pdf>

Sugranyes, Ana; Mathivet, Charlotte, 2011, *Ciudades para tod@s Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias*, AA.VV., Ana Sugranyes Charlotte Mathivet Editoras, 2ª edición, Habitat International Coalition (HIC), Chile <<http://www.hic-gs.org/content/Cuidades%20para%20todos%20HIC-2011.pdf>>

Tena, Rodrigo, 2016, *La inclusión de nuevos derechos sociales en la Constitución (especialmente el 'derecho' a la vivienda): ventajas e inconvenientes*, pp. 1-4, Revista El Notario del Siglo XXI – nº 65, ENERO - FEBRERO 2016, Colegio Notarial de Madrid, Madrid <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-65/6088-la-inclusion-de-nuevos-derechos-sociales-en-la-constitucion-especialmente-el-derecho-a-la-vivienda-ventajas-e-inconvenientes>>

Terrádez Salom, Daría, 2014, *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*, tesis doctoral, dir. Luis Jimena Quesada, Facultad de Derecho, Universitat de València, Valencia <<https://core.ac.uk/download/pdf/71024067.pdf>>

- 2019, *Lucha contra la exclusión social y la pobreza. La necesaria ratificación de la Carta Social Europea revisada y su protocolo sobre reclamaciones colectivas en España*, pp. 379-393, en Lex Social, vol. 9, núm. 1 (2019) <https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3989>

Torralbo, José; Bercial, Carlos; Revuelta, Mercedes; Rubio Gil, Javier; López Ruiz, Mercedes; Alonso Ibáñez, Sonia; Andújar, Mario; Izquierdo Rodríguez, Adolfo, 2018, *Grupo de Trabajo de la Coordinadora de Vivienda de Madrid sobre Medidas Cautelares*, Madrid, <<https://observatoridesc.org/es/>>



guia-para-medidas-cautelares-ante-comi-
te-desc>

Torres Pérez, A., 2013, *El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en España*, pp. 417-433, en Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual, AA.VV., Coords. G. Rodrigo Bandeira, G. René Urueña, A. Torres Pérez, Red de Derechos Humanos y Educación Superior <https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/PMDH_Manual.pdf>

Trilla Bellart, Carme, 2009, *La Ley del derecho a la vivienda: aspectos más destacados*, pp. 1-12, en Revista catalana de Dret públic, núm. 38, 2009, Barcelona <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/2176/n38-trilla-es.pdf>>

Trujillo, Isabel, 2015, *Estado de derecho y práctica de los derechos humanos*, pp. 161-180, en Persona y Derecho, vol. 73 / 2015/2, Universidad de Navarra, Pamplona <<https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/6964/7245>>

Vázquez Garranzo, Javier, 2018, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, AA.VV., dir. L. M^a Cazorla Prieto, coord. A. Palomar Olmeda, Edit. Aranzadi, Navarra.

Villarroya, Anna, 2019, *Indicadores de vivienda*, pp. 9-16, en Vivienda: ¿derecho o mercado?, Observatorio social de "la Caixa", dossier nº 7, junio 2019, Fundación Bancaria "la Caixa", Barcelona (rec. elec.)>

NOTAS

- (1) Estudio terminado el 02.10.2019.
- (2) La necesidad de "alojamiento" también se presenta en los pueblos nómadas. En estos casos, la arquitectura del alojamiento es portátil, minimalista e intemporal. La arquitectura nómada se refiere a hogares en movimiento y refleja los valores de la itinerancia, la temporalidad, la estacionalidad. (N. Boullousa, 2012).
- (3) Informe: *El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda*. Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General NN.UU., 15 de enero de 2019, A/HRC/40/61.

- (4) En España, en la estadística de ejecuciones hipotecarias y lanzamientos del CGPJ, debe tenerse en cuenta que no distingue entre vivienda habitual y otros bienes inmuebles. Las *ejecuciones hipotecarias*, presentadas por el TSJ, han alcanzado un acumulado de 752.668 actuaciones en los últimos once años, a un ritmo medio de 68.424 al año. La última cifra disponible de 2018 alcanza un total de 27.483 ejecuciones hipotecarias, que representan un descenso del 8,7% en relación con el año anterior. Respecto al número de lanzamientos, recibidos por el TSJ, han alcanzado en los últimos once años 657.070 actuaciones. La cifra de lanzamientos correspondiente al año 2018 es de 72.023, un 3,3% superior a la cifra del año anterior. Los *lanzamientos* practicados por los juzgados de primera instancia, como consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos, han sido durante el año 2018 un total de 37.284 (*Observatorio de vivienda y suelo*. Boletín anual 2018, Ministerio de Fomento, Madrid, 2019: 73.) [Nota informativa añadida]. v., asimismo, *VIII Informe Foessa* (2019: 108), según el cual salir de la crisis no es cambiar el desahucio por impago de la hipoteca por el desahucio por impago del alquiler, sino "poder descansar en una vivienda digna"; Informe: *Els desnonaments del 2008-2017 Una vulneració greu dels drets humans que no s'atura*. Sitio: ObservatoriDESC.org.
- (5) "A/HRC/25/31, párr. 2; véase también A/63/275, párrs. 48 a 67". [Nota a p.p. del Informe].
- (6) A. Giddens (2010: 535-536).
- (7) V. autores varios en el monográfico dedicado a la gentrificación y el derecho a la ciudad, en la revista: *Papers nº 60*, junio 2018, Institut d'Estudis Regionals i Metropolitans de Barcelona, Barcelona (2018).
- (8) La paternidad de esta expresión se halla en la obra "*Le droit à la ville*" (1968) de Henry Lefebvre. Este autor concibe el derecho a la ciudad no como un simple derecho de visita o de retorno a las ciudades tradicionales, sino como un derecho a la vida o entorno urbano, transformado, renovado. En el *Foro Social Mundial* de Porto Alegre en 2001 se intentó reunir reivindicaciones sobre vivienda y medio ambiente válidas para todo el planeta y se formuló una *Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad* basada en los preceptos de "solidaridad, libertad, igualdad, dignidad y justicia social". Estos trabajos han continuado por medio de reuniones de ONGs internacionales (*Habitat International Coalition*) (L. Costes, 2011; A. Sugranyes, Ch. Mathivel, eds., 2011; Á. Galiana Saura, 2017: 129-144). El artículo 31 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) prevé expresamente sobre el "derecho a la ciudad".

- (9) *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/34/51 (NN.UU., 18 enero 2017).
- (10) La autora citada es Relatora especial de NN.UU.
- (11) *Manual para Parlamentarios nº 26*, Unión Interparlamentaria (UI) y las Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), UI, ISBN 978-92-9142-676-8 (UIP), Ginebra, 2016, que se citará como MPP, 2016.
- (12) Énfasis añadido (é.a.)
- (13) *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, NN.UU., Serie de Capacitación Profesional Nº 12, Nueva York y Ginebra, 2004, en adelante, MDESC, Nº 12 (2004). Sobre el PIDESC, v., a.e., H. Llanos Mansilla (2010: 149-197).
- (14) Además, el artículo 16.I prevé que: "Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación."
- (15) También alude a la vivienda, el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH).
- (16) Por ejemplo, Recomendación Nº 115 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la vivienda de los trabajadores (1961, sec. II, párr. 2; sec. III, párr. 8.2 b); sec. VI, párr. 19; y Sugerencias acerca de los métodos de aplicación, sec. I, párr. 5); Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (1969, parte II, art. 10); Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975, art. 9); Declaración de Vancouver sobre los asentamientos humanos (1976, sec. III.8 y cap. II.A3) y la Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales (1978, art. 9.2). V., a.e., N. Espejo Jacsik (2009: 2017 y ss.).
- (17) DOUE (2016/C 202/02.)
- (18) Por otro lado, incidentalmente, el artículo 26 referido a las órdenes religiosas preveía que pudieran poseer bienes que "se destinen a su vivienda...". En el Fuero de los Españoles (1945) y Fuero del Trabajo (1938), se disponía que el Estado debe facilitar el acceso al "hogar familiar" y la "heredad" de la tierra.
- (19) R.D. Leg. 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.
- (20) F. Elorriaga de Bonis (1995: 33).
- (21) M. A. Aparicio Pérez (2013: 28).

- (22) Comité Europeo de Derechos Sociales, *European Roma and Travellers Forum v. France*, reclamación núm. 64/2011, decisión sobre el fondo, 24 de enero de 2012, párr. 126, y *Conference of European Churches (CEC) v. Netherlands*, reclamación núm. 90/2013, 21 de enero de 2013 (L. Farha, 2016: 21); *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, Sr. Miloon Kothari, NN.UU., A/HRC/7/16 13 de febrero de 2008, y su adición, misión a España (A/HRC/7/16/Add.2 7 de febrero de 2008).
- (23) Informe DVAD (2010): MPP (2016); Informes realizados por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre una vivienda adecuada y por el Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Tribunal Penal Internacional-Hábitat), sitio: *Annual Reports - Adequate housing*, Alto Comisionado de las NN.UU. sobre DD.HH.
- (24) V. Informes: *Le politiche abitative*, Cámara de los diputados, Servicio de Estudios, 12 marzo 2012 (rec. elec.); *HOUSING SOCIALE Stato attuale in Italia e nei principali Paesi europei*, CDP Cassa Depositi e Prestitti, Turin, 2017 (rec. elec.).
- (25) Un precedente histórico sobre el derecho a la vivienda se halla en el artículo 155 de la Constitución alemana de Weimar (1919).
- (26) A. Copette (2016).
- (27) N. Pleace et al. (2015).
- (28) "V., Marie-Arlette Carlotti (2016); J. Morand-Devillier (2009); J. S. Kurlat Aimar (2018: 599-626).
- (29) A. Pittini (2012: 21-34); J. Bosch, C. Trilla, (2019).
- (30) V. sitio: https://www.hud.gov/topics/rental_assistance/phprog
- (31) M. Cuenca Casas (2012).
- (32) B. Aláez Corral (2011: 56-67).
- (33) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. El pacto ha sido ratificado por 173 países, entre ellos, España (NN.UU., c. 28.09.2019).
- (34) C. Pereira Sáez (2017: 96-97).
- (35) Scott Leckie (1992: 10).
- (36) El pacto ha sido ratificado por 170 países (sitio NN.UU., c. 28.09.2019).
- (37) VIII Informe Foessa (2019: 43-46).
- (38) T. H. Marshall, «Citizenship and Social Class», en Marshall, T. H., y Bottomore, T. (eds.), *Citizenship and Social Class*, Londres, Pluto Press, 1992, p.7, cit. por P. Kenna (2009: 482).
- (39) A. Copette (2016: 21).
- (40) "La cita ahora obligada es la de Alexi, R.; por ejemplo, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *Rechtstheorie*, 18 (1987), p. 407." [Nota a p.p. del autor citado].
- (41) Los coeficientes porcentuales entre países (UE-15), oscilan entre el 15,8 en Irlanda, al 33,9 % en Francia. V. *Informe Económico-Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 2019*, Tomo III, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid (2019: 441 y ss.). Los porcentajes de participación del sector público en el PIB son muy superiores a los indicados ya que una parte más o menos relevante del gasto público se dedica a otras necesidades (obras públicas, defensa, orden público y seguridad, agricultura, acción exterior, actividades recreativas, cultura y religión, servicio de la deuda pública, servicios públicos generales). En España (datos del año 2018), el porcentaje de gasto público total ascendió aprox. al 41,3 % del PIB lo que representa un gasto de 10.643 € por habitante. Las definiciones utilizadas en el ámbito interno o internacional para medir el concepto de protección social pueden diferir según las partidas que se incluyan dentro del mismo, por ej., inclusión o no de los gastos de salud y educación V. asim. *Informe sobre la clasificación funcional del gasto público. 2013-2017* (COFOG, Ministerio de Hacienda, Madrid, s.f.); *Government expenditure on social protection*, sitio Eurostat. (*Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019*, 2017: 226-227; 438-439).
- (42) A. Lasa López (2018: 609 y ss.).
- (43) V. *Declaración Deusto Derechos Humanos en Entornos Digitales* (Universidad de Deusto, 2018); *Manifiesto por un Nuevo Pacto Digital* (Ch. Steck et al., 2018); *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, de J. P. Barlow (Davos, 8 febrero 1996); *The Signal Code* (Harvard Humanitarian Initiative, 2017); J. Bustamante Donas (2010: 80-89). A. Cortina (2019).
- (44) Victor Abramovich y Christian Courtis (2001); J. L. Cascajo Castro (2009); A. B. Rodrigues de Barcelos (2018).
- (45) Diane Roman (2014); J. M. Herreros López (2011); A. Lasa López (2018).
- (46) Con la adhesión al Convenio por el Estado español en 2 de mayo 1972 (BOE 13 junio 1980).
- (47) MDESC Nº 12: 8.
- (48) OG Nº 10 sobre *La función de las instituciones nacionales de derechos humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales* (19º período de sesiones, 1998).
- (49) V. sitio de la UE sobre esta Agencia. En 2007, la Comisión Europea pidió a la FRA que elaborase un informe sobre las condiciones de vivienda de los *Roma* y los *Travellers* en la UE que se tradujo con la publicación en el año 2009 de varios informes sobre esta cuestión.
- (50) Informe nacional presentado por el Estado español de conformidad con el párrafo 15 a) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra, 3-14 mayo 2010). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Res. Asamblea General NN.UU., 60/147, 16 diciembre 2005).
- (51) V., asim., DTC 1/2004, de 13 diciembre.
- (52) Por ejemplo, "Entender que el derecho a la inviolabilidad de domicilio debe incluir la protección contra graves y persistentes episodios de contaminación acústica (Casos *López Ostra* y *Moreno Gómez*, STC 150/2011, con un muy significativo voto particular al respecto del Magistrado Manuel Aragón Reyes) mientras que se descarta la reagrupación familiar (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, par. 52) como parte del concepto de intimidación domiciliaria. (STC 186/2013)" [Nota a p.p. del autor citado]. V., asim. A. Torres Pérez (2013: 418-425); R. Punset Blanco (2017: 189-212).
- (53) En el mismo sentido, v. STC 128/2016, de 7 julio, FFJJ 2 y 3.
- (54) MDESC (2004: 10 y ss.); N. Espejo Yaksic (2009: 31 y ss.); MPP (2016: 33-43).
- (55) V. Comité DESC, Observación general Nº 14 (en adelante CDESC, OG Nº 14): "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", E.C./12/2000/4, 11 de agosto de 2000; Observación general Nº 15: "El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", E.C./12/2002/11, 20 de enero de 2003. Con anterioridad, el Comité había hecho uso de las categorías obligacionales de respeto, garantía y realización. V. Observación general Nº 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada", E.C./12/1999/5, 12 de mayo de 1999.
- (56) CDESC, OG Nº 14, ep. 33.
- (57) "Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete



a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. ..."

- (58) Por ej., *Homelessness etc.* (Scotland) Act 2003; Ley francesa de 5 de marzo de 2007, sobre el "derecho oponible a la vivienda; asunto *Grootboom* (*The Government of the Republic of South Africa*) c. *Irene Grootboom y otros*, CCT 11/00 (21-09-2000).
- (59) N. Espejo Yaksic (2009: 36-37).
- (60) *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Folleto informativo nº 33, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, 2009, en adelante MDH (2009).
- (61) *El derecho a una vivienda adecuada*, nº 21 (rev.), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Suiza, en adelante, Informe DVAD (2010).
- (62) V. Comunicaciones 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015 (ep. 11.1) y 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 20 junio 2017 (ep. 12.7).
- (63) Véase observación general núm. 4 (1992) del Comité sobre el derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1 del Pacto), párr. 1.
- (64) *Ibid.*, párrs. 7 y 9
- (65) *Ibid.*, párr. 7.
- (66) *Ibid.*, párr. 12.
- (67) *Ibid.*, párr 17.
- (68) MDH (2009: 45-49). Sobre la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales en el plano interno y el artículo 24.1 CE, v. Salud de Aguilar Gualda, Adriana García Corral y Pablo García Cerezo (2017: 7-61).
- (69) En lengua inglesa, *Universal Periodic Review* (UPR). La documentación por país puede consultarse en el sitio: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>
En el caso español, v., a.e., Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, 10 nov. 2014, A/HRC/WG.6/21/ESP/1, Consejo de Derechos Humanos Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal 21º período de sesiones 19-30 de enero de 2015.
- (70) *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, CDESC, E/C.12/ESP/CO/6, Consejo Económico y Social, NN.UU (25 abril 2018). En la doctrina, v. J. C. Benito Sánchez (2019: 579-603).
- (71) Por ejemplo, según se expone más adelante con más detalle, en materia de arrendamientos urbanos, desahucios, protección de deudores hipotecarios y pobreza energética. V., asim., nuevo Plan de Vivienda 2018-2021 (RD 106/2018, de 9 de marzo) que mantiene los programas de ayudas a las necesidades sociales actuales y promueve, como ya lo hizo el anterior Plan 2013-2017, la política de subvenciones sociales al alquiler y el fomento del alquiler. Entre los objetivos estratégicos de la Agenda se halla el innovar el marco legislativo estatal para regular, mediante una Ley de Vivienda, el derecho constitucional a acceder a una vivienda digna y adecuada, y la promulgación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- (72) En lengua inglesa, CDESCR.
- (73) El Protocolo Facultativo del PIDESC, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, fue firmado el 24 septiembre 2009 y aprobado y ratificado por el Estado español el 9 de julio 2010 (BOE 25 febrero 2013).
- (74) V. Decisión adoptada por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del PIDESC, respecto de la comunicación núm. 9/2015, aprobada el 1 de marzo 2019 (E/C.12/65/D/9/2015, 25.03.2019). Asunto; *I. E. Makinen Pankka y T. Fernández Pérez* (representados por su Letrada) c. *España*
- (75) Sobre la posibilidad de accionar por daños patrimoniales contra el Estado a partir de los dictámenes del CDESC, v. en relación con los dictámenes del Comité de la CEDAW, la STS (CA) Sec. 4, de 17 junio 2018, que condena al Estado español por incumplimiento de las obligaciones de los artículos 2 a), b), c), d) y f), 5 a), (prohibición de discriminación contra la mujer) y 16, párrafo 1 d) (igualdad de derechos y responsabilidades como progenitores) (Comunic. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015. Asunto *I.D.G. c. España*). Tanto el CEDAW como el PIDESC se refieren al "compromiso" en seguir con todos los medios adecuados las respectivas previsiones convencionales. Posiblemente, la diferencia más relevante en relación con el derecho a la vivienda, se halle en que los derechos de igualdad y a la no discriminación forman parte de los derechos fundamentales protegidos por la CE, mientras que el derecho a la vivienda tiene el carácter de principio rector. V. J. C. Benito Sánchez (2019).
- (76) Comunic. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 13 octubre 2015. Asunto *I.D.G.* (representada por sus letrados) c. *España*.
- (77) Comunic. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 20.06.2017.
- (78) O asto. *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili* (representados por su letrado) c. *España*.
- (79) Observación general núm. 4, párr. 8c). Véase también párr. 13.
- (80) En especial, la norma ha introducido dos modificaciones del procedimiento de desahucio de vivienda: "La primera, especifica que deberá fijarse por el órgano judicial el día y la hora exactos de los lanzamientos. La segunda, introduciendo el trámite de comunicación a los servicios sociales y, cuando afecte a hogares vulnerables, estableciendo que la determinación de la situación de vulnerabilidad producirá la suspensión del procedimiento hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas por un plazo máximo de un mes, o de tres meses cuando el demandante sea persona jurídica. De esta forma se clarifica el procedimiento, introduciendo mayor seguridad jurídica y medidas específicas para atender a aquellas situaciones que demanden una mayor protección social" (ep. II Preámbulo). Con todo, el reducido parque de vivienda pública limita la eficacia práctica esta regulación. V., asim., *Estrategia Nacional Integral para Personas Sin Hogar 2015-2020*, Consejo de Ministros, 6 noviembre 2015, Madrid; J. C. Benito Sánchez (2019: 601-602).
- (81) España es, junto con Chile y Malta (datos de 2017), el país de la OCDE con menor porcentaje de gasto público destinado a subvenciones en materia de vivienda, con un 0,01 % del PIB. Contrasta este porcentaje con los de otros países de nuestro entorno, como el Reino Unido (1,41 % del PIB), Francia (0,83 %); Alemania (0,59 %) o Suecia (0,45 %) V. Informe *Agenda Urbana Española 2019*, Ministerio de Fomento, Madrid (2019: 35); A. Arriba, G. Rodríguez Cabrero (2018).
- (82) Asimismo, con aceptación del desistimiento parcial del Abogado del Estado respecto de la impugnación promovida contra los artículos 2.2, 5 (apartados 1 a 4 y 9) y 7 y las disposiciones transitoria segunda y final tercera de la Ley.
- (83) Comunicación de *B. S. Martínez Fernández* (representado por su Letrado) c. *España*.
- (84) La doctrina critica el automatismo de la nueva regulación porque: omite la exigencia de "un juicio de razonabilidad y proporcionalidad" judicial, y no recoge "la posibilidad de que el demandado se oponga a este con base en la posible vulneración de su derecho a la vivienda o de otros derechos humanos", lo que podría dar lugar a soluciones específicas (J. C. Benito Sánchez, 2019: 600). Por

otra parte, la realidad social parece evidenciar la *limitada eficacia práctica* de la nueva norma para hacer frente a la indefensión de los pequeños propietarios ante la usurpación o allanamiento de sus viviendas y los múltiples abusos impunes, el lucro cesante, los daños patrimoniales que deben soportar, las dilaciones, y la falta de medios de los órganos jurisdiccionales (v. *La Vanguardia*, Suplemento Vivir, pp. 1-2, 18.09.2019).

(85) Con el voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

(86) J. Torralbo *et al.* (2018).

(87) El CEDH fue ratificado por España el 24 noviembre de 1977 (BOE 10-10-19979) con entrada en vigor el 4 de octubre de 1979. V. asim., Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; el protocolo adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952, y el protocolo número 6, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983 (BOE 6-05-1999); e Instrumento de Ratificación del Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº 46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963 (BOE 13-10-2009).

(88) El autor citado (2016: 2) señala que: "Desde un punto de vista meramente cuantitativo, se ha traducido en cerca de ochocientas sentencias del Tribunal Constitucional, que de forma expresa se han inspirado en la doctrina de Estrasburgo. Los datos son singularmente llamativos en la jurisprudencia dictada en recursos de amparo, en la que, según los estudios disponibles, en torno al sesenta por ciento de nuestras sentencias contienen referencias europeas. La más ponderada valoración cualitativa, por su parte, arroja datos no menos impresionantes: derechos tan relevantes como el de igualdad ante la ley y no discriminación (art. 14 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), la libertad de expresión (art. 20. 1 CE), el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), el derecho de defensa (art. 24.2 CE) o el de presunción de inocencia (art. 24.2 CE), han sido configurados por

nuestra doctrina siguiendo las pautas de Estrasburgo".

(89) V., *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Cortes Generales, Serie A, Actividades Parlamentarias, 9 de febrero de 2018, Nº 173 con aprobación por el Pleno del Congreso en 10 mayo 2018, y del Pleno del Senado en 18 junio 2018.

(90) Por otro lado, el Protocolo 16 ha introducido la posibilidad de que los más altos órganos judiciales de los Estados pidan al Tribunal, con ocasión de litigios planteados ante ellos, una opinión consultiva sobre la interpretación que debe darse a un mandato del Convenio. Con notables diferencias, esta fórmula ofrece cierta similitud con la cuestión prejudicial (art. 246 TFUE) y parece constituir "una manifestación de la tendencia apuntada hacia una «constitucionalización» del Tribunal" (L. López Guerra, 2018: 128).

(91) C. Morte Gómez (2018: 552); M^a Reyes Pérez Alberdi (2011: 93).

(92) B. Aláez Corral (2011: 45-46); A. Copette (2016: 17-20).

(93) V. Principios generales del TEDH sobre la interpretación del artículo 2 CEDH en *asto. İlbeyi kemaloğlu y Meriye Kemaloğlu vs. Turquía*, nº 19986/06, 10 abril 2012, eps.32-39.

(94) "98. The Court does not, however, accept the argument that, because statistically the number of Gypsies is greater than the number of places available on authorised Gypsy sites, the decision not to allow the applicant Gypsy family to occupy land where they wished in order to install their caravan in itself, and without more, constituted a violation of Article 8. This would be tantamount to imposing on the United Kingdom, as on all the other Contracting States, an obligation by virtue of Article 8 to make available to the Gypsy community an adequate number of suitably equipped sites. The Court is not convinced, despite the undoubted evolution that has taken place in both international law, as evidenced by the framework convention, and domestic legislations in regard to protection of minorities, that Article 8 can be interpreted as implying for States such a far-reaching positive obligation of general social policy (see paragraphs 93-94 above)".

"99. It is important to recall that Article 8 does not in terms recognise a right to be provided with a home. Nor does any of the jurisprudence of the Court acknowledge such a right. While it is clearly desirable that every human being have a place where he or she can live in dignity and which he or she can call home, there are unfortunately in the Contracting States many persons

who have no home. Whether the State provides funds to enable everyone to have a home is a matter for political not judicial decision."

(95) Con la misma doctrina, v. asts. nº 25154/94, 24882/94, 25289/94 y 24876/94, *Coster, Beard, Lee y Jane Smith vs. Reino Unido*, respect.; v., asim. asuntos *Ward c. Reino Unido*, (dec.), nº 31888/03, 9 noviembre 2004, y *Codona c. Reino Unido*, dec., nº485/05, 7 febrero 2006.

(96) *Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos Derecho a un proceso equitativo*. Parte civil. Consejo de Europa-Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013).

(97) V. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence* (actualizada a 30.04. 2019), Council of Europe/European Court of Human Rights, 2019.

(98) V. también decisiones astos. *Botta c. Italia*, nº 21439/93, 24 febrero 1998, *O'Rourke c. Reino Unido*, nº 39022/97, 26 junio 2001, (26.06.2001). citados por la FRA en el Informe *Condiciones de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), Luxemburgo (octubre 2009) (r.e.).

(99) Informe: *Condiciones de vivienda de los Roma y los Travellers en la Unión Europea*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), Luxemburgo (octubre 2009) (r.e.).

(100) R. M. Mestre i Mestre (2016: 113-132).

(101) Modificado por el TEDH en 4 julio 2015, 16 enero 2012 y 14 enero 2013.

(102) El *leading case* se halla en la STEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 julio de 1989.

(103) L. López Guerra (2013: 174-175)

(104) R. Niño Estébanez (2018: 52).

(105) Según el autor citado. "En rigor el CEDH exige su ejecución no exactamente un sistema para su ejecución, aunque el Consejo de Ministros ha aprobado resoluciones en este sentido. Cfr. por ejemplo, la Recomendación (2000)2, del Comité de Ministros. Montesinos Padilla da cuenta de diferentes Resoluciones en las que el Comité de Ministros expresa su preocupación ante la incomparecencia de un procedimiento específico en España. Cfr. «El recurso de revisión...», op. cit., p. 110, nota a pie n.º 15." [Nota a p. p.].

(106) R. Niño Estébanez (2018: 52; 161 y ss.); J. Sigüenza López (2016: 378); A. Torres Pérez (2013: 425-430); C. Montesinos Padilla (2011:



- 157-164: 2016: 98 y ss.); S. Ripoll Carulla (2010).
- (107) Con las modificaciones legales concordantes con lo previsto en dicha reforma, en los órdenes jurisdiccionales: civil (art. 510 LEC); penal (art. 954 LECr.), contencioso-administrativo (art. 102 LJCA) y militar (art. 328 LO Procesal Militar).
- (108) La sentencia que resuelve la revisión, sea en sentido estimatorio como desestimatorio, es firme en Derecho y contra ella no cabe interponer recurso alguno, pero el demandante podrá promover un recurso excepcional de nulidad de actuaciones o interponer un recurso de amparo ante el TC, e incluso, el asunto podría llegar de nuevo al TEDH (R. Niño Estébanez, 2018: 286; 169 y ss.).
- (109) Sigüenza López propone, p. ej., incluir un nuevo motivo de nulidad de actuaciones pese a haber recaído sentencia firme (arts. 238 y 241 LOPJ) o incluso mejor, "regular un cauce específico en el que fuese el Tribunal Supremo el que decidiese, a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto y de lo dispuesto por el TEDH, si procede la reapertura de los procesos cuestionados y, en su caso, el reenvío de las actuaciones a los órganos jurisdiccionales ante los que se produjo la violación denunciada para que procedan a realizarlas debidamente y con todas las garantías"; v. asim. R. Niño Estébanez, 2018: 208 y ss.); C. Montesinos Padilla (2016: 109-110).
- (110) Auto (S. Quinta), 23 de febrero de 2016, apdos. 23 y 25.
- (111) V. Declaración nº 1, relativa a la CDFUE (DOUE, 7.6.2016, C 202/337).
- (112) "P. Cruz Villalón, «The 'added value' of the Charter in relation to the ECHR», en «Igualdad y democracia. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla», Valencia, 2014, pp. 209-214" [Nota a p.p. del autor citado].
Como advierte P. Cruz Villalón (2012: 5) en la esfera europea-comunitaria existen tres sistemas diferentes de protección de los derechos humanos: "el internacional (Estrasburgo); el supranacional (Luxemburgo); y el nacional -Madrid- en el caso español".
- (113) V., asim., R. Niño Estébanez (2018: 55-74).
- (114) M. Moralo Aragüete (2011: 132).
- (115) "Sarmiento, op. cit, p. 398" [Nota a p.p. del autor citado].
- (116) "Caso Foto-Frost (314/85, EU: C: 1987:452)" [Nota a p.p. del autor citado].
- (117) R. Bustos Gisbert (2017, pp. 333-359); D. J. Liñán Noguera (2013: 269 y ss.; 437 y ss.); M. Moralo Aragüete (2011: 119 y ss.).
- (118) Con el voto particular discrepante del Magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.
- (119) *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*. En la doctrina, v., a.e., Á. Serrano de Nicolás (2014: 119-143).
- (120) Texto rectificado mediante auto de 1 de febrero de 2017.
- (121) V. STS, Pleno, 11 septiembre 2019 que tiene en cuenta los criterios facilitados por el TJUE (STJUE de 26 marzo 2019 y autos de 3 julio de 2019), para determinar si es posible la subsistencia del contrato y cuáles son los efectos derivados de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios.
- (122) Al cierre de este trabajo, se halla pendiente de resolución la cuestión prej. del asunto C-125/18 *Marc Gómez del Moral Guasch c. Bankia*, relativa a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE en relación con la aplicación a un contrato de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, que fija el tipo de interés variable del préstamo tomando como valor de referencia uno de los índices de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) (V. Conclusiones del Abogado General Sr. MACIEJ SZPUNAR, de 10 de septiembre de 2019).
En otros países, también se suscitan cuestiones prejudiciales varias sobre dicha Directiva; por ej., S. 26 junio 2019, *Addiko Bank*, (Eslovenia), S. 8ª, C-407/18 (imposibilidad de examen de cláusulas abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria de la vivienda de un consumidor y su familia).
- (123) Por otra parte: "no siendo aplicable al caso de estos autos el Derecho comunitario "ni ratione loci ni ratione materiae" -Auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala octava) de 16 de abril de 2008-, no puede entenderse procedente el planteamiento de la cuestión prejudicial, de suerte que su omisión no puede generar indefensión ni vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías -art. 24.1 y 2 CE- (STC Pleno, 78/2010, FJ 5).
- (124) H. Simón Moreno (2019: 161 y ss.).
- (125) Sobre la incidencia de las resoluciones del TJUE en las sentencias recientes del TS, v. J. Mª Blanco y R. Blázquez (2019: 1632-1650); F. Redondo Trigo (2017: 1591-1615).
- (126) Para una recopilación de las normas legales estatales referentes a la vivienda, v. *Código de la Vivienda del Estado*, BOE, actualizado a 30 abril 2019.
- (127) Sobre esta Directiva, v., a.e., Á. Serrano de Nicolás (2014a); E. Arroyo Amayuelas (2017); A. Quesada Páez (2017).
- (128) La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. Hasta la fecha la han ratificado 34 países. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación. En Consejo de Ministros (1 febrero 2019) se aprobó un Acuerdo de remisión a las Cortes Generales de la CSE revisada y se autorizó la manifestación del consentimiento de España para obligarse. V., *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Cortes Generales, Serie A, 15 de febrero de 2019 Núm. 267, Autorización de Tratados y Convenios Internacionales, 110/000104 (CD).
Entre tanto, España debe aplicar la CSE de 1961 (firmada en 27 abril 1978 y ratificada en 6 mayo 1980); los protocolos adicionales de 1988 y 1991 también fueron firmados y ratificados (v. *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consejo de Europa, 7ª edición actualizada al 1 enero 2015 y sitio: <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/signatures-ratifications>).
- (129) D. Terrádez Salom (2014; 2019).
- (130) V. *29e rapport sur la mise en œuvre de la Charte sociale européenne soumis par le Gouvernement de l'Espagne*, RAP/Cha/ESP/29(2017) (rec. elec.); C. Salcedo Bertrán (2019: 498-540); D. Terrádez Salom (2019).
- (131) "Artículo 13. *Derecho a la asistencia social y médica*
Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes se comprometen:
1. a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado;
2. a velar por que las personas que se benefician de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales;
3. a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar;
4. a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953."

(132) *Charte sociale européenne Recueil de textes*, Consejo de Europa (2015: 340).

(133) Por lo que se refiere al “Ámbito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas” y el artículo 31, véase apartados 1, 2 y 3 del Anexo.

En la doctrina, v. R. Prieto Suárez (2008); Jean-Michel Belorgey (2007); Robin R. Churchill, Urfan Khaliq (2004).

(134) V., a.e.: Decisión de la Comisión de activar el artículo 7, apartado 1, del TUE en relación con la situación en Polonia (Parlamento Europeo, P8_TA(2018)0055) y Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de marzo de 2018, sobre la decisión de la Comisión de activar el artículo 7, apartado 1, del TUE en relación con la situación en Polonia (2018/2541(RSP). Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7,

apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL) (Parlamento Europeo, P8_TA(2018)0340). En relación con la vivienda en dicho país, v. apartado 73 de la Resolución.

(135) V. *The protection of fundamental rights in the EU: European Parliament achievements during the 2014-2019 legislative term and challenges for the future*, redac por Ottavio Marzocchi (Parlamento Europeo, abril 2019).

(136) O. Hamulák *et al.* (2018: 167 y ss.).

(137) J.Á. Camisón Yagüe (2011: 60).

(138) V., asim, Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (2007/C 303/02); auto TJUE, 16 julio 2015, asunto C-539/14, § 49; y STC 32/2019, Pleno, de 28 de febrero, FJ 6).

(139) J.Á. Camisón Yagüe (2011: 60).

(140) M^a Salvador Martínez (2011: 221 y ss.).

(141) No obstante, una queja presentada por una persona que carezca de nacionalidad o residencia puede llegar a ser investigada ya que el Tratado también permite al Defensor del Pueblo actuar por iniciativa propia (M^a Salvador Martínez, 2011: 224).

(142) D. F. Diamandouros (2013: 369-370), Defensor del Pueblo Europeo entre 2003 y 2013; J. Á. Camisón Yagüe (2011: 64).

(143) V. STJUE (GS), 16 julio 2015, petición prejudicial, en asunto referente a la instalación de los contadores eléctricos en los postes del tendido eléctrico aéreo a una altura de seis a siete metros, en barrios urbanos poblados principalmente por personas de origen gitano.

El tiempo en los arrendamientos urbanos: ¿qué pasa si es indefinido e indeterminado?

Enrique Peruga Pérez (*)
Abogado

1. Introducción: un nuevo caso de ClinHab

Los lectores de esta revista ya conocen la Clínica Jurídica de Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial de la Universidad de Barcelona (ClinHab) ⁽¹⁾, porque ya antes sus páginas han dado a conocer algún dictamen elaborado por profesores y estudiantes en prácticas en dicha clínica ⁽²⁾. Yo también realicé allí mis prácticas externas en el período 2016-2018 (primero como estudiante de Grado y, posteriormente, como alumno de Máster) y por ello me propongo explicar -y desarrollar con algo más de detalle- una consulta en la que participé, a propósito de la validez de la cláusula de duración indefinida contenida en un contrato de arrendamiento de vivienda.

1.1. Un arrendamiento por tiempo indefinido: ¿es válido?

El caso es el siguiente: una propietaria deseaba arrendar un piso a través de la bolsa de alquileres de una Oficina Local de Vivienda de una comarca catalana, pero su marido, antiguo titular de la vivienda, ya la había arrendado en el año 1993 por “*tiempo indefinido*”, sin concretar en absoluto plazo alguno de duración, ni tiempo determinado, ni forma de determinarlo. Dicha Oficina preguntaba si eso era posible. Se trataba, pues, de saber si la cláusula “por tiempo indefinido” era válida y en caso de que no lo



fuese, cuáles debían ser las consecuencias de dicha invalidez.

Conviene señalar aquí que el contrato que nos ocupa era un formulario tipo y no un contrato modelo o un contrato redactado *ad hoc*, con todas las implicaciones que ello conlleva. La parquedad y simplicidad sintáctica de los términos contenidos en el texto del formulario tipo limitan la interpretación del clausulado del contrato y su subsunción en el campo de aplicación de una norma o una corriente jurisprudencial concreta, como veremos más adelante.

1.2. Algunos datos de interés para resolver el caso

En primer lugar, hemos de reseñar que el contrato fue firmado por los actuales arrendatarios y por el entonces propietario el 1 de enero de 1993, por lo que de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, la ley aplicable a dicho arrendamiento era la LAU 1964, que originalmente contemplaba la prórroga forzosa a favor del arrendatario. No obstante, también resulta de aplicación al contrato que nos ocupa el

artículo 9º del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, que precisamente eliminaba la institución de la prórroga forzosa.

Para responder a la cuestión es preciso tener en cuenta la normativa que regía el contrato en el momento de concluirlo, puesto que en materia de arrendamientos urbanos la legislación ha experimentado importantes cambios hasta la fecha. Además, debemos diferenciar la hipótesis del pacto indefinido de aquella otra en la que ni siquiera existe pacto, caso, este último, en el que podría deducirse que la duración es indeterminada.

Antes de entrar en la resolución del caso concreto, conviene, pues, explicar –ni que sea someramente– el contenido de toda esa regulación.

2. La consideración de la duración del contrato en las distintas leyes especiales arrendaticias

2.1. La prórroga forzosa como instrumento legislativo de política social ante la escasez de vivienda (1920-1985)

La LAU 1964, promulgada mediante el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos ⁽³⁾ no fijaba un plazo mínimo ni máximo de duración de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas y sólo preveía la prórroga forzosa a instancia del arrendatario (art. 57 LAU). La prórroga era una institución de *ius cogens* que distintas normas sectoriales ya habían reconocido con anterioridad desde la promulgación del Real Decreto de 21 de junio de 1920, destinado al establecimiento de nuevas medidas para dar respuesta a la carestía de viviendas ⁽⁴⁾.

Según el art. 57 LAU 1964, el contrato de arrendamiento, después de cumplido el plazo de duración inicialmente fijado, debía prorrogarse de manera obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario; esto es, el arrendador de la finca urbana estaba obligado a ceder la posesión de la misma al arrendatario por tiempo indefinido, a voluntad suya, aunque se hubiere pactado un plazo inferior.

Además, la LAU 1964 preveía la subrogación forzosa de los familiares más cercanos,



con un límite de dos subrogaciones (arts. 57, 58 y 59 LAU 1964), y siempre y cuando la persona subrogada hubiese convivido con el arrendatario en la vivienda alquilada durante los dos años anteriores a su fallecimiento.

Esta prórroga forzosa sólo quedaba exceptuada si concurría alguna de las circunstancias contempladas en el Capítulo VIII (arts. 62-94 LAU 1964) o alguna de las causas de resolución contenidas en el Capítulo XI del mismo cuerpo legal (arts. 114-118 LAU 1964). De entre las primeras, cabe destacar la necesidad del propio arrendador de recuperar la vivienda para ocuparla él mismo o para que la ocupen sus descendientes (arts. 62.1º y 63 en relación con el art. 114.11 LAU 1964), una excepción que –en distintos términos– aún encontramos en el art. 9.3 de la LAU vigente, que permite que el arrendador, una vez ha transcurrido un año de contrato, comunique al arrendatario que tiene necesidad de recuperar la posesión del inmueble arrendado para que él mismo o sus familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad la empleen como vivienda permanente, o incluso para que pueda utilizarla su cónyuge en caso de que medie sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial ⁽⁵⁾.

2.2. Una nueva política económica: la supresión de la prórroga forzosa (1985)

El 30 de abril de 1985 el Ejecutivo socialista encabezado por Felipe González promulgó, durante la II Legislatura, el RDL 2/1985, sobre medidas de política económica ⁽⁶⁾, co-

múnmente conocido como “Decreto Boyer” por el apellido del Ministro de Economía y Hacienda que lo impulsó. Concretamente, según la Exposición de Motivos del mencionado Real Decreto-Ley, el objetivo de la supresión de la prórroga forzosa era fomentar la construcción de viviendas y locales destinados a alquiler, así como aumentar el número de operaciones en el mercado de los arrendamientos urbanos. Dicha medida se adoptó, junto con otras muchas (deducciones en la cuota del Impuesto de Sociedades, introducción de la libertad de horarios para la apertura y cierre de locales comerciales, reducción de los costes de constitución de sociedades, etc.) con vistas a estimular el consumo privado, la inversión e impulsar las operaciones del sector de la construcción; todo ello para hacer frente a la profunda desaceleración de la que daban muestra los mercados internacionales a mediados de la década de los 80.

El art. 9º del Decreto Boyer suprimió el régimen de prórroga forzosa y propugnó la libertad de pactos en lo relativo a la duración del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de lo previsto por el art. 1566 CC para la tácita reconducción y remarcando que los contratos perfeccionados con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto Boyer continuarían sujetos a las prescripciones de los arts. 57 y ss. de la LAU 1964 (art. 9º en relación con la DT única). Es decir que, a partir de entonces, existieron dos tipos de alquileres: los perfeccionados durante la vigencia de la LAU 1964 (y por tanto, sujetos a prórroga forzosa *ex lege*) y los perfeccionados tras la entrada en vigor del Decreto Boyer, a



los que no resulta aplicable la prórroga forzosa por ministerio de ley.

No obstante, como bien señala FAJARDO FERNÁNDEZ ⁽⁷⁾, la cuestión no resultó tan sencilla, pues lo cierto es que buena parte de los contratos de arrendamiento concluidos bajo la vigencia del Decreto Boyer contenían en su clausulado un pacto de prórroga forzosa convencional, entendido éste como el acuerdo mediante el cual el arrendatario disponía de la facultad de prorrogar potestativamente el contrato, sin que el arrendador pudiera oponerse a ello, pues así se había obligado.

La inclusión de tales cláusulas se debió a una variedad de motivos. En algunos casos sí que respondía efectivamente a la verdadera voluntad de los contratantes, pero en otros era el resultado de ciertas inercias, como el arrastre de las cláusulas de estilo, el uso de formularios tipo (como en el caso que nos ocupa), o el desconocimiento acerca de la reforma legal operada por el RD-L 2/1985. Esta situación (localizada temporalmente entre la entrada en vigor del Decreto Boyer y la ulterior reforma de la LAU en 1994) será el origen de una doctrina jurisprudencial disímil, confusa y en muchas ocasiones contradictoria acerca de la validez y alcance de los pactos de prórroga forzosa convencional ⁽⁸⁾. En ello abundaremos más adelante.

2.3 El retorno de la prórroga forzosa *ex lege*, sujeta a (muchas) limitaciones (1994)

Con el mismo Gobierno socialista del PSOE, esta vez en la V Legislatura, se

promulgó la LAU 1994 ⁽⁹⁾, que supuso una modernización completa de la regulación, que ahora era menos compleja y menos extensa. Lo más destacable, en lo que ahora interesa, era la reintroducción de la prórroga forzosa (esta vez fuertemente reducida y sujeta a múltiples limitaciones). Según se recoge en el análisis que formuló VATTIER FUENZALIDA apenas pasado un año desde la entrada en vigor de la LAU 1994, y en línea con las afirmaciones asentadas por el legislador en la Exposición de Motivos de la LAU 1994, la nueva regulación buscaba sentar las bases para el equilibrio de las posiciones de arrendatario y arrendador y apuntaba a aumentar la oferta de arrendamientos en alquiler; todo ello con la intención de situar la figura del arrendamiento como piedra basilar de la política nacional de vivienda y como una alternativa viable a la adquisición de vivienda a través de un préstamo hipotecario ⁽¹⁰⁾.

Concretamente, el art. 9 LAU 1994 establecía un plazo mínimo de duración del contrato de arrendamiento y una prórroga legal forzosa, a voluntad del arrendatario, de hasta cinco años si el pacto había previsto una duración inferior y -adicionalmente- una "superprórroga" de tres años más.

Esa "superprórroga" trianual, contemplada en el artículo 10 de la LAU 1994, funcionaba del siguiente modo: si llegado el término de la prórroga legal mínima de 5 años ni el arrendador ni el arrendatario manifestaban su voluntad de poner fin al arrendamiento, el contrato se prorrogaba

anualmente hasta un máximo de 3 años, que resultaban potestativos para el arrendatario (que podía poner fin al arrendamiento preavisando a la propiedad con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades) y obligatorios para el arrendador ⁽¹¹⁾.

Con el mismo Gobierno socialista del PSOE, esta vez en la V Legislatura, se promulgó la LAU 1994, que supuso una modernización completa de la regulación, que ahora era menos compleja y menos extensa

En total, pues, el contrato tenía una duración legal mínima de 5 años, eventualmente ampliables hasta un total de 8 años.

2.4. A vueltas con la prórroga forzosa *ex lege*, sujeta a (muchas más) limitaciones (2013)

En 2012, y en el marco de la crisis económica iniciada en 2008, el Instituto Nacional de Estadística (INE) publicó un estudio en el que se hacía constar que tan sólo 1,8 millones de viviendas en España estaban sujetas a un contrato de arrendamiento, mientras que cerca de 3 millones de viviendas permanecían completamente desocupadas. Ese fue uno de los motivos que llevaron al Gobierno de Mariano Rajoy a impulsar una nueva reforma de la LAU 1994, cuyo objetivo último era flexibilizar el mercado de alquiler a través del ofrecimiento de mayores garantías a los propietarios. En este sentido, algunos autores, como PÉREZ CONESA, remarcaban la necesidad de enfocar la acción del legislador a mejorar la confianza de los propietarios en la regulación arrendaticia, no sólo mediante la modificación de los plazos mínimos de duración del arrendamiento, sino también a través de otros medios, como la mejora de la celeridad de los juzgados en la resolución de casos y procurando establecer procedimientos de desahucio más ágiles y dinámicos; sin dejar de procurar por ello la debida protección de los arrendatarios ⁽¹²⁾.

Dicha reforma se materializó, finalmente, a través de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que modificó la redacción de los arts. 9 y 10 LAU

1994, estableciendo un nuevo y acortado plazo mínimo de duración, ahora de 3 años. Por su parte, la “superprórroga” del art. 10 pasaba a ser tan sólo de un año, siempre y cuando el arrendador no la impidiese. Es decir, que, a través de esta reforma, la duración mínima del arrendamiento de vivienda se redujo a la mitad, en comparación con la duración que establecía la redacción primitiva de la LAU 1994.

No procederemos a continuación a explicar las posteriores reformas de la LAU, por no tener éstas influencia práctica sobre el caso a resolver. Si el lector desea leer una breve reseña sobre las modificaciones operadas sobre la legislación de arrendamientos urbanos durante los años 2018 y 2019, ésta puede ser hallada en el epílogo del presente artículo.

3. La tácita reconducción en el Código civil

La aplicación del Código Civil español en materia de arrendamientos de fincas urbanas (arts. 1580-1582 CC) queda desplazada por la aplicación preferente de la regulación especial arrendaticia (LAU), en virtud del principio *lex specialis derogat legi generali* y por ser esta más protectora para el arrendatario. Sin embargo, sí que se aplica a estos arrendamientos la institución de la tácita reconducción, recogida en los artículos 1566, 1577 y 1581 del CC. En concreto, el tenor literal del art. 1566 CC establece que:

“Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento”

Por su parte, el artículo 1581 CC dispone lo siguiente:

“Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario (...)”

De la interpretación conjunta de ambos preceptos se infiere que, una vez extinguido el arrendamiento sin posibilidad de que se apliquen las prórrogas legales, el contrato se “renueva”. Efectivamente, si el arrendatario permanece disfrutando durante quince días del inmueble arrendado sin que el arrendador se oponga, el arrendamiento se



entiende renovado de año en año si el precio total de la renta se pactó en cómputo anual, de mes en mes si esa renta se pactó en cómputo mensual, o incluso de día en día, si la renta se devengase diariamente. En el caso de que el lector no esté familiarizado sobre el particular funcionamiento de la tácita reconducción y quiera saber más, en el epílogo de este artículo hallará un caso ejemplificativo que pretende contribuir a despejar sus dudas ⁽¹³⁾.

Es importante destacar que la tácita reconducción no es una prórroga del contrato, sino que da lugar a un contrato distinto, a diferencia de las prórrogas legales previstas en los artículos 9 y 10 LAU 1994. Así lo viene confirmando de manera constante y desde antiguo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha reiterado que la prórroga contractual supone una continuación del contrato en su integridad, mientras que la tácita reconducción comporta una novación contractual de la que surge un contrato nuevo y distinto del anterior (lo podemos ver, por ejemplo, en las SSTs 20 de noviembre de 1909, 15 de diciembre de 1953 y 26 de octubre de 1964 ⁽¹⁴⁾).

4. El tiempo en los contratos de arrendamiento de vivienda en los que no se pacta un plazo de duración

4.1. La invalidez de la cláusula de duración indefinida al amparo del Código Civil

Antes de entrar en materia, es preciso tener en cuenta la importancia del tiempo

tiene en la vida y efectividad de las obligaciones contractuales. Resulta evidente que aunque los artículos 1091 y 1255 CC consagren el principio de libertad de pactos, los principios generales del Derecho nos obligan a aquilatar que el concepto de obligación, en su acepción actual, ha de ser por naturaleza de carácter esencialmente temporal. Esta evolución del concepto de obligación responde fundamentalmente a la voluntad de evitar el establecimiento de negocios jurídicos que, debido a su configuración, perpetúen en exceso o *ad infinitum* su duración en el tiempo.

En línea con dichas afirmaciones, podemos aseverar que el contrato de arrendamiento es un negocio jurídico de naturaleza temporal, por ser el “*tiempo determinado*” un elemento capital de todo arrendamiento (art. 1543 CC). Díez-PICAZO, cuando reflexiona acerca de cuál puede ser la finalidad intrínseca que motivó al legislador a introducir la noción de “*tiempo determinado*” en el antedicho precepto, apunta a que quizá se pretendía evitar que los contratos de cesión de uso y disfrute se configuraran a perpetuidad, dejando así de ser arrendamientos en sentido estricto para convertirse en censos enfitéuticos (arts. 1605, 1608 y 1628 y ss. CC); o que, alternatively, se deseaba hacer hincapié en que el consentimiento contractual otorgado por las partes debía recaer concreta y forzosamente sobre la duración del uso y el goce que se entrega al arrendatario, de manera que sin esa concreción no existiese contrato válido. No obstante, finalmente Díez-PICAZO descarta esa última tesis, al constatar que la jurisprudencia



dencia mayoritaria prefiere integrar el contrato que declararlo íntegramente nulo por falta de un elemento esencial del mismo ⁽¹⁵⁾.

La corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo que predica la temporalidad como piedra angular del contrato de arrendamiento se ha mantenido estable a lo largo de las últimas décadas. Así, según RODRÍGUEZ GIL ⁽¹⁶⁾, las STS de 21 de mayo de 1958, de 20 de febrero de 1960, de 19 de enero de 1979 y de 7 de junio de 1979 ya *esencializaban* el requisito de la temporalidad, declarando incompatible con el concepto de arrendamiento el término indefinido. Las resoluciones más recientes continúan manteniendo ese criterio jurisprudencial: baste citar, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) núm. 490/2009, de 22 de junio.

4.2. ¿Y si la cláusula por la que se establece una duración indefinida es nula, qué sucede? Vías de integración utilizadas por la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Supremo y vías propuestas por la doctrina

No obstante, no se han disipado en su totalidad las dudas acerca de si la nulidad de la cláusula de duración indefinida conduce necesariamente a la nulidad de todo el contrato o si puede ser objeto de interpretación, con el fin de preservar la validez del mismo. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido diversas interpretaciones.

El Tribunal Supremo sólo ha apreciado la nulidad de la totalidad del contrato como consecuencia de la inserción de una cláusula de duración indefinida en muy escasas ocasiones. Como ya hemos dicho, la mayoría de pronunciamientos prefieren esforzarse en integrar la cláusula nula, salvaguardando así la integridad del negocio jurídico al amparo del canon hermenéutico cristalizado en el principio de conservación de los contratos ⁽¹⁷⁾. De la misma opinión es CARRASCO PERERA, que afirma que la nulidad de la prórroga indefinida no ha de comportar la nulidad del contrato, sino que simplemente significa que el arrendador no resultará obligado por ese pacto de duración indefinida ⁽¹⁸⁾.

Veamos entonces qué vías de integración contractual nos ofrecen tanto la legislación aplicable como la doctrina y la jurisprudencia.

4.2.1. Primera posibilidad: el pacto de duración indefinida equivale a pactar la sumisión al régimen de prórroga forzosa si éste es suficientemente explícito y concreto

La jurisprudencia (ya desde 1993) ha fallado en múltiples ocasiones a favor de considerar como válidos los pactos de prórroga forzosa indefinida suscritos por arrendador y arrendatario desde la entrada en vigor del Decreto Boyer en adelante (es decir, una vez quedó derogada la prórroga indefinida forzosa *ex lege* contemplada en la LAU 1964),

siempre y cuando esos acuerdos sean lo suficientemente claros y explícitos ⁽¹⁹⁾.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia se colige que la mayoría de ocasiones en que el Tribunal se ha pronunciado acerca de la validez de los pactos de prórroga forzosa ha sido porque el arrendatario ha intentado argüir en sede judicial que la cláusula en la que se establece mera y simplemente una “duración indefinida” del contrato de arrendamiento equivale a suscribir un pacto de prórroga forzosa. Y es precisamente esa equiparación la que no tolera el Tribunal Supremo.

Por ejemplo, podemos traer a colación la ya anteriormente citada STS 490/2009, de 22 de junio (RJ/2009/3412), en la que se dirime un caso en que las partes establecieron un plazo de duración indefinido.

Por ejemplo, podemos traer a colación la ya anteriormente citada STS 490/2009, de 22 de junio (RJ/2009/3412), en la que se dirime un caso en que las partes establecieron un plazo de duración indefinido. En dicha resolución, el TS determina que tras la entrada en vigor del Decreto Boyer no resulta de aplicación a los nuevos contratos la renovación temporal automática que por imperativo legal regulaba el art. 57 de la LAU 1964; pero esto no excluye que las partes puedan sujetarse voluntariamente al referido régimen de prórroga forzosa en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el art. 1255 CC. Así cabe deducirlo tanto de la antedicha resolución como también de la STS 741/2010, de 22 de noviembre (RJ/2011/568):

“Pese a ello nada impide, en principio, que si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985 [Decreto Boyer] puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU 1964.”

Ese pacto, empero, deberá ser expreso, inequívoco, meridiano y transparente. No resulta válido, pues, señalar parcamente la mera indefinición temporal del arrenda-



miento para entender que los contratantes se someten *motu proprio* al estatuto de la prórroga forzosa. Así lo afirma, entre otras ⁽²⁰⁾, la relativamente reciente STS núm. 204/2013, de 20 de marzo, que casa la resolución dictada en apelación, puesto que el criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Barcelona contravenía la jurisprudencia mayoritaria del Supremo en esta materia.

La SAP Barcelona (Sección 4ª) de 11 de noviembre de 2009, en la resolución casada, entendía que la inclusión del término “*indefinido*” en los contratos de arrendamiento sujetos al Decreto Boyer equivalía a la sujeción de estos al régimen de la prórroga forzosa. El Supremo estimó el recurso de casación basándose en la doctrina jurisprudencial asentada en anteriores ocasiones; afirmando que el alcance que debe darse a la expresión “*tiempo indefinido*” no puede ser equivalente al acogimiento del régimen de prórroga forzosa del artículo 57 LAU 1964, por requerir dicho pacto de una deducción inequívoca que se desprenda del articulado del contrato.

Un caso claro en el que el TS acogió la validez de la prórroga forzosa suscrita por las partes es el plasmado en la STS (Sala Primera), núm. 611/2013, de 16 de octubre, relativa a un contrato de arrendamiento de local de negocio perfeccionado el 8 de abril de 1988, y sujeto por tanto a las disposiciones de la LAU 1964 matizadas por el art. 9 del Decreto Boyer, que eliminaba la prórroga forzosa por ministerio de ley

Un caso claro en el que el TS acogió la validez de la prórroga forzosa suscrita por las partes es el plasmado en la STS (Sala Primera), núm. 611/2013, de 16 de octubre, relativa a un contrato de arrendamiento de local de negocio perfeccionado el 8 de abril de 1988, y sujeto por tanto a las disposiciones de la LAU 1964 matizadas por el art. 9 del Decreto Boyer, que eliminaba la prórroga forzosa por ministerio de ley. En la mencionada resolución, el Tribunal Supremo concluye que la literalidad del pacto alcanzado por las partes no permite sino dilucidar que éstas querían someterse libre y voluntariamente al pacto de prórroga forzosa en los términos previstos en la LAU 1964, a pesar de que el art. 57 y concordantes de dicha ley ya no estaban



en vigor. No obstante, y según pone de manifiesto FAJARDO FERNÁNDEZ ⁽²¹⁾, en el ámbito de los arrendamientos de local de negocio dicha corriente jurisprudencial ha quedado ya superada, inclinándose el Tribunal Supremo por integrar la cláusula mediante las DT Segunda y Tercera LAU 1994 y negando que pueda permitirse la aplicación de una prórroga forzosa de efectos potencialmente perpetuos (*vid.* SSTs núm. 137/2015, de 12 de marzo y núm. 324/2015, de 8 de junio).

4.2.2. Segunda posibilidad: el pacto válido de duración indefinida debe integrarse, equiparándose al plazo máximo previsto para el usufructo constituido a favor de personas jurídicas

Parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina, en cambio, por integrar la cláusula de duración indefinida mediante la aplicación analógica del plazo que fija el artículo 515 CC para el derecho real de usufructo constituido a favor de personas jurídicas. En ese sentido se pronuncia la STS 582/2009, de 9 de septiembre (RJ/2009/4585) y, en casos muy similares, las STSS 444/2010, de 14 de julio (RJ/2010/3907) y de 14 de noviembre de 2012 [RJ 10434].

Siguiendo la estela de esta corriente jurisprudencial del Tribunal Supremo, para integrar las cláusulas de duración indefinida contenidas en contratos de arrendamiento para uso distinto de vivienda perfeccionados sobre inmuebles sitos en Cataluña, y en atención a los principios de territorialidad y preferencia del derecho civil catalán consa-

grados en los artículos 111-3 y 111-5 CCCat, deberíamos acudir a lo dispuesto por el art. 561-3.4 del Código Civil de Cataluña, estableciendo éste que “*El usufructo a favor de persona jurídica no se puede constituir por un plazo superior a noventa y nueve años. Si el título de constitución no establece otra cosa, se presume constituido por treinta años.*”

No obstante, antes de entrar a revisar lo que dice la jurisprudencia sobre este extremo, debemos precisar que estas resoluciones dirimen controversias surgidas en torno a cláusulas de duración indefinida en arrendamientos para uso distinto del de vivienda, por lo que apriorísticamente no resultarían de utilidad para colmar las lagunas interpretativas del clausulado del contrato en casos en que nos hallemos ante arrendamiento de vivienda.

Veamos, por ejemplo, el caso de la STS 582/2009 de 9 de septiembre. En éste, la arrendadora había alquilado varios locales de negocio a diversas sociedades mercantiles mediante sendos contratos de arrendamiento suscritos en fecha de 1 de diciembre de 1998, y sometidos, por tanto, a los preceptos de la LAU 1994. En cada uno de dichos contratos constaba una cláusula sobre duración con el siguiente tenor literal:

“El presente contrato entra en vigor hoy, fecha de su otorgamiento (1º de diciembre de 1998). La duración del mismo, libremente estipulada por las partes contratantes es de UN AÑO, prorrogable, potestativamente para la entidad arrendataria y obligatoriamente para la arrendadora, por periodos sucesivos de igual duración, lo que operará de forma



automática, sin que por tanto deba mediar para ello notificación de tipo alguno."

Como podemos observar, se trata de una cláusula detallada y expresa, de la que podemos extraer que la voluntad de los contratantes era someterse –en principio– a un pacto de duración indefinida. Así pues, se cumplirían los requisitos de concreción y claridad exigidos por la jurisprudencia del Supremo de los que hemos hablado en el apartado anterior.

Finalmente, e inspirándose en algunas soluciones propuestas por la doctrina, la Sala Primera llega a la conclusión de que, es necesario integrar la cláusula, y para ello resulta oportuno aplicar analógicamente el plazo de 30 años de duración máxima del usufructo constituido a favor de personas jurídicas previsto en el artículo 515 CC, concluyendo entonces que *"en el presente caso (...) el arrendador no puede dar por extinguidos en este momento unos contratos de arrendamiento sobre local de negocio celebrados el 1 de diciembre de 1998, pues se halla vinculado por la cláusula establecida sobre duración en cada uno de ellos por treinta años, esto es hasta la misma fecha del año 2028, lo que resulta además acorde con las exigencias de la buena fe y la contemplación de circunstancias tales como las expectativas de uso del arrendatario y las posibles inversiones realizadas (...)"*

Como bien pone de relieve FAJARDO FERNÁNDEZ, esta STS 582/2009, de 9 de septiembre es la primera resolución del Supremo que afirma al mismo tiempo que, aunque la prórroga convencional que figura en el contrato sin ningún límite temporal es válida, no resulta admisible

su prolongación indefinida, que debe ser corregida e integrada por los tribunales mediante la imposición de un límite temporal.

Por último, en nuestra opinión, no sería imposible argüir que la solución propuesta por el Tribunal Supremo en la STS 582/2009 de 9 de septiembre de 2009 y en las otras dos sentencias concordantes es extrapolable a arrendamientos de vivienda: en dicho caso, la cláusula debería ser colmada por el Juzgador de conformidad con lo dispuesto en el art. 561-3.3 CCCat, correspondiéndose el límite temporal máximo del arrendamiento con la duración máxima del usufructo constituido a favor de persona física sin determinación de un plazo concreto; es decir, que el arrendamiento se extinguiría con la muerte del arrendatario, y no antes. Sin embargo, no ha de perderse de vista que, al fin y al cabo, se trata de una interpretación algo forzada, puesto que se está aplicando analógicamente un plazo de duración previsto para un derecho real a una obligación de naturaleza contractual.

4.2.3. Contratos perfeccionados desde el 9 de mayo de 1985 hasta el 1 de enero de 1995: el pacto genérico de "duración indefinida" no equivale a la prórroga forzosa indefinida y es equiparable a la no fijación del plazo, de manera que procede la tática reconducción. La controversia acerca de la DT Primera LAU 1994

Algunas resoluciones de la jurisprudencia menor y del TS concluyen que la fijación

de una duración "indefinida" resulta equiparable a la no fijación del plazo, razón por la cual, antes de la entrada en vigor de la LAU 1994 y de su artículo 9.2, había de integrarse esa falta de un elemento esencial del arrendamiento a través de la aplicación de la tática reconducción ⁽²²⁾.

Por ejemplo, cabe mencionar aquí la ya citada STS 741/2010, de 22 de noviembre (RJ/2011/568). En este caso nos hallamos ante un contrato firmado el 1 de agosto de 1987 (y por tanto sometido al Decreto Boyer en lo relativo a la derogación de la prórroga forzosa *ex lege*), en el que encontramos una cláusula de "duración indefinida".

Aseverando que la cláusula de duración "indefinida" pactada por las partes no tiene naturaleza de pacto de acogimiento al régimen de prórroga forzosa de la LAU 1964 por carecer de la claridad y contundencia exigidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal, procede el Tribunal Supremo a integrar la falta de fijación de la duración del arrendamiento empleando en conjunción los artículos 1566 y 1581 CC así como la Disposición Transitoria Primera de la LAU 1994

Aseverando que la cláusula de duración "indefinida" pactada por las partes no tiene naturaleza de pacto de acogimiento al régimen de prórroga forzosa de la LAU 1964 por carecer de la claridad y contundencia exigidas por la jurisprudencia del Alto Tribunal, procede el Tribunal Supremo a integrar la falta de fijación de la duración del arrendamiento empleando en conjunción los artículos 1566 y 1581 CC así como la Disposición Transitoria Primera de la LAU 1994. Veamos cómo:

Afirma el TS que cuando arrendador y arrendatario se limitan a establecer una duración "por tiempo indefinido", en realidad no están señalando plazo ninguno. Por tanto, para determinar y dar certidumbre acerca de cuál ha de ser la duración del contrato, hemos de acudir a los artículos 1543, 1566 y 1581 del Código Civil, preceptos que *"tienen carácter de derecho supletorio de la legis-*

lación especial” pero que resultan de aplicación para integrar la laguna contractual. Así, habrá de estarse a lo que señala el 1581 CC, pasando luego a operar el mecanismo de la tácita reconducción según hemos explicado en el apartado 3 del presente texto.

No obstante, en el caso dirimido por el Tribunal Supremo concurre una circunstancia más que hemos de tener en cuenta: el contrato fue concertado bajo la vigencia del Decreto Boyer, pero en 2010 ya estaban vigentes las disposiciones de la LAU 1994, por lo que deberemos acudir a ver qué solución nos ofrece el derecho transitorio de la LAU 1994.

No obstante, en el caso dirimido por el Tribunal Supremo concurre una circunstancia más que hemos de tener en cuenta: el contrato fue concertado bajo la vigencia del Decreto Boyer, pero en 2010 ya estaban vigentes las disposiciones de la LAU 1994, por lo que deberemos acudir a ver qué solución nos ofrece el derecho transitorio de la LAU 1994

A estos efectos, la Disposición Transitoria (DT) Primera de la LAU 1994 (aplicable a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985) indica en su inciso primero que:

“1. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán rigiéndose por lo dispuesto en el artículo 9.º del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica (...).

Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de la disposición transitoria segunda.

La tácita reconducción prevista en el artículo 1.566 del Código Civil lo será por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9 de esta ley. El arrendamiento renovado se regirá por lo dispuesto en la presente ley para los arrendamientos de vivienda.”

Así pues, según la DT Primera LAU 1994 al contrato de autos le resultaba de aplica-



ción esa tácita reconducción “especial” de 3 años, pasando entonces a regirse el contrato por las disposiciones de la LAU 1994. Y es precisamente esa la solución que tanto el Juzgado de Primera Instancia, como la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo dan al caso litigioso dirimido en la STS 741/2010, de 22 de septiembre: el contrato fue renovándose continuamente vía la tácita reconducción “estándar” del 1581 CC desde el 1 de agosto de 1987 hasta el 1 de agosto de 1995, momento en que –ya vigente la LAU 1994– el arrendamiento queda renovado hasta el 1 de agosto de 1998 en aplicación de la DT Primera.

La Sentencia de Primera Instancia indicaba, además, que después de esa tácita reconducción trianual de carácter especial prevista en la DT Primera LAU 1994, si ninguna de las partes manifestaba su voluntad en contrario, el arrendamiento debía renovarse por otros tres años más (1 de agosto de 1998 – 1 de agosto de 2001). La preceptiva aplicación de esa prórroga trianual de la duración del contrato halla su fundamento en la tesis de que la tácita reconducción trianual de la DT Primera LAU 1994 venía a sustituir el plazo mínimo legal de 5 años previsto por el art. 9 LAU 1994, por lo que después de su extinción el contrato debía quedar sujeto a la “superprórroga” trianual del art. 10 de dicho texto normativo. Tal opción venía entonces avalada por la jurisprudencia (STS de 27 de junio de 1989 y SSAP Baleares de 25 de noviembre de 2002) y por parte de la doctrina ⁽²³⁾, pero fue posteriormente desechada por el Tribunal Supremo, como veremos a continuación.

Termina su razonamiento el Juzgador de Primera Instancia (ulteriormente, como hemos dicho, confirmado tanto en apelación como en casación) señalando que tras el fin del plazo de 3 años previsto en el artículo 10 LAU 1994 (es decir, desde el 1 de agosto de 2001 en adelante), el arrendamiento fue novándose en virtud del mecanismo de la tácita reconducción ex. arts. 1566 y 1581 CC.

Parte de la doctrina manifestó su oposición a la tesis de que tras la tácita reconducción trianual de la DT Primera LAU 1994 debiera aplicarse la “superprórroga” del art. 10 LAU o la tácita reconducción estándar del art. 1566 CC, afirmando que el tenor literal de dicha DT da pie a considerar que lo realmente procedente era aplicar el plazo mínimo legal de cinco años contemplado en el artículo 9 LAU 1994. En este sentido se pronunció GUILARTE GUTIÉRREZ ⁽²⁴⁾, afirmando que tras el fin de la tácita reconducción trianual, el arrendatario podía renovar unilateralmente el contrato anualmente otros dos años, hasta completarse el plazo mínimo de 5 años previsto en la redacción original del art. 9 LAU 1994.

No obstante, dicha hipótesis no ha sido compartida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en sus resoluciones más recientes descarta que después de la tácita reconducción trianual de la DT Primera deba resultar de aplicación el plazo mínimo previsto en los arts. 9 y 10 LAU 1994.

Así, entre otras, la STS núm. 246/2013, de 16 de abril, en la que se resuelve sobre



un contrato concertado el 1 de abril de 1986, una vez ya había entrado en vigor el Decreto Boyer. El arrendamiento se concertó por un plazo de tres años, por lo que el 1 de abril de 1989 el plazo ya había expirado y a partir de esa fecha el contrato entró en tácita reconducción ex. art. 1566 CC, sin que conste oposición de las partes durante los años siguientes. Llegado el 1 de enero de 1995 entró en vigor la LAU 1994, y debía de estarse a lo dispuesto en la DT Primera, que establecía esa tácita reconducción trianual de carácter especial. Los Magistrados afirman que el 1 de enero de 1998 se extinguió la tácita reconducción especial de la DT Primera, y que pasado dicho plazo no cabe sino aplicar la tácita reconducción estándar consagrada en los arts. 1566 y 1581 CC.

El Tribunal Supremo apuntala aquí su decisión sobre criterios de especialidad, y particularmente, al amparo del art. 4 CC, que impone *-sensu contrario-* que ha de estarse prioritariamente a las normas que contemplen un supuesto específico. Destaca la resolución que la DT Primera LAU 1994 contempla una regulación concreta sobre duración contractual para los contratos perfeccionados bajo el Decreto Boyer, y que si el legislador hubiese deseado la aplicación de una doble prórroga (la tácita reconducción especial trianual más el plazo mínimo del art. 9 o la superprórroga del art. 10 LAU 1994), así lo hubiera previsto expresamente ⁽²⁵⁾.

4.2.4. Contratos perfeccionados desde el 1 de enero de 1995 hasta la actualidad: la fijación genérica de un plazo de “duración indefinida” o de “tiempo indefinido” provocará que el contrato de arrendamiento dure un año, sin perjuicio de las prórrogas forzosas establecidas por la ley

El texto original de la LAU 1994 contemplaba en su artículo 9.2 una previsión que intentaba otorgar una solución preventiva a los casos en que las partes no fijasen con la debida claridad la duración del contrato de arrendamiento que suscribían, y la redacción de dicho precepto no ha sufrido cambio alguno hasta nuestros días. En concreto, el art. 9.2 LAU establece literalmente lo siguiente:

“Se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que no se haya estipulado plazo de duración o éste sea indeterminado, sin perjuicio del derecho de prórroga anual para el arrendatario, en los términos resultantes del apartado anterior.”

De la lectura del artículo se infiere, sin ningún género de duda, que aquellos contratos de arrendamiento sujetos al régimen de la LAU 1994 y que no contengan una cláusula en la que se establezca la duración del contrato (o de la cual pueda entenderse tácitamente que la voluntad de las partes ha sido pactar una determinada duración), se entenderán celebrados por un año.

Es cierto, lamentablemente, que el artículo 9.2 LAU 1994 no hace mención expresa de que la presunción resulte de aplicación también para aquellos casos en que se pacta un plazo de duración que las partes califican simplemente de “indefinido”. De hecho, sólo los avatares del destino quisieron que esto fuese así puesto que, como pone de manifiesto COLÁS ESCANDÓN, durante la tramitación de la LAU 1994 en el Congreso de los Diputados el grupo parlamentario de Esquerra Republicana de Cataluña (ERC) propuso una redacción más amplia del precepto, de manera que abarcase todas aquellas situaciones habituales en que se empleasen “*términos o expresiones iguales o similares a las de indeterminado, indefinido, o sujeto a prórroga forzosa*”; todo ello en “*aras de evitar distintas interpretaciones y el general confusionismo que vienen mercediendo por los Tribunales estas distintas interpretaciones, es conveniente consignarlas para cerrar definitivamente cualquier tipo de discusión*” ⁽²⁶⁾. Final-

mente, la enmienda no prosperó, pero ello no quita que el razonamiento de fondo de la propuesta sea correcto y que hubiera contribuido a aclarar la cuestión.

Sin embargo, la inidónea redacción que nos ha dejado el legislador puede y debe ser subsanada mediante la utilización de los criterios hermenéuticos correspondientes.

En este caso, debemos tener en cuenta que los tribunales se han inclinado en diversas ocasiones por considerar que establecer un plazo “indefinido” equivale a no establecer plazo alguno, lo que comporta que si el contrato llega a manos del Juzgador, éste se vea obligado a integrarlo por vía interpretativa y/o analógica (p.ej: STS 741/2010, de 22 de noviembre y SAP Baleares de 20 de abril de 2004). Justamente lo mismo que pretendían evitar las enmiendas propuestas en el Congreso, como hemos visto.

De la lectura del artículo se infiere, sin ningún género de duda, que aquellos contratos de arrendamiento sujetos al régimen de la LAU 1994 y que no contengan una cláusula en la que se establezca la duración del contrato (...), se entenderán celebrados por un año.

En este sentido, COLÁS ESCANDÓN, con cita de jurisprudencia del Supremo, concluye que la fijación de un plazo “indefinido” también puede ser integrada mediante la previsión del art. 9.2 LAU 1994, atribuyendo al arrendamiento de que se trate una duración de un año.

Cabe hacer hincapié en que COLÁS ESCANDÓN afirma que dado que los arrendamientos de vivienda están sujetos a la LAU 1994 (y más específicamente, a su título II, que es derecho cogente de conformidad con el art. 4 del mismo texto legal), que constituye legislación sectorial especial y por tanto es de aplicación preferente al Código Civil, por lo que todos aquellos arrendamientos de vivienda “*para los que no se hubiere fijado plazo*” se entenderán celebrados por un año. Es decir, considera que “*tiempo indefinido*” equivale a no fijación de plazo; conceptos que a priori no significan lo mismo pero que –como hemos visto– han sido tradicionalmente equiparados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Pero ello no es así para los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, ya que aunque también están regulados en la LAU 1994, su Título III no contempla para esta clase de arrendamientos un precepto de naturaleza análoga al art. 9.2. Así pues, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda en los que no se fije plazo o se fije uno indeterminado o “indefinido” deberán ser integrados por vía del art. 1581 CC, pasando a operar inmediatamente la tácita reconducción.

A pesar de todo, como hemos visto en el apartado 4.2.2, no es esta la solución que aplica el Tribunal Supremo, que prioriza la analogía con el usufructo otorgado a favor de persona jurídica. Cabe concluir, entonces, que en realidad el art. 1581 CC sólo servirá para solventar la no fijación de plazo o la fijación de plazo indeterminado/indefinido en aquellos casos en que el arrendatario que suscriba un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda sea una persona física.

5. La interpretación de la cláusula de tiempo indefinido en el contrato que llegó a ClinHab

Una vez expuestas todas las consideraciones jurídico-técnicas, volvamos ahora a las circunstancias del caso concreto que ha motivado la redacción de este artículo.

Recordemos que el arrendamiento objeto de la consulta fue perfeccionado por las partes el 1 de enero de 1993 y por lo tanto, fue celebrado mientras aún estaba en vigor el Decreto Boyer, que entró en vigor el 9 de mayo de 1985. Así pues, en origen el contrato estaba sometido a las normas de la LAU 1964 y al artículo 9 del Decreto Boyer, precepto que establecía que los contratos de arrendamiento tendrían “la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos”.

Empero, la consulta se presenta a mediados de 2018, cuando ya está en vigor la LAU 1994 modificada por sus subsiguientes reformas, por lo que habida cuenta de la particular configuración temporal del supuesto, deberemos estar atentos a lo dispuesto por el derecho transitorio, y más específicamente, a lo establecido en la DT Primera LAU 1994 sobre la que hemos hablado *ut supra* en el epígrafe 4.2.3 *in fine* y en vir-



tud de la cual los contratos perfeccionados bajo el Decreto Boyer que entrasen en tácita reconducción una vez iniciada la vigencia de la LAU 1994 serían prorrogados por tres años, en lugar de por el período anual/mensual/diario previsto en el art. 1581 CC.

En concreto, el texto literal del contrato que llegó a ClinHab reza lo siguiente en lo referente a la fijación del precio y de la duración del arrendamiento:

“Hemos contratado el arrendamiento del inmueble urbano que ha sido identificado encabezando este contrato, por tiempo de indefinido y precio de CIENTO NOVENTA Y DOS MIL pesetas cada año, pagaderas por meses anticipados, con las demás condiciones que se estamparán al dorso.”

Como puede verse, la cláusula es ciertamente parca a la hora de establecer cuál será la duración del contrato, al haber sido plasmado este sobre un formulario tipo, como ya hemos explicado al inicio de este artículo. Por tanto, no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para apreciar que la intención de las partes era la de acogerse convencionalmente a una prórroga forzosa equivalente a la contemplada en el artículo 57 LAU 1964, al carecer la mencionada cláusula de la concreción, claridad y contundencia necesarias. No se da ese pacto expreso, inequívoco, meritorio y transparente que requieren las resoluciones del Tribunal Supremo en la materia.

No estamos pues ante un pacto válido de duración indefinida, por lo que no cabría

solicitar su integración a través de la aplicación analógica del artículo 561-3.3 del Código Civil de Cataluña, relativo a la determinación del plazo de duración del derecho real de usufructo constituido a favor de persona física para el que no se ha fijado un plazo concreto.

Y, por último, no estamos tampoco ante un arrendamiento suscrito durante la vigencia de la LAU 1994, por lo que no cabe colmar la laguna temporal aplicando el art. 9.2 LAU 1994, que dispone que se entenderán celebrados por un año los arrendamientos para los que las partes no hayan estipulado un plazo de duración o éste sea indeterminado.

Teniendo en consideración las anteriores afirmaciones, sólo nos queda una vía que seguir: la hipótesis sostenida en el apartado 4.2.4 y apoyada por la más prolija jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por tanto, la falta de fijación de la duración concreta y determinada del arrendamiento deberá ser solventada en nuestro caso a través de la aplicación de la figura de la tácita reconducción (arts. 1566 y 1581 CC).

A la vista de la jurisprudencia y de la doctrina citadas en ese apartado 4.2.4 de este artículo, podemos contestar a la consultante que el arrendamiento perfeccionado por su marido y por los actuales inquilinos de la vivienda se concertó por un año y se renovó anualmente, pues el precio del arrendamiento se fijaba en cómputo anual para luego concretarse que sería pagadero por meses. Este último extremo ha sido amplia-



mente discutido por la doctrina y objeto de importantes oscilaciones en la jurisprudencia menor la cuestión de qué ocurría con la duración de la tácita reconducción cuando el contrato de arrendamiento contenía una cláusula de precio en la que se pactaba un precio global anual que luego se abona mensualmente, como viene siendo habitual en los usos del mercado inmobiliario. ¿Qué criterio ha de tenerse en cuenta para determinar la extensión en el tiempo del contrato nacido de la tácita reconducción: ¿el mensual, o el anual?

Pues bien, afortunadamente, la reciente STS (Sala Primera) núm. 530/2018, de 26 de septiembre, ha esclarecido definitivamente esa duda. En esencia, dicha resolución reconoce que las Audiencias Provinciales han resuelto de modo disímil este problema, prefiriendo algunas seguir el plazo en que efectivamente se pagaba la renta (SAP Santa Cruz de Tenerife de 18 de abril de 2007 y SAP Guadalajara de 20 de julio de 2007, entre otras), mientras que otro sector se inclinaba por basarse en el plazo de fijación global de la renta (p.ej. SAP Madrid –Sección 14ª– de 19 de enero de 1998, SAP Santa Cruz de Tenerife –Sección 4ª– de 23 de septiembre de 2002, SAP Sevilla –Sección 2ª– de 27 de febrero de 2009, SAP Barcelona –Sección 13ª– de 12 de julio de 2011 y SAP Barcelona –Sección 4ª– de 18 de junio de 2012). Ante dicha disparidad de criterios, el Tribunal Supremo decide uniformizar el criterio interpretativo del 1581 CC y, en pocas palabras, viene a decir que no es lógico entender que el mero fraccionamiento mensual de una renta fijada anualmente determine que la

duración del contrato es mensual. Sin duda, la doctrina jurisprudencial que asienta esta resolución tendrá importantes repercusiones en el ámbito de los arrendamientos urbanos, y resultará ampliamente beneficiosa para los intereses de los arrendatarios, que podrán acogerse a un período de tácita reconducción más largo que antaño.

Siguiendo con los razonamientos anteriores, en nuestro caso, cada año que pasó tras la firma del contrato nacía un nuevo contrato distinto del anterior pero que recaía sobre la misma vivienda. Así, podemos afirmar que la tácita reconducción se produjo el 1 de enero de 1994, un año después de la firma del contrato, y que esta volvió a producirse el 1 de enero de 1995. No obstante, esa segunda tácita reconducción acaecida el 1 de enero de 1995 estaba sujeta a lo dispuesto por la DT Primera de la LAU 1994 (en tanto dicha ley entró en vigor precisamente el 1 de enero de 1995); por lo que entró en juego el plazo de tácita reconducción trianual de la DT Primera LAU 1994, renovándose *ipso iure* el arrendamiento hasta el 1 de enero de 1998.

No ha lugar a argüir que llegado el 1 de enero de 1998 y extinguido el plazo especial de tácita reconducción trianual debían entrar en juego el plazo mínimo del art. 9 LAU 1994 o la “superprórroga” del art. 10 LAU 1994. Como ya hemos dicho anteriormente, así lo disponen –entre otras– la antes citada STS núm. 246/2013, de 16 de abril y algunas resoluciones de la jurisprudencia menor, como la SAP Barcelona (Sección 13ª), núm. 157/2013, de 15 de marzo y SAP

Madrid (Sección 18ª), núm. 488/2004, de 28 de julio.

Desde aquel 1 de enero de 1998, el arrendamiento, ante la pasividad de ambas partes, ha ido renovándose anualmente a través del mecanismo de la tácita reconducción “estándar” previsto en el Código Civil. No obstante, ello no tiene porqué ser así en el futuro: si la nueva propietaria de la vivienda desea extinguir el arrendamiento, tan sólo debe comunicárselo fehacientemente a los arrendatarios antes del 1 de enero del año próximo, puesto que será entonces cuando –eventualmente– entre en juego por enésima vez la tácita reconducción.

A la luz de la solución hallada, y si se me permite la expresión, creo que cabe preguntarse si para este viaje se necesitaban tamañas alforjas. En el fondo, lo que demuestra nuestro caso es que nada obsta a que la duración del arrendamiento sea “indefinida” mientras se mantenga la posibilidad de que cualquiera de las partes desista en cualquier momento (o, por lo menos, una vez transcurrido el plazo mínimo de duración legalmente previsto).

No ha lugar a argüir que llegado el 1 de enero de 1998 y extinguido el plazo especial de tácita reconducción trianual debían entrar en juego el plazo mínimo del art. 9 LAU 1994 o la “superprórroga” del art. 10 LAU 1994

Tal noción es preconizada, precisamente, por la propia existencia del mecanismo de la tácita reconducción, cuyo funcionamiento se apoya justamente en ese principio: las partes pueden prolongar la duración del arrendamiento el tiempo que les plazca, hasta que una de ellas desee poner fin a la relación contractual, y a nadie se le ocurre pensar que ello pueda resultar contrario ni al orden público ni al tenor literal del artículo 1543 del Código Civil. Item más, si los tribunales hubiesen decidido directamente integrar la indefinición o la no previsión de la duración del arrendamiento a través de esta interpretación, se habrían ahorrado disquisiciones y analogías que quizá, a efectos prácticos, resultaban totalmente innecesarias.

6. Epílogo: sucinto resumen sobre las últimas modificaciones de la LAU (2018 y 2019). Caso ejemplificativo sobre el funcionamiento de la tácita reconducción regulada en el Código Civil

Tal y como hemos anunciado anteriormente, y una vez finiquitado la resolución del caso que fue objeto de consulta en Clin-Hab, pasamos ahora a realizar unas breves consideraciones acerca de las reformas de la LAU operadas mediante el efímero Real Decreto-Ley 21/2018 y el recién convalidado Real Decreto-Ley 7/2019.

Por último, y para aquellos lectores que sean profanos en la materia, incluimos un pequeño caso práctico cuya finalidad es clarificar el funcionamiento de la tácita reconducción bajo la legislación vigente a la fecha de publicación de este artículo.

6.1. La reforma de la LAU con la vigencia más breve de la historia. Distinción entre arrendador persona física y arrendador persona jurídica en la fijación del plazo mínimo (19 de diciembre de 2018 – 22 de enero de 2019)

En las postrimerías del año 2018, el Gobierno de Pedro Sánchez decidió hacer frente a la exorbitada subida de precios del alquiler de viviendas en las grandes urbes del país acometiendo una modificación sustancial de la legislación de arrendamientos urbanos.

De dicha voluntad surgió el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler ⁽²⁷⁾, cuya exposición de motivos comienza poniendo de relieve la ineficacia de la reforma promovida en 2013 por el Ejecutivo del Presidente Rajoy. Se justifica así la promulgación del Decreto-Ley afirmando que la reforma que lo precedió no causó el incremento esperado en la oferta de vivienda y en la moderación de los precios del alquiler; y que además ha tenido efectos perniciosos, al relegar al arrendatario a una situación posesoria inestable, débil e insegura frente a las prerrogativas de la propiedad.

El preámbulo apuntala la situación de extraordinaria y urgente necesidad que ha de motivar el dictado de todo Real Decreto-Ley sobre la base de la depauperada coyun-



tura económica que padece buena parte de la sociedad española ⁽²⁸⁾, así como sobre la influencia que ha tenido el crecimiento exponencial de los alquileres turísticos de viviendas sobre el aumento de los precios en el mercado inmobiliario, particularmente en núcleos urbanos con una fuerte afluencia de turistas, tales como Madrid, Barcelona, Las Palmas de Gran Canaria, Málaga y Santa Cruz de Tenerife.

Sin embargo, algunos autores han apuntado ya que esa situación de urgente necesidad predicada por el Gobierno era, como poco, cuestionable, tratándose en realidad de una situación causada por un cúmulo de problemas estructurales a los que este Gobierno y los que lo precedieron no han sabido dar respuesta ⁽²⁹⁾.

De entre las novedades, despuntó la redacción que el Real Decreto 21/2018 daba a los artículos 9 y 10 de la LAU 1994, estableciendo un plazo mínimo de duración de cinco años, si el arrendador era una persona física, o de siete años, para el caso de que el arrendador fuese una persona jurídica. En cuanto a la “superprórroga” del art. 10 LAU, esta retornaba a su configuración primitiva, estableciendo una prórroga de tres años en los mismos términos ya explicados con anterioridad en el apartado 2.3 de este artículo.

Tanto la modificación del plazo mínimo como la modulación de la duración del mismo en función de la naturaleza física o jurídica de la persona arrendataria eran reformas que iban en línea con lo que ya

habían propuesto durante los meses anteriores tanto la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) ⁽³⁰⁾ como el Grupo Parlamentario de PODEMOS en el Congreso de los Diputados ⁽³¹⁾.

No obstante, los cambios introducidos por el Real Decreto-Ley 21/2018 no contenían a los entonces socios del Gobierno, que, según manifestaron en sesión plenaria de 22 de enero de 2019 ⁽³²⁾, deseaban que la modificación de la LAU contemplase –entre otras reformas– un mecanismo de limitación del incremento de los precios del alquiler, al estilo del freno al precio de los alquileres contemplado en la legislación arrendaticia alemana, conocido como *Mietpreisbremse*, aplicable en las grandes ciudades y que actúa impidiendo al propietario exigir una cifra superior al 110% de la media de los alquileres perfeccionados respecto de viviendas situadas en la misma zona y con similares características de espacio, habitabilidad y calidad de acabados ⁽³³⁾. Una regulación similar existe en Francia, cuya legislación permite la limitación del incremento de precios en aquellas localidades con más de 50.000 habitantes y en las que existan serias dificultades de acceso a la vivienda en alquiler debido a la falta de parque público de vivienda y a las elevadas rentas exigidas por los arrendadores, entre otros factores ⁽³⁴⁾.

Finalmente, y como ya se venía adelantando, el Real Decreto-Ley 21/2018 no fue convalidado por el Congreso de los Diputados, con los votos en contra del Partido Popular, Unidos Podemos, Ciudadanos, Esquerra Republicana de Cataluña, Unión del Pueblo Navarro,



Bildu y Foro Asturias. Su no convalidación supuso la vuelta a la regulación contenida en la redacción de la LAU 1994 inmediatamente anterior a su promulgación, en los términos del apartado 2.4 de este artículo.

Cuestión distinta es qué ocurre con los contratos celebrados bajo su vigencia, habida cuenta de la ausencia de disposiciones transitorias en la resolución derogatoria del Real Decreto-Ley 21/2018 ⁽³⁵⁾. La corriente doctrinal mayoritaria se inclina por entender que la derogación sólo tiene efectos *ex nunc*, por lo que los contratos perfeccionados durante la vigencia del Real Decreto-Ley 21/2018 continúan rigiéndose por los preceptos de dicha norma.

En un primer momento, parecía que la cuestión distaba de ser completamente pacífica ⁽³⁶⁾, pero durante las últimas semanas la doctrina más autorizada ha confirmado que, al amparo del art. 9.3 de nuestra Constitución, ha de entenderse que los contratos perfeccionados entre el 19 de diciembre de 2018 y el 22 de enero de 2019 tienen la duración prevista en el RD-L 21/2018 y se rigen por los preceptos de dicho cuerpo legal ⁽³⁷⁾.

6.2. El Real Decreto-Ley 7/2019 y su efectiva convalidación. Consolidación de las reformas propugnadas por el Gobierno de Pedro Sánchez (6 de marzo de 2019 – presente)

El Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vi-

vienda y alquiler ⁽³⁸⁾ es, como cabría esperar, heredero directo del RD-L 21/2018, pues vuelve a introducir en el ordenamiento jurídico muchas de las modificaciones que se habían operado a través de éste y que resultaron derogadas con su no convalidación.

En concreto, el plazo de duración de los arrendamientos pasa nuevamente a ser de 5 años si el arrendador es persona física y de 7 años si el arrendador es persona jurídica, con una “superprórroga” de 3 años, tal y como se contemplaba en sede del RD-L 21/2018.

Sin pretensión de analizar a fondo el contenido del RD-L 7/2019, podemos destacar algunas de sus novedades, como, por ejemplo, la alteración del régimen jurídico aplicable a las viviendas “suntuarias” o de lujo, que según la nueva redacción del art. 4.2 LAU pasan a regirse prioritariamente por la voluntad de las partes y -sólo en su defecto- por los preceptos del Título II LAU. También resulta interesante, por ejemplo, la supresión de la necesidad de inscripción de los contratos de arrendamiento en el Registro de la Propiedad para que surtan efectos *erga omnes* (arts. 7.2, 13 y 14 LAU), y la introducción de una figura que podríamos bautizar como la “protección del tercero arrendatario”, contenida en el art. 13.3 LAU y en virtud de la cual el arrendatario que haya concertado el alquiler con la persona que sin ser propietario apareciese como tal en el Registro de la Propiedad (o que aparente serlo en virtud de un estado de cosas imputable al verdadero propietario) podrá continuar en el uso de la vivienda durante un período de 5 o 7 años, dependiendo de si arrendador es persona física o jurídica.

Finalmente, en fecha de 3 de abril de 2019, el RD-L 7/2019 fue definitivamente convalidado por la Diputación Permanente del Congreso, con el voto favorable del PSOE, Unidos Podemos, ERC, PDeCAT, PNV, Compromís y EH-Bildu ⁽³⁹⁾. Cabe prever que, ante el resultado de las últimas elecciones generales, la nueva redacción de la LAU goce de cierta estabilidad y nos acompañe durante los años venideros.

6.3. Supuesto de hecho relativo al funcionamiento de la tácita reconducción ex. arts. 1566 y 1581 del Código Civil español

Un ejemplo ayudará a clarificar el funcionamiento del mecanismo de la tácita

reconducción. Imaginemos un contrato de arrendamiento perfeccionado con un arrendador persona física el 1 de mayo de este año 2019, y que por tanto se rige por los preceptos de la LAU 1994 en su versión vigente, tras la reforma operada por el RD-L 7/2019. Las partes fijan un plazo de duración de un año (sin perjuicio de la perentoria aplicación de la prórroga legal fijada por la LAU) y, como viene siendo habitual, fijan que las cuotas de pago del precio anual del arrendamiento serán pagaderas a principios de cada mes.

Así, pasan el primer año, el segundo, el tercero, el cuarto y el quinto, y finaliza la prórroga *ex lege* prevista en el art. 9.1 LAU. A fecha de 1 de mayo de 2024, ni arrendador ni arrendatario han notificado a la otra parte su voluntad de no prorrogar el contrato del contrato con la antelación de exigida por la ley (4 meses si el que quiere poner fin al contrato es el arrendador y 2 meses si lo es el arrendatario), por lo que entra en juego la comúnmente denominada “superprórroga” prevista en el art. 10.1 LAU, prolongándose el arrendamiento por plazos anuales hasta un máximo de tres años más.

Finalmente, el 1 de mayo de 2027, ni arrendador ni arrendatario se han preocupado de concluir un nuevo contrato o de novar las condiciones del ya existente. Pasan quince días y el arrendatario continúa en la posesión del inmueble sin oposición de la propiedad. Es entonces cuando, en virtud del art. 1566 CC, despliega sus efectos la tácita reconducción: la inacción de las partes habrá dado lugar al nacimiento de un nuevo contrato (cuyo plazo de duración ordinariamente será de un año, en tanto el precio del arrendamiento es un montante anual que suele abonarse por mensualidades), que durará hasta el 1 de mayo de 2028, momento en que el que si el arrendatario pasa otros quince días habitando la vivienda sin que medie oposición del arrendador, nuevamente nacerá otro contrato de arrendamiento distinto del anterior y cuyos efectos se prolongarán hasta el 1 de mayo de 2029. Este ciclo de renovación del arrendamiento continuará produciéndose cada año hasta que una de las dos partes -arrendador o arrendatario- comunique a su contraparte su voluntad de que el arrendamiento llegue a su fin.

NOTAS

(*) Ex-estudiante en prácticas y colaborador de ClinHab y, en el momento de empezar a escribir estas líneas, alumno del Máster de Acceso a la Abogacía por la Universidad de Barcelona y estudiante en prácticas en el despacho de abogados Rousaud Costas Duran S.L.P (RCD).

(1) www.clinhab.com

(2) Vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther, "Dación en pago y novación de préstamo hipotecario: en busca de los herederos llamados. Problemas prácticos en una consulta a ClinHab y otros supuestos imaginables. Un excursus en la interrogatio in iure", La Notaría, 2014, núm. 1, pp. 35-42. Sobre la función y finalidad y actividades de la Clínica, vid. ARROYO AMAYUELAS, Esther; VIOLA DEMESTRE, Isabel; ANDERSON, Miriam, "ClinHab: Docencia y compromiso social", Revista de Educación y Derecho, 2015, núm. 11, pp. 1-28. Una selección de dictámenes, en: Anderson, M. - Arroyo, E. -, Demestre, I. "ClinHab. Consultes sobre habitatge i dret privat", Barcelona, Publicacions de la U. Barcelona, 2015 (eBook). Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/311395932_ClinHab_Consultes_sobre_habitatge_i_dret_privat (última consulta: 13/12/2018).

(3) Publicado en el BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1964, págs. 17387 y ss. Entró en vigor el 1 de enero de 1965, según su Disposición Final (DF) 1ª.

(4) Así lo recoge ARGELICH COMELLES al realizar un breve repaso de la historia de la institución forzosa en la legislación sectorial arrendaticia. Concretamente, especifica que la prórroga forzosa fue establecida por vez primera en ese Real Decreto de 21 de junio de 1920, cuyos términos y alcance fueron modificados tanto durante el período de la Dictadura de Primo de Rivera (1925) y de la denominada "Dictablanda" del Almirante Aznar, como durante el Bienio social-azañista de la II República (1931). Ulteriormente, ya finiquitada la Guerra Civil y durante la dictadura franquista se promulgó la primera Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, que incrementaba fuertemente la protección del arrendatario, concediéndole el beneficio de la prórroga forzosa con carácter irrenunciable y extendiendo la misma a través de las subrogaciones *inter vivos* y *mortis causa* a favor del cónyuge y parientes del arrendatario primigenio. Para una perspectiva más específica y concreta de la paulatina evolución de las normas sobre arrendamientos urbanos, vid. "La evolución histórica del arrendamiento forzoso de vivienda: de la imposición a la expropiación", e-S Legal History Review, junio 2017, núm. 25, págs. 15-35. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/318277480_La_evolucion_historica_del_arrendamiento_forzoso_de_vivienda

de_la_imposicion_a_la_expropiación (última consulta: 28/11/2018).

(5) El mencionado precepto sigue siendo controvertido en nuestros días. En la doctrina podemos encontrar opiniones críticas con el mismo, con algunos autores defendiendo que, dada la parquedad de los plazos mínimos de duración establecidos por la LAU tras su reforma de 2013 (3 años), convenía eliminar esta facultad del arrendador para no perjudicar en demasía a un arrendatario cuya vinculación temporal con el inmueble arrendado ya era considerablemente débil; a lo que se sumaba que, transcurrido un año de contrato, el arrendador podía expulsarlo de la vivienda de manera ciertamente "súbita", concediéndole un escaso plazo de dos meses para buscar otra vivienda y gestionar la firma de un nuevo contrato y la mudanza al nuevo hogar. Esas mismas razones son las que han motivado la reforma del art. 9.3 LAU a través del RD-L 7/2019, que ha endurecido los requisitos que ha de cumplir el arrendador para poder ejercitar tal potestad. Una opinión crítica con la redacción del precepto puede hallarse en el artículo elaborado por GSELL, Beate; ARTZ, Markus y ARROYO AMAYUELAS, Esther. "La protección del arrendatario de vivienda en el derecho privado Alemán y Español: dos modelos antagónicos", Revista Eletrónica de Direito (RED) de la Universidade do Porto, Octubre 2017, núm. 3, págs. 22-25.

(6) Publicado en el BOE núm. 111, de 9 de mayo de 1985, págs. 13176 a 13177. Entró en vigor ese mismo día 9 de mayo de 1985, de conformidad con su DF Única.

(7) FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. "Arrendamientos con prórroga convencional", Anuario de Derecho Civil, 2016, tomo LXIX, fasc. IV, págs. 1322 y 1329.

(8) En relación con la evolución de la jurisprudencia en este ámbito, puede consultarse el análisis efectuado por FAJARDO FERNÁNDEZ en su artículo "Arrendamientos con prórroga convencional" ya citado ut supra, en el que el autor aborda un examen sobre las más de 70 sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre pactos de prórroga forzosa convencional en contratos de arrendamiento, destacando las más recientes y las que han sido más relevantes para los múltiples cambios de criterio jurisprudencial acaecidos desde 1985. Aunque la mayor parte del artículo de FAJARDO FERNÁNDEZ gravita alrededor de la problemática de la inclusión de estas cláusulas en contratos de arrendamiento de local de negocio, y por tanto su extensión a nuestro caso es limitada, sus consideraciones han sido útiles para arrojar luz sobre la problemática aquí tratada.

(9) Publicada en el BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 1994. En virtud de su DF Segunda, entró en vigor el 1 de enero de 1995.

(10) Vid. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. "Antecedentes históricos y legislativos", en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (Coord). Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos: Ley 29/1994, de 24 de noviembre, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 43-45.

(11) Sobre el funcionamiento de la prórroga legal mínima y de la superprórroga en el marco de la LAU 1994 resultan ilustrativos algunos dictámenes de los recogidos en ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYUELAS, Esther; VIOLA DEMESTRE, Isabel. "ClinHab. Consultes sobre Habitatge i Dret Privat", Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2015, págs. 87 y ss.

(12) PÉREZ CONESA, Carmen. "Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma: estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio". Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013.

(13) En concreto, el caso práctico se encuentra ubicado bajo el epígrafe 6.3.

(14) Para ulterior información, vid. COLAS ESCANDÓN, Ana María, "Comentario al Art. 10 LAU", en RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, Rodrigo (Coord.), Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, 6ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 363 y 364.

(15) Díez-PICAZO, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial - Tomo IV. Las particulares relaciones obligatorias", Ed. Thomson Reuters, 1ª edición, 2010, págs. 259-261.

(16) RODRÍGUEZ GIL, Jacinto. "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", Ed. Civitas, 1985, pág. 2169.

(17) COLAS ESCANDÓN, Op. cit, págs. 298-299.

(18) CARRASCO PERERA, Ángel. "Derecho de Contratos", Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, 2017, 2ª edición, págs. 642-643.

(19) Vid. STSS 16 junio 1993 [RJ 4840], 23 octubre 2014 [RJ 5090] y 29 de diciembre 2009 [RJ 2010, 405], citadas en FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier. op cit, pág. 1359. Las dos primeras asientan con rotundidad que la voluntad de las partes de acordar la prórroga convencional ha de plasmarse en el contrato de forma inequívoca, clara y terminante; mientras que la tercera afirma que el arrendamiento ha de presumirse temporal, en concordancia con lo consagrado por el artículo 1543 CC respecto del "tiempo determinado".

(20) Sobre este extremo, vid. también las SSTs 15 de octubre de 1996, 9 de septiembre de 2009, 820/2009, de 18 de diciembre y 88/2016, de 19 de febrero.

(21) FAJARDO FERNÁNDEZ, Op cit, pág. 1342.

(22) Vid. supra, epígrafe 3.

(23) GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS. "La duración del contrato en el supuesto de los arrendamientos de vivienda", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO,



Rodrigo. Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, págs. 1220-1222.

(24) CRESPO ALLUÉ, Fernando; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (Dirs.) "Código de Arrendamientos Urbanos", Ed. Thomson Reuters, Pamplona, 2014, 1ª edición, págs. 993 a 995. GUILARTE GUTIÉRREZ se alinea con VALLADARES RASCÓN, afirmando que la aplicación de la tácita reconducción trienal no impide la operatividad del plazo mínimo del art. 9 LAU 1994, debiendo prorrogarse obligatoriamente la vigencia del contrato a instancia del arrendatario hasta que éste alcance los cinco años de duración. Es más, éste apunta también que, tanto para el caso de que dicha tesis se asuma y el arrendamiento se prorrogue por un bienio más como para el caso en que ésta se rechace y se propugne que tras la tácita reconducción trienal no ha de resultar de aplicación el art. 9 LAU 1994, ha de entrar en juego –además– la "superprórroga" del art. 10 de dicho cuerpo legal.

(25) En el mismo sentido se pronuncian también la SAP Barcelona (Sección 13ª), núm. 157/2013, de 15 de marzo y la más pretérita SAP Madrid (Sección 18ª), núm. 488/2004, de 28 de julio.

(26) COLÁS ESCANDÓN, Op cit., pág. 299, pie de página núm. 23.

(27) Entró en vigor el mismo día de su publicación en el BOE (BOE núm. 304, de 18 de diciembre de 2018), al amparo de su Disposición Final Tercera; y fue derogado el 22 de enero de 2019 mediante Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-Ley 21/2018 (publicada en el BOE núm. 21, de 24 de enero de 2019, Sec. I, pág. 5867).

(28) El propio preámbulo del Real Decreto-Ley 21/2018 trae a colación un informe de la Oficina Europea de Estadística (EUROSTAT) que señala que, en el año 2017, cerca del 42% de los hogares españoles dedicaban más del 40% de sus ingresos mensuales a cumplir con las obligaciones de pago derivadas del alquiler.

(29) En este sentido se pronunció MARTÍNEZ DE SANTOS justo la jornada anterior a que el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre fuese derogado por el congreso. Véase "Tres interrogantes sobre el Real Decreto-Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler", Diario La Ley, N.º 9341, Sección Doctrina, 21 de Enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

(30) El denominado proyecto de Ley de Vivienda de la PAH, intitulada "Ley de Emergencia Habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética" [sic], propugna un aumento de la protección de la figura del arrendatario y busca estable-

cer además medidas tendentes a evitar el desahucio de personas que se encuentran en situación de exclusión y nuevos mecanismos de segunda oportunidad. En concreto, plantea que si el arrendador es una persona física que cuente con hasta 5 viviendas en régimen de propiedad, el arrendamiento debería prorrogarse obligatoriamente de manera anual hasta alcanzar una duración de 5 años. En cambio, si el arrendador es una persona jurídica o, alternatively, una persona física que sea propietaria de más de 6 o más viviendas, el arrendamiento se prorrogaría anualmente *ex lege* hasta alcanzar una duración de 10 años. El texto del proyecto de la PAH es consultable en: <http://las5delapah.com/wp-content/uploads/2018/01/Ley-Vivienda-PAH.pdf> (Última consulta: 14/1/2019).

(31) En fecha de 13 de abril de 2018, el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem- En Marea presentó una Proposición de Ley intitulada "Proposición de Ley para regular los alquileres abusivos y mejorar las garantías y el acceso a la vivienda en alquiler", en la que propugnaba la reforma de diversos artículos de la LAU para paliar el alza continua de los precios del alquiler, particularmente en las llamadas "áreas urbanas con mercado de vivienda tensionado." En estas áreas, que serían declaradas por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y por los Ayuntamientos de Barcelona y Madrid en sendos municipios, podrían imponerse restricciones a la libre fijación de los precios de la renta. A mayor abundamiento, en dicha Proposición se opta por reescribir los artículos 9 y 10 de la LAU actual, introduciendo una especie de "prórroga forzosa limitada" para aquellos casos en los que los arrendadores fueran personas jurídicas. Según el tenor del precepto, si la parte arrendadora es una persona jurídica, el contrato deberá prorrogarse obligatoriamente transcurridos cinco años desde su perfección, excepto si existe una razón legítima o proporcional que justifique la no renovación del contrato por incumplimiento manifiesto del arrendatario para con sus obligaciones convencionales y legales.

(32) El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados correspondiente al día 22 de enero de 2019 puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-175.PDF (Última consulta: 31/1/2019).

(33) Para conocer con mayor detalle la normativa de arrendamientos urbanos vigente en Alemania y su comparativa con la legislación española puede acudirse a GSELL; ARTZ; ARROYO AMAYUELAS, op. cit.

(34) Vid. artículos 17 y 18 de la Loi n.º 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification

de la loi n.º 86-1290 du 23 décembre 1986. El texto en versión original es accesible a través del siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069108> (Última consulta: 14/5/2019).

(35) En este sentido, al no prever un régimen transitorio, la Resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de derogación del Real Decreto-Ley 21/2018, no hace sino seguir la estela de las resoluciones que derogaron otros Reales Decretos-Ley, como por ejemplo el Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías y el Real Decreto-Ley 1/2006, de 20 de enero, por el que se modifican los tipos impositivos del impuesto sobre las labores del tabaco.

(36) Vid. TENA ARREGUI, Rodrigo. "Decretos-leyes de gobiernos en minoría. Efectos de la no convalidación del Real Decreto-Ley 21/2018 en materia de arrendamientos." Hay Derecho [en línea]. 23 de enero de 2019. <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/23/efectos-de-la-no-convalidacion-del-real-decreto-ley-21-2018-en-materia-de-arrendamientos/> (Última consulta: 8/2/2019).

(37) Véase MAGRO SERVET, Vicente (Coord.) "Sobre el régimen jurídico aplicable de los contratos de arrendamientos celebrados en el periodo de vigencia del Real Decreto 21/2018, de 14 de diciembre del alquiler." Revista de Jurisprudencia Lefebvre – El Derecho, núm. 2, abril 2019, Sección Foro Abierto [Civil] (EDC 2019/558804). En el breve artículo, el Magistrado del Tribunal Supremo y los otros cinco juristas que analizan la cuestión (cuatro Magistrados y un abogado) concluyen que la no convalidación de un Real Decreto-Ley únicamente producirá efectos a futuro, siendo plenamente válidos los actos jurídicos realizados al amparo del mismo antes de su derogación, por lo que los contratos de arrendamiento concluidos durante la vigencia del Real Decreto-Ley 21/2018 continúan rigiéndose por las disposiciones del mismo.

(38) Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (BOE núm. 55, de 5 de marzo), al amparo de su Disposición Final Tercera, esto es, el 6 de marzo de 2019.

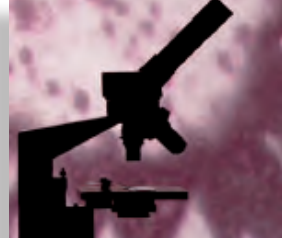
(39) El Diario de Sesiones de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados correspondiente al día 3 de abril de 2019 puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/PL/DSCD-12-PL-185.PDF

El derecho privado en el nuevo paradigma digital

Los nuevos problemas derivados de la digitalización exigen una mejor comprensión del Derecho privado para hacer frente a problemas nuevos y muy complejos. Sin duda, la armonización jurídica en Europa puede contribuir a solucionarlos. Esta se ha visto favorecida últimamente con nuevas directivas sobre compraventa de bienes y contenidos digitales; directivas y reglamentos que disciplinan la actividad de las plataformas que actúan como intermediarios o mercados en línea; y aun otras que plantean novedades en torno a las obras protegidas con derechos de autor y que también inciden en la función de los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea. Es legislación que gira en torno al comercio electrónico y las estructuras digitales en la contratación, que tanto revolucionan la economía, con cifras de negocio que crecen año tras año, como producen cambios profundos en los derechos privados nacionales. Las normas que se acaban de citar no son las únicas; vienen flanqueadas por tantas otras, como el Reglamento sobre protección de datos o sobre bloqueo injustificado, la directiva sobre privacidad o el paquete de las que integran el llamado new deal o nuevo pacto para la protección de los consumidores. La inteligencia artificial desempeña un papel determinante en la contratación, en relación con el big data y el emparejamiento de contratantes, pero no menores son los retos en el ámbito extracontractual y, en particular, en relación con la conducción autónoma.

De todo ello se discutió en el Congreso internacional de los pasados días 3 y 4 de octubre de 2019, organizado en el marco de las actividades del Grupo de investigación del Profesor Sergio Cámara Lapuente (Proyecto I+D+I DER2017-84748-R) y de la Cátedra Jean Monnet de Derecho privado europeo de la Universidad de Barcelona, de la que es titular la Profesora Esther Arroyo Amayuelas, que también contaron con el soporte del Grupo de Investigación (2017 SGR 151) y el Proyecto I+D+I DER2017-82129. Como muchas otras veces, los organizadores disfrutaron de la ayuda material e intelectual del Colegio Notarial de Cataluña y, en particular, del notario de Barcelona, el Dr. Ángel Serrano. Nos congratulamos de haber podido contar con algunos de los mejores juristas españoles y europeos y de poder ofrecer ahora un breve resumen de sus ponencias en las páginas de esta revista. El libro con contenidos ampliados seguirá en breve en la editorial Marcial Pons.

*Esther Arroyo Amayuelas
Sergio Cámara Lapuente
Ángel Serrano de Nicolás*



Las Directivas 2019/770 y 2019/771. Introducción y ámbito de aplicación

Jorge Morais Carvalho *

La Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, se publicaron en el Diario Oficial de la Unión Europea el 22 de mayo de 2019.

Las dos Directivas son complementarias y en ningún caso coinciden en su ámbito de aplicación objetivo. Los asuntos tratados son esencialmente los mismos: conformidad de los productos o contenidos o servicios digitales con el contrato; medidas correctoras en caso de falta de conformidad; modalidades para el ejercicio de estas medidas correctoras.

Estas Directivas representan un reto importante para el Derecho del consumo a escala europea. Se están armonizando cada vez más ámbitos de la legislación, acercándose más a una regulación global de los contratos de consumo en el entorno de la Unión Europea.

Aunque la Directiva 2019/771 concede más libertad a los Estados miembros que la Directiva 2019/770, las similitudes entre las dos Directivas son claramente más significativas que las diferencias.

En cuanto a la venta de bienes de consumo, uno de los principales efectos de la Directiva 2019/771 será la reducción del nivel de protección de los consumidores en muchos Estados miembros.

La Directiva 2019/770 es innovadora en la medida en que los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales no estaban regulados por la legislación de la Unión Europea.

Sobre el ámbito subjetivo de aplicación, las Directivas plantean una interesante cuestión sobre las plataformas digitales. En los considerandos, se refiere que la plataforma será considerada un profesional si actúa “en calidad de socio contractual directo del consumidor”. Cuando no actúe “en calidad de socio contractual directo del consumidor” (o sea, no tenga una relación contractual directa con el consumidor), los Estados miembros son libres de calificar también al prestador de la plataforma como empresario, considerándolo responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien, contenido digital o servicio digital.

En lo que respecta al ámbito objetivo de aplicación, la Directiva 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa y a los contratos “de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse”. Sólo están cubiertos los contratos por los que “el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”. No se aplica a los contratos cubiertos por la Directiva 2019/770. La Directiva 2019/771 también se aplica plenamente a los denominados “bienes con elementos digitales”, incluyendo en su ámbito de aplicación “contenidos o servicios digitales que estén incorporados a los bienes o interconectados con ellos, (...) y que se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa, con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero”.

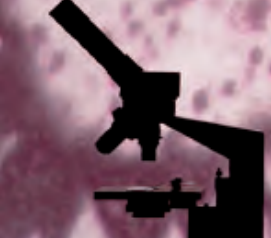
La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Para la aplicación de su régimen debe existir una contraprestación, pero dicha contraprestación no tiene que ser en dinero, sino que puede resultar de la facilitación de datos personales. Aunque se ha evitado la referencia a una “contraprestación”, a diferencia de las versiones anteriores de la directiva, utilizándose una terminología más neutral, el hecho es que los datos personales pueden considerarse en estos casos como una contraprestación.

La Directiva 2019/770 se aplica a los contratos relativos a un soporte material que sirva exclusivamente como portador de contenidos digitales. Este es el caso, por ejemplo, de un CD de música. En este caso, las normas de la Directiva relativas al suministro de contenidos o servicios digitales no son aplicables, aplicándose las normas de la Directiva 2011/83/UE que regulan la entrega y la transferencia del riesgo.

Los Estados miembros pueden ampliar la protección que ofrecen estos regímenes a otros contratos. Así, por ejemplo, el régimen de la Directiva 2019/771 puede aplicarse a los contratos de arrendamiento financiero y el régimen de la Directiva 2019/770 puede ampliarse a otros contratos relativos a servicios.

También es posible adoptar un régimen jurídico unificado sobre la conformidad y la falta de conformidad para todos los contratos celebrados con consumidores, siempre que este régimen único integre las especificidades contenidas en las dos Directivas.

* Profesor Auxiliar e Investigador del CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Diretor de NOVA Consumer Lab e de NOVA Law & Tech (U. Nova de Lisboa). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



Pactos sobre la falta de conformidad en las Directivas 2019/770 y 2019/771

Markus Artz *

I. Carácter imperativo de las normas como fundamento de la protección de los consumidores

El Derecho civil está basado fundamentalmente en el principio de la autonomía privada. Los ciudadanos, como socios y adversarios en pie de igualdad, deben moldear sus relaciones jurídicas entre sí. Sobre todo, deben celebrar contratos libremente entre ellos y, de este modo, hacer valer sus intereses jurídicos y económicos.

Sin embargo, se ha demostrado que existe un desequilibrio estructural entre las empresas y los consumidores. Los consumidores a menudo no tienen una libertad contractual real y material. Para remediar este déficit, se ha desarrollado en las últimas décadas el Derecho contractual privado de los consumidores. La Unión Europea y sus predecesores también han dado un impulso decisivo en este sentido.

En el Derecho civil sustantivo existen numerosos instrumentos de protección de los consumidores. Entre ellos se incluyen, por ejemplo, el derecho de desistimiento, las obligaciones de información y los derechos específicos de garantía en caso de defectos, que también serán objeto de esta conferencia.

Los derechos especiales de los consumidores sólo pueden ser efectivos si no se ponen a disposición de las partes del contrato. El comerciante no debe poder acordar con el consumidor que determinados derechos del consumidor no existen en su caso. El consumidor tampoco tiene la posibilidad de renunciar de antemano a determinados derechos.

Las Directivas europeas garantizan el carácter imperativo de la protección del

consumidor en cada caso mediante una regla expresa. En el caso de las nuevas directivas, la disposición se encuentra en los arts. 21 y 22. Dado que el problema al que quiero referirme hoy se plantea paralelamente en las dos nuevas directivas, me gustaría limitarme en lo que sigue a la Directiva 2019/771.

II. Un acuerdo de calidad negativa como amenaza para la protección efectiva de los consumidores

Es evidente que un comerciante no puede, mediante acuerdo, privar a un consumidor de los remedios individuales cuando vende un bien defectuoso. Sin embargo, existe un gran peligro para la protección del consumidor si en lugar de excluir los derechos individuales del consumidor se pacta de entrada una calidad que tiene en cuenta los defectos de los bienes. Esto puede tener como consecuencia que los productos no se consideren defectuosos y a que no se plantee en absoluto la cuestión de la garantía. Si así fuera, el consumidor se vería privado de todo remedio en virtud de la garantía, ya que los bienes no se desviarían de la calidad acordada. El art. 7.5 parece aludir a una regla de estas características.

III. Conformidad contractual: cambio a un enfoque objetivo

Para entender la regulación, primero hay que darse cuenta de que el sistema cambia del concepto subjetivo al concepto objetivo de la conformidad contractual de los bienes. Según la nueva Directiva, la conformidad de los bienes con el contrato se determina en principio por criterios objetivos, a diferencia de lo que ocurría en el pasado. Esto también incluye, por

ejemplo, la durabilidad de los bienes o la obligación de llevar a cabo actualizaciones. Según el art. 6 de la Directiva, los criterios subjetivos de conformidad con el contrato se refieren, en particular, a cuestiones de cantidad y uso previsto, que pueden ignorarse en este caso.

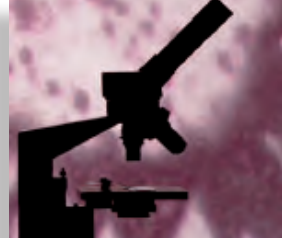
La relación entre la conformidad del contrato que debe determinarse con arreglo a criterios objetivos y la posibilidad de celebrar un acuerdo diferente. Según el modelo regulador del art. 7.5, el vendedor debe informar al consumidor, en la fase precontractual, expresamente, y por separado, de la desviación de determinadas características de los bienes de las características objetivas generales. Por otra parte, es necesario un consentimiento cualificado, explícito, del consumidor. En relación con este punto, puede discutirse si los Cdos. 36 y 49 afirman lo mismo.

Un ejemplo mostrará las dificultades de un acuerdo de este tipo. Según la Directiva sobre compraventa de bienes, el vendedor también está obligado a suministrar actualizaciones para los bienes con contenido digital. Esto se desprende del art. 7.3. Esta obligación está sujeta tanto al principio de plena armonización como al carácter imperativo en favor del consumidor de conformidad con el art. 21. Por tanto ¿cómo hacer frente a la situación en la que el comerciante informa por adelantado al consumidor de que no va a proporcionar información actualizada sobre el producto con el acuerdo del consumidor? Surgen muchos problemas y preguntas.

IV. Naturaleza jurídica del acuerdo

En primer lugar, se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de tal acuerdo con arreglo al art. 7.5 de la Directiva: ¿constituye

* Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Derecho Privado Europeo, Derecho Mercantil, Económico y Comparado (U. de Bielefeld). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



una modificación del contrato de venta o es un acuerdo independiente sobre el contenido futuro del servicio?

V. Forma y aplicación concreta del acuerdo

Es obvio que cuando se introdujo tal disposición, el centro de atención era, principalmente o, incluso, exclusivamente, la celebración de un contrato por Internet, es decir, la compraventa en línea. El vendedor informa al comprador en el sitio web de que no proporciona actualizaciones y el comprador acepta marcando una casilla. En este caso, es probable entender que, con posterioridad, se ha llegado a un acuerdo de este tipo.

Pero ¿cómo se hace esto en la venta al por menor en una papelería? El vendedor y el comprador tendrían que celebrar el acuerdo correspondiente en la tienda. No hay requisitos formales, por lo que esto también se puede hacer oralmente. En

este caso es muy dudoso que se pueda renunciar a las obligaciones del empresario sobre una base tan fina. Además, se plantea la importante cuestión de la carga de la prueba.

VI. Cláusulas abusivas

Las empresas se comprometen a excluir la obligación de entregar actualizaciones, no caso por caso, sino de forma regular, lo que lleva a la aplicabilidad de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. Por lo tanto, siempre debe examinarse si tales acuerdos preformulados, que llevan a la renuncia del consumidor a los servicios, son transparentes y no suponen una desventaja irrazonable para el consumidor.

VII. Exclusión de garantía

Esto me lleva al problema central de la discriminación irrazonable del consumidor a través de la exclusión de los

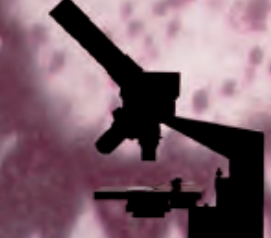
servicios ofrecidos por la ley. El empresario suministra bienes con elementos digitales y, por lo tanto, está obligado a suministrar actualizaciones. Para dejar claro el ejemplo, hay que imaginar un producto que necesite las actualizaciones para garantizar su funcionalidad. Por ejemplo, un coche moderno cuyos componentes electrónicos deben actualizarse a intervalos regulares.

En tal caso, ¿puede ser compatible con los principios de la legislación sobre protección del consumidor que el comerciante sólo venda a condición de que el consumidor acepte no recibir actualizaciones? ¿Es esto compatible con el principio del carácter imperativo del art. 21 de la Directiva?

Dirk Staudenmayer, jefe de la unidad de Derecho contractual de la Dirección General de Justicia y Protección de los Consumidores, cree que un empresario que no quiera actualizar su información simplemente sufrirá una desventaja competitiva. Al parecer, no ve ningún problema con la admisibilidad de tal acuerdo.

En mi opinión, habrá que ver cuál es la importancia de las actualizaciones para la funcionalidad del producto. No se puede permitir la venta de un producto nuevo al consumidor, cuya funcionalidad dependa de la instalación regular de actualizaciones, a base de excluir de antemano la instalación correspondiente. Esto pondría en peligro de forma injustificada la consecución de la finalidad del contrato. Además, un acuerdo de este tipo debe considerarse como una limitación irrazonable de la obligación legal de garantía.

El art. 7.5 de la Directiva debe interpretarse restrictivamente a la luz del objeto del contrato y de los principios de la legislación sobre protección de los consumidores.



Plazos para ejercer las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según las Directivas 2019/770 y 2019/771

Beate Gsel *

1. La Directiva de Contenidos y Servicios Digitales 2019/770 y la Directiva de Compraventa de Bienes 2019/771 han regulado los plazos para ejercer las medidas correctoras por falta de conformidad. En este contexto, se plantea la cuestión de los plazos aplicables en caso de vicios ocultos o redhibitorios, que solamente se detectan algún tiempo después de la entrega del respectivo bien o del suministro del contenido o servicio digital.

El tema es relevante por lo menos por dos razones: primeramente, porque la efectividad de la medida correctora en caso de prestación defectuosa depende precisamente de que el consumidor disponga de tiempo suficiente para hacer valer sus derechos. Si es usual que ya hayan transcurrido los plazos de responsabilidad del vendedor cuando los defectos ocultos se hacen aparentes, las medidas correctoras tienen poca utilidad práctica. En segundo lugar, el tema reviste especial importancia para los contratos sobre contenidos digitales, ya que estos no suelen tener la estructura de una compraventa típica, en la que se cambian bienes por dinero una sola vez. Más bien, la ejecución de esos contratos es normalmente a largo plazo, y a menudo se refieren a una obligación de suministro continuo de contenidos o servicios digitales. Y precisamente porque esos contratos suelen ejecutarse a largo plazo, los requisitos para la conformidad no pueden relacionarse con un único marco temporal, sino que han de cumplirse durante un cierto período de tiempo que debe, por consiguiente, ser determinado por la ley.

2. El tratamiento de los períodos de responsabilidad en ambas directivas puede resumirse como sigue: si los bienes y contenidos o servicios digitales deben

suministrarse en un solo acto o en una serie de actos individuales de suministro, el vendedor o el empresario será responsable de los defectos que existan en el momento del acto de suministro, si se manifiestan en un plazo de dos años a partir del respectivo acto de suministro.

Por el contrario, según ambas directivas, los contenidos y los servicios digitales que deban suministrarse de forma continua han de estar libres de defectos a lo largo de toda la duración del contrato de suministro. No hay ningún plazo de responsabilidad europeo que limite las medidas correctoras en favor del consumidor en caso de vicios ocultos que se hayan producido durante la vigencia del contrato pero que solo se manifiesten después, esto es, cuando el contrato ya se ha extinguido.

3. De acuerdo con ambas directivas, los Estados miembros deben velar para que los plazos de prescripción nacionales no puedan configurarse de tal manera que se impida al consumidor ejercer las medidas correctoras para subsanar defectos que se hayan manifestado dentro del plazo de responsabilidad europeo.

Sin embargo, en lo que se refiere a la situación de los contenidos o servicios digitales que deben suministrarse de forma continua, existe una diferencia entre las dos directivas, que es difícil de justificar: de acuerdo con la Directiva de compraventa, los plazos de prescripción nacionales no pueden restringir el ejercicio de las medidas correctoras por falta de conformidad que se haya manifestado durante el plazo de responsabilidad europeo. Por el contrario, la Directiva sobre contenidos y servicios Digitales se ha redactado de tal manera que los plazos de prescripción nacionales deben permitir a los consumidores ejercer

medidas correctoras tanto con respecto a los defectos que se produzcan y se manifiesten durante el período de responsabilidad europeo, como a los que se produzcan durante la vigencia del contrato, pero se manifiesten después. Si esta redacción se entiende literalmente, el consumidor debe poder ejercer efectivamente sus derechos con respecto a cualquier defecto que tenga lugar mientras dure el contrato. En este sentido, la legislación nacional en materia de prescripción debería siempre garantizar que el plazo de prescripción nacional no pueda expirar si el defecto se produjo durante el período de responsabilidad europeo, lo que se aplicaría incluso si el defecto no se descubrió dentro de ese período.

4. En una valoración global, puede decirse que ambas directivas, en principio, regulan de forma adecuada los plazos de las medidas correctoras disponibles para los consumidores en caso de falta de conformidad. No obstante, persisten diferencias entre las dos directivas, en particular en lo que se refiere al derecho de los Estados miembros de establecer plazos de prescripción nacionales para reducir el plazo de responsabilidad europeo, a la obligación de notificar o informar sobre la falta de conformidad y a la atribución al empresario de la carga de la prueba.

Esas diferencias no parecen estar plenamente justificadas y dan lugar a un tratamiento diferenciado de los vicios ocultos en las dos directivas. Por último, el efecto armonizador de los plazos en ambas directivas es considerablemente limitado, ya que sólo estipulan períodos mínimos de responsabilidad del vendedor y permiten a los Estados miembros mantener o introducir plazos más largos.

* Catedrática de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Derecho Privado y Procesal Europeo (U. Ludwig-Maximilian de Múnich). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducción a cargo del colaborador científico Rodrigo Pontes Araldi, LL.M. (Múnich).



Remedios por falta de conformidad en contratos de larga duración o con varias prestaciones

Lidia Arnau Raventós *

Frente a un esquema contractual objetivamente simple, del que habría partido la Directiva 99/44, las Directivas 2019/770 y 2019/771 se presentan, explícitamente, mucho más receptivas ante estructuras de mayor complejidad, ya sea porque su objeto es plural (así: más de un bien a entregar o más de un elemento digital a suministrar en un solo o en varios actos de cumplimiento), ya sea porque satisfacer la prestación debida exige un acto continuado en el tiempo.

La pluralidad objetiva (en especial, en aquellos supuestos en los que las distintas prestaciones no comparten una misma naturaleza) puede llegar a incidir en la tipología contractual; basta para ello con que esa naturaleza devenga un índice delimitador del tipo contractual. La pregunta subsiguiente es si se aplicará o no la Directiva 2019/771 si el profesional, a cambio de precio, además de a entregar un bien, se compromete a realizar una actividad o, en fin, si regirá o no la Directiva 2019/770 si el profesional asume, no sólo el suministro de determinados elementos digitales, sino, además, otras prestaciones. Considerando esta posible incidencia (a saber: la del objeto en la descripción del tipo) y las distintas combinaciones que propicia aquella pluralidad objetiva, las Directivas 2019/770 y 2019/771 sugieren algunas reflexiones a propósito del escenario más simple. En este sentido, la Directiva 2019/771 contempla expresamente la compraventa de una pluralidad de bienes y no hay duda que el contrato regulado en la Directiva 2019/770 puede recaer también sobre varios elementos digitales.

En cuanto a la Directiva 2019/771, no es una novedad. La Directiva 2011/83, del Parlamento y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, ya refrendó esa pluralidad objetiva en el

marco de un contrato de compraventa; lo hizo, aunque a otros fines (en concreto, a los de determinar el *dies a quo* del cómputo para el plazo para desistir), en su art. 9; el precepto avala la existencia de un único contrato, no sólo cuando el único bien comprado deba entregarse por piezas o componentes, sino también cuando “se encargaron” “en el mismo pedido” “varios bienes”..., descartándose de este modo entender celebradas tantas ventas distintas como bienes distintos se trate de adquirir.

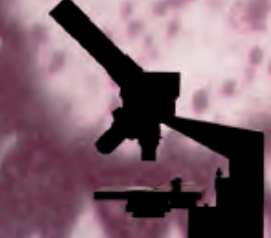
Aquella receptividad se implementa contemplando la cantidad como criterio de conformidad y regulando el alcance de la facultad resolutoria cuando sólo una o algunas de las prestaciones satisfechas no son conformes.

La cantidad como requisito subjetivo para la conformidad de la prestación (Cdo. 26 y art. 6, a Directiva 2019/771; Cdo. 42 y 7 Directiva 2019/770) no se acompaña, ni en un texto ni en el otro, de una norma como la que, en cambio, sí recogía el art. 130.2 CESL y según la que el comprador sólo podía negarse a recibir un pago parcial si albergaba un interés legítimo en ello. La cuestión (la de si cabe imponer o no un pago parcial al acreedor) seguirá pues quedando al margen de estos textos y de la armonización que imponen, y deberá seguir resolviéndose aplicando normas internas. Por otra parte, la cantidad como requisito para la conformidad de la prestación casa mal, en la Directiva 2019/771, con los remedios de primer nivel (art. 13) y es que no se trata de reparar o sustituir nada, sino de entregar lo que falta. A propósito de la entrega, la presencia de la cantidad en el art. 6, a Directiva 2019/771 refleja la opción previa de contemplar el supuesto fijando la atención más en la parte satisfecha (que, se dirá, no es conforme porque no se ha entregado todo o no se han suministrado

todos los elementos), que en la que no lo ha sido, porque si se hubiera hecho esto último entonces habría cabido la posibilidad de aplicar, no normas de conformidad, sino las que regulan la obligación de entregar los bienes (art. 18 Directiva 2011/83) o de suministrar los elementos digitales (art. 5 y 13 Directiva 2019/770).

El art. 16.2 Directiva 2019/771 versa acerca de la falta de conformidad que presentan sólo algunos de los bienes entregados y lo hace a los fines de delimitar el alcance de la facultad de resolución en estos casos. Para que proceda su ejercicio, se exige que “haya motivos para la resolución de dicho contrato”. Literalmente, pues, se descarta que los requisitos de la resolución deban apreciarse sólo en relación con el o los bienes no conformes. Si solo en relación con ellos la falta de conformidad se estima grave (siendo así que, en cambio, esa gravedad no se aprecia cuando se contempla la falta de conformidad a la luz de todos los bienes que se han comprado), vincular la falta de conformidad solo a los bienes que la presentan permitiría resolver parcialmente el contrato de forma directa, sin necesidad de intentar antes otros remedios de subsanación (art. 13.4, c). El precepto, sin embargo, parece dar a entender que la resolución debe proceder en relación al todo (porque debe concurrir una causa de resolución *de dicho contrato*) para, si se prefiere, resolver sólo parte. El precepto, además, nada dice acerca del precio (lo hacía, en cambio, el art. 117 CESL), pero sí delimita objetivamente el ámbito de la aquella ineficacia: al margen del bien no conforme, puede alcanzar “a cualesquiera otro que el consumidor hubiera adquirido junto con el no conforme si no se puede razonablemente esperar que el consumidor acepte conservarlo”.

* Profesora Agregada de Derecho civil (U. de Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P, en las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo y en las del Grupo de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).



En la Directiva 2019/771 no hay ninguna otra proyección explícita de esta pluralidad en sede de remedios. El art. 113.3 CESL, en cambio, desplegaba otra variante a propósito de la facultad de suspender el propio cumplimiento: la suspensión parcial, procedente si el incumplimiento del vendedor había sido solo parcial. El art. 13.6 Dir. 2019/771 parece cerrar el paso a esta posibilidad al señalar que el consumidor tendrá derecho a suspender “cualquier parte” pendiente del precio (o de parte del importe) hasta que el vendedor haya cumplido sus obligaciones derivadas del contrato. Al margen de la suspensión, el modelo que proporciona el art. 16.2, admitiendo la resolución parcial, sugiere trasladar esa misma parcialidad al

otro remedio contractual (la reducción) y, por supuesto, a los obligacionales. El escenario resultante es el de una potencial acumulación concurrente de remedios (distintos o no), cada uno vinculado a la falta de conformidad que presenta, individualmente, cada uno de los bienes.

En la Directiva 2019/770 no hay norma equivalente a la que contiene el 16.2 Directiva 2019/771. En ese sentido, se propone recurrir a la aplicación por analogía de este último si, contratados varios elementos digitales, unos son conformes y otros no. Sólo el Cdo 15º Directiva 2019/770 menciona la facultad de suspender el propio cumplimiento, presentándola como una de aquellas materias que,

por no regularse en el texto, quedan a expensas de lo que pueda establecer el Derecho interno. Por otra parte, el art. 16.1, pár.2º, Directiva 2019/770 contempla una situación distinta, pero que también se ha venido identificando como una resolución parcial. Versa, concretamente, acerca de contrato de suministro de elementos digitales durante un período de tiempo. En este marco, si la falta de conformidad es sobrevenida, los efectos restitutorios deben limitarse al espacio temporal en el que se ha producido. El supuesto permite ensayar un segundo escenario que propicia también una concurrencia de remedios, cada uno de ellos proyectado sobre una franja de tiempo distinta.

Disponibilidad de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales tras la resolución contractual

Sergio Cámara Lapuente *

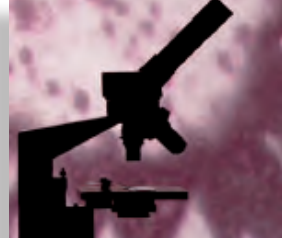
I. Resolución del contrato, datos personales y datos no personales

Desde el mismo instante en que el legislador europeo comenzó a plantearse las reglas distintivas que podrían regir los contratos de consumo sobre contenidos y servicios digitales, ocupó un papel central cuál habría de ser el destino de los datos (personales y no personales) que el usuario había facilitado al empresario, cuando, llegado el caso, la relación jurídica terminase. La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019 –relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales– que incluye en su ámbito de aplicación tanto los contratos en que se pagó un precio como, con matices, los contratos en que sólo se facilitaron datos personales, y los contratos mixtos (precio más datos

personales) aborda la cuestión al hilo del remedio o medida correctora central ante la falta de conformidad, la más detallada del articulado: la resolución. Dado que es característico de ésta la restitución de las contraprestaciones intercambiadas por las partes contractuales, era preciso pronunciarse sobre qué ocurría con los datos personales facilitados al empresario o recabados por éste bien para cumplir sus obligaciones, bien para favorecer su propio modelo de negocio, y con los contenidos generados y compartidos por los usuarios que no en todo caso sirven para identificar a su creador. Naturalmente, en la base de esta concepción “restitutoria” yacen dos modernas teorías sometidas a enconado debate en los últimos años: los datos como posible objeto de propiedad y los datos personales como posible contraprestación contractual.

En este contexto, la Directiva 2019/770 finalmente admite tres causas de resolución de los contratos cubiertos por ella: la falta de suministro (art. 13), la falta de conformidad (arts. 14) y la modificación de los contenidos o servicios que afecte negativamente al consumidor (art. 19.3). El régimen de la resolución se encuentra en los arts. 15 al 18 de la Directiva, en los que se desglosan las obligaciones del empresario (art. 16) y del consumidor (art. 17), en caso de que éste ejercite ese derecho en los casos previstos. En particular, el extenso art. 16 establece que el empresario reembolsará al consumidor los importes pagados (16.1), “*se abstendrá de utilizar cualquier contenido distinto de los datos personales, que el consumidor hubiese facilitado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario*” (16.3, con varias excepciones),

* Catedrático de Derecho Civil (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



“pondrá a disposición del consumidor” sin cargo alguno esos contenidos (16.4) y, respecto a los datos personales del consumidor, con escueta remisión, el art. 16.2 establece que “el empresario cumplirá las obligaciones aplicables de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679”.

En la Propuesta inicial de la Directiva presentada por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2015 [COM(2015) 634 final] ya aparecían esas dos nuevas obligaciones del empresario a “abstenerse del uso” y a “poner a disposición” del consumidor los datos; pero en esos inicios de la tramitación, ambas obligaciones recaían sobre las “contraprestaciones no dinerarias” facilitadas por el consumidor y sobre “cualesquiera otros datos recogidos por el proveedor”; es decir, los dos nuevos derechos del consumidor al resolver el contrato –pues cabe entender que las obligaciones así rotuladas por el legislador comportan auténticos derechos subjetivos del consumidor– se referían tanto a datos personales como a otros datos/contenidos. Este planteamiento general y unitario tuvo un punto de inflexión trascendental en la tramitación a raíz del Informe sobre la Directiva evacuado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) (Dictamen 4/2017, de 14 de marzo, pp. 3 y 10), en el cual rechazó la idea de que “los ciudadanos pueden pagar con sus datos del mismo modo que con su dinero”, apelando a la vertiente iusfundamental de la protección de los datos. Tanto el Parlamento Europeo como el Consejo de la UE, en sus enmiendas al texto inicial eliminaron en 2017 formalmente la idea

de “contraprestación” en datos personales y remitieron los derechos del usuario digital respecto a ellos, también en caso de resolución contractual, al Reglamento General sobre Protección de Datos (RGPD) de 2016, con sus nuevos derechos de supresión y –tras muchos reveses y cambios– de portabilidad; en la versión aprobada de la Directiva 2019/770, el considerando 24 recoge casi literalmente la citada idea del Informe del SEPD: “al tiempo que reconoce plenamente que la protección de datos personales es un derecho fundamental, por lo que los datos personales no pueden considerarse una mercancía, la presente Directiva debe garantizar que los consumidores (...) tengan derecho a medidas correctoras contractuales”.

II. Derechos en juego: supresión, portabilidad, abstención de uso y recuperación

Por lo tanto, a tenor del art. 16 de la Directiva 2019/770 vigente, el consumidor tendrá derechos distintos en relación con la disponibilidad de sus datos cuando hubiese celebrado un contrato de suministro de contenidos y servicios digitales: *si dichos datos fuesen personales*, tendrá los derechos consagrados por el RGPD y, en particular, el de *supresión/olvido* (art. 17 RGPD) y el de *portabilidad* (art. 20) que, por lo demás, podrá ejercitar en cualquier momento –no sólo en caso de resolución, ni siquiera de extinción del contrato; también, incluso, vigente la relación jurídica– y contra cualquier responsable del tratamiento –y

no sólo frente a su contraparte contractual–; *si los datos no fuesen personales*, lo cual deja tremendamente reducido su ámbito, dada la asentada aplicación extensiva de lo que se considera información que puede vincularse a un concreto individuo identificable (art. 4 RGPD), el consumidor, sólo si tiene el derecho de resolución consagrado en la Directiva, puede exigir que el empresario se abstenga de usar los contenidos que aquél generó al emplear los contenidos o servicios digitales de éste y puede recuperar esos contenidos digitales (no personales) “sin cargo alguno y sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente”.

Es obvia la tentación de emparejar unos derechos paralelos (“supresión” del RGPD con “impedir el uso” en la Directiva; “portabilidad” de datos del RGPD con “recuperación” de contenidos de la Directiva), pero diferentes en numerosos aspectos de enjundia. La conclusión de ese examen de diferencias es que los dos derechos de la Directiva 2019/770 están atenuados o rebajados respecto a sus correspondientes modelos de RGPD, tanto por el menor control y facultades que comportan para el usuario, como por las amplias excepciones con que la Directiva –en su fase final de tramitación desde mediados de 2017– los ha limitado. Y la justificación de esa “jibarización” de derechos no resulta tan evidente con la mera referencia al carácter reforzado que merece la protección de los aspectos inherentes a la personalidad, en particular cuando durante el proceso legislativo se evidenció que tanto portabilidad como recuperación atendían sobre todo a potenciar la competencia efectiva entre operadores del mercado único digital.

No procede en este resumen entrar en el detalle de las diferencias entre los citados derechos, pero debe llamarse la atención al menos sobre dos aspectos: en primer lugar, el deber del empresario de abstenerse de usar los contenidos del consumidor tras la resolución es una obligación de *non faciendo* en la Directiva, pero no se establece como un deber positivo de *suprimir* esa información, como sí ocurre en el art. 17 RGPD (vía destrucción, sobreescritura o anonimización irreversible de los datos personales), por lo que aquella abstención más se parece a las técnicas de

bloqueo propias del derecho a la limitación del tratamiento (art. 18 RGPD, cdo. 67).

En segundo lugar, así como en el derecho a la portabilidad de los datos personales del art. 20 RGPD el interesado puede exigir la transmisión directa de sus datos personales de responsable a responsable “si es técnicamente posible”, esta facultad no se contempla en absoluto en el derecho fijado en la Directiva a recuperar los contenidos; pero más censurable resulta –pues también esa “portabilidad directa” constituye más un deseo que una imposición legal a la luz del Cdo. 68 RGPD– que el art. 16.4 de la Directiva 2019/770 no haga mención alguna al derecho del usuario de servicios digitales a la “portabilidad indirecta” o por los propios medios del interesado que el art. 20.1 RGPD sí garantiza, en el sentido de que éste puede transmitir a otro responsable del tratamiento los datos personales que ya facilitó antes a otro; y puede hacerlo “sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado”. En el ámbito de los contenidos generados por los usuarios que no sean datos personales (¿una foto de un paisaje que no permita identificar a su autor, quien la sube bajo seudónimo a una red social, un vídeo con las mismas características en *Youtube*, una construcción en un juego *online*, contenidos sin datos personales almacenados en la nube?) la cuestión de poder portar o migrar esos contenidos a otras plataformas u operadores queda enteramente relegada a las condiciones generales de los contratos aceptadas, con su usual cesión de licencia perpetua (aunque, por ahora, no exclusiva) por parte del usuario respecto a los contenidos que genere.

Otro aspecto que merece un análisis crítico en el régimen de la Directiva 2019/770 son las *excepciones* establecidas a estos dos nuevos derechos del consumidor que resuelve el contrato, que no encuentran un correlato exacto (ni aproximado en varios casos) en los arts. 17.3, 20.3 y 20.4 RGPD. El art. 16.3 de la Directiva establece cuatro supuestos en los que no operará el deber de abstención de uso de los contenidos del usuario por parte del empresario, aplicándose las tres primeras excepciones también al derecho de recuperación de los contenidos por el usuario. Según el citado precepto, esto ocurrirá cuando dicho contenido distinto de los datos personales: “a) *no tenga ninguna utilidad fuera del*



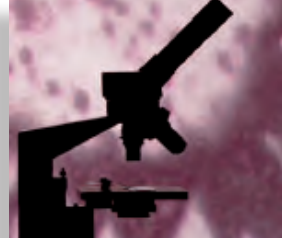
contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) *esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; c) haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o solo pueda desagregarse realizando esfuerzos desproporcionados, o d) haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido”.*

La última excepción, que no se aplica al derecho del consumidor a recuperar sus contenidos pero sí a eliminarlos, proviene de la propuesta inicial de la Comisión Europea de 2015 y guarda cierto paralelismo, respetable, con el límite al derecho de supresión por respeto al derecho a la libertad de expresión e información (art. 17.3.a RGPD). Las otras tres, de introducción tardía en la tramitación parlamentaria, tienen algo más de sentido para el deber de abstención de uso que para el deber de puesta a disposición por parte del empresario, en cuyo ámbito, a mi juicio, son un exceso normativo favorable a la industria. Los considerandos de la Directiva, tan locuaces en ejemplos respecto al resto del articulado, prácticamente nada aportan (Cdos. 69 y 71), salvo que respecto al derecho a recuperar “en tales casos, *los contenidos no tienen ninguna utilidad ni interés práctico relevantes para el consumidor*, a la vez que se tienen en cuenta los intereses del empresario”. Esta afirmación es manifiestamente excesiva, pues sí cabe imaginar situaciones en que el consumidor

tenga interés en esos contenidos (conocer y evaluar su propia actividad, recuperar sin portar o reusar para diversos fines, incluso de mero recuerdo). Ni siquiera se ha recogido una cláusula de equilibrio como la que proponía el Parlamento Europeo para las tres excepciones, esto es, que no sea posible abstenerse o poner a disposición sin realizar un esfuerzo desproporcionado e irrazonable”.

III. Pero... ¿a qué datos o contenidos (no personales) alude la Directiva 2019/770?

Examinados los nuevos derechos de la Directiva y entendido cómo se llega en la tramitación a su muy limitado ámbito de aplicación (por mor de las escasas facultades y las amplias excepciones), resta por preguntarse a qué “contenido distinto de los datos personales” hace referencia el art. 16 de la Directiva. Nuevamente, no hay muchas pistas en los tan ilustrativos considerandos en otros puntos. Obviamente no serán datos personales ni los datos anónimos ni el contenido digital adquirido por el usuario del proveedor; pero los derechos anejos al de resolución no parecen estar pensados precisamente para esos bienes, sino para los usualmente llamados “contenidos generados por los usuarios”, siempre que no sean datos personales (no lo sería un autorretrato o *selfie* subido a una red social). Y aún dentro de este tipo de contenidos, cabría preguntarse si entre los “*facilitados*” al empresario –y por tanto, recuperables o, en su caso, inutilizables– se incluyen



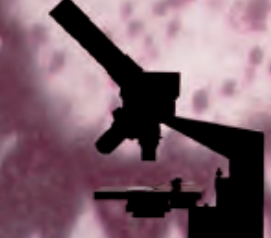
los “recopilados” por éste al observar el comportamiento del usuario en el entorno digital, es decir, sin un suministro activo y consciente por el consumidor. Pues bien, así como respecto al derecho de portabilidad consagrado en el art. 20 RGPD la interpretación implantada por las autoridades de control de datos de los estados miembros (Grupo de Trabajo del art. 29 y su sucesor institucional) incluye tanto los facilitados como los recopilados con el uso y esta interpretación se acoge en la nueva Directiva (cfr. Cdos. 24 y 38), en cambio, respecto a los contenidos que no sean datos personales sólo se incluyen los “facilitados o creados” al usar los servicios (arts. 16.3 y 16.4 Directiva), pues si está “exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso” caerá en una de las excepciones. Se trata de una nueva merma de protección del consumidor respecto a lo que podría

haber sido una norma más ponderada para todos los intereses en juego.

IV. Consideraciones críticas finales

La intersección de la normativa de protección de datos personales y los nuevos derechos contractuales de los consumidores delineados por la Directiva 2019/770 sin duda exige abordar muchos otros aspectos, como los que se tratan en la ponencia que aquí se sintetiza: el análisis concreto de las reglas y las excepciones tanto del derecho de supresión/abstención como del derecho de portabilidad/recuperación del RGPD y la de Directiva, la forma de su ejercicio, la prueba de su ejecución o la interacción de ambos pares de derechos, que pueden ejercitarse de forma autónoma o conjunta (v. gr., portabilidad sin supresión o portabilidad con supresión), etc.

Se concluirá aquí con algunas ideas críticas finales: 1) La Directiva no contempla la posibilidad de extender los nuevos derechos (abstención de uso y recuperación) a otras causas de extinción del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales, distintas de la resolución; los Estados Miembros en la transposición deben contemplar esa posibilidad y nada veda que tomen el modelo del RGPD, más proteccionista, en lugar del de la Directiva para los contenidos no personales. 2) Aunque no es aparente en el articulado de la Directiva, el derecho de recuperación durante la relación contractual, antes de operarse una resolución, podría quedar cubierto por las expectativas legítimas del consumidor ex art. 8.1.b Directiva. 3) El balance general que resulta de las facultades, excepciones y objeto sobre el que recaen los dos nuevos derechos de la Directiva en caso de resolución habla de un contenido prácticamente vacío, dado que además la Directiva tampoco se aplica cuando los datos personales facilitados por el consumidor fueran tratados exclusivamente por el empresario para suministrar los contenidos o servicios digitales o para cumplir requisitos legales (art. 3.1). 4) No obstante, dado el carácter expansivo del concepto de “dato personal” y la remisión expresa de la Directiva (art. 16.2) al RGPD, el usuario puede encontrar en los derechos de supresión u olvido y portabilidad del Reglamento una herramienta de protección de sus intereses a la postre más eficaz que los recién estrenados derechos de una Directiva, por lo demás, pionera en la defensa contractual de los usuarios digitales.



El papel de la protección de datos personales en la contratación online de bienes, contenidos y servicios digitales

Rosa M^a García Pérez *

Recientes iniciativas y acciones legislativas emprendidas por la Unión Europea en materia de consumidores, tras el lanzamiento de su Estrategia para un Mercado Único Digital en mayo de 2015, se han hecho eco del nuevo modelo de negocio que, liderado por grandes empresas tecnológicas, coexiste en la economía digital junto al tradicional sistema de contratación de bienes y servicios de base monetaria. Se trata de un modelo basado en transacciones digitales con datos personales, la mayor parte de las veces asentado en contratos no negociados individualmente; contratos que el interesado-consumidor percibe como un acceso gratuito a bienes, contenidos o servicios digitales. Y con ello los datos personales y su régimen de protección, cuyo principal marco normativo es el Reglamento UE/2016/679, Reglamento General de Protección de Datos europeo (RGPD), han iniciado una compleja incursión en el Derecho contractual.

El primer punto de inflexión, y en breve no será el único, ha venido de la mano de la Directiva UE/2019/770, de 20 de mayo de 2019, sobre ciertos aspectos relacionados con los contratos de suministro de contenido digital y servicios digitales (**DCDig.**). Esta Directiva sólo es la punta de lanza de una nueva manera de relacionarse normativa de protección de datos personales y normativa de consumo. El panorama no quedaría completo sin aludir a otras medidas enmarcadas en el proceso emprendido a nivel europeo de revisión, modernización y adaptación de las reglas de protección de consumidores al entorno tecnológico, en el marco de la iniciativa “*New Deal for Consumers*”, incluida en el Programa de trabajo de la Comisión Europea el pasado 11 de abril de 2018. Se trata de dos propuestas de Directiva que están ultimando su tramitación legislativa: por una parte, la Directiva

del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE, aprobada por el Consejo el pasado 8 de noviembre [Bruselas, 11 de noviembre de 2019 (OR. en) 13934/19] y, por otra parte, la Resolución legislativa [P8-TA-PROV(2019)0222] del Parlamento Europeo, de 26 de marzo de 2019, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE. Sobre ambas propuestas y su interferencia con la normativa de protección de datos tuvo ocasión de pronunciarse el pasado 5 de octubre de 2018 el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) en su *Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”*.

La ponencia centra su interés en la reciente **DCDig. y su interacción con el RGPD**. La imbricación del derecho fundamental a la protección de datos en el ámbito contractual adquiere con esta Directiva un cariz complejo, poliédrico y, en ocasiones, no fácilmente compatible con la concepción y configuración a nivel europeo del derecho a la protección de datos personales, especialmente, desde una doble perspectiva.

En primer lugar, por la vía de reconocer la existencia de reciprocidad en aquellos contratos en los que el consumidor permite el tratamiento de sus datos personales a cambio de acceder a prestaciones digitales, otorgándole la misma protección que si su

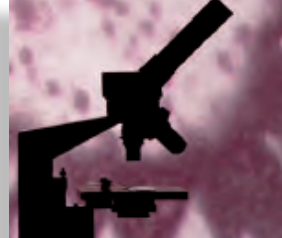
contraprestación hubiese sido dineraria. Es, sin duda, una de las novedades más importantes de la norma, cuya finalidad es, según señala la propia **DCDig.**, garantizar que los consumidores, en el contexto de dichos modelos de negocio, tengan derecho a medidas correctoras contractuales (Considerando 24). Desde esta óptica se introduce en la dinámica contractual la monetización de los datos personales y su consideración como contraprestación.

En segundo lugar, por la incidencia que la normativa de protección de datos y, en particular, su contravención, puede tener como criterio de validez y eficacia contractual

Esta doble vía de interacción RGPD-DCDig. suscita múltiples planos en los que se pone de manifiesto la tensión entre dos enfoques regulatorios contrapuestos; tensión que ha estado presente a lo largo de toda la tramitación legislativa, saldada en el texto final de la **Directiva** con una mención expresa a la prioridad de aplicación del RGPD en caso de conflicto con las disposiciones de la Directiva (art. 3.8 DCDig.).

No obstante esta prioridad, hay aspectos de la Directiva que, puestos en contacto con el régimen normativo de protección de datos, siguen siendo fuente de fricción, particularmente esta intervención ha centrado su enfoque, por un lado, en la concreción de la base jurídica que, conforme a las previsiones del artículo 6 RGPD, da soporte a los tratamientos derivados de contratos a los que resulta aplicable la **DCDig.** (**¿consentimiento ex art. 6.1.a RGPD?; ¿ejecución de un contrato ex art. 6.1.b. RGPD?; ¿interés legítimo ex art. 6.1.f RGPD?; y, por otro, en la incidencia de los principios y obligaciones impuestos por el RGPD al responsable del tratamiento de datos-**

* Profesora Titular de Derecho civil (U. de Granada). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente..



proveedor en la evaluación de los criterios subjetivos y objetivos de conformidad con el contrato de los contenidos y servicios digitales.

El primero de los aspectos reseñados, la fijación de base legal del tratamiento de datos personales, particularmente de aquellos datos facilitados para ser tratados por el proveedor con finalidades distintas al suministro de contenidos o servicios digitales o al cumplimiento de requisitos legales, no es una cuestión baladí, ni desde la óptica de la normativa de protección de datos (ad. ex., contenido obligatorio del deber de información ex arts. 13.1c, 14.1.c y 14.2.b RGPD, amplitud de los derechos de los interesados establecidos en los artículos 15 a 22 RGPD...), ni desde la perspectiva de las repercusiones que sobre el propio contrato de suministro puedan tener la opción por una u otras (v.gr., si la licitud del tratamiento es el consentimiento del titular de los datos ¿su revocación lleva aparejada la resolución contractual?; ¿supondría dejar la validez y cumplimiento

del contrato al arbitrio de una de las partes?...)

El segundo, atinente al cumplimiento por el proveedor de los principios que conforme al artículo 5 RGPD deben ser observados en cualquier tratamiento de datos personales, implica responder a la siguiente cuestión: ¿un tratamiento de datos realizado por el suministrador que infrinja alguno de los principios de licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización, etc., puede determinar, al margen de los mecanismos de reacción propios del derecho fundamental a la protección de datos, una falta de conformidad activadora de las medidas correctoras establecidas por la DCDig.?

Aunque sin plasmación en el texto articulado de la **DCDig.**, esta cuestión es **atendida** en su considerando 48, al afirmar que «una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la

protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva». Este enfoque parcial, dependiente de las circunstancias del caso e ilustrado con ejemplos en el propio considerando, puede, a mi modo de ver, llevarse mucho más lejos. Una interpretación adecuada de la normativa contractual y de los artículos 7 (requisitos objetivos de conformidad) y 8 (requisitos subjetivos de conformidad) de la DCDig. desembocará, sin duda, en una mayor interacción del RGPD en la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato y consiguiente activación, en su caso, de las medidas correctoras contractuales que, sin perjuicio de las vías de reacción ex normativa protección de datos, se atribuyen al consumidor en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro.

Conclusión de contratos en plataformas *online*

Joana Campos Carvalho *

Las plataformas *online* son espacios virtuales que permiten el contacto entre dos o más grupos de usuarios, de manera que les genera un valor pues sin ellas, este contacto no se produciría o, por lo menos, no se produciría de forma tan eficiente.

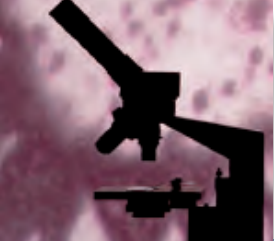
También pueden describirse como intermediarios entre dos o más grupos de usuarios que están conectados por efectos de red indirectos. Esta definición proviene del campo de la economía, donde esta realidad ha sido estudiada bajo el concepto de mercado bilateral o multilateral.

Los mercados bilaterales o multilaterales se caracterizan principalmente por tres elementos: i) la existencia de, por lo menos, dos grupos separados de usuarios que utilizan la plataforma como intermediaria; ii) la existencia de efectos de red indirectos, lo que significa que el valor que un usuario obtiene del uso de la plataforma aumenta en función del número de usuarios del otro grupo; iii) la falta de neutralidad de la estructura de precios, lo que significa que la plataforma puede influir en el volumen de transacciones aumentando el precio de uso de la plataforma para un grupo y disminu-

yendo el precio de uso para el otro grupo. Esta característica justifica que las plataformas traten a menudo a uno de los grupos como generador de beneficios y al otro como financieramente neutro o incluso generador de pérdidas.

El concepto de plataformas *online* incluye diferentes categorías, como las redes sociales o los juegos masivos en línea con multitud de jugadores. Sin embargo, en el ámbito del Derecho contractual, la categoría importante es la de los llamados creadores de mercado, emparejadores o

* Doctoranda y Profesora Visitante en NOVA Direito, Lisboa, Portugal. Investigadora del CEDIS (Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade e Investigadora del FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. Traducción a cargo de la Prof. Esther Arroyo Amayuelas.



mercados. Este tipo de plataformas incluye a todas las que permiten la conclusión de contratos en línea o que, por lo menos, permiten a los usuarios encontrar a la contraparte para concluir un contrato al margen de la plataforma.

Los mercados *online* han cambiado drásticamente la estructura de las transacciones. Tradicionalmente, para la compra de un bien o la prestación de un servicio, solo se necesitaba un contrato entre el proveedor y el cliente. Por el contrario, en los mercados *online*, por cada transacción existen tres contratos: i) entre el proveedor y la plataforma –para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del proveedor–; ii) entre el cliente y la plataforma –para regular las condiciones de uso de la plataforma por parte del cliente–; iii) entre el proveedor y el cliente –que da lugar al contrato principal, que es que justifica la existencia de los otros dos–.

Esta estructura triangular plantea numerosas cuestiones, ya que muchos Derechos contractuales europeos todavía no tienen en cuenta las especificidades de estos modelos de negocio.

Me gustaría señalar brevemente una de estas cuestiones. No está claro cuál es o debería ser el papel de la plataforma en relación con el contrato principal, es decir, el contrato concluido entre los usuarios de la plataforma.

Por una parte, no todos los operadores de los mercados son iguales. Existen modelos de negocio muy distintos. Mientras que mercados como *OLX* o *Craigslist* solo proporcionan realmente un espacio en línea en el que los usuarios pueden reunirse, otros mercados como *Amazon* o *Airbnb* asumen un papel muy importante en relación con el contrato principal: proporcionan los medios para llevar a cabo su conclusión, gestionan los pagos, diseñan las condiciones generales de la contratación que resultan de aplicación, resuelven los conflictos que puedan suscitarse, etc. Por lo tanto, estos diferentes tipos de operadores de plataformas deberían recibir un trato específico. Por otra parte, resulta evidente que este último tipo de plataformas no son “meros intermediarios”. Y puesto que tienen una influencia decisiva sobre el contrato concluido, deberían tener algunas obligaciones y probablemente asumir también parte del riesgo.

La Unión Europea ha abordado el tema de forma tímida hasta ahora. Solo incluye algunas obligaciones en la Directiva que forma parte del conocido como “Nuevo Pacto para los Consumidores”, recientemente aprobada por el Consejo el pasado 8 de noviembre de 2019.

En este sentido, cabe destacar el Proyecto de Normas Modelo sobre Plataformas de Intermediación en línea (*Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms*), elaborado por el Instituto de Derecho Europeo (*European Law Institute, ELI*) que incluye, además de algunos deberes muy importantes, una norma que establece la responsabilidad conjunta del operador de la plataforma cuando este tenga el control sobre el proveedor. Este criterio deberá ser tenido en cuenta por los tribunales, a la vista de las circunstancias que muestren la existencia de ese control, como podría deducirse de cláusulas como las siguientes: “el operador de la plataforma puede retener los pagos realizados por los clientes en el marco de los contratos concluidos entre el proveedor y el cliente”; o “las condiciones del contrato entre el proveedor y el cliente vienen esencialmente determinadas por el operador de la plataforma”.

La necesidad de actualizar la directiva de comercio electrónico

Esther Arroyo Amayuelas *

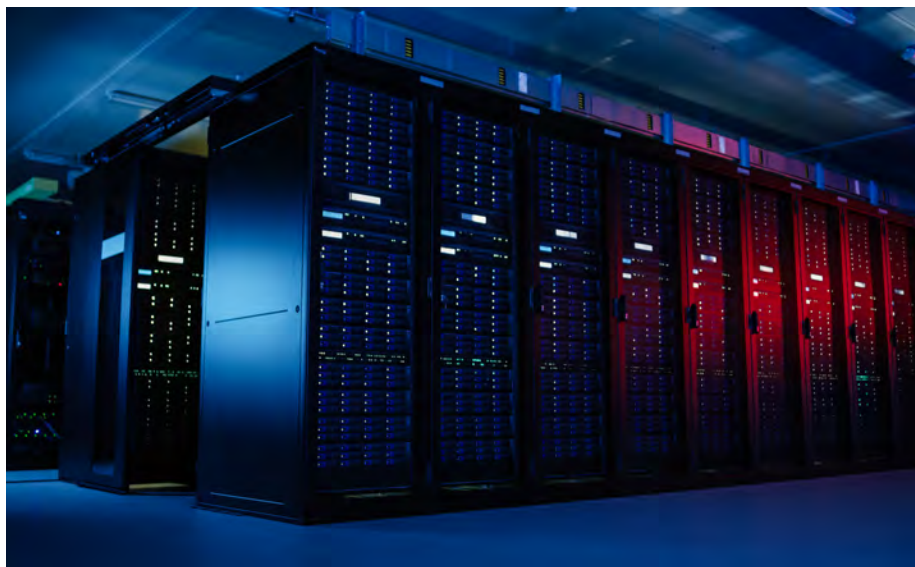
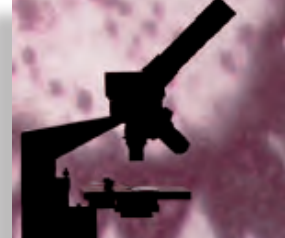
I. Introducción

La Unión Europea está permanentemente actualizando su Derecho privado como consecuencia de la revolución digital. La Comisión hasta la fecha presidida por Jean-Claude Juncker ha aprobado reglas nuevas para la venta de bienes, las transacciones de contenidos y servicios digitales y la lealtad y transparencia de las plataformas *online*. Corresponde ahora a la Comisión Europea que Úrsula von der Leyer presidirá los próximos años (2019-2024) afrontar nuevos retos

y, entre ellos, el de actualizar la Directiva 2000/31, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico (= DCE). En realidad, el rol y las responsabilidades de la industria de internet ya empezó a ser cuestionado por la anterior Comisión Europea pero, tras numerosos estudios y consultas públicas, los planes no pasaron por modificar la DCE, sino por abordar el problema en relación con áreas especialmente sensibles, como el *copyright*, el terrorismo, la incitación al odio, la pornografía infantil u otros contenidos audiovisuales nocivos, mediante la

adopción de legislación especial y el fomento de la autorregulación de las empresas (SWD(2016)172 final, p. 7; COM (2017) 555 final; C(2018) 1177 final; SWD (2018) 408 final). Así que la puesta al día de la DCE deberá necesariamente coexistir y completar esa legislación, cuya finalidad ya no es preservar los puertos seguros con que ahora cuentan los prestadores de servicios de intermediación (arts. 12-14 DCE), sino prevenir que las nuevas estructuras digitales (plataformas) promuevan y difundan actividades ilícitas (Savin, Andrej,

* Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo (U. Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), también se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català U. Barcelona (2017 SGR 151)..



“EU Regulatory Models for Platforms on the Content Carrier Layers: Convergence and Changing Policy Patterns”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2018, 7, pp. 9-37), de conformidad con la responsabilidad social que se les atribuye (Taddeo, Mariarosaria – Floridi, Luciano (eds), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Springer, Switzerland, 2017). Por eso, además de combatir las ilegalidades, habrá que evitar que tengan lugar otros contenidos igualmente dañinos (e.g. *fake news*). El riesgo es que un exceso de celo afecte a la libertad de expresión e información y a la libertad de empresa, esto último si se acaba imponiendo a los intermediarios medidas de control muy costosas.

En las páginas que siguen me centraré en lo esencial; esto es, en lo que una futura nueva directiva o reglamento sobre servicios digitales debería incluir, a la vista de las insuficiencias o lagunas detectadas en la norma actual: a) modernizar las actividades comprendidas en los arts. 12-14 DCE; b) señalar los criterios que deben servir para cualificar al intermediario; c) establecer los contornos del deber de diligencia de los intermediarios; y d) establecer mecanismos armonizados de moderación de contenidos. Son cuestiones que aparecen referidas en un documento de la Comisión Europea que, sin embargo, oficialmente todavía no existe (Documento de la DG Connect, que se ha filtrado, disponible en: [https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-](https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)

[regulate-online-platforms/](https://netzpoltik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/)) (fecha de la última consulta: 17 de octubre de 2019).

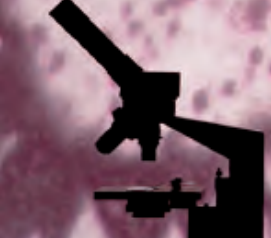
II. Los servicios digitales en la actualidad

En la DCE, la única actividad de los intermediarios que merece ser tenida en cuenta es la de quienes transmiten o alojan contenidos de terceros, que son actividades que pueden o no ser desarrolladas por proveedores de intermediación distintos. En particular : a) acceso, que facilita al usuario la conexión a la red y que tiene una función meramente técnica de transmisión de información (art 12); b) almacenamiento automático, intermediario y temporal con el fin de reducir el tiempo de transmisión de la información y evitar que internet se sature como consecuencia de una elevada demanda del mismo material (art. 13); c) almacenamiento permanente o *hosting* de los datos facilitados por el destinatario del servicio en los servidores del proveedor conectados a internet (art 14). Algunos proveedores tanto pueden ser considerados de acceso como de alojamiento y otros, por el contrario, es difícil encajarlos en alguna de esas categorías (a propósito del alquiler de nombres de dominio STJUE C-521/17 SNB-REACT). Algunas actividades de los intermediarios que no están contempladas en la DCE reciben protección específica en los Estados Miembros (plataformas de compartición de *software* o videos; plataformas de comercio electrónico en que los bienes pertenecen a terceros; redes sociales; servicios peer-2-peer; blogs o foros de discusión) y otras veces ha sido la jurisprudencia europea la que ha aclarado

si se aplica el puerto seguro (e.g. a un proveedor de acceso a una red wifi, STJUE C-484/14, *Mc Fadden*), si bien las soluciones no han sido unívocas para las herramientas de localización de información: así, el TJUE ha excluido la responsabilidad de los motores de búsqueda por los anuncios que enlazan con sitios web de terceros que ofrecen a la venta productos falsificados o sin el consentimiento del titular de la marca (C-236/08 to C-238/08 *Google France*), pero no ha hecho lo mismo con otros proveedores de enlaces, que han sido considerados responsables de un acto de comunicación pública o de explotación de actos relacionados con los derechos de autor (STJUE C-160/15 *GS Media BV*; STJUE C-527/15, *Stichting Brein Jack*; STJUE C-610/15 *Ziggo*; pero *vid.* STJUE C-466/12, *Nils Svensson*) o responsables de la indexación y listado de información con datos personales (STJUE C-131/12, *Google Spain*). Además, los motores de búsqueda son tratados como proveedores de hosting en algunos países (España, entre ellos) y en otros como proveedores de acceso (COM(2003) 702 final, p. 13, n 69; SEC(2011)1641/2, p. 27), con las consecuencias que ello comporta a la hora de aplicar las exenciones de responsabilidad sobre la base de la posibilidad de conocer el ilícito (STJUE C-484/14, *Mc Fadden*).

III. ¿Intermediario o Proveedor?

Parece que el dato relevante para gozar del puerto seguro es que la actividad que lleva a cabo el prestador sea meramente técnica, automática y pasiva (Cdo 42 DCE, STJUE C-236/08 – C-238/08, *Google France*). Es decir, que solo gozaría del privilegio de la exención de la responsabilidad el prestador que no desarrollara un rol activo. Lo es, por ejemplo, el papel que desempeña eBay en la asistencia a los vendedores y en la promoción y el fomento de las ventas de productos falsificados porque se supone que esa promoción conlleva una distribución que le proporciona el conocimiento y control de las ofertas ilícitas de venta que almacena, según la STJUE C-324/09 *L'Oréal*. Pero no es tan evidente el desempeño de un rol activo en otros casos que nada tienen que ver con la infracción de la marca en un mercado *on-line*. En realidad, una cosa es determinar la responsabilidad de los proveedores de alojamiento por ese presunto conocimiento y control de contenidos ilícitos; y otra muy distinta es dilucidar si las plataformas que



invocan la exención de responsabilidad del art. 14 DCE cumplen, en realidad, funciones de intermediación. Lo primero exige dejar de utilizar las expresiones “rol activo/rol pasivo”, que perjudican a los intermediarios cuya función siempre exige una cierta actividad (*vgr.* motores de búsqueda) y reemplazarlas por su significado real. Lo apropiado es, pues, referirse al “grado de control”, al desempeño de “funciones editoriales”, o al “conocimiento real del ilícito”. Lo segundo exige establecer qué criterios identifican a las plataformas que actúan como proveedores a pesar de reclamar para sí un rol distinto (STJUE C-434/15 *Uber Spain* y STJUE C-320/16 *Uber France*; art. 19.2 *ELI Model Rules on online platforms*).

IV. La diligencia del operador económico: La adopción de medidas proactivas

La Comisión insta a adoptar nuevos enfoques de investigación e innovación para desarrollar programas de filtrado y bloqueo y asume que esa carga es un deber de las empresas (COM(2017) 555 final, p. 14). Con todo, ya se ha dicho que solo el proveedor pasivo puede gozar del puerto seguro. Existe, pues, el riesgo de que la adopción voluntaria de medidas proactivas se identifique con un conocimiento de la ilegalidad que acabe terminando por calificar al proveedor de “activo”. No es muy razonable si, a fin de cuentas, ese conocimiento sirve, precisamente, para eliminarlo; pero para conjurar el riesgo, los documentos institucionales reiteran *ad nauseam* que las medidas voluntarias adoptadas para aumentar la confianza y ofrecer un servicio más competitivo no deben llevar a ese resultado (COM(2016) 356 final, p. 9; COM (2017) 555 final, pp. 12, 13; Cdo. 27, arts.18, 36-37 C(2018) 1177 final). Según parece, se trataría de aplicar la norma del “buen samaritano” (Sartor, Giovanni, “Providers Liability: From the eCommerce Directive to the future”, In-Dept Analysis for the IMCO Committee, IP/A/IMCO/2017-07, Octubre 2017, pp. 27, 29). Lo que ocurre es que ninguno de esos documentos aclara las consecuencias que tendría que, a pesar de actuar de buena fe (con todas las garantías y salvaguardias), los proveedores no eliminasen los contenidos que resultaran ser ilícitos o impidieran el acceso a contenidos que no lo fueran. Con buen criterio, se ha sugerido que en esos casos la acción de responsabilidad contra los proveedores solo debería tener

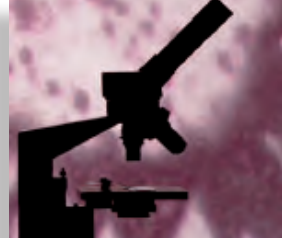
lugar ante fallos sistémicos (House of Lords. Select Committee on Communications. 2nd Report of Session 2017-2019, “Regulating in a digital world”, impreso el 26 de febrero y publicado el 9 de marzo de 2019, pp. 53-54, 55). El documento que se ha filtrado alude escuetamente a la necesidad de aclarar la ausencia de responsabilidad “por la adopción de medidas proactivas”.

V. Mecanismos de moderación de contenidos

Una de las carencias más destacadas de la DCE es la no inclusión de regla alguna sobre procedimientos privados de *notice and take down* (aviso al intermediario de la existencia de contenido ilícito en las redes; y subsiguiente eliminación de ese mismo contenido a petición del notificante, normalmente la víctima). Retirar información ilegal sin que sea preciso esperar a que una orden judicial lo autorice ahorra tiempo y dinero, pero eso deja en manos de los privados cómo debe ser el comportamiento de los usuarios y, por eso, la regulación debe ir acompañada de la posibilidad de acceder fácilmente a procedimientos judiciales o extrajudiciales de resolución del litigio. Además, la eficacia de tales procesos requiere transparencia a la hora de explicar los criterios que se hacen servir y el porcentaje anual y tipo de contenidos removidos y, en su caso, revisión previa a la retirada por personas expertas. El sistema debería prevenir o minimizar las reclamaciones abusivas y quizás a ello podría contribuir que, tras recibir una contra-notificación defendiendo el contenido alojado, el proveedor de servicios pudiera reponer los contenidos, de manera que la carga de iniciar el proceso recayera sobre el titular del derecho. Así mismo, deberían aclararse las políticas de retirada o bloqueo del acceso a los contenidos para evitar la violación de derechos fundamentales. Todas esas son cuestiones que ya están presentes en las Recomendaciones de la Comisión (C(2018) 1177 final) y que en parte ya desarrollan actos legislativos recientes (*vgr.* art. 17 (9) Directiva (EU) *Copyright*). El documento que se ha filtrado anuncia la adopción de medidas que salvaguarden los derechos fundamentales y sugiere además la posibilidad de adoptar distintas medidas en función del tipo de actividad y de contenido.

V. Reflexiones finales

En el mundo de internet, el reto es proteger a las víctimas, sin incurrir en el riesgo de dañar a los creadores, perjudicar la libertad de expresión e información, o hundir el negocio de las empresas. La economía digital y, con ella, la creciente relevancia de las plataformas en línea ha incrementado la tendencia a imponer controles preventivos a los intermediarios, gracias a que los avances tecnológicos permiten la adopción de medidas fiables y proporcionadas para la detección y el bloqueo de contenidos ilícitos. Muchos jueces nacionales han acabado imponiendo la obligación de actuar en función de la capacidad técnica de las grandes empresas (crítico, Frosio, Giancarlo, ‘The Death of “No Monitoring Obligations” A Story of Untameable Monsters’, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, 8, pp. 199–215) y la reciente STJUE C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* da a entender que eso no vulnera el art. 15 DCE. La tendencia a imponer medidas de control también puede observarse a nivel legislativo. La nueva Directiva *Copyright* obliga a los grandes proveedores de alojamiento *online* (a quienes ya no trata como intermediarios de *hosting*) a llevar a cabo una verificación automática (filtrado y bloqueo) de los contenidos a fin de evitar la responsabilidad por la difusión de obras no autorizadas [art. 17 (4) (b) y (c)]; además, los Estados miembros pueden imponer a los proveedores de plataformas de intercambio de vídeos medidas de control más detalladas o más estrictas que las contempladas en la Directiva de servicios de medios audiovisuales (nuevo art. 28 bis 6 Directiva Servicios Audiovisuales); los proveedores de alojamiento también pueden verse obligados a aplicar medidas proactivas para impedir la difusión de contenidos terroristas (COM(2018) 640 final, Cdo. 19, art. 6). Como era de esperar, la Comisión Europea prevé actualizar la Directiva sobre comercio electrónico con esa misma orientación. Es decir, no solo se exigirá a los intermediarios que reaccionen (rápidamente) ante las quejas de los usuarios, sino que además se les pedirá buscar por su cuenta las ilegalidades. Es importante que, por primera vez, se prevea la necesidad de establecer medidas específicas para conocer la transparencia del algoritmo ante las tecnologías automáticas de filtrado. Y es que la tecnología no solo no puede siempre detectar las ilegalidades sino que además puede tener efectos discriminatorios y contrarios a los derechos fundamentales.



Responsabilidad civil y diligencia de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual

Gerald Spindler *

I. Introducción

La responsabilidad jurídica de los intermediarios de Internet ha sido un tema candente desde mediados de los años 90. Después de que la Unión Europea y diversos Estados introdujeran privilegios de puerto seguro para los intermediarios con el fin de protegerlos de riesgos excesivos, se inició un movimiento en sentido contrario, encabezado por los titulares de derechos de propiedad intelectual, que se dieron cuenta, con el auge de *Napster* y la comprensión de archivos MP3, de que su principal modelo de negocio se vería gravemente amenazado por las nuevas tecnologías, en particular por el intercambio a través de intermediarios de Internet de archivos protegidos por derechos de autor, como música, películas, libros, etc. En consecuencia, no es de extrañar que la industria de los derechos de autor comenzara a presentar demandas masivas con el cambio de siglo, concentrándose en primer lugar en los requerimientos contra las plataformas que evidentemente venían incurriendo en piratería o fomentaban y contribuían a su expansión. A su vez, apenas se vieron reclamaciones por daños y perjuicios, porque la creencia generalizada era que los privilegios del puerto seguro de los arts. 12-15 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico blindaban a los intermediarios. Con el éxito amargo de *Youtube* y otras plataformas que generaban unos enormes beneficios, la industria de los derechos de propiedad intelectual tuvo un nuevo acicate para atacar a estas plataformas, ya que afirmaban que sufrían de un “déficit de valor” (*value gap*), lo que significa que *YouTube* se beneficiaba de unos enormes ingresos publicitarios al permitir a los usuarios cargar y distribuir el contenido generado por los propios usuarios, a menudo combinado con material protegido por derechos de autor como los vídeos

musicales, mientras que los titulares de los derechos de autor no se beneficiaban de la misma manera al no haber concedido licencias para esos contenidos generados por los usuarios, a la par que tenían que perseguir a dichos usuarios que usaban sus obras (sin permiso y con abuso). Sin embargo, intentar perseguir a los usuarios resultó ser bastante ineficaz, mientras que era (y es) mucho más fácil demandar al operador de la plataforma, como *YouTube*.

Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de Unión Europea (TJUE) comenzó a desarrollar el concepto del derecho de puesta a disposición del público consagrado en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE de derechos de autor en la sociedad de la información. El TJUE expandió el derecho desde las meras infracciones directas hasta incluir también cualquier tipo de conducta auxiliar o contributiva –aunque a veces parecía confirmarse que “malos casos generan mal Derecho”–. Así, el TJUE declaró como infractores del art. 3 de la Directiva 2001/29/CE a los productores de *hardware* que incluían extensiones que llevaban directamente al usuario a contenidos ilegales (caso *Filmspeller*). También *Pirate Bay* había sido calificada como infractora directa, ya que *Pirate Bay* contenía información sobre cómo utilizar las plataformas de piratería, incluso aunque *Pirate Bay* no albergaba ningún tipo de contenido de música, películas, etc. ilícitos (caso *Pirate Bay*). De esta manera, incluso más allá de las acciones de cesación, que siempre desembocaban en la adopción de medidas de advertencia y de retirada, el Tribunal declaró a estos “intermediarios” responsables de daños y perjuicios. En este contexto, el Tribunal Supremo Federal alemán preguntó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si *YouTube* también debería ser tratado como un infractor directo, dado que *YouTube* potencia la distribución ilícita

de contenido protegido por propiedad intelectual.

II. La nueva Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

El nuevo art. 17 de la recientemente adoptada Directiva (UE) 2019/790, de 17 de abril de 2019 encaja directamente en esta evolución. El art. 17.1 de la Directiva 2019/790 adopta el planteamiento del TJUE al declarar responsable al intermediario si no intenta obtener las pertinentes licencias de los titulares de los derechos. El art. 17.1 de la Directiva extiende el derecho de poner a disposición del público (y de la radiodifusión pública, como el *streaming*) explícitamente a los intermediarios, aunque tradicionalmente hayan sido tratados como actores auxiliares (según las leyes nacionales).

1. Ámbito de aplicación

Sin embargo, el art. 17.1 de la Directiva no se aplica a todos los intermediarios (proveedores de alojamiento). El art. 2.6 de la Directiva trata de delimitar el ámbito de aplicación del art. 17 a aquellos proveedores que almacenan una gran cantidad de contenidos (generados por el usuario) con el fin de compartirlos con otros, y de forma organizada y “publicitada” (el servicio los “organiza y promociona con fines lucrativos”). La publicidad en este caso significa sólo marketing en general, no promoción directa de los contenidos generados por el usuario. El principal objetivo de esta definición es incluir todo tipo de servicios que puedan sustituir a los canales clásicos de distribución. Además, los proveedores de servicios de alojamiento en la nube que se dedican principalmente a la distribución de contenidos piratas están incluidos en esta

* Catedrático de Derecho de Derecho Civil, Mercantil y Económico, Derecho Comparado y de las Telecomunicaciones (U. de Göttingen). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente. La traducción ha estado a cargo de este último.

definición, aunque no se mencionen de forma directa.

Dada la amplitud de la definición, no es de extrañar que el legislador de la UE se esforzara durante las negociaciones por limitar el ámbito de aplicación. En general, se excluyen todos los servicios no comerciales como la *Wikipedia* o los repositorios científicos. También, incluso las plataformas de intercambio comercial como *Amazon* o *eBay* están exentas, ya que su principal modelo de negocio no se centra en el contenido generado por el usuario. Además, los proveedores de servicios comerciales de almacenamiento en la nube como *Google Drive* y similares tampoco están incluidos en el art. 2.6 de la Directiva 2019/790. Sin embargo, aún quedan algunas zonas grises, ya que los servicios suelen oscilar entre la comunicación masiva y la individual.

2. El planteamiento general

El enfoque general del art. 17 consiste en dos pasos: en primer lugar, el proveedor tiene que obtener licencias para el contenido alojado, haciendo todos los esfuerzos razonables. En caso de que no obtenga las licencias, deberá demostrar que impide la carga de contenidos generados por los usuarios de acuerdo con los mejores estándares industriales disponibles y con base en la información que los titulares de los derechos le proporcionaron (art. 17.4.b Directiva 2019/790). El art. 14 de la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico y el privilegio del puerto seguro no se aplican. Por último, si el proveedor recibe la notificación de un titular de derechos que denuncia un contenido ilícito generado por un usuario, el proveedor tiene que eliminar ese contenido y bloquear cualquier intento del usuario (y de otros) de volver a subirlo (notificación y suspensión, ex art. 17.4.c Directiva 2019/790). Sólo si el proveedor cumple con esta prueba de dos pasos se beneficiará de un privilegio respecto a la responsabilidad civil.

En cuanto a las licencias, sin embargo, ni los titulares de derechos ni los proveedores están obligados a otorgar una licencia; un proveedor sólo está obligado a realizar todos los esfuerzos necesarios para obtener un “permiso” (lo que en la práctica significa, en la mayoría de los casos, una licencia).

Si el proveedor ha obtenido una licencia, ésta cubre también cualquier acción del usuario, siempre y cuando el usuario actúe

sin ánimo de lucro. Por lo tanto, cualquier líder de opinión (*influencer*, etc.) en *YouTube* que deba calificarse que actúa con fines de marketing comercial no está cubierto por esta extensión de las licencias. Por otra parte, sigue sin estar claro si los titulares de los derechos son remunerados doblemente, una vez por el usuario comercial y la otra por el proveedor de servicios de hospedaje, lo que refleja el enfoque problemático adoptado por el artículo 17 (y por el TJUE) al considerar como una infracción directa la de alguien que sólo actúa como auxiliar.

Examinado más en detalle, el art. 17.4.a.c de la Directiva 2019/790 suscita muchas preguntas: como el art. 17 se refiere a “normas sectoriales estrictas de diligencia profesional”, no está claro quién las va a definir, si participarán otras partes interesadas distintas de la industria, etc. También su papel en el proceso judicial es indefinido: si se utilizan como prueba *prima facie* en los procedimientos o si son sólo un punto de referencia sustantivo.

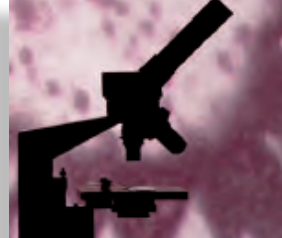
Además, los comentaristas del art. 17 se refieren a menudo al principio de proporcionalidad, consagrado en el art. 5 de la propia Directiva 2019/790, el cual justifica, en particular, que algunos (pequeños) proveedores no tengan que respetar la norma de los filtros de carga y que las obligaciones de obtener licencias no se traduzcan en una obligación general de control (que debería excluirse). Sin embargo, esta interpretación no tiene en cuenta la exención de las empresas de nueva creación (*start ups*) que obra en el art. 17.6 de la Directiva, el cual ha sido objeto de un intenso debate durante el proceso de adopción de la norma. Por lo tanto, el principio de proporcionalidad no puede considerarse como un privilegio para los proveedores más pequeños. Además, en lo que respecta al art. 17.1.4.a, no hay forma de negar que un proveedor tiene que comprobar todos los contenidos de su plataforma si quiere obtener una licencia; de lo contrario, un proveedor nunca sabría para qué contenidos necesitaría una licencia. Por lo tanto, aunque la Directiva 2019/790 trata de evitar una obligación general de supervisión, es difícil sustraerse al hecho de que los proveedores tienen que examinar todo el contenido de su plataforma para determinar si necesitan una licencia, que es claramente una obligación de supervisión en general y sin notificación de los titulares de los derechos, que el TJUE había considerado contraria a los derechos fundamentales europeos en el asunto *SABAM/Netlog*.



Esto se enfatiza incluso en lo que respecta a los mecanismos de corrección del art. 17.7 y 17.9 de la Directiva 2019/790 que tienen por objeto mantener la libertad de expresión. En primer lugar, en el art. 17.7 se mencionan sólo unas pocas limitaciones, como el derecho de cita o el pastiche, pero no otras, como por ejemplo para fines de investigación científica, tal como se consagra en el art. 5.3.a de la Directiva 2001/29 sobre la sociedad de la información. En segundo lugar, el mecanismo sigue sin estar claro, pues, en particular, no se sabe si los usuarios tienen un derecho subjetivo a reclamar el respeto de las limitaciones. Además, la Directiva 2019/790 no contiene ninguna disposición sobre la responsabilidad de los “trolls de derechos de autor”, es decir, las personas que hacen un uso indebido de las notificaciones de propiedad intelectual, así como sobre la responsabilidad de los usuarios que intentan marcar sus contenidos como amparados por el derecho de cita.

III. Perspectivas

Por último, pero no por ello menos importante, el art. 17 de la Directiva 2019/790 parece ser un primer ensayo de las próximas iniciativas europeas destinadas a abandonar los privilegios del puerto seguro contenidas en la Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico. Se rumorea que la Comisión Europea reflexionará sobre una nueva Directiva de Servicios Digitales que debería sustituir los privilegios tradicionales de puerto seguro, y que podría basarse más en un enfoque de negligencia que en un procedimiento de notificación y retirada de contenidos.



Los usos en línea de las publicaciones de prensa: viejos derechos, nuevos límites

José Manuel Ventura Ventura *

1. Con la finalidad de proteger a las editoriales de publicaciones de prensa frente a los usos, totales o parciales, de sus publicaciones por parte de terceros, el art. 15 de la Directiva (UE) 2019/790 —del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital— obliga a los Estados miembros a reconocerles dos derechos de propiedad intelectual ya conocidos en el ámbito comunitario: el *derecho de reproducción* y el *derecho de puesta a disposición del público*, previstos en el art. 2 y en el art. 3.2, respectivamente, de la Directiva 2001/29/CE.

La concesión de estos derechos —que durante la tramitación de la Directiva fue muy contestada desde el ámbito académico— vino precedida de una Consulta pública que la Comisión europea planteó entre el 23.3 y el 15.6.2016 sobre el rol de los editores de prensa en la cadena de valor del derecho de autor, y emparenta con las iniciativas legislativas adoptadas al respecto en Alemania (2013) y en España (2014), de signo bien diferente, que sirvieron para poner de manifiesto la dimensión claramente transfronteriza de la materia, como recuerda el Considerando (83) de la Directiva.

Las razones aludidas como justificativas de la concesión de los referidos derechos son de índole patrimonial y, en conexión con ellas, de facilitación de la legitimación procesal, con el “punto de mira” puesto en los nuevos servicios en línea que han venido haciendo uso de las publicaciones de prensa: los llamados *agregadores de noticias* (como, p. e., *Menéame*) y los *servicios de seguimiento de medios de comunicación* (como, p. e., la aplicación *Squid-Noticias*), cuyo modelo de negocio está en buena medida basado en la reutilización de aquéllas. Se hacía hincapié, en este sentido, en la im-

portante inversión económica que precisan hacer las editoriales para generar las noticias y en la conveniencia de que contaran con un instrumento jurídico específico para reaccionar contra los usos indebidos, siendo muy expresiva, en este sentido, la última parte del Considerando (54) de la Directiva.

2. Los derechos cuya titularidad ostentarán las editoriales (concepto que comprende a los prestadores de servicios como editoriales de noticias o agencias de noticias) tienen como objeto lo que la Directiva llama una “*publicación de prensa*”, definida en su art. 2.4) como “*una recopilación compuesta principalmente por obras literarias de carácter periodístico, pero que también puede incluir otras obras u otras prestaciones, y que: a) constituye un elemento unitario dentro de una publicación periódica o actualizada regularmente bajo un único título, como un periódico o una revista de interés general o especial; b) tiene por finalidad proporcionar al público en general información sobre noticias u otros temas, y c) se publica en cualquier medio de comunicación por iniciativa y bajo la responsabilidad editorial y el control de un prestador de servicios*”, excluyéndose expresamente a las revistas científicas de tal concepto, en el que quedan comprendidos los periódicos de publicación diaria o las revistas semanales o mensuales de interés general o especial, como se menciona expresamente en el Considerando (56) de la Directiva, y sin que sea óbice para invocar la protección que la publicación tenga lugar en soporte papel.

3. Los derechos referidos *supra* (1.) revisan el carácter de *exclusivos*, lo que implica que tras la transposición de la Directiva (que tiene como fecha límite el 7.6.2021) el uso *lícito* de las publicaciones de prensa requerirá, necesariamente, el consentimiento de las editoriales, que previsiblemente lo

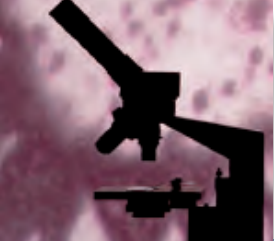
prestarán a cambio de una retribución, sobre cuya cuantía nada puede adelantarse.

A pesar de que el art. 15 de la Directiva no los califica expresamente como tales, se han de conceptualizar como *afines*, según resulta del Considerando (55), permitiendo ello pensar que el legislador comunitario se ha inclinado por la solución de la legislación alemana, que en 2013 concedió a las editoriales un derecho *conexo* o *afín* (el llamado *Presseleistungsschutzrecht*), a diferencia de lo que sucedió en España, donde, partiendo de la consideración de que todas las aportaciones a una publicación de prensa presentan el nivel de originalidad suficiente como para ser protegidas mediante un derecho de autor (o, acaso, considerando al periódico como una *obra colectiva*), en 2014 se llevó al Libro 1.º del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) un límite al mismo (art. 32.2), haciendo innecesaria la autorización del titular, a quien se compensó con un simple derecho de remuneración, de carácter *irrenunciable*.

Los derechos se conceden por un plazo breve, de tan solo 2 años (a contar desde la fecha de la publicación), lo que tiene sentido si se piensa en la rapidez con que las noticias dejan de tener actualidad. Y, como prevé el art. 15.2 de la Directiva, no afectarán en modo alguno a los derechos de los autores u otros titulares —frente a quienes no se podrán invocar— sobre los objetos sobre los que respectivamente se proyectan.

4. Como era inevitable, los derechos que ahora se conceden a las editoriales de publicaciones de prensa están sometidos a *límites*, que se fijan por remisión al art. 5 de la Directiva 2001/29/CE. Pero, además, en el propio art. 15.1 de la Directiva se mencionan expresamente tres casos en que no se-

* Profesor Contratado Doctor de Derecho civil (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



rán alegables por su titular, quien no podrá invocarlos: 1.º) frente al uso privado o no comercial de las publicaciones de prensa por parte de usuarios individuales; 2.º) frente a la utilización de hiperenlaces; y 3.º) para perseguir la utilización de *palabras sueltas* o *extractos muy breves* de una publicación de prensa (inciso en el que parece querer reflejarse la institución del uso inocuo), lo que en la práctica presumiblemente planteará problemas, saliendo el Considerando (58) al paso de una posible interpretación de la expresión “*extractos muy breves*” que termine por hacer ineficaces los derechos concedidos.

5. La transposición de la Directiva indudablemente llevará consigo la ampliación del Libro 2.º del TRLPI, para incorporar en él a los nuevos titulares de los referidos derechos afines. Y, en principio, supondrá la derogación del párrafo 1.º de su art. 32.2, pues resultará incompatible la convivencia de derechos exclusivos —de gestión individual— sobre un *objeto* cuya utilización sin autorización genera hoy en día el derecho —de gestión colectiva obligatoria— al cobro de una remuneración, salvo que se entienda que el actual derecho de simple remuneración tiene un objeto distinto, “gravando”, justamente, la utilización de lo que no queda comprendido en el de aque-

llos: las *palabras sueltas* y los *extractos muy breves* de una publicación de prensa, para lo que sería necesario concluir que estos equivalen a los *fragmentos no significativos de contenidos* a que hace referencia la norma española.

Las razones aludidas *supra* (1), de facilitación de la legitimación procesal, permitirán a las editoriales de publicaciones de prensa comparecer en juicio, tras la correspondiente transposición de la Directiva, como titulares *originarios* del objeto litigioso (art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y no como simples cesionarios de derechos surgidos en cabeza de otros sujetos.

Medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de derecho internacional privado

Raúl Lafuente Sánchez *

La contratación *on line* ha venido funcionando desde hace ya algunas décadas con diferentes resultados, dependiendo del perfil de consumidor existente en cada país y de los mercados elegidos por las empresas y prestadores de servicios para desarrollar su actividad. Si bien la experiencia existente en esta materia puede considerarse positiva, no hay que olvidar los obstáculos que todavía subsisten para conseguir un verdadero mercado único digital en la Unión Europea. Uno de ellos, el bloqueo geográfico, que permitía a los comerciantes discriminar a la hora de comercializar sus productos en función de la nacionalidad, del lugar de residencia o establecimiento de los consumidores, ha quedado prohibido a raíz de la aplicación del Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación

por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior, desde diciembre de 2018.

I. Objetivo y ámbito de aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico

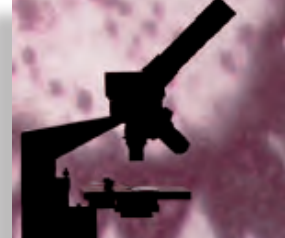
El Reglamento sobre bloqueo geográfico tiene como finalidad eliminar la discriminación directa e indirecta basada en la nacionalidad, el lugar de residencia o el lugar de establecimiento de los clientes. Para alcanzar este objetivo, prohíbe a los comerciantes el uso de medidas tecnológicas o de otro tipo con el fin de bloquear o limitar el acceso de los clientes a sus interfaces en línea.

Su ámbito de aplicación, que alcanza a todos los Estados parte en el EEE, se circunscribe a situaciones transfronterizas no

siendo de aplicación a situaciones puramente internas de un Estado miembro. De esta suerte, todo profesional -comerciante o prestador de servicios que desarrolle su actividad en el mercado de la Unión Europea- viene obligado a cumplir con las disposiciones de este Reglamento, siendo indiferente que se encuentre domiciliado en un Estado miembro o en un tercer Estado, garantizando así una competencia leal y en pie de igualdad para todos los operadores que actúen en el ámbito territorial del Reglamento.

A su vez, esta norma otorga protección a los clientes, ya se trate de consumidores -nacionales de un Estado miembro o nacionales de terceros Estados con residencia habitual en un Estado miembro-, o de empresas -que tengan su establecimiento en un Estado miembro- siempre que adquieran un producto o reciban un servicio

* Profesor Titular acreditado de Derecho internacional privado (U. de Alicante). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional El Derecho privado en el nuevo paradigma digital (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



para su uso final en el territorio de la Unión Europea en el que residen o se encuentran temporalmente.

Por otra parte, si bien el Reglamento no se aplica a las actividades excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior -por ejemplo, los servicios en el ámbito del transporte, los servicios financieros, los servicios audiovisuales o los relacionados con el sector del juego-, su contenido resulta de gran relevancia ya que puede afectar, de una parte, a la protección de los derechos del consumidor y, de otra, de los comerciantes, especialmente las pequeñas y medianas empresas. En fin, el Reglamento se aplica tanto a las ventas *on line* cuanto *off line*, por lo que abarca, igualmente, aquellas transacciones que se realicen a través de lo que se denominan canales integrados (multicanal).

II. Interacción entre el Reglamento y las normas de Derecho internacional privado

En el ámbito de la contratación B2C en el Mercado Único Digital, entran en liza las normas de Derecho internacional privado y, en particular, las relativas a la protección del consumidor previstas en el artículo 17.1 c) del Reglamento Bruselas I bis y en el artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I, que establecen la posibilidad de que los consumidores puedan demandar ante los tribunales del Estado miembro de su residencia habitual y que se aplique la ley del foro, siempre que pueda acreditarse que el comerciante o prestador de servicios ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor.

Pues bien, el Reglamento sobre bloqueo geográfico dispone que de su cumplimiento no se derivará que el comerciante dirige sus actividades al domicilio o residencia habitual del consumidor en el sentido de lo dispuesto en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I.

III. El concepto de “actividad dirigida” al Estado miembro del consumidor

El TJUE, en sus decisiones *Pammer y Alpenhof*, *Mühlleitner*, *Emrek* y *Kampik* ha tenido ocasión de interpretar la expresión “dirigir las actividades” al Estado miembro

del domicilio o residencia habitual del consumidor recogida en las mencionadas normas de Derecho internacional privado y de ella se deduce que opta por una clara protección del consumidor, pues la interpretación que ha llevado a cabo adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real de los comerciantes y prestadores de servicios. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) que ha elaborado el TJUE para justificar que un comerciante (o su *web*) tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

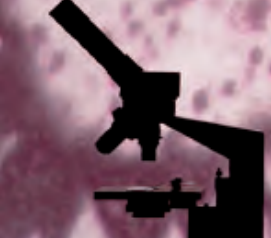
En mi opinión, si bien el consumidor representa la parte más débil en la relación contractual, y como tal ha de ser objeto de protección, no se trata de ahondar en el desequilibrio entre las partes desde la perspectiva del comerciante, sino que habrá que analizar en cada caso concreto tanto los indicios que concurren en su página web cuanto las medidas activas que haya adoptado para dirigir su actividad al mercado de conquista o, a *sensu contrario*, las adoptadas para evitar las relaciones con el foro del consumidor. Pues una protección exorbitante del consumidor podría romper el equilibrio que ha de existir entre el interés del Estado -la protección de sus ciudadanos designando competentes sus tribunales- y el de los comerciantes y prestadores de servicios que se ven sometidos a los tribunales del demandante y a la ley de su Estado. A pesar de ello, entiendo que las condiciones que impone el TJUE en su doctrina respetan el deseable equilibrio que ha de existir entre las partes y resultan perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda plantearse una posible indefensión por ninguna de las partes.

IV. Coexistencia entre la prohibición de bloqueo geográfico por parte del comerciante y la voluntad de “dirigir sus actividades” al Estado miembro del consumidor

En este contexto, considerar que el Reglamento sobre bloqueo geográfico injustificado implica que el comerciante ha diri-

gido su actividad a todo el territorio desde el que su web sea accesible, sería abundar en esa interpretación generosa que el Tribunal ya ha acuñado favoreciendo aún más la protección del consumidor. Por ese motivo, el propio Reglamento se apresura a rechazar tal interpretación. Y así, la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico ha de ser compatible con la aplicación de las normas de Derecho internacional privado previstas en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I en materia de contratos de consumo, calificando el acceso a la interfaz del comerciante y la acción de dirigir sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio o residencia habitual del consumidor como dos acciones claramente diferenciadas.

Por consiguiente, podría afirmarse: i) que la aplicación del Reglamento sobre bloqueo geográfico no interfiere en la interpretación y aplicación de los indicios definidos por el TJUE respecto al concepto de “actividad dirigida” al Estado miembro del consumidor; ii) que esos criterios siguen plenamente vigentes y aplicables en el marco de la actividad regulada por el Reglamento sobre bloqueo geográfico para identificar cuando un comerciante ha dirigido su actividad al Estado miembro del consumidor al objeto de activar la protección prevista en los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I; iii) que no resulta necesaria una reinterpretación ni modificación de esos criterios sino más bien una adaptación de los mismos a la nueva situación planteada tras la entrada en vigor del Reglamento sobre bloqueo geográfico; y iv) que al socaire de la aplicación del mencionado Reglamento y de la observancia por parte de los comerciantes de la prohibición de las prácticas de bloqueo injustificado que regula, podrían inferirse otros elementos o indicios compatibles con los ya definidos por el TJUE con el fin de identificar si un comerciante ha “dirigido su actividad” al Estado miembro del consumidor -por ejemplo, la libertad del comerciante para organizar su actividad comercial, el territorio designado para entregar los productos o servicios, el cumplimiento de los requisitos legales nacionales no contractuales del país del consumidor, o el carácter activo o pasivo de su web-; indicios que, en cualquier caso, habrán de ser refrendados o rechazados por el TJUE en su futura jurisprudencia.



Conducción autónoma y responsabilidad civil

Mónica Navarro Michel *

El Parlamento Europeo, en su Resolución de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica, destacó que el sector del automóvil es el que precisa con mayor urgencia de normas que garanticen el desarrollo transfronterizo de los vehículos autónomos y automatizados, y que una de las cuestiones fundamentales a abordar es la responsabilidad civil a nivel europeo, para evitar la fragmentación de los enfoques normativos que podría obstaculizar la implantación de los sistemas de transporte autónomos y poner en peligro la competitividad europea. Es preciso, por tanto, analizar si las normas actuales sobre responsabilidad civil, que fundamentalmente son las de accidentes de circulación y las de producto defectuoso, resultan aplicables a los vehículos autónomos y automatizados o si, por el contrario, es necesario introducir cambios para una adecuación eficiente a la nueva realidad que, tarde o temprano, entrará en el mercado.

Cabe distinguir entre conducción autónoma y conducción automatizada. Según las definiciones de la SAE Internacional (*Society of Automotive Engineers*), existen seis niveles de automatización, y sólo los dos últimos son, propiamente, autónomos. El nivel 0 corresponde a la conducción manual sin dispositivos de asistencia, aunque es compatible con el frenado automático. Los vehículos de nivel 1 y 2 tienen uno o varios dispositivos de asistencia en la dirección y/o velocidad. Estos tres primeros niveles exigen al conductor humano estar al mando del vehículo y controlarlo en todo momento. En el nivel 3, el vehículo ya puede asumir ciertas tareas de conducción, y controlar su entorno, pero el conductor humano debe estar en condiciones de asumir la conducción, en cualquier momento, si es requerido por el vehículo. Para ello, debe estar atento al vehículo, y éste es precisamente el reto que tiene para el conductor humano, puesto que se ha demostrado que los humanos “desconectan” si tienen que

prestar atención a actividades aburridas (que no es conducir, sino estar atento a la conducción del vehículo automatizado). Si el vehículo, al detectar alguna situación de peligro, requiere al conductor humano que asuma la conducción, la respuesta de la persona ha de ser rápida, y difícilmente lo será cuando ha dejado de prestar atención. El reto de los vehículos de nivel 3 es cómo asegurar el tránsito rápido de la conducción automatizada a la conducción humana. Los niveles 4 y 5 son, propiamente, de vehículos autónomos, y la diferencia está en que el vehículo de nivel 4 será autónoma en determinadas condiciones (meteorológicas y geográficas) y el de nivel 5 lo será en todas las condiciones posibles.

Actualmente los vehículos de nivel 4 y 5 que circulan en España están en período de pruebas, y han obtenido una autorización previa de acuerdo con la Instrucción 15/V-113, de 13 de noviembre de 2015, sobre autorización de pruebas o ensayos de investigación realizados con vehículos de conducción automatizada en vías abiertas al tráfico en general, aprobada por la Dirección General de Tráfico (DGT). Esta regulación brinda la primera definición de vehículo autónomo, entendiendo por tal “todo vehículo con capacidad motriz equipado con tecnología que permita su manejo o conducción sin precisar la forma activa de control o supervisión de un conductor, tanto si dicha tecnología autónoma estuviera activada o desactivada, de forma permanente o temporal.”

Los vehículos autónomos de nivel 4 (cuando circulen en modo autónomo) y los de nivel 5 no tienen un conductor humano; las personas que, en su caso, los ocupan, tienen la condición de pasajeros. Luego la responsabilidad no se puede centrar en el conductor humano, sino en el propietario no conductor. Sin embargo, la regulación actualmente vigente de accidentes de circulación, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba

el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSVM), está pensada para el propietario que tiene una relación de dependencia con el conductor (típicamente, la relación empresario-dependiente). La LRCSVM debería incluir una norma para disponer que, en caso de accidente causado por el vehículo de nivel 4 y 5, será responsable el propietario del vehículo. La regulación actual impone responsabilidad objetiva por los daños causados a las personas, para asegurar que el perjudicado obtenga una indemnización, y responsabilidad subjetiva por daños causados a las cosas. Debería aplicarse un mismo criterio de imputación objetivo a los daños causados por vehículos autónomos, también para los daños causados a las cosas, pues difícilmente se puede analizar la negligencia del conductor si no hay un humano a cargo de esa conducción.

El vehículo autónomo también puede ser un producto defectuoso, según el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU). El fabricante del producto final responde de todos los componentes, incluido el *software*. La actualización posterior del *software* por internet ha planteado problemas jurídicos (¿es un producto? ¿es un servicio?), sobre los que las nuevas Directivas de 2019 sobre contratos de suministro de contenidos digitales y sobre compraventa de bienes arrojan alguna luz. La definición de producto defectuoso está vinculado a la frustración de las expectativas legítimas de seguridad del gran público y, en relación con los vehículos autónomos, parece que estas expectativas son elevadas, dada la presentación que hacen los fabricantes de los vehículos autónomos, en ocasiones, por encima de las posibilidades reales del vehículo. Habrá que ver también qué papel juegan en esta presentación los concesionarios de vehículos. Además del defecto de informa-

* Profesora Agregada de Derecho Civil (U. Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo de la U. Barcelona.



ción, el vehículo puede tener un defecto de fabricación o de diseño, siendo este último el que presenta mayores particularidades. Una de las cuestiones que se debería analizar con detenimiento gira en torno a la excepción de riesgos de desarrollo, que permite al productor quedar exonerado de responsabilidad si el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitía apreciar la existencia del defecto. Esta excepción protege a los sectores emergentes de la industria, pero cabe plantear si, para generar confianza en el mercado, el legislador debería eliminar la posibilidad de alegación de la excepción

de los riesgos de desarrollo, como ya hace respecto de los medicamentos y alimentos.

Se ha planteado también la posibilidad de hacer una ley específica para los vehículos autónomos, como robots que son. Sin embargo, no parece que la autonomía de los vehículos autónomos les lleve a adoptar decisiones absolutamente imprevisibles que es, en definitiva, lo que justificaría esa responsabilidad propia, con atribución en su caso, de personalidad jurídica. Los vehículos autónomos no dejan de ser instrumentos en manos de otros agentes, como el fabricante o el propietario, en quienes se canaliza la responsabilidad. En cualquier ca-

so, creo que la responsabilidad de éstos deber ser objetiva. Es cierto que la responsabilidad objetiva está vinculada a actividades peligrosas (trenes, aeronaves) y puede parecer contradictorio mantener ese criterio de imputación a una actividad (la conducción autónoma) que está llamada a reducir el riesgo de accidentes de circulación. Pese a ello, la finalidad de asegurar la obtención de una indemnización al perjudicado, y la generación de confianza en este sector emergente, aconsejan el mantenimiento de criterios objetivos de imputación de responsabilidad por los daños causados por vehículos autónomos.

Voluntades digitales en caso de muerte

M. Esperança Ginebra Molins *

I. Introducción: ¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” cuando morimos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”?

La actividad cotidiana de cualquier persona deja hoy “rastreo digital”. Cada vez que creamos una cuenta o un perfil, enviamos un correo electrónico, compartimos fotos con amigos a través de redes sociales, almacenamos documentos o fotografías en la nube, accedemos a bienes y servicios que se prestan a través de internet..., estamos aumentando nuestra presencia online, nuestro “rastreo digital”. A la vez, desde una perspectiva patrimonial, “creamos / adquirimos / obtenemos el derecho a usar o a acceder a” “bienes / contenidos” digitales, “contratamos / utilizamos” servicios digitales (con distintas finalidades: almacenamiento, acceso a contenidos, comunicación, o incluso de carácter mixto). Y, en la medida que todo ello tenga contenido económico, nutrimos nuestro “patrimonio digital”.

¿Qué ocurre con nuestro “rastreo digital” –en sí potencialmente eterno– cuando fallecemos? ¿Y con nuestro “patrimonio digital”? ¿Cuál es la suerte de los bienes y

servicios digitales que dejamos al morir? ¿Qué ocurrirá con nuestras cuentas de LinkedIn o Facebook? ¿y con las de correo electrónico? ¿Podrán nuestros seres queridos y/o herederos acceder a las mismas y a los contenidos que albergan? ¿Podrá alguien cancelarlas? Conviene tener en cuenta en este sentido que en ocasiones los perfiles cuyo titular ha fallecido siguen interactuando en el mundo digital (publicando aniversarios, recomendando amistades...). Convendría evitar que Twitter recomiende seguir, que Facebook proponga hacer amistad, que LinkedIn invite a conectar con personas fallecidas o a felicitarles por su aniversario en una determinada empresa...

¿Podemos prever algo en torno a todo ello? ¿Qué ocurre si no prevemos nada?

II. “Rastreo digital”: “identidad digital” y “patrimonio digital”. Aproximación personal y/o patrimonial

Cuando nos referimos al “rastreo digital” de una persona debemos tener en

cuenta cuestiones muy diversas, tanto eminentemente personales –relacionadas con la “identidad digital”– (datos personales, derecho a la intimidad/privacidad, secreto de las comunicaciones...), como patrimoniales (vid. García Herrera, V. “La disposición sucesoria del patrimonio digital”, *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2017; Cámara Lapuente, S., “La sucesión mortis causa en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 59, 2019, p. 399 [texto disponible en: http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf [fecha de la consulta: 04.10.2019]). A su vez, desde este último punto de vista, el “patrimonio digital” comprende elementos muy dispares y heterogéneos, que pretenden aglutinarse a veces con expresiones como “bienes digitales”, “contenidos digitales”, “activos digitales”, “bienes y servicios digitales”...

El hecho de que en el “rastreo digital” pueden verse involucrados tanto aspectos de carácter netamente personal como patrimonial –que, además, aparecen

* Profesora Titular de Derecho civil (U. de Barcelona). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto DER2017-82129-P y en las actividades del Grup de Dret civil català de la U. Barcelona (2017 SGR 151).

entremezclados o interrelacionados—determina que la aproximación al “rastreo digital” dejado por la persona al fallecer pueda hacerse: o bien desde una perspectiva eminentemente patrimonial—sucesoria, del destino del “patrimonio digital” tras el fallecimiento de su titular, de su “heredabilidad” o no...; o bien desde una perspectiva eminentemente personal, de la protección *post mortem* de la intimidad/privacidad, de los datos personales, o, en suma, de la personalidad *præterita* del fallecido.

La interacción de ambos puntos de vista queda patente en diversos casos planteados en las últimas décadas en la práctica norteamericana. En ellos se pone de manifiesto la tensión o el “tira y afloja” entre la perspectiva puramente patrimonial (de la pretendida “propiedad”, “transmisibilidad” o “heredabilidad”) y la perspectiva personal (de la protección de la privacidad y de los datos personales, no solo del fallecido, sino también de terceros) [al respecto, *vid.* López, A. B., “Posthumous privacy, decedent intent, and post-mortem access to digital assets”, *Geo. Mason L. Review*, Vol. 24:1, 2016-2017, p. 183; Ginebra Molins, M. E., “Morir en la era digital: «Voluntades digitales», intimidad y protección de datos personales”, en Madrid Parra, A. —Dir.—, *Derecho mercantil y tecnología*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 126-128]. Y, como no podía ser de otro modo, la cuestión se ha planteado también en Europa, donde destaca la sentencia del Tribunal Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018, en la que prima la perspectiva sucesoria (al respecto, *vid.* Cámara Lapuente, S., “La sucesión mortis causa...”, *op. loc. cit.*, 2019, pp. 379-381).

Este doble enfoque, personal y patrimonial, se manifiesta también a nivel legislativo en los distintos ordenamientos que han regulado hasta hoy esta materia. Así, responde a un punto de vista esencialmente patrimonial, de la sucesión o de la administración de la herencia, por ejemplo, la Ley Modelo estadounidense aprobada por la *Uniform Law Commission* en 2014 y modificada en 2015 (la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* [RUFADAA], que ha sido adoptada por la mayoría de Estados de Estados Unidos, con singularidades [en cuanto a los Estados que han promulgado leyes basadas en la RUFADAA, *vid.*

4c2-4728-81c6-b39a91ecdf22]). En cambio, la reciente Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto, por la que se regula la ejecución en el ordenamiento jurídico portugués del Reglamento General de Protección de Datos europeo (Reglamento [UE] 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2017 [RGPD]) aborda la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos personales (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto). Por su parte, la legislación francesa (primero a través de la Ley n° 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*, y, posteriormente, a través de la *Ordonnance* n° 2018-1125, de 12 de diciembre de 2018) enfoca también la cuestión desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, si bien, en ausencia de instrucciones dejadas por el fallecido o de mención contraria en las mismas, prevé que los herederos puedan actuar en la medida necesaria para organizar y gestionar la sucesión. También el legislador italiano adopta la perspectiva de la protección de datos personales en el nuevo art. 2 *terdecies* del Código en materia de protección de datos personales (introducido por el Decreto legislativo de 10 de agosto de 2018, n. 101); sin embargo, este precepto prevé que, en el caso que el interesado haya prohibido ejercer los derechos a los que se refieren los arts. 15 a 22 RGPD, dicha prohibición no tendrá efectos perjudiciales para el ejercicio por parte de terceros de derechos patrimoniales derivados del fallecimiento del interesado.

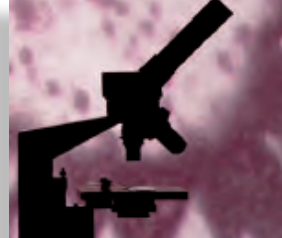
Por lo que respecta a la legislación española, mientras que la Ley catalana 10/2017, de 27

de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña (CCCat), adopta un punto de vista esencialmente patrimonial, de la administración de la herencia, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales [LOPD], en cambio, parte, en principio, de un enfoque personal, de la protección de datos de las personas fallecidas (art. 3 LOPD); sin embargo, esta misma ley adopta un punto de vista más bien patrimonial al regular el mal llamado “derecho al testamento digital” (art. 96 LOPD).

III. “Patrimonio digital” y herencia

Desde un punto de vista patrimonial, los bienes que constituyen el patrimonio digital de la persona y que no se extinguen con su muerte se integran en la herencia (*vid.* arts. 659 Código civil español [CC] y 411-1 CCCat). No es posible hablar, en principio, de una “herencia digital” como algo distinto a la “herencia analógica”. Precisamente, en base a ello, hay quien considera que alguna de las nuevas regulaciones que abordan la cuestión, como la catalana, resulta innecesaria, que se trata de “leyes marketing” o que cumplen simplemente una función pedagógica.

En principio, si se trata de un archivo digital almacenado en un soporte físico (por ejemplo, un disco duro interno o externo, un dispositivo móvil, un pendrive, un CD o DVD...) la propiedad del archivo seguirá el destino del soporte en el que



se encuentre almacenado (García Herrera, V. "La disposición sucesoria", *op. loc. cit.*, 2017); o, más exactamente, la transmisión de la propiedad del dispositivo permitirá acceder, en principio (a no ser que estén protegidos por contraseñas...), a los activos digitales almacenados en el mismo; si bien nada impediría distinguir. Este tipo de activos digitales son, sin embargo, los que plantean menos problemas.

Ahora bien, tratándose de contenidos almacenados en una cuenta o plataforma online, la cuestión se complica, puesto que, por una parte, aparece un tercero con quien el causante había establecido una relación contractual, y, por otra, cobra relevancia la idea de "acceso". Es precisamente en estos "activos" o "contenidos" en los que suele concentrar su atención el legislador (*vid.*, por ejemplo, en este sentido, los arts. 96 LOPD y 411-10 CCCat).

Por otra parte, en algunos casos, la percepción o sensación de "propiedad" (y de transmisibilidad *mortis causa*) de determinados "activos" o "contenidos" digitales que pueda tener la persona no responde a la realidad; ello puede darse, por ejemplo, cuando el causante ostentaba tan solo una licencia de uso no transmisible, como suele ocurrir en caso de licencias para el uso de materiales protegidos por derechos de autor, como música, imágenes, software... En este sentido, puede no resultar equiparable, a efectos de "heredabilidad", una colección de libros o una biblioteca integrada por volúmenes en papel y otra de audiolibros

o *ebooks* adquiridos a través de *Amazon*; o una colección de vinilos o de CDs y otra de música descargada a través de *iTunes*.

IV. La Ley catalana 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña

Esta Ley –pionera en regular esta materia en el contexto plurilegislativo español– distingue según si la persona ha expresado o no sus "voluntades digitales", entendidas como las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas –"albacea digital", a modo de "albacea particular" (arts. 894 CC y 429-12.1 CCCat)– actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas (art. 411-10.1 CCCat).

Con carácter general, aunque el causante haya manifestado sus "voluntades digitales", la ley catalana se muestra totalmente respetuosa con el contenido del contrato suscrito entre el usuario fallecido y el prestador de servicios, admitiendo que puede no haber opción a la entrega de los archivos digitales. Ello contrasta con las soluciones adoptadas en Francia y en Estados Unidos. En este sentido, la Ley Modelo norteamericana de 2015 (RUFADAA), hace prevalecer la voluntad manifestada (ya sea a través de una "online tool", o bien en testamento), por encima de las condiciones generales pactadas. Por su parte, la Ley francesa

prevé que las condiciones generales de la contratación contrarias a la voluntad digital sean consideradas no escritas (art. 85.I, al final, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018).

Además, en cualquier caso, si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus "voluntades digitales", la persona a quien corresponde ejecutarlas ("albacea digital", heredero o albacea universal) *no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales*, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial (art. 411-10.6 CCCat). La regulación catalana se asemejaría, en este punto, *mutatis mutandi*, a lo previsto en la Sección 7 de la RUFADAA, que, en defecto de consentimiento (y siempre que el usuario o un Tribunal no lo hubiera prohibido), únicamente permite acceder al catálogo de comunicaciones, y no al contenido de los mensajes. Por su parte, la Ordenanza francesa de 2018 (art. 84.II, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018) –como anteriormente el art. 40-1. III de la Ley relativa a la informática de 1978, en la redacción dada al mismo por la Ley nº 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, *pour une République numérique*–, en defecto de instrucciones permite a los herederos facultades muy limitadas, sólo en la medida necesaria para administrar y gestionar la herencia o para procurar que los responsables de los datos tomen en cuenta el fallecimiento.

Desde un punto de vista formal, la previsión original de que las "voluntades digitales" pudieran ordenarse, además de en los negocios jurídicos *mortis causa* que regula el Derecho catalán (testamento, codicilo y memoria testamentaria), a través del "documento de voluntades digitales" –que debía inscribirse en el "Registro electrónico de voluntades digitales"– (arts. 411-10.3 y 421-24 CCCat y Preámbulo –II, §§ 6, 7 y 9– Ley 10/2017, de 27 de junio) se ha visto afectada por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019. Esta sentencia, en base a la competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros [e instrumentos] públicos (art. 149.1.8 CE), declara inconstitucional y nulo, no sólo las referencias que hacía la ley catalana a dicho Registro, sino también, con

evidente exceso, la referencia que hacían al “documento de voluntades digitales” los preceptos impugnados. Sin embargo, continúa aludiendo al “documento de voluntades digitales” el art. 411-10.4 CCCat.

V. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: los “datos de las personas fallecidas” y el llamado “testamento digital”

El uso por las personas físicas de las redes sociales y, en general, de los servicios de la sociedad de la información comporta que la información personal de éstas continúe siendo objeto de tratamiento, difusión y acceso por parte de terceros tras su muerte.

Al respecto, el art. 2.4 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, tras afirmar que “[E]ste reglamento *no será de aplicación a los datos referidos a personas fallecidas*”, permitía que “personas vinculadas al fallecido” “por razones familiares o análogas”, previa acreditación del óbito, pudieran dirigirse a los prestadores de servicios solicitando, “cuando hubiere lugar a ello”, la *cancelación* de los datos.

Con posterioridad, la aprobación del RGPD ha llevado al legislador español a intentar adaptar su legislación a la nueva normativa comunitaria. Ahora bien, por lo que respecta a las personas fallecidas el considerando 27 del RGPD establece que “[E]l presente Reglamento *no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas*”. Sin embargo, el mismo considerando 27 añade: “[L]os *Estados miembros* son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas”.

En este contexto, la LOPD, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley el tratamiento de los datos de personas fallecidas, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3” (art. 2.2.b LOPD), permite que *las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos* –a no ser que la persona fallecida lo hubiese prohibido

expresamente o así resulte de la ley– o *las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente* puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido (art. 3 y Preámbulo V, § 3, LOPD). Por otra parte, desde la perspectiva del acceso a los “contenidos” digitales de las personas fallecidas gestionados por terceros, y en términos muy similares a los del art. 3 LOPD, el art. 96 LOPD alude al mal llamado “testamento digital”.

Según el art. 96 LOPD, las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión; como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley

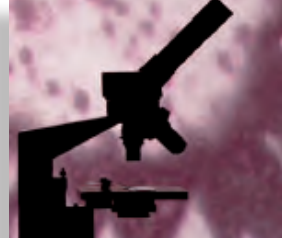
Según el art. 96 LOPD, las *personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho*, así como sus *herederos* podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su *utilización, destino o supresión*; como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida *lo hubiese prohibido expresamente* o así lo establezca una ley; dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto (art. 96.1.a LOPD). También podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los

contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones el *albacea testamentario* así como aquella *persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente* para ello (art. 96.1.b LOPD). En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse *también* por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal (art. 96.1.c LOPD); y en caso de fallecimiento de personas con discapacidad estas facultades podrán ejercerse *también* por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo (art. 96.1.d LOPD).

De acuerdo con el art. 96.2 LOPD, todas estas personas legitimadas según el art. 96.1 LOPD podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los “mandatos” (*cfr.*, sin embargo, art. 1732 Código civil español y 622-33 CCCat) e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.

La LOPD parte, así, tanto en relación a los datos de las personas fallecidas, como a sus “contenidos” digitales, de la legitimación de acceso como regla, salvo prohibición expresa. Establece, además, una legitimación muy amplia, y a favor de un gran número de personas, entre las que, además, no prevé prelación alguna, a diferencia de lo que establecen las legislaciones francesa (art. 85, Ley nº 78-17 de 6 de enero de 1978, *relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés*, en la redacción dada al mismo por la Ordenanza de 12 de diciembre de 2018), catalana (art. 411-10 CCCat) y portuguesa (art. 17 Ley portuguesa 58/2019, de 8 de agosto).

Permitir la intervención de tantas personas legitimadas, identificadas, además, de manera tan imprecisa e indeterminada (bastando un vínculo con el fallecido por razones familiares o de hecho), por defecto, y con facultades tan amplias, además de parecer excesivo, puede plantear problemas en la práctica.



El estado de *flow* y comercio electrónico: ¿existen diferencias en la conducta de compra de los consumidores según el dispositivo electrónico utilizado?

Agustín V. Ruiz Vega y Consuelo Riaño Gil *

I. Introducción

El presente documento se centra en el análisis de la conducta de compra de los consumidores en entornos digitales así como en las repercusiones económicas y jurídicas de dichas conductas. Por ello, se ha considerado necesario comenzar el análisis con una breve descripción de la evolución del comercio electrónico en España, centrándonos exclusivamente en el denominado B2C (compraventas en entornos digitales entre empresas y consumidores finales).

A partir de los informes anuales del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (en lo sucesivo ONTSI), las principales tendencias que se han detectado en la evolución del comercio electrónico en España son las siguientes:

(a) Generalización de la parte de la población que son internautas activos. Así, el número de internautas ha ido creciendo de manera progresiva: en el año 2000 el porcentaje de españoles que eran internautas sólo era el 22,5% de la población. En el año 2006 ya el 50% de la población española mayor de 14 años utilizaba internet de forma más o menos regular; este porcentaje era del 69,9% en 2012 y en 2017 ha llegado hasta el 86,4% de la población española.

(b) La proporción de internautas que realizan compras *online* ha tenido una evolución similar a la indicada en relación con el número de internautas aunque con un cierto retardo temporal. Así, en el año 2000 sólo el 12,7% de los internautas realizan a lo largo del año compras *online*, de manera más o menos frecuente. Este porcentaje ha ido creciendo de forma constante alcanzando el 27,3% en el año 2006, siendo del 50,7%

en el año 2011 y llegando hasta el 67,4% en 2017.

(c) La cifra de negocio del comercio electrónico ha ido creciendo también de forma constante. Durante el año 2007 el montante total de compras realizadas por consumidores residentes en España fue de 5.911 millones euros, cuantía que se había duplicado en 2012 (12.582 millones de euros). Durante los últimos años no sólo ha seguido aumentando la cifra de negocio total, sino que también lo ha hecho con unas tasas de crecimiento superiores al 20%: 20.745 millones euros en 2015, 25.354 millones en 2016 y 31.347 millones de euros para 2017. Por consiguiente, el comercio electrónico está aumentando su cuota de mercado a costa del comercio tradicional en entornos físicos, de forma similar a lo que ocurre en otros países de nuestro entorno.

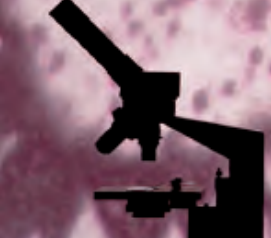
(d) La cifra de negocios indicada en el apartado anterior es la consecuencia de una tendencia hacia la generalización de las compras en contextos digitales para el conjunto de la población, como lo muestran dos indicadores. De un lado, la compra media anual de cada internauta comprador fue en 2017 de 1.366 euros, superando la cifra de 1.198 euros del año anterior y casi duplicando el importe correspondiente a 2008 (749 euros de media por internauta). De otro lado, el número de categorías de productos diferentes que compra cada internauta a lo largo del año ha ido creciendo hasta las 4,39 categorías de promedio para 2017. Asimismo, las categorías más compradas en los mercados digitales son en la actualidad servicios turísticos y productos de moda.

(e) El perfil de los internautas compradores residentes en España se puede resumir de la siguiente forma: predominio de los compradores masculinos, con edades comprendidas entre 25 y 49 años, con estudios secundarios/superiores y residen en hábitats superiores a 100.000 habitantes. Sin embargo, este perfil varía mucho en función de la categoría de producto comprada; así, en el caso de la moda sus compradores son predominantemente mujeres, de edades entre 15 y 34 años y residentes en hábitats rurales o en poblaciones inferiores a 50.000 habitantes.

II. El estado de flujo o de *flow*

El estado de *flow* o de flujo se define como un estado mental que alcanza una persona cuando se encuentra totalmente involucrada e inmersa en una actividad debido al disfrute que la realización de esta actividad le reporta, tal como afirma el psicólogo polaco Csikszentmihalyi, pionero en su estudio (Csikszentmihalyi, M., "Play and intrinsic rewards", *Journal of humanistic psychology*, 1975, pp. 41-63). Cuando se observa la conducta de los consumidores que están visitando dominios webs de empresas para conocer sus ofertas comerciales y, en su caso, realizar compras *online*, es habitual detectar que esas personas sienten que han estado un tiempo relativamente corto navegando en internet pero una medida objetiva del tiempo contradice ese sentimiento. Ello se debe a que han experimentado el citado estado de *flow*, porque se han cumplido al menos las siguientes condiciones: un control percibido elevado de la situación por parte de los consumidores, un grado de concentración alto en la tarea que estaban realizando, un sentimiento de disfrutar o divertirse con la actividad de

* Catedrático y Profesora Titular de Comercialización e Investigación de Mercado, respectivamente (U. La Rioja). Este trabajo, síntesis de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital* (octubre 2019), se enmarca en el Proyecto I+D (Retos) DER2017-84748-R: *Mercado Único Digital Europeo y Protección de los Consumidores: perfilando los derechos de las partes en contratos de suministro de contenidos digitales*, del que es investigador principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.



compra en el mercado digital, y un intenso grado de curiosidad por conocer en detalle las características de las ofertas comerciales de los dominios webs visitados.

Lograr que los consumidores sientan este estado de *flow* es muy aconsejable para las empresas que ofrecen sus bienes y servicios en mercados digitales dado que estudios previos han demostrado que cuanto más intenso es el estado de flujo:

1) Se reduce la sensibilidad al precio de los potenciales internautas compradores, realizan compras más impulsivas y no necesariamente adquieren el producto más barato.

2) Aumenta la valoración positiva de la experiencia de compra vivida.

Se ha realizado un estudio empírico entre internautas residentes en España mayores de 14 años que han visitado webs de distribuidores detallistas monomarca de moda. El objetivo principal del estudio ha sido analizar las causas y consecuencias del estado de flujo a fin de conocer cuáles son los aspectos claves

3) Incrementa el grado de satisfacción del internauta comprador con la visita y/o compra realizada en el sitio web (O'Cass, A. y Carlson, J., "Examining the effects of website-induced flow in professional sporting team websites", *Internet Research*, 20-2, 2010, pp. 115-134; Deng, L.; Turner, D.E.; Gehling, R. y Prince, B., "User experience, satisfaction, and continual usage intention of IT", *European Journal of Information Systems*, 19-1, 2010, pp. 60-75).

4) Mejora la actitud del consumidor hacia las tiendas virtuales visitadas (Hsu, C.L.; Chang, K.C. y Chen, M.C., "The impact of website quality on customer satisfaction and purchase intention. Perceived playfulness and perceived flow as mediators", *Information Systems and e-Business Management*, 10-4, 2012, pp. 549-570.

5) Aumenta la intención de compra futura de los internautas compradores en el sitio web que ha generado dicho estado de flujo.

6) Potencia que los consumidores vuelvan a visitar el sitio web en el futuro.

7) Intensifica la realización de recomendaciones positivas por parte de los internautas compradores, por lo que permite a las empresas captar nuevos tráficos de visitantes hacia sus sitios web.

En definitiva, por los motivos expuestos se puede concluir que la generación de estado de flujo es muy interesante para las empresas que comercializan sus productos en mercados electrónicos porque permite tanto obtener beneficios a corto plazo como mejorar a medio y largo plazo su posición competitiva en el mercado. Desde la perspectiva de los oferentes, los diseños de sitios webs que generen estado de flujo ayudan a potenciar sus negocios y a diferenciarlos de su competencia.

III. Análisis del estado de *flow* en productos de moda entre los internautas españoles

Se ha realizado un estudio empírico entre internautas residentes en España mayores de 14 años que han visitado webs de distribuidores detallistas monomarca de moda. El objetivo principal del estudio ha sido analizar las causas y consecuencias del estado de flujo a fin de conocer cuáles son los aspectos claves. Un segundo objetivo complementario ha sido analizar de forma diferenciada la conducta de los internautas compradores según su dispositivo de navegación con el objeto de conocer si existen diferencias estadísticamente significativas según el contexto de navegación y/o compra utilizado por los clientes. La muestra está formada por 300 encuestas válidas que han respondido posteriormente a un cuestionario durante 2018. Dicha información ha sido analizada mediante sistemas de ecuaciones estructurales basadas en covarianzas para responder al primero de los objetivos mencionados. El segundo objetivo ha requerido aplicar un análisis multigrupos. A continuación, se exponen

los resultados más relevantes obtenidos, obviando los informes estadísticos dado el contexto de la presente publicación.

Respecto al primero de los objetivos del estudio, la primera cuestión a responder es cuáles son los aspectos que generan estado de flujo. A la vista de los resultados de la Tabla 1, y en especial a partir de los valores de los coeficientes beta del modelo estadístico, se puede concluir: (i) la calidad estética del sitio web (CE) o apariencia visual de la interfaz del sitio web a nivel global es la principal fuente que genera *flow* entre los consumidores; (ii) el segundo factor que más flujo genera entre los internautas compradores es la calidad de los contenidos del sitio web (CC), entendida como el valor que percibe el usuario sobre los distintos recursos informativos que ofrece un sitio web; (iii) aunque de forma mucho menor, la facilidad percibida de uso del sitio web por parte de los usuarios (FU) de un determinado dominio web mientras están navegando en él, también genera estado de flujo; (iv) por último, la privacidad y seguridad percibidas del sitio web no ejerce un efecto significativo en la generación de estado de flujo.

Asimismo, también se ha detectado que la generación de estado de *flow* tiene varias consecuencias en la conducta de los internautas compradores: (a) potencia la distorsión percibida del tiempo (DT), fenómeno por el cual un individuo pierde la noción del tiempo; (b) intensifica la experiencia positiva con la visita al sitio web (EXPV), pues los internautas tienen unos sentimientos agradables en relación al sitio web visitado para recoger información y, en su caso, realizar compras *online*; (c) además, el estado de *flow* potencia significativamente tanto la intención de compra futura en el sitio web (ICF) de los productos ofertados por la empresa como su intención de recomendar positivamente dicho dominio web (IR) entre su círculo de familiares y amistades así como a través de los conocidos con los que contacta mediante dispositivos electrónicos, tales como redes sociales. Además, es llamativo que la generación de estado de flujo afecta de forma similar a todas las conductas reseñadas.



Tabla 1: Antecedentes y consecuencias del estado de flujo

Hipótesis	Coefficiente β	Estadístico T
H1: CE→FLOW	0,461	7,076***
H2: FU→FLOW	0,116	1,984**
H3: PS→FLOW	0,042	1,004
H4: CC→FLOW	0,306	5,955***
H5: FLOW→DT	0,686	20,140***
H6: FLOW→EXPV	0,755	27,196***
H7: FLOW→ICF	0,665	21,790***
H8: FLOW→IR	0,640	17,698***

Nivel de significación: *** $p < 0,01$; ** $p < 0,05$; * $p < 0,1$
Antecedentes del *flow*: CE: Calidad estética; FU: Facilidad de uso; PS: Ausencia de privacidad y seguridad; CC: Calidad del contenido
Consecuencia del *flow*: DT: Distorsión del tiempo; EXPV: Experiencia con la visita; ICF: Intención de compra futura; IR: Intención de recomendar

El segundo objetivo del estudio ha sido analizar si los resultados descritos difieren o no según el dispositivo de navegación utilizado por los internautas. La motivación de esta cuestión responde al hecho de que los internautas están diversificando los dispositivos electrónicos utilizados para acceder a los sitios webs puesto que además de utilizar los ordenadores de mesa actualmente usan otros dispositivos, tales como una web móvil o bien una app específica para teléfonos móviles. En este sentido, conviene tener presente que España lidera el ranking mundial de penetración de teléfonos inteligentes (88% de usuarios únicos), que son el dispositivo más utilizado por los españoles para acceder a la red (94,6%) y, además, está creciendo el uso del teléfono móvil para realizar compras.

A la vista de los resultados que se derivan del análisis multigrupo realizado, las conclusiones más significativas son:

a) Existen importantes diferencias respecto a las causas que generan estado de flujo según el dispositivo electrónico utilizado respecto a dos aspectos: la calidad estética del sitio web no genera significativamente estado de flujo cuando se utiliza una app, la facilidad de uso del sitio web

sólo contribuye a generar *flow* si los internautas utilizan una web móvil. Además, la calidad de los contenidos influye significativamente en la formación de estado de flujo en todos los dispositivos electrónicos. Por el contrario, la privacidad y seguridad percibidas no generan estado de *flow* en ninguno de los dispositivos analizados.

b) Las consecuencias del estado de *flow* sobre la conducta de los consumidores no varían cualitativamente respecto a lo ya expuesto para el análisis global del mercado de moda. Las únicas diferencias existentes son respecto a la intensidad de los efectos del estado de flujo sobre las respuestas conductuales de los consumidores. Así, la intención de compra futura en el sitio web son mayores cuando se utiliza un ordenador, la experiencia con la visita al sitio web, la intención de recomendación y la distorsión del tiempo son más intensas cuando se utiliza una web móvil y, finalmente, cuando se utiliza una app es cuando el estado de flujo influye menos sobre las conductas citadas.

IV. Conclusiones finales

Los resultados expuestos permiten afirmar que, desde la perspectiva de las em-

presas que ofrecen sus bienes y servicios a través de internet, es aconsejable generar estado de *flow*, para lo cual los conceptos analizados son útiles puesto que permiten fijar directrices sobre como ajustar el diseño de los dominios webs para lograrlo. Además, para las empresas el hecho de utilizar diferentes canales de distribución en mercados digitales les permite aumentar los mecanismos de acceder a los consumidores, no solo a través de ordenadores y tabletas, también a través del teléfono móvil, tanto en su versión web como en su versión app.

Una segunda conclusión es que el estado de *flow* influye mucho más en la intención de compra cuando el internauta accede al sitio web a través de ordenador (49,8% del total) o a través de la web móvil (35,7%). Por tanto, una implicación jurídica del presente estudio es la necesidad de incrementar los mecanismos legales de defensa del consumidor de forma que sean más garantistas en aquellos contextos de compra en los que el estado de flujo podría hacer que los consumidores adoptaran sus decisiones de compra de forma más impulsiva que cognitiva.

Por último, se ha detectado que existe una paradoja de la privacidad en la conducta de los consumidores que están buscando información sobre productos y/o realizando compras en internet. De un lado, los internautas manifiestan preocupación por los usos que se dará a la información personal –tanto privada como financiera– que facilitan durante sus compras *online*. De otro lado, el nivel de protección de sus datos personales cuando están navegando es muy bajo, motivo por el cual no genera estado de flujo ni a nivel global ni en ninguno de los tres tipos de dispositivos de navegación analizados. Esta dicotomía entre la actitud de los consumidores y su conducta o comportamiento cuando están realizando compras en mercados digitales parece requerir algún tipo de respuesta legal que asegure una efectiva protección de los consumidores.

Survey on China's Intellectual Property Judicial Reform

Li Xiaoming
Associate professor
Xi'an Jiaotong University Law School

Liao Qian ⁽¹⁾
Graduate student
Xi'an Jiaotong University Law School

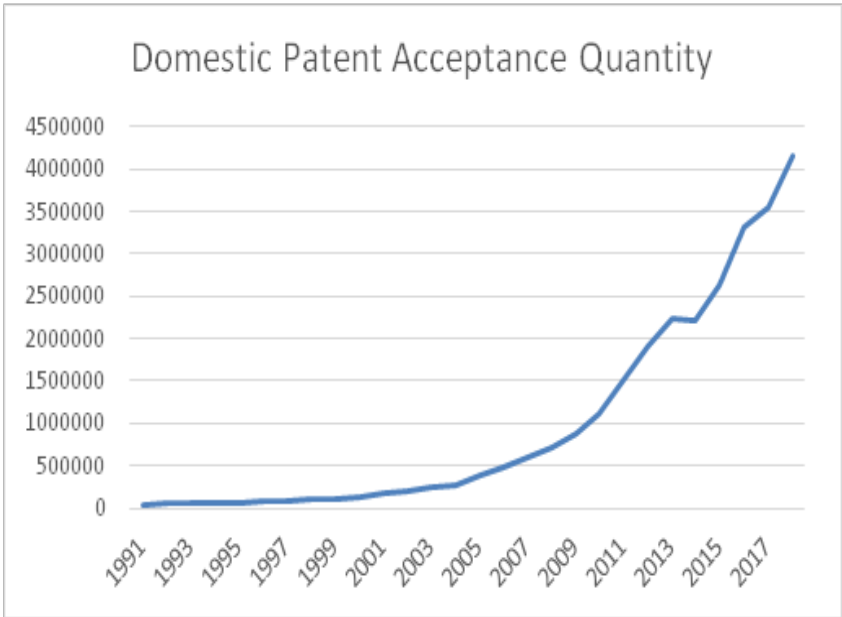
In recent years, based on the policy of governing the country by law comprehensively and the rapid development of intellectual property rights system, China is actively promoting judicial reform in the field of intellectual property trials. The current measures include the establishment of specialized courts in intellectual property cases, intellectual property courts that cross-regional trials, the “three-in-one” pilot in some courts and the establishment of specialized appellate bodies. In general, a relatively complete intellectual property special trial system has been formed, and the professionalization and efficiency of intellectual property justice has gradually being realized.

Keywords: Intellectual Property Courts; The tribunal of Supreme People’s Court of intellectual property ; Cross-regional jurisdiction ; three-in-one

1. Background of China’s Intellectual Property Judicial Reform

1.1. Development of intellectual property creation and use

Since China joined WTO in 2001, the number of domestic patent applications has continued to grow at a high rate, as shown in the following figure. According to the SIPO ⁽²⁾ (State Intellectual Property Office) data statistics in 2001-2000, China domestic patent pending number is 831,662, between 2001-2010 was 5,045,678, while in 2011-2018, the figure soared to 21,489,773. The growth rate is far ahead of other countries in the world.



China is not only leading in the number of patent applications. In fact, as the world’s second largest economic entity, China’s economic achievements are inseparable from the transformation and utilization of intellectual property rights. Taking China’s Huawei company as an example, according to market research data of IDC, the international data company shows that in 2018, Huawei’s global market share surpassed Apple for the first time, ranking second in the world. As of July 29, 2019, Huawei had a total of 56,610 invention patents, 760 utility model patents, and 1,200 design patents ⁽³⁾.

In 2008, the SIPO(State Intellectual Property Office) of China initiated the pilot project of IP pledge financing. Accord-

ing to the latest statistics of the office, the total annual pledge financing of patents, trademarks and copyrights in China exceeds 100 billion yuan. According to the 2018 Patent Investigation Report of the office, the effective patent implementation rate in China reached 52.6% in 2018, and the industrialization rate of effective patents was 36.3% overall. The overall patent licensing rate and transfer rate have been greatly improved in recent years.

In general, China’s intellectual property creation speed and utilization efficiency have developed rapidly in the past 20 years, and the matching judicial protection system is gradually improving.



1.2. Development of judicial protection of intellectual property rights

In 2018, the local courts at all levels in China received 283,414 first-instance IPR civil cases and concluded 273,945 cases, which were 40.97% and 41.99% higher than 2017 respectively ⁽⁴⁾. Behind such a large number of cases is China's gradually mature intellectual property judicial protection system.

China's intellectual property system was established and developed along with reform and opening up. At present, the basic positioning of judicial protection in the protection of intellectual property rights has been established (Kong, Xiangjun, 2015). After 40 years of development, in terms of legislation, China has basically established an intellectual property legal system that is in line with internationally accepted rules and has a relatively complete category, and has joined almost all major international intellectual property conventions.

In the judiciary, China has successively established special intellectual property courts and tribunals, as well as a unified appellate body at the national level, in response to issues such as inconsistent standards and low efficiency in the original intellectual property trials.

Through the reform of the intellectual property judicial system and the trial mechanism in the past decade, the judicial trial efficiency of intellectual property rights has steadily increased, and the social satisfaction of intellectual property protection has also increased (YI, Jiming, 2018). Generally speaking, China's intellectual property judicial protection system is becoming more and more complete, and it has basically been able to meet the current economic and social needs.

2 Major initiatives in the judicial reform of intellectual property rights

2.1. Beijing, Shanghai, Guangzhou Intellectual Property Court

In 2014, according to the *Supreme People's Court's Regulations on the Jurisdiction of Intellectual Property Courts in Beijing, Shanghai, and Guangzhou*, three cities successively established intellectual property courts. These three courts mainly have jurisdiction over civil and administrative first-instance cases which need strong technical and professional skills, civil and administrative



cases that are appealed according to the first-instance judgments and rulings made by the primary courts. In particular, the Beijing Intellectual Property Court and the Shanghai IPC can hear cases in which the IPR civil judgments, rulings, and mediation documents have been re-examined in the primary courts. In addition, the first-instance IPR authorization and administrative cases that are not subject to the ruling or decision of the administrative department of the State Council are also subject to the jurisdiction of the Beijing Intellectual Property Court.

According to the Supreme People's Court's "Report on the Work of Intellectual Property Courts" on August 29, 2017, as of June 2017, there were more than 46,000 cases in three specialized courts and 33,000 were heard. Among them, there were nearly 13,000 intellectual property civil and administrative cases in the first instance, and nearly 8,300 were concluded

This will enable the same intellectual property case to be recognized by the same collegiate bench in a relatively uniform time and space, and the legal norms should be applied relatively uniformly. Con-

flicts of application of legal remedies have been avoided. The difference in fact finding and legal application of the same case or similar cases caused by different courts is prevented.

According to the Supreme People's Court's "Report on the Work of Intellectual Property Courts" on August 29, 2017, as of June 2017, there were more than 46,000 cases in three specialized courts and 33,000 were heard. Among them, there were nearly 13,000 intellectual property civil and administrative cases in the first instance, and nearly 8,300 were concluded.

In short, these three specialized courts not only played the role of trial and judicial review and supervision, but also promoted the modernization of intellectual property trial systems and capabilities, and significantly improved the efficiency of trials.

2.2. Intellectual Property Tribunal

Since the beginning of 2017 to October, 2019, through the application of the Provincial High People's Court and the approval of Supreme People's Court, 20 IP tribunals were established in the Intermediate People's Court in 20 major cities across the country. The layout of the 20 IP tribunals is based on the level of regional economic development and the number of IP cases, mainly concentrated in the developed areas of the central and eastern regions of



China. The jurisdiction is centered on the developed coastal provinces and basically radiates most of China.

The 20 IP tribunals are primarily responsible for governing two types of cases. The first is technical first-instance case except criminal case. The second is the second-instance non-technical cases heard by primary courts. Although named after the city, the area under the jurisdiction of most intellectual property tribunal is not limited to the city in which it is located. This is an innovation of the IP tribunal in cross-regional jurisdiction. In addition, unlike the three intellectual property courts previously established, these 20 intellectual property tribunals have criminal case jurisdiction, and some of them also have first-instance jurisdiction in criminal cases.

2.3. Three-in-one

Three-in-one adjudication system combines adjudication of civil, administrative, criminal cases to unifying adjudication standards, optimize allocation of judicial resources, and improve trial quality, especially in complex a cross case. (Zhang, Xiaowei. 2013)

In fact, of the 20 IP courts that have been established, 16 have the first-instance jurisdiction of civil, administrative, and criminal cases⁽⁵⁾, and the other four are simultaneously have first-instance jurisdiction in civil

and administrative cases. The Supreme Court's Intellectual Property Court, and the three Intellectual Property Courts have jurisdiction over civil and administrative cases and do not have criminal jurisdiction. It can be said that the current mode of trial is a recombination of "two-in-one" and "three-in-one". The difference is whether the criminal jurisdiction should be granted to a specialized judiciary.

In practice, the initial review of intellectual property criminal cases is usually conducted in the primary courts. Less than 10% of the first instance of intellectual property criminal cases were conducted in the Intermediate People's Court. Among the 20 intellectual property tribunals, the Tribunals of Chengdu, Changsha, Zhengzhou and Wuhan only have criminal second-instance jurisdiction. The remaining 16 ones have the jurisdiction of some first-instance and second-instance criminal cases in the cities. However, as of now, according to data released by the website of the Judicial Data Application Research Center of Jilin University, only the Zhengzhou Intermediate People's Court (with an intellectual property court) has tried four criminal first-instance cases, while other intellectual property tribunals have not recorded any.

In general, the situation in which most IPR criminal cases are still under the jurisdiction of the primary courts has not been fundamentally changed. Cases heard by

IP courts are still dominated by civil and administrative cases. Criminal cases of intellectual property rights that are difficult to hear and require more evidence are still excluded.

2.4. Supreme Court Intellectual Property Tribunal

At the end of 2018, the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court was established. As the permanent institution sent by the Supreme People's Court, on behalf of the Supreme People's Court, made judgments, rulings, and mediations. The tribunal heard second-instance civil and administrative cases which against the trial of high people's courts, intellectual property courts, and intermediate people's courts.

The establishment of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court was mainly to resolve the different standards of trials caused by the different courts of appeal in the intellectual property trial system. The different institutions of appealing may easily lead to conflicts in the application of law, and draw different conclusions on similar cases, which is not conducive to the maintenance of judicial credibility.

However, the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court not reviews criminal cases. Therefore, the second instance of a criminal case will continue to be under the jurisdiction of the Provincial High Court. This leads to criminal cases to be excluded from the special jurisdiction system once again.

3. Related disputes and prospects

3.1. Intellectual property court jurisdiction Inconsistent

The first inconsistency in the jurisdiction of the 20 intellectual property tribunals is the existence of criminal first-instance jurisdiction. Of these, 16 ones have jurisdiction over the first instance of criminal cases, and the other 4 ones do not. The Intellectual Property Courts of Beijing, Shanghai and Guangzhou, which have the same level as the Intellectual Property Tribunal, have no criminal jurisdiction at all.

The second inconsistency is that in these IP Tribunals, except for the Shenzhen and Tianjin IP Tribunals, the remaining 18 IP



Tribunals have cross-regional jurisdiction. Some of those hear intellectual property cases in the provinces which located, and some hear intellectual property cases in several cities within one province.

As the most basic level of the special trial system for intellectual property rights, the jurisdiction of the Intellectual Property Tribunals is not completely consistent, and the jurisdiction of the grassroots people's courts and high people's courts connected with them may be different, which may be detrimental to the overall integration of the intellectual property rights judicial system.

3.2. Review Unclear relationship

According to the "Regulations of 2018"⁽⁶⁾, the newly established Intellectual Property Court of the Supreme People's Court mainly hear cases other than criminal cases, which are appealed by first-instance judgments and rulings made by people's courts at or above the intermediate level. This means that its nature is equivalent to the uniform appeal court at the national level, and as the Supreme Court's dispatched institution, the level is consistent with the Supreme Court.

This means that the nature of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court is an unified appeal court at the national level, and it is the highest-ranking judicial organ of China, and the level is also the highest level

This means that the nature of the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court is an unified appeal court at the national level, and it is the highest-ranking judicial organ of China, and the level is also the highest level. However, for China's much-needed IP appeal institutions, scholars' recommendations are generally to position them as high courts. For example, a scholar's suggestion is to set up a high-level intellectual property court in the capital, only accepting second-instance cases and not accepting first-instance cases. The retrial of intellectual property cases is borne by the Supreme Court (Cao, Xinming, 2014). Another scholar's suggestion is also to establish a high court-level appellate body



in the capital. This institution will focus on intellectual property rights authorization dispute cases and technical infringement appeal cases (Wu, Handong, 2015). However, After the Supreme Court established the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court, it still retained the Intellectual Property Tribunal of the Supreme People's Court. It is not clearly that the reformed model is a two-tier system or a three-tier system of the IP Court of the Supreme People's Court.

Some scholars believe that this practice is equivalent to "trial review" of patent second-instance cases originally attributed to the local high-level people's court. By raising the trial level of the second instance of patent cases, a so-called "flying appeal" mechanism was formed (Yi, Jiming, 2019). However, two judges of the IP Court of the Supreme People's Court, believe that China's appeal mechanism is significantly different from the leap appeal system represented by Germany and Japan. The leap appeal means that if the original defendant has no objection to the facts ascertained in the preliminary examination procedure, the consent of the two parties may be skipped and the third trial (the highest) court may be appealed directly. The purpose of the leap appeal system is to reduce the cost of litigation by reducing the trial level. The Chinese appeal system has not reduced the trial level. It only changed the court

of second instance from the high people's courts to the Supreme People's Court and raised the level of the second instance court (Li, Jian & Liao Jibo, 2019).

As the basic institution of the intellectual property special jurisdiction system, the intellectual property court must fully play its functions and the smooth operation of the whole system

As the basic institution of the intellectual property special jurisdiction system, the intellectual property court must fully play its functions and the smooth operation of the whole system. Therefore, in the process of judicial reform, it is necessary to clarify the whereabouts of various IPR cases at different stages, and gradually clarify the trial relationship of the various IPR cases.

3.3. Regional distribution is not reasonable

As mentioned above, the current 20 IP Tribunals are distributed in 17 provincial-level administrative divisions across the country. There are 12 provinces and many cities still not covered by the new jurisdiction system.



The number of intellectual property cases (including three types of lawsuits) in these 12 provinces (autonomous regions/municipalities) in 2018 was 3,561, accounting for 10.5% of the country ⁽⁷⁾. This is not a small scale which should be ignored.

China's adoption of such reform measures may be attributed to the great difficulty of managing a very large society. It is unrealistic to set up a system of specialized jurisdictions covering the whole country in a short time. Therefore, pilot and batch approval may be more appropriate.

In order to deepen judicial reform, the consideration of unified intellectual property trial standards, and the realization of special jurisdiction over intellectual property cases nationwide is necessary. But for the 12 provinces (autonomous regions/municipalities) that have not yet been covered, is it still to set up an intellectual property court in the central cities of the provinces, or is it to set up several IP courts with inter-provincial jurisdiction?

If the IP Tribunals continue to be established according to the provincial administrative units, the vast extent of China's size will lead to a too fragmented pattern of judicial institutions, and the unification of facts and refereeing standards will not be guaranteed. It is more appropriate to wait for the time to mature and choose several upgrades to IP Courts in IP Tribunals across jurisdictions. These cross-regional intellectual property courts can centrally govern technical cases in a larger geographical area, thus completing the construction of specialized jurisdictions at the intermediate people's court level (Zhang, Lingling, 2018).

In addition, intellectual property courts in some central cities can be explored to cross-province jurisdictions in neighboring provinces. Or, based on the intellectual property court, set up a court for inter-provincial jurisdiction. While preventing local protectionism and ensuring the relative unification of judicial standards, it can also avoid the loss of professional talent caused by geographical changes and the decline of trials quality.

4. Conclusions

In recent years, judicial reform has enabled China to establish a relatively complete special intellectual property trial system, and the trial of intellectual property cases has gradually become more specialized. In general, the division of jurisdiction of intellectual property cases will be more reasonable, and the trial standards for intellectual property cases will be more uniform. However, there are also some problems to be solved, such as rationalizing the trial relationship between the various judicial institutions to rationally allocate judicial resources, and achieving comprehensive coverage of specialized jurisdictions to ensure the speciality of intellectual property trials.

REFERENCES:

- Kong, Xiangjun. (2015) Discussion on Several Issues of China's Current Intellectual Property Judicial Protection——Rethinking on Intellectual Property Judicial Policy and Its Trend. *Intellectual Property*, 01, 3-15.
- Yi, Jiming. (2018). The Status Quo and Direction of Judicial Protection of Intellectual Property in China. *Journal of Northwest University(Philosophy and Social Sciences)*, 48(05),50-63.
- Zhang, Xiaowei. (2013). Review and Reflection on the Reform of Intellectual Property's "Three-in-One" Reform. *Intellectual Property*, 06, 68-71.
- Cao, Xinming. (2014). Establishment of Intellectual Property Court: Important Measures for Rule of Law and Modernization of State Administration. *Legal and Social Development*, 20(05), 60-62.
- Wu, Handong. (2015). Construction of China's Intellectual Property Court: Pilot Samples and Basic Trends. *Law Application*, 10, 2-5.
- Yi, Jiming. (2019). Intellectual Property Court in the Reform of Judicial System. The law applies, 03, 28-38.

- Li, Jian & Liao Jibo. (2019). The Appeal Mechanism of Intellectual Property Cases at the National Level: History, Current Situation and Prospects. *Law Application*, 01, 71-75.

- Zhang, Lingling. (2018). Preliminary Conception of Perfecting China's Intellectual Property Court System. *Intellectual Property*, 03, 27-36.

- i. Data Source: China National Intellectual Property Office website: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- ii. Patent industrialization rate=Number of patents used to produce products and put them on the market/The number of valid patents owned.
- iii. Data Source : Judicial Data Application Research Center of Jilin University website: <http://www.jlulbd.com>.

NOTES

- (1) Li Xiaoming, Ph. D., Associate Professor of the law school, Xi'an Jiaotong University; Liao Qian, post-graduate student of the law school, Xi'an Jiaotong University
- (2) In 2018, with the approval of the central government, the abbreviation of the State Intellectual Property Office has been changed from the original "SIPO" to "CNIPA", which is the abbreviation of "China National Intellectual Property Administration".
- (3) Data Source: China National Intellectual Property Office website: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- (4) 2018 Judicial Protection of Intellectual Property Rights in Chinese Courts.
- (5) The criminal first-instance jurisdiction is still limited to the case within the city, and has not yet broken through the region.
- (6) 2018 Decision on Several Issues Concerning Litigation Procedures in Patent and Other Intellectual Property Cases
- (7) Data Source : Judicial Data Application Research Center of Jilin University website: <http://www.jlulbd.com>.

Estudio sobre la reforma judicial de la propiedad intelectual en China

Li Xiaoming

Profesor Asociado

Facultad de Derecho Universidad Xián Jiaotong

Liao Qian ⁽¹⁾

Estudiante de postgrado

Facultad de Derecho Universidad Xián Jiaotong

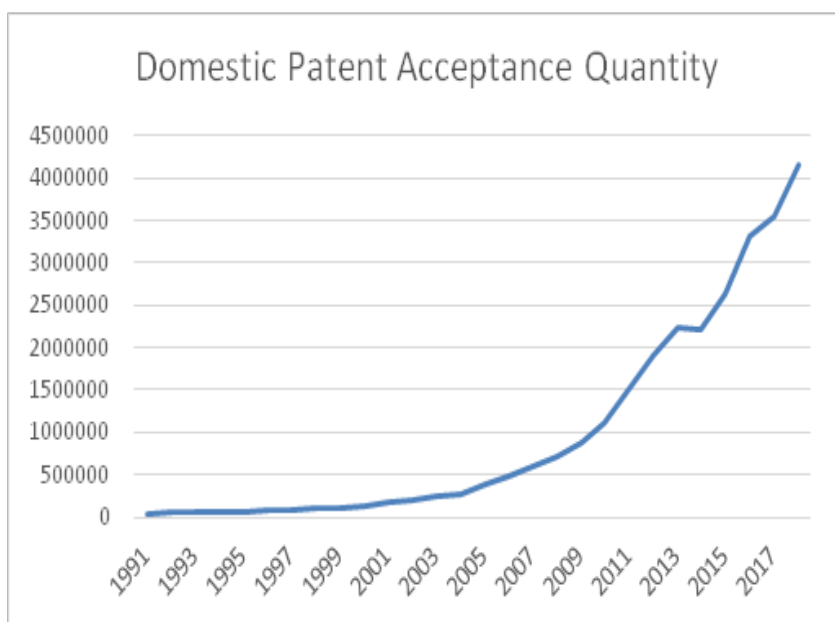
En los últimos años, basándose en la política de gobernar el país integralmente por ley y del rápido desarrollo del sistema de derechos de propiedad intelectual, China ha impulsado activamente una reforma judicial en el ámbito de los procesos sobre propiedad intelectual. Las actuales medidas comprenden la creación de tribunales especializados en propiedad intelectual, tribunales de propiedad intelectual de procesos judiciales transregionales, el proyecto piloto “tres en uno” en algunos tribunales y el establecimiento de órganos de apelación especializados. En general, se ha formado un sistema de enjuiciamiento especial en materia de propiedad intelectual relativamente completo llegando gradualmente a la profesionalización y la eficiencia de la justicia en esta disciplina.

Palabras clave: tribunales de propiedad intelectual; tribunal popular supremo de propiedad intelectual; jurisdicción transregional; tres en uno

1. Antecedentes de la reforma judicial de la propiedad intelectual en China

1.1. Desarrollo de la creación y uso de la propiedad intelectual

Desde que China se adhirió a la OMC en 2001, el número de solicitudes de patentes nacionales ha crecido a un ritmo elevado, como se muestra en el siguiente gráfico. Según las estadísticas de la SIPO (State Intellectual Property Office, Oficina Estatal de Propiedad Intelectual) ⁽²⁾, en 2000-2001 el número de patentes nacionales pendientes en China era de 831.662; entre 2001 y 2010 era de 5.045.678, mientras que en el período 2011-2018 la cifra se disparó a



21.489.773. La tasa de crecimiento es muy superior a la de otros países del mundo.

China no solo es líder en el número de solicitudes de patentes. En efecto, como segunda mayor potencia económica del mundo, los logros económicos de China son inseparables de la transformación y utilización de los derechos de propiedad intelectual. Por ejemplo, según los datos de un estudio de mercado de IDC, la compañía internacional de datos, en 2018 la cuota global de mercado de la compañía Huawei de China superó por primera vez a la de Apple, ocupando el segundo puesto del mundo. El 29 de julio de 2019 Huawei tenía un total de 56.610 patentes de invención, 760 patentes de modelos de utilidad y 1.200 patentes de diseño ⁽³⁾.

En 2008, la SIPO de China puso en marcha el proyecto piloto de financiación de compromisos en propiedad intelectual. Según las últimas estadísticas de la Oficina, la financiación total anual de compromisos de patentes, marcas y derechos de autor en China supera los 100.000 millones de yuanes. Conforme al Informe de Investigación de Patentes de 2018 de la Oficina, la tasa efectiva de implementación de patentes en China alcanzó el 52,6% en 2018 y la tasa de industrialización efectiva de patentes fue del 36,3% globalmente. La tasa global de licencias de patentes y la tasa de transferencia han mejorado considerablemente en los últimos años.

En general, la velocidad de creación y la eficiencia de utilización de la propiedad in-



telectual en China se han desarrollado rápidamente en los últimos 20 años y el correspondiente sistema de protección judicial está mejorando gradualmente.

1.2. Desarrollo de la protección judicial de los derechos de propiedad intelectual

En 2018, los tribunales locales de todos los niveles en China recibieron 283.414 casos civiles de derechos de propiedad intelectual (DPI) en primera instancia y cerraron 273.945 casos, lo que fue un 40,97% y un 41,99% superior a 2017 respectivamente⁽⁴⁾. Tras esta importante cifra de casos se encuentra el sistema de protección judicial de la propiedad intelectual de China, madurado gradualmente.

El sistema de propiedad intelectual de China se instituyó y desarrolló con la reforma y la apertura. Actualmente, se ha establecido el posicionamiento básico de protección judicial en la protección de los derechos de propiedad intelectual (Kong, Xiangjun, 2015). Después de 40 años de desarrollo, en términos de legislación China ha creado esencialmente un sistema jurídico de propiedad intelectual en coherencia con las normas internacionalmente aceptadas y tiene una categoría relativamente completa, y se ha adherido a casi todos los principales convenios internacionales sobre propiedad intelectual.

En la judicatura, China ha creado sucesivamente cortes y tribunales especiales de propiedad intelectual, así como un órgano unificado de apelación a nivel nacional en respuesta a cuestiones como normas incoherentes y la baja eficiencia en los procesos sobre propiedad intelectual en primera instancia.

En la pasada década, mediante la reforma del sistema judicial de propiedad intelectual y del mecanismo de enjuiciamiento, ha mejorado constantemente la eficiencia de los procesos judiciales en materia de derechos de propiedad intelectual y también se ha incrementado la satisfacción social sobre la protección de la propiedad intelectual (YI, Jiming, 2018). En general, el sistema de protección judicial de la propiedad intelectual en China es cada vez más completo y ha sido capaz de satisfacer las necesidades económicas y sociales actuales.



2. Principales iniciativas en la reforma judicial de derechos de propiedad intelectual

2.1. Tribunal de Propiedad Intelectual de Pekín, Shanghái, Cantón

En 2014, a partir del Reglamento del Tribunal Popular Supremo sobre Jurisdicción de los Tribunales de Propiedad Intelectual de Pequín, Shanghái y Cantón, las tres ciudades crearon sucesivamente tribunales de propiedad intelectual. Estos tres tribunales tienen jurisdicción principalmente en casos civiles y administrativos de primera instancia que requieren una sólida capacitación técnica y profesional y en apelaciones en casos civiles y administrativos de acuerdo con las sentencias y resoluciones de primera instancia dictadas por los tribunales de primera instancia. En particular, el Tribunal de Propiedad Intelectual de Pekín y el Tribunal de Propiedad Intelectual de Shanghái pueden conocer de casos cuyas sentencias, resoluciones y documentos de mediación en materia de derechos de propiedad intelectual han sido revisados en los tribunales de primera instancia. Además, los casos administrativos y de concesión de DPI en primera instancia que no están sujetos a la decisión del departamento administrativo del Consejo de Estado también están sujetos a la competencia del Tribunal de Propiedad Intelectual de Pekín.

Eso permitirá que el mismo caso de propiedad intelectual sea conocido por la mis-

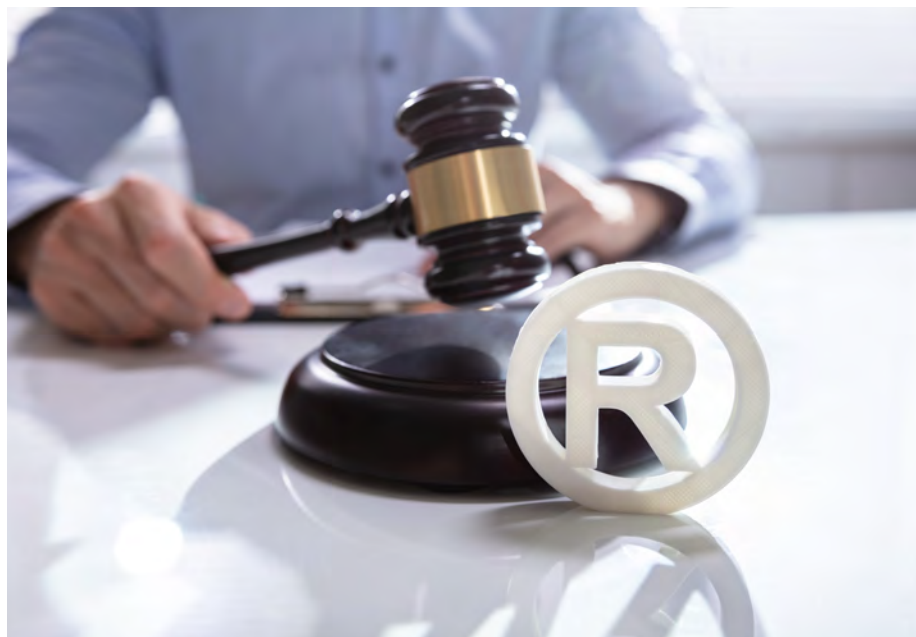
ma sala colegiada en un tiempo y espacio relativamente semejantes y que las normas jurídicas se apliquen de manera relativamente uniforme. Se han evitado los conflictos de aplicación de los recursos legales. Se previenen así también diferencias en la investigación y aplicación legal del mismo caso o casos similares enjuiciados por diferentes tribunales.

Según el Informe sobre el trabajo de los tribunales de propiedad intelectual del Tribunal Popular Supremo, de 29 de agosto de 2017, hasta junio de 2017 había más de 46.000 casos en los tres tribunales especializados y fueron atendidos 33.000. Entre estos, había casi 13.000 casos civiles y administrativos de propiedad intelectual en primera instancia y se cerraron casi 8.300 casos.

En resumen, estos tres tribunales especializados no solo desempeñaron la función de enjuiciamiento y revisión y supervisión judicial, sino que también promovieron la modernización de los sistemas y capacidad de enjuiciamiento en materia de propiedad intelectual y mejoraron considerablemente la eficiencia de los procesos.

2.2. El Tribunal de Propiedad Intelectual

Desde principios de 2017 hasta octubre de 2019, mediante la implementación del Tribunal Popular Superior Provincial y la aprobación del Tribunal Popular Supremo,



se crearon 20 tribunales de propiedad intelectual en los tribunales populares intermedios en las 20 ciudades más importantes del país. La disposición de los 20 tribunales de PI se basa en el nivel de desarrollo económico regional y en el número de casos de PI, concentrados principalmente en las zonas desarrolladas de las regiones central y oriental de China. La jurisdicción está centrada en las provincias costeras desarrolladas e irradia básicamente a la mayor parte de China.

Los 20 tribunales de PI son fundamentalmente responsables de gestionar dos tipos de casos. El primer tipo son los casos técnicos de primera instancia, excepto los casos penales. El segundo son los casos de segunda instancia no técnicos conocidos de los tribunales de primera instancia. Aunque llevan el nombre de la ciudad, la zona de jurisdicción de la mayoría de los tribunales de propiedad intelectual no se limita a la ciudad en la que se encuentran. Esta es una innovación en el tribunal de PI con jurisdicción transregional. Además, a diferencia de los tres tribunales de propiedad intelectual indicados antes, estos 20 tribunales de propiedad intelectual tienen competencia en casos penales y algunos de estos también tienen competencia en primera instancia en procedimientos penales.

2.3. Tres en uno

El sistema de adjudicación tres en uno combina la adjudicación de casos civiles, ad-

ministrativos y penales para unificar las normas de adjudicación, optimizar la asignación de recursos judiciales y mejorar la calidad de los procesos, especialmente en los casos complejos cruzados (Zhang, Xiaowei, 2013).

En efecto, de los 20 tribunales de PI establecidos, 16 tienen competencia en primera instancia en procedimientos civiles, administrativos y penales⁽⁵⁾, y los otros cuatro tienen simultáneamente competencia en primera instancia en procedimientos civiles y administrativos. El Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Supremo y los tres Tribunales de Propiedad Intelectual tienen competencia en procedimientos civiles y administrativos y no tienen atribuida la competencia penal. Puede decirse que la forma actual de enjuiciamiento es una recombinación de “dos en uno” y “tres en uno”. La divergencia es si la jurisdicción penal debe atribuirse a un órgano judicial especializado.

En la práctica, el examen inicial de los procedimientos penales relacionados con la propiedad intelectual suele realizarse en los tribunales de primera instancia. Menos del 10% de los procedimientos penales de primera instancia en materia de propiedad intelectual se condujeron en el Tribunal Popular Intermedio. De los 20 tribunales de propiedad intelectual, los tribunales de Chengdu, Changsha, Zhengzhou y Wuhan solo tienen competencia penal en segunda instancia. El resto tiene competencia en al-

gunos procedimientos penales de primera y segunda instancia en las ciudades. Sin embargo, hasta ahora, según los datos publicados en el sitio web del Centro de Investigación Judicial de Aplicación de Datos de la Universidad de Jilin, solo el Tribunal Popular Intermedio de Zhengzhou (con sala de propiedad intelectual) ha juzgado cuatro casos penales en primera instancia, mientras que los demás tribunales de propiedad intelectual no han registrado ninguno.

En general, no ha cambiado sustancialmente la situación de que la mayoría de los casos penales de DPI siguen estando bajo la jurisdicción de los tribunales de primera instancia. Los casos conocidos por los tribunales de propiedad intelectual siguen estando dominados por casos civiles y administrativos. Siguen excluidos los casos penales de derechos de propiedad intelectual que son difíciles de conocer y requieren más pruebas.

2.4. Tribunal Supremo de Propiedad Intelectual

A finales de 2018 se creó el Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo. Como órgano permanente del Tribunal Popular Supremo, ha dictado sentencias, resoluciones y mediaciones por cuenta del Tribunal Popular Supremo. El Tribunal conoce de procedimientos civiles y administrativos de segunda instancia interpuestos contra los procesos de los tribunales populares superiores, tribunales de propiedad intelectual y tribunales populares intermedios.

La creación del Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo tenía por objeto principalmente resolver los diferentes criterios de los procesos enjuiciados por los distintos tribunales de apelación en el sistema de enjuiciamiento en materia de propiedad intelectual. Los distintos órganos de apelación pueden conducir fácilmente a conflictos en la aplicación de la ley y extraer conclusiones diferentes en casos similares, lo que no favorece el mantenimiento de la credibilidad judicial.

No obstante, el Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo no conoce de procedimientos penales. Por consiguiente, la segunda instancia de un procedimiento penal seguirá siendo competencia del Tribunal Superior Provincial. Eso significa que los procedimientos pena-

les vuelven a quedar excluidos del sistema de jurisdicción especial.

3. Discusiones relacionadas y perspectivas

3.1. Incoherencia de la competencia del Tribunal de Propiedad Intelectual

La primera incoherencia en la competencia de los 20 tribunales de propiedad intelectual es la existencia de competencia penal en primera instancia. De estos, 16 tienen competencia en casos penales en primera instancia y los otros 4, no. Los tribunales de propiedad intelectual de Pekín, Shanghai y Cantón, que tienen el mismo nivel que el Tribunal de Propiedad Intelectual, no tienen competencia penal.

La segunda incoherencia es que, salvo los tribunales de Shenzhen y Tianjin, los 18 Tribunales de PI restantes tienen competencia transregional. Algunos de estos conocen de casos de propiedad intelectual en las provincias en las que están situados y casos de propiedad intelectual en varias ciudades de una misma provincia.

Como nivel más básico del sistema especial de enjuiciamiento de derechos de propiedad intelectual, la competencia de los tribunales de propiedad intelectual no es totalmente coherente y puede ser diferente la competencia de los tribunales populares básicos y de los tribunales populares superiores relacionados con estos, lo que puede ser perjudicial para la integración global del sistema judicial de derechos de propiedad intelectual.

3.2. Revisión de una relación poco clara

Según el Reglamento de 2018⁽⁶⁾, el recién creado Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo se ocupa principalmente de casos que no son penales, que son objeto de apelación contra sentencias de primera instancia y sentencias dictadas por tribunales populares de nivel intermedio o superior. Eso significa que su naturaleza es equivalente a la de un tribunal de apelación unificado a nivel nacional y, como órgano que emana del Tribunal Supremo, el nivel es coherente con el Tribunal Supremo.

Eso significa que la naturaleza del Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo es la de un tribunal de



apelación unificado a nivel nacional y es el órgano judicial de mayor rango en China, y es también el nivel más alto. Sin embargo, para los muy necesarios órganos chinos de apelación en materia de propiedad intelectual, las recomendaciones de los expertos son situarlos en general como tribunales superiores. Por ejemplo, un experto sugiere establecer un tribunal de propiedad intelectual de instancia superior en la capital, que acepte solo casos de segunda instancia y no casos de primera instancia. El Tribunal Supremo (Cao, Xinming, 2014) debe asumir el reenjuiciamiento de los casos de propiedad intelectual. Otro experto sugiere también establecer un órgano de apelación de instancia superior en la capital. Este órgano se centraría en los casos de controversia en la concesión de derechos de propiedad intelectual y en los casos de recursos por infracciones técnicas (Wu, Handong, 2015). Sin embargo, después de que el Tribunal Supremo estableciera el Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo, siguió manteniendo el Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo. No está claro si el modelo reformado del Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo es un sistema de dos niveles o un sistema de tres niveles.

Algunos estudiosos consideran que esta práctica es equivalente a la "revisión de los procesos" de los casos de patentes de segunda instancia asignados originalmente a los tribunales populares locales de nivel supe-

rior. Al elevar el nivel de enjuiciamiento de segunda instancia en los casos de patentes, se ha formado un mecanismo llamado de "apelación voladora" (Yi, Jiming, 2019). Sin embargo, dos jueces del Tribunal de Propiedad Intelectual del Tribunal Popular Supremo consideran que el mecanismo de apelación en China es significativamente diferente al sistema de apelación "por salto" representado por Alemania y Japón. La apelación "por salto" significa que, si el demandado original no tiene ninguna objeción a los hechos establecidos en el proceso de instrucción preliminar, puede omitirse el consentimiento de las dos partes y se puede apelar al tribunal de tercera instancia (el más alto) directamente. El propósito del sistema de apelación "por salto" es reducir el coste del litigio al reducir el número de instancias. El sistema de apelación chino no ha reducido el número de instancias. Solo ha cambiado el tribunal de segunda instancia desde los tribunales populares superiores al Tribunal Popular Supremo y ha elevado el nivel del tribunal de segunda instancia (Li, Jian y Liao Jibo, 2019).

Como órgano básico de la jurisdicción especial de propiedad intelectual, el Tribunal de Propiedad Intelectual debe desempeñar plenamente sus funciones y garantizar el buen funcionamiento de todo el sistema. Por consiguiente, en el proceso de reforma judicial, es necesario aclarar el paradero de varios casos de DPI en diferentes etapas, y definir gradualmente la relación de enjuiciamiento de los distintos casos de DPI.



3.3. La distribución regional no es razonable

Como se ha mencionado anteriormente, los actuales 20 tribunales de PI están distribuidos en 17 divisiones administrativas de nivel provincial en todo el país. Hay 12 provincias y muchas ciudades que todavía no están cubiertas por la nueva jurisdicción.

El número de casos de propiedad intelectual (incluidos los tres tipos de demandas) en estas 12 provincias (regiones autónomas/distritos) en 2018 era de 3.561, lo que representa el 10,5% del país ⁽⁷⁾. No se trata de una cifra pequeña que pueda ignorarse.

La adopción por parte de China de tales medidas de reforma puede atribuirse a la gran dificultad de gestionar una sociedad tan grande. No es realista establecer en poco tiempo un sistema de jurisdicciones especializadas que abarque todo el país. Por lo tanto, puede ser más apropiada la aprobación de pilotos y lotes.

Para profundizar en la reforma judicial, es necesario el establecimiento de normas unificadas de enjuiciamiento en materia de propiedad intelectual y la aplicación de la competencia especial a los casos de propiedad intelectual en todo el país. Pero para las 12 provincias (regiones autónomas/distritos) que aún no han sido cubiertas, ¿es necesario crear un tribunal de propiedad intelectual en las principales ciudades de las provincias o deben crearse varios tribunales de propiedad intelectual con jurisdicción interprovincial?

Si los Tribunales de PI siguen creándose de acuerdo con las unidades administrativas provinciales, las grandes dimensiones de China conducirán a un modelo demasiado fragmentado de órganos judiciales y no estarán garantizadas la unificación de los hechos y las normas de arbitraje. Es más apropiado esperar a que llegue el momento para madurar y optar por varias mejoras en los órganos de propiedad intelectual de los tribunales de propiedad intelectual de todas las jurisdicciones. Estos órganos transregionales de propiedad intelectual podrán conocer centralmente de casos técnicos en una zona geográfica más amplia, completando así la construcción de jurisdicciones especializadas en el nivel de tribunales populares intermedios (Zhang, Lingling, 2018).

Además, se pueden sondear tribunales de propiedad intelectual de algunas ciudades centrales en jurisdicciones interprovinciales de provincias vecinas. O bien, basándose en el tribunal de propiedad intelectual, crear un tribunal de jurisdicción interprovincial. Al mismo tiempo que se impide el proteccionismo local y se garantiza la relativa unificación de las normas judiciales, también se puede evitar la pérdida de talento profesional debida a los cambios geográficos y al deterioro de la calidad de los procesos.

4. Conclusiones

En los últimos años, la reforma judicial ha permitido a China establecer un sistema de enjuiciamiento especial en materia de propiedad intelectual relativamente completo y el enjuiciamiento de casos de propiedad intelectual se ha especializado gradualmente. En general, será más razonable la división de la jurisdicción de los casos de propiedad intelectual y serán más uniformes las normas de enjuiciamiento para los casos de propiedad intelectual. No obstante, también existen algunos problemas que deben resolverse, como la racionalización de la relación de enjuiciamiento entre las distintas instituciones judiciales para asignar racionalmente los recursos judiciales y conseguir una cobertura amplia de jurisdicciones especializadas para garantizar la especialidad de los procesos de propiedad intelectual.

BIBLIOGRAFÍA

Kong, Xiangjun, (2015). Discussion on Several Issues of China's Current Intellectual Property Judicial Protection -Rethinking on Intellectual Property Judicial Policy and Its Trend. *Intellectual Property*, 01, 3-15.

Yi, Jiming, (2018). The Status Quo and Direction of Judicial Protection of Intellectual Property in China. *Journal of Northwest University(Philosophy and Social Sciences)*, 48(05),50-63.

Zhang, Xiaowei, (2013). Review and Reflection on the Reform of Intellectual Property's "Three-in-One" Reform. *Intellectual Property*, 06, 68-71.

Cao, Xinming, (2014). Establishment of Intellectual Property Court: Important Measures for Rule of Law and Modernization of State Administration. *Legal and Social Development*, 20(05), 60-62.

Wu, Handong, (2015). Construction of China's Intellectual Property Court: Pilot Samples and Basic Trends. *Law Application*, 10, 2-5.

Yi, Jiming, (2019). Intellectual Property Court in the Reform of Judicial System. The law applies, 03, 28-38.

Li, Jian & Liao Jibo, (2019). The Appeal Mechanism of Intellectual Property Cases at the National Level: History, Current Situation and Prospects. *Law Application*, 01, 71-75.

Zhang, Lingling, (2018). Preliminary Conception of Perfecting China's Intellectual Property Court System. *Intellectual Property*, 03, 27-36.

I. Fuente: sitio web de la Oficina Nacional de Propiedad Intelectual de China: <http://www.cnipa.gov.cn>.

II. Tasa de industrialización de patentes=Número de patentes utilizadas para producir productos y ponerlos en el mercado/ Número de patentes válidas en propiedad.

III. Fuente: Judicial Data Application Research Center del sitio web de la Universidad de Jilin: <http://www.jlulbd.com>

NOTAS

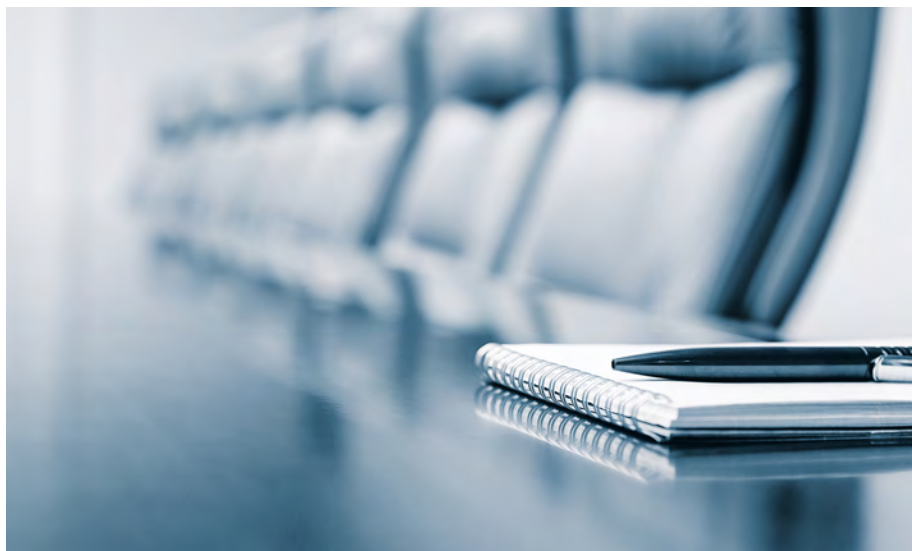
- (1) Li Xiaoming, Ph. D., profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Xi'an Jiaotong; Liao Qian, estudiante posgraduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Xi'an Jiaotong.
- (2) En 2018, con la aprobación del Gobierno central, la abreviatura de la Oficina Estatal de Propiedad Intelectual se cambió de la "SIPO" original a "CNIPA", que es la abreviación de "China National Intellectual Property Administration" (Administración de la Propiedad Intelectual Nacional de China).
- (3) Fuente: Oficina Nacional de Propiedad Intelectual de China, sitio web: <http://www.cnipa.gov.cn>.
- (4) 2018 Judicial Protection of Intellectual Property Rights in Chinese Courts.
- (5) La jurisdicción penal de primera instancia sigue estando limitada al caso dentro de la ciudad y aún no se ha abierto camino en la región.
- (6) 2018 Decision on Several Issues Concerning Litigation Procedures in Patent and Other Intellectual Property Cases
- (7) Fuente: Judicial Data Application Research Center del sitio web de la Universidad de Jilin: <http://www.jlulbd.com>.

La asistencia financiera a los socios (*)

Javier Martínez Lehmann
Notario de Barcelona

En el presente artículo haré una crítica a la regulación actual, en sede de sociedades de capital, a la hora de adquirir las acciones o participaciones propias o de la sociedad dominante. También haré una referencia a la prohibición de aceptar las acciones o participaciones en garantía de créditos.

El fundamento originario de la normativa actual no es otro que evitar que el patrimonio de la sociedad, nutrido de manera estructural por los desembolsos de los socios en la constitución de la compañía o sus ampliaciones, quede diluido o aplazado por “meros créditos” contra los socios, ya que de ser admitida incondicionalmente esta operativa podría producir distorsiones contables. Así los considerandos 40, 41, 42 y 43 de la directiva 2017/1132 señalan “la necesidad de adoptar medidas necesarias para preservar el capital, garantía de los acreedores, prohibiendo cualquier reducción del mismo, mediante distribuciones indebidas a los accionistas **y limitando** la posibilidad para la sociedad anónima de adquirir sus propias acciones”, debiendo aplicarse dichas limitaciones a las adquisiciones realizadas por persona que actúe en nombre propio pero por cuenta de la sociedad o bien se sirva de una sociedad en la que la sociedad en cuestión tenga una posición o influencia dominante. Invitando, además la misma, a extender el régimen o cautelas previstas en esta directiva para las SA tam-



bién a las sociedades de responsabilidad limitada.

Otro riesgo añadido son los posibles abusos de la mayoría diluyendo o rebajando el porcentaje de los disidentes con compras por parte de socios alineados con el órgano de administración y con el soporte financiero de la sociedad.

Del mismo modo, solicitar financiación a la sociedad por parte de un socio ofreciendo como garantía la pignoración de sus acciones o participaciones propias pondría de

manera indirecta en riesgo las restricciones en sede de autocartera, caso de ejecución.

Este peligro ya fue visto en el primer cuarto del siglo XX en el Reino Unido, Act 1929 y 1948 y acogido por el legislador en sus sucesivas normas. Pronto la doctrina llamó la atención de los riesgos que para las sociedades implicaba tal prohibición, pidiendo una flexibilización del rigor normativo. Act 1981 y 1985 relajó el rigorismo existente hasta entonces.

Las directivas comunitarias siguieron el mismo camino, así en la primera Directiva

comunitaria 77/91 se acogió de manera acrítica la prohibición, que fue relajada en la siguiente de 2006 y la actual de 2017, de la que hablaré a continuación. Hoy parece necesario flexibilizar en el derecho español el rigor normativo. Téngase en cuenta que en EEUU no se prohíbe la asistencia financiera y las posibles consecuencias negativas para los acreedores o socios, se reconducen al régimen de responsabilidad de los administradores o a la ley de quiebras.

Lo que llama más la atención es que el legislador español haya mantenido la prohibición de asistencia financiera en el ámbito de las SL, donde el juego de la autonomía de los socios y el régimen de responsabilidad de los administradores e incluso de los socios podría evitar los posibles riesgos de los acreedores.

El problema sería menor si no fuere porque resta flexibilidad y competitividad a las empresas españolas

Lo que llama más la atención es que el legislador español haya mantenido la prohibición de asistencia financiera en el ámbito de las SL, donde el juego de la autonomía de los socios y el régimen de responsabilidad de los administradores e incluso de los socios podría evitar los posibles riesgos de los acreedores. El problema sería menor si no fuere porque resta flexibilidad y competitividad a las empresas españolas. Quiero poner énfasis en la desventaja empresarial que dicha norma puede producir, ya que la financiación para la incorporación de un socio o facilitar a los que queden la adquisición de las acciones o participaciones de un socio que sale de la compañía, voluntaria o involuntariamente (fallecimiento) es algo útil. El elemento o factor personal en una Pyme es esencial y los recursos de la sociedad deben poder financiar situaciones como las mencionadas, siempre que los posibles riesgos de acreedores o socios minoritarios queden protegidos. Lo que es bueno para los socios y para la sociedad también debe serlo para sus acreedores. Prohibir para evitar riesgos es una mala práctica legislativa que parte de un error conceptual.



El problema tuvo que ser sorteado en el ámbito de fusiones o escisiones, ya que lo que en principio podía ser una operación inocua, desde el punto de vista jurídico, como es la adquisición de acciones o participaciones en otra sociedad, podía dar lugar a la vulneración de la prohibición de la asistencia financiera, cuando la sociedad prestataria (por recibir asistencia de la matriz) y adquirente forma parte de una operación de absorción, integrando su patrimonio o el de la sociedad adquirida en el de la absorbente, el cual está formado por acciones o participaciones propias o de la matriz. Así el artículo 35 LME, por la razón aludida, soluciona el problema de manera tangencial: “En caso de fusión entre dos o más sociedades, si alguna de ellas hubiera contraído deudas en los tres años inmediatamente anteriores para adquirir el control de otra que participe en la operación de fusión o para adquirir activos de la misma esenciales para su normal explotación o que sean de importancia por su valor patrimonial, serán de aplicación las siguientes reglas:

• 1.ª El proyecto de fusión **deberá indicar los recursos y los plazos previstos para la satisfacción** por la sociedad resultante de las deudas contraídas para la adquisición del control o de los activos.

• 2.ª El informe de los administradores sobre el proyecto de fusión debe indicar las razones que hubieran justificado la adquisición del control o de los activos y que justifiquen, en su caso, la operación

de fusión y contener un plan económico y financiero, con expresión de los recursos y la descripción de los objetivos que se pretenden conseguir.

• 3.ª **El informe de los expertos sobre el proyecto de fusión debe contener un juicio sobre la razonabilidad de las indicaciones a que se refieren los dos números anteriores, determinando además si existe asistencia financiera.**

En estos supuestos será necesario el informe de expertos, incluso cuando se trate de acuerdo unánime de fusión. Este informe interesa sobre todo a los acreedores, para evitar que el capital esté formado por créditos.”

Antes de pasar a analizar la normativa nacional y la comunitaria haré unas consideraciones generales relacionadas con la asistencia financiera:

1) En cualquier caso, toda norma prohibitiva debe ser objeto de interpretación restrictiva (art. 4 CC), teniendo en cuenta el bien jurídico que se trata de proteger.

2) Ahora que es de actualidad la regulación de la publicidad de las fiducias, y a propósito de la adquisición por persona interpuesta, el art. 246 del Cco nos dice “Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contra-



tare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí...”

En consonancia con el art. 156 LSC “1. Se reputará nulo cualquier acuerdo entre la sociedad y otra persona en virtud del cual ésta se obligue o se legitime para celebrar en nombre propio pero por cuenta de aquella alguna de las operaciones que en este capítulo se prohíbe realizar a la sociedad.

Los negocios celebrados por la persona interpuesta con terceros se entenderán efectuados por cuenta propia y no producirán efecto alguno sobre la sociedad.

2. Los negocios celebrados por persona interpuesta, cuando su realización no estuviera prohibida a la sociedad, así como las participaciones o acciones propias, o de la sociedad dominante, sobre las que recaigan tales negocios, quedan sometidos a las disposiciones de este capítulo.”

La Directiva Comunitaria 2017/1132 en su artículo 59.2 nos dice “si las acciones de una sociedad hubieran sido suscritas por una persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de esta sociedad, se considerará que el suscriptor las ha suscrito por su propia cuenta”.

3) Dice el art. 158 de la LSC “Las disposiciones de este capítulo referidas a operaciones que tienen por objeto participaciones

o acciones de la sociedad dominante serán de aplicación aun cuando la sociedad que las realice no sea de nacionalidad española.”

ASISTENCIA FINANCIERA A SOCIOS Y ADMINISTRADORES

a) Art. 162 de la LSC cuando nos dice “1. En la **sociedad de responsabilidad limitada** la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores.

2. No será necesario el acuerdo de la junta general para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo.”

b) Tratándose de una Sociedad Anónima, no forma parte de la discrecionalidad de los administradores realizar operaciones que les puedan afectar personalmente a ellos o a personas vinculadas (art. 226.2 LSC). El otorgamiento de financiación a las mismas podrá realizarse siempre que se hagan en condiciones estándar (de mercado) y sean de escasa relevancia (229.1ª LSC) debiendo obtener la oportuna autorización del órgano de administración (asegurada su independencia) o tratándose de administrador único, de la junta.

En el caso de que la operación sea superior al 10% de los activos sociales o bien no se haga en condiciones de mercado, se exigirá el previo acuerdo de la junta, asegu-

rada la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y transparencia del proceso (art. 230 LSC). Este régimen se aplicará a las personas vinculadas con los administradores en las sociedades limitadas (art. 231 y 232 LSC).

En relación con la asistencia financiera prestada a socios no administradores y no vinculados con los mismos, en el ámbito de las sociedades anónimas, seguirá el régimen ordinario de las operaciones que no formen parte del objeto social y por tanto se reconducirán al ámbito de la responsabilidad social, al poder ser un acto contrario al objeto estatutario, art. 234 LSC y 236 LSC. Téngase presente que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales.”

En cualquier caso la financiación prestada a los administradores o terceros vinculados con la sociedad deberá reflejarse en la memoria según norma 7 y 12 del artículo 260 LSC.

ASISTENCIA FINANCIERA PARA LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES

Artículo 143. Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada

2. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

Este último inciso no es del todo claro en su redacción, pero debe entenderse la restricción para la adquisición de participaciones propias o acciones o participaciones de la sociedad dominante, en conexión con las restricciones en la adquisición derivativa (art 140 LSC)

Artículo 150. Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y



de participaciones o acciones de la sociedad dominante

“1. La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero.

2. La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo.

3. La prohibición establecida en el apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufraguen con cargo a bienes libres de la sociedad.

En el patrimonio neto del balance, la sociedad deberá establecer una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo.”

Téngase presente que lo que la ley prohíbe es la adquisición de acciones propias o de la sociedad dominante, lo que no restringe es que se preste asistencia para la adquisición de acciones o participaciones de las filiales, aunque ello puede derivar de manera sobrevenida con los problemas como ya vimos en sede de fusiones.

Volvemos a criticar el excesivo rigor del legislador (RDGRN 23/11/2012 y 4/7/1995) con la mencionada prohibición, cuyo espíritu o finalidad es la misma aunque no coincida la literalidad. Así el art. habla de “préstamos o créditos” y el art. 150 “préstamos”. Se utilizan expresiones genéricas como anticipación de fondos o cualquier tipo de asistencia financiera, con la finalidad clara de evitar la discusión de si el concreto acto o contrato se califica como préstamo o crédito y con ello evitar el fraude de ley. Por tanto deberemos incluir en la prohibición el reparto indebido o anticipado de dividendos con dicha finalidad o bien una ampliación de capital hecha con cargo a fondos propios acordada por él o los socios mayoritarios.

Mayores dudas genera el hecho de que la sociedad pueda vender sus propias acciones o participaciones en autocartera concediendo un fraccionamiento a aplazamiento en el pago, cuando el mismo se hace en condiciones de mercado. Desde mi punto de vista, esta facilidad de pago no debe considerarse como un supuesto de asistencia financiera, al no haber anticipos de fondos de la sociedad y por tanto despatrimonialización de la misma. Esta posibilidad no queda proscrita expresamente en los artículos 141 y 145 LSC, incluso la directiva 1132/2017 habla de préstamos, anticipación de fondos o prestación de garantías. No obstante, no fue este el criterio del TS en sentencia de 1 de octubre de 2018. Insisto, creo que habrá que analizar cada caso para valorar.

No debemos olvidar que el propio TS, en sentencia de 27 de marzo 2019, admitió la autocartera fuera de los supuestos legales cuando esta situación era transitoria, formaba parte de una serie de negocios complejos de reestructuración, y no había riesgo de despatrimonialización de la compañía. No podemos tampoco dejar de lado el supuesto previsto en el art. 60.2 de la Directiva “la legislación de un estado miembro podrá autorizar una excepción a la necesaria autorización de junta, cuando la adquisición de las acciones propias sea necesaria para evitar a la sociedad un perjuicio grave e inminente. Debiendo en tal caso informar el órgano de administración a la junta de dicha adquisición”.

El rigor legal excluye cualquier tipo de asistencia financiera, sin que exija simultaneidad de ambos negocios, asistencia y adquisición. Pudiendo ser dicha asistencia anterior, simultánea o posterior. Vemos que en ciertos casos se le escapará a la sociedad financiadora el control de la vulneración de la prohibición, lo cual hace la misma en ocasiones estar afecta a una ineficacia claudicante o dar lugar a situaciones frágiles.

Ciertamente la falta de simultaneidad en la prestación de financiación y la adquisición de las participaciones o acciones propias puede facilitar el fraude de ley, retardando los tiempos entre una y otra operación o bien procurando la ruptura del nexo causal entre las mismas. Así mismo, excluye la prestación de garantías a terceros ya sean reales o personales, como la fianza.

Y es que llegados a este punto vamos a recordar el criterio europeo para admitir la asistencia financiera, en la que siguiendo a Aguilar Alfaro, posiblemente sería de invocación directa en España, además de albergar dicha prohibición ciertas dudas de constitucionalidad (art. 33 y 38). Insisto en que no guardan proporcionalidad las mismas con los riesgos que se tratan de evitar, cuando ello no afecta ni al capital ni a las reservas indisponibles y dichas operaciones se realicen con transparencia y condiciones de mercado.

Vemos también que para las sociedades anónimas se exceptiona la prohibición cuando su finalidad sea facilitar al personal de la empresa la adquisición de acciones

de la misma a acciones o participaciones de sociedades del grupo. Por tanto, a aquellos en los que concurra un contrato con los caracteres de “ajeneidad y dependencia”, debería poder admitirse la asistencia financiera.

Si pasamos a analizar la directiva comunitaria 1132/2107 en su artículo 64, permite la asistencia financiera para la adquisición de sus acciones, siempre bajo la responsabilidad del órgano de administración o de dirección, en condiciones de mercado “justas”, especialmente respecto del interés y de las garantías que la sociedad recibe por los préstamos y anticipos. Exige analizar la situación financiera o crediticia del tercero, que la operación sea aprobada por la junta con mayoría de 2/3 de los votos correspondientes a los títulos o del capital suscrito, salvo que el quorum sea al menos de la mitad, en cuyo caso será suficiente la mayoría simple. El órgano de administración deberá realizar un informe sobre la viabilidad de la operación que debe ser objeto de publicidad en el Registro mercantil.

La directiva contempla como supuesto especial la asistencia financiera total, cuando se financia el total, exigiendo en este caso que la salida de fondos no implique una reducción del activo neto de manera que quede por debajo del capital suscrito aumentado este con las reservas que por ley o estatutos no sean distribuíbles. Al activo neto también hay que descontarle los recursos utilizados para la adquisición de la propia sociedad (o los 3 que actúen por su cuenta) de sus acciones. Para evitar el perjuicio a los acreedores, la sociedad deberá crear en el pasivo del balance una reserva que deberá mantenerse hasta que se reintegre la total asistencia financiera. La directiva contempla además la asistencia financiera para los casos de ampliaciones de capital (originaria) exigiendo además que el valor o precio sea justo, debiendo respetarse los límites del art. 56 (límites del reparto de dividendos), ídem para los supuestos de fraude ya comentados al principio.

Como conclusión vemos que el legislador Europeo soluciona los posibles riesgos de los socios y acreedores de manera paralela a la tenencia de acciones propias (mayorías y reservas).

Y es que llegados a este punto debe recordarse que la ubicación de la regulación de la asistencia financiera se encuentra en



el Capítulo VI del título IV a propósito de los negocios sobre las propias participaciones y acciones, lo cual ya delata que el problema o riesgo que subyace es el mismo, lo cual nos lleva a la siguiente cuestión: régimen sancionador.

Curiosamente la ley sí que regula con detalle las consecuencias de las vulneración de la ley en las adquisiciones derivativas de acciones o participaciones, con el matiz ya indicado en la sentencias del TS. Por el contrario nada dice la ley para el caso de la asistencia financiera, con lo cual habría que entender aplicable la sanción de nulidad para el caso de vulnerar las normas imperativas o bien, según mi criterio, acudir la interpretación sistemática y teleológica de la ley, que comulga con la normativa europea. Es por ello que no haya que predicar de manera sistemática a toda asistencia financiera la nulidad de pleno derecho y si poner en juego los límites legales en materia de adquisición de acciones o participaciones propias como también los límites generales al ejercicio del derecho, como son la buena fe y el abuso de derecho (art. 7CC) y la ilicitud de causa. Parece que la sociedad no puede financiar lo que ella no puede hacer para sí. Cuando en la asistencia financiera se utilizan recursos disponibles, sin que los mismos formen parte de la garantía mínima legal o estatutaria de los acreedores, teniendo en cuenta las acciones o participaciones en cartera, dotando en su caso la oportuna reserva (ex 142.2 y 148c) los intereses en juego quedan protegidos, en cualquier caso la operación deberá ser aproba-

da por la junta y realizada en condiciones de mercado.

Al mismo tiempo debe tenerse presente que el “principio *favor negoti*” exige que la declaración de nulidad de la asistencia financiera no se traslade al negocio adquisitivo, salvo en los supuestos que ineficacia de la asistencia y la ilicitud de la misma se conecte y afecte a la causa del negocio de adquisición. Sobre la nulidad parcial y limitada a la asistencia financiera ver STS 541/2018 de 1 de octubre.

No solo debemos centrar la ilicitud de la asistencia al ámbito del negocio sino también recordar la responsabilidad de los administradores que forman la voluntad societaria en la celebración del mismo, art. 238 de la LSC, o incluso en el ámbito penal, así art. 295 del Código penal.

No acabaremos esta sección sin hacer mención al régimen administrativo sancionador, que bajo la rúbrica de disposiciones comunes sección 5, se recoge en el artículo 57 LSC.

ACEPTACIÓN DE ACCIONES Y PARTICIPACIONES EN GARANTÍA

Comenzaremos con el artículo 66 de la Directiva: “La aceptación en prenda por la sociedad de sus propias acciones, bien por sí misma o bien por una persona que actúe en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad, se asimilará a las adquisiciones indicadas en los artículos 60, 61.1, 63 y 64.”



Estos artículos tratan sobre las restricciones en las adquisiciones de acciones propias, excepciones, régimen jurídico y prohibición de asistencia financiera. Vemos por tanto que se parte de su admisión limitada, siempre que las operaciones sean autorizadas por la junta, no produzca una reducción de la solvencia o del patrimonio de la compañía, en relación con la garantía legal del capital y reservas indisponibles y, por último, restringiendo en su caso el volumen de acciones propias en cartera y restringiendo los derechos políticos.

Artículo 143. Negocios prohibidos a la sociedad de responsabilidad limitada

“1. La sociedad de responsabilidad limitada no podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca.” Este artículo debe conectarse con el artículo 162 y artículo 140.1C y 109 LSC (para el caso que se hubiere previsto el derecho de preferente adquisición a favor de la sociedad en los procedimientos de apremio) lo cual podrá generar problemas de difícil solución, al no haber siempre

y en todo caso riesgo de autocartera o bien estar permitida.

¿Qué ocurre si ofrece, un socio en garantía, sus acciones o participaciones para asegurar un crédito “ex novo” como un préstamo o una deuda ya existente con la compañía derivado de relaciones comerciales? ¿Qué ocurrirá si deja de pagar aun cuando no haya dado en garantía sus acciones o participaciones? ¿Quedan las acciones o participaciones del incumplidor fuera de la responsabilidad universal? No es cierto que la propia sociedad a la hora de conceder un préstamo tiene en cuenta el patrimonio del deudor, incluidas sus propias acciones o participaciones? ¿Qué razón de peso excluye a poder afectar de manera directa y voluntaria, por ejemplo un derecho real de prenda, unas acciones o participaciones que podrán ser adjudicadas a la sociedad vía procedimiento ejecutivo ordinario, perdiendo con ello toda preferencia?

Resulta de difícil separación conceptual esta prohibición con los riesgos advertidos a lo largo de este artículo.

Con mayor acierto y lógica jurídica el Artículo 149 señala:

1. La sociedad anónima sólo podrá aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias acciones, o las participaciones creadas o las acciones emitidas por la sociedad dominante, dentro de los límites y con los mismos requisitos aplicables a la adquisición de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a las operaciones hechas en el ámbito de las actividades ordinarias de los bancos y demás entidades de crédito. Estas operaciones, sin embargo, deberán cumplir el requisito a que se refiere la letra c) del artículo anterior.

3. Lo establecido en el artículo anterior será de aplicación, en cuanto resulte compatible, a las participaciones o acciones poseídas en concepto de prenda o de otra forma de garantía (régimen de acciones propias y de las participaciones o acciones de la sociedad dominante).

* Ponencia presentada en la Jornada “Notariado y Empresa: una visión práctica”, coorganizada junto a Foment del Treball, celebrada el 14 de octubre de 2019.

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde septiembre a diciembre 2019

Redacción Lefebvre

TRABAJO Y EMPRESA

Extinción de contrato de trabajo por faltas de asistencia

Ref. EDE 2019/712940, STC, Pleno de 16 octubre 2019, rec. 2960/2019
Ponente: D. Andrés Ollero Tassara

RESUMEN: Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas si hay faltas de asistencia justificadas pero intermitentes. El Pleno del TC ha avalado la licitud del despido objetivo por absentismo si hay faltas de asistencia aun justificadas pero intermitentes. Aunque el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima como es evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (FJ 6).

ITER PROCESAL: Planteada cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 52 d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en la medida en que permite al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, que hayan dado lugar o no a la expedición de partes oficiales de baja médica. El TC la desestima y señala que responde a una finalidad legítima como es evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo.

Despido de trabajador especialmente sensible a los riesgos de su puesto de trabajo

Ref. EDE 2019/682957, STJUE de 11 septiembre 2019, C-397/18

RESUMEN: Despido de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo. Criterios a seguir por la empresa. El TJUE se pronuncia sobre los criterios que deben seguir las empresas

para que el despido objetivo de un trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo sea procedente. La empresa tiene el deber de probar que realizó los ajustes y remodelaciones razonables en el puesto de trabajo del trabajador antes de ejecutar el despido, de no cumplirse dicho requisito, el despido debe presumirse discriminatorio (FJ 52-75).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio relativo a la legalidad de un despido por causas objetivas. El TJUE establece que la empresa debe probar que realizó los ajustes y remodelaciones razonables en el puesto de trabajo del trabajador antes de ejecutar el despido o se presumiría discriminatorio.

Discriminación a los trabajadores fijos discontinuos para conseguir trienios

Ref. EDE 2019/708816, ATJUE de 15 octubre 2019, C-439/18

RESUMEN: Discriminación por la ley laboral española a los trabajadores fijos discontinuos para conseguir trienios. El TJUE ha dictaminado que la ley laboral española discrimina a los trabajadores fijos discontinuos a la hora de calcular los periodos de antigüedad para poder conseguir trienios. Declara que la normativa europea se opone a la normativa y práctica empresarial españolas, conforme a las cuales, en el caso de los trabajadores fijos discontinuos, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, sólo se computan los periodos efectivamente trabajados, excluyéndose los periodos en los que no se ha trabajado, cosa que no ocurre con los trabajadores a tiempo completo (FJ 24-66).

ITER PROCESAL: Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo Marco sobre el



Trabajo a Tiempo Parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, y de los artículos 2, apartado 1, letra b), y 14, apartado 1, de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Estas peticiones se han presentado en el marco de sendos litigios entre dos trabajadoras, por un lado, y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por otro, en relación con el cálculo de su antigüedad como trabajadoras fijas-discontinuas a los efectos de poder percibir trienios. El TJUE ha dictaminado que la normativa española discriminó a estas trabajadoras pues sólo se computan los períodos efectivamente trabajados, excluyéndose los períodos en los que no se ha trabajado, cosa que no ocurre con los trabajadores a tiempo completo.

Invalidez del contrato de interinidad para sustituir a trabajadores en vacaciones

Ref. EDE 2019/739702, STS Sala 4ª, de 30 octubre 2019, rec. 1070/2017
Ponente: Dª María Lourdes Arastey Sahún

RESUMEN: El contrato de interinidad no es válido para sustituir a trabajadores en vacaciones. El TS declara improcedente el despido de una trabajadora que en ocho años firmó 242 contratos sucesivos de interinidad por sustitución. El hecho de que los trabajadores de la plantilla ejerciten sus derechos al descanso y a las vacaciones es una circunstancia previsible y, por consiguiente, no es ajustada a Derecho la cobertura temporal de sus funciones acudiendo a la vía de interinidad por sustitución (FJ 2).

ITER PROCESAL: La trabajadora demandante acude a la casación para unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que confirma la dictada por el Juzgado de lo Social, desestimatoria de su demanda de despido. El TS declara improcedente el despido y señala la invalidez del contrato de interinidad por sustitución para sustituir a trabajadores en vacaciones.

Derecho al plan de igualdad de la empresa usuaria de los trabajadores de las ETT

Ref. EDE 2019/734462, STS Sala 4ª de 13 noviembre 2019, rec. 75/2018.
Ponente: D. Angel Antonio Blasco Pellicer

RESUMEN: Los trabajadores de las ETT tienen derecho al plan de igualdad de la empresa usuaria. El TS ha establecido que los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal tienen derecho a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria. La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: La AN estimó las demandas deducidas por varios sindicatos sobre conflicto colectivo y declaró el derecho del personal contratado, a través de las empresas de trabajo temporal, a que se les apliquen las medidas acordadas en el plan de igualdad.

El TS confirma la sentencia recurrida y reconoce tal derecho a los trabajadores temporales.

SEGURIDAD SOCIAL

Denegada prestación de supervivencia al faltar el requisito de convivencia

Ref. EDE 2019/704514, STS Sala 4ª de 13 septiembre 2019, rec. 1462/2017. Ponente: Dª Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

RESUMEN: Denegación de prestación de supervivencia por faltar el requisito de convivencia. El TS avala denegar la prestación de supervivencia por faltar el requisito de convivencia. El hecho de que el causante se encontrara en una residencia desde hacía más de dos años, con anterioridad a su fallecimiento, en localidad distinta a aquella en la que su hija tenía su domicilio, supone que no se cumple el requisito de la convivencia exigido para lucrar la prestación a favor de familiares (FJ 2).

ITER PROCESAL: El juzgado de lo social estimó la demanda contra el INSS y la Tesorería declarando el derecho a favor de la actora sobre prestación a favor de familiares. El TSJ, por el contrario, determinó que no debe haber lugar a la prestación por faltar el requisito de la convivencia, lo que confirma el TS.

Complemento por mínimos. Consideración como rendimiento de trabajo de las pensiones reconocidas en el extranjero

Ref. EDE 2019/731704, STS Sala 4ª de 23 octubre 2019, rec. 2158/2017.
Ponente: D. Sebastián Moralo Gallego

RESUMEN: Consideración como rendimiento de trabajo de las pensiones reconocidas en el extranjero. Cálculo del derecho de complemento por mínimos. El Pleno de la Sala Cuarta del TS establece que, para calcular el derecho de complemento por mínimos, la doctrina correcta es la que obliga a contabilizar todas las prestaciones percibidas por el pensionista de una entidad extranjera, que son consideradas ingresos o rendimientos del trabajo. Rectifica así la doctrina existente hasta el momento en esta Sala, en cuanto se eximía de tal cómputo las pensiones reconocidas en el extranjero (FJ 5 y 6). Se emite voto particular de la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Viroles Piñol.

ITER PROCESAL: La cuestión objeto de este recurso de casación para la unificación de doctrina es la de determinar si la renta que percibe la actora del fondo de pensiones para empleados de un hotel en el extranjero, en el que prestó servicios, debe computarse a efectos de establecer si tiene derecho a percibir los complementos por mínimos de la pensión de incapacidad permanente absoluta del RETA a cargo de la Seguridad Social española. El juzgado de lo social entendió que no debe computarse, al igual que el TSJ, al no haber sido reconocida al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social, por lo que no debe sumarse pensión española a los efectos del complemento por mínimos. El TS, en cambio, establece que la doctrina correcta es la que obliga a contabilizar todas las prestaciones que el pensionista pueda percibir de una entidad extranjera, que serán consideradas ingresos o rendimientos del trabajo.

PROTECCIÓN DE DATOS

Limitación del derecho al olvido a los ciudadanos europeos dentro de la Unión

Ref. EDE 2019/689798, STUE de 24 septiembre 2019, C-5077/17

RESUMEN: Limitación del derecho al olvido a los ciudadanos europeos dentro de la Unión. El TJUE limita el derecho al olvido a los ciudadanos europeos dentro de la Unión, señala que el gestor de un motor de búsqueda no está obligado a retirar los enlaces en todas las versiones, sino únicamente a la UE. El Derecho de la Unión obliga al gestor de un motor de búsqueda a retirar los enlaces en las versiones de su motor, que correspondan al conjunto de los Estados miembros y a adoptar medidas suficientemente eficaces para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales del interesado (FJ 40-73).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Petición presentada en el contexto de un litigio entre Google y la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia, en relación con una sanción impuesta por esta última a Google, debido a la negativa de esta sociedad, tras estimar una solicitud de retirada de enlaces de una lista de resultados, a proceder a tal retirada en todas las extensiones de nombre de dominio de su motor de búsqueda. EL TJUE ha dictaminado que el gestor de un motor de búsqueda está obligado a retirar los enlaces en las versiones de su motor que correspondan al conjunto de los Estados miembros y a adoptar medidas suficientemente eficaces para garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales del interesado.

DERECHO DE FAMILIA

Extinción del uso de la vivienda cuando el beneficiario convive en ella con un tercero

Ref. EDE 2019/720797, STS Sala 1ª, de 29 octubre 2019, rec. 1153/2019. Ponente: D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

RESUMEN: Extinción del uso de la vivienda cuando el beneficiario convive en ella con un tercero. Se desnaturaliza el carácter de la vivienda. El TS deja sin efecto la atribución de la vivienda que fue familiar, a la menor y madre que la custodia, debiendo abandonarla en el plazo de un año. La introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante (FJ 3).

ITER PROCESAL: El juzgado no estimó la modificación de medidas solicitada por el demandante respecto a la extinción del derecho de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar, otorgado a favor de la demandada, por haber cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en aquel momento, al haber introducido en la actualidad a su nueva pareja sentimental en la misma. La AP mantuvo la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la menor y la progenitora

custodia, pero el TS deja sin efecto esta atribución y ordena abandonar la vivienda en un año.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Libre desarrollo de la persona, derecho a la intimidad personal

Ref. EDE 2019/663065, STC de 18 julio 2019, rec. 1595/2016 Ponente: D. Juan José González Rivas

RESUMEN: Solicitud de cambio de sexo en el Registro Civil. El Pleno del TC avala que los menores con suficiente madurez y que se encuentren en una situación estable de transexualidad puedan solicitar su cambio de sexo en el Registro Civil. Se emite voto particular por la magistrada doña Encarnación Roca Trias al que se adhiere el magistrado don Alfredo Montoya Melgar.

ITER PROCESAL: La presente cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, aunque formalmente tiene por objeto el art. 1 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, realmente se circunscribe al inciso “mayor de edad”, es decir, a la exigencia de mayoría de edad de la persona para poder solicitar la rectificación de la mención de su sexo en el registro civil y, complementariamente, de su nombre en consonancia con ese cambio. El TC declara que la inconstitucionalidad del artículo es en la medida en que se aplica a menores de edad con suficiente madurez y que se encuentran en una situación estable de transexualidad.

Igualdad de trato entre hombres y mujeres

Ref. EDE 2019/749032, STUE de 12 diciembre 2019, C-450/18

RESUMEN: El TJUE reconoce a un padre con pensión de invalidez el complemento por hijo. El TJUE ha reconocido a un hombre con pensión de invalidez el complemento que tienen las mujeres con dos hijos o más. El complemento por ser padre de dos hijas fue rechazado por la Seguridad Social aduciendo que es en concepto de maternidad y se concede exclusivamente a las mujeres. Los jueces europeos remarcan que la legislación española concede un trato menos favorable a los hombres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, algo que constituye una discriminación directa por razón de sexo (FJ 25-67).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del art. 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre un padre de dos hijas, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación con la negativa a concederle un complemento de pensión que perciben las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. El TJUE le reconoce el complemento y señala que la legislación española concede un trato menos favorable a los hombres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados, constituyendo una discriminación directa por razón de sexo.



ACCIDENTES, SEGUROS, INDEMNIZACIONES

Derecho a prótesis de última generación como reparación íntegra del daño en accidente laboral

Ref. EDE 2019/705551, STS Sala 4ª de 10 octubre 2019, rec. 3494/2017. Ponente: D. Antonio Vicente Sempere Navarro

RESUMEN: Derecho a prótesis de última generación como reparación íntegra del daño en accidente laboral. El TS ha reconocido el derecho de un trabajador, que sufrió la amputación de su mano derecha, a que se le implante una prótesis mioeléctrica de última generación y no la meramente convencional que está prevista para los supuestos de asistencia sanitaria ordinaria. El principio de reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo es el que debe seguir presidiendo la prestación de asistencia sanitaria. Eso no equivale a la ausencia de límites o a la proclamación de un deber de gasto incontrolado sino sujeto a las posibilidades razonables, pero sin las restricciones del catálogo de prestaciones sanitarias en contingencia común (FJ 5).

ITER PROCESAL: El Juzgado dio la razón al trabajador demandante y reconoció su derecho a la prestación sanitaria consistente en un implante de prótesis de última generación. El TSJ estimó el recurso de suplicación de la mutua y desestimó la demanda del trabajador. El TS reconoció el derecho a que se le implante una prótesis mioeléctrica de última generación y no la meramente convencional que está prevista para los supuestos de asistencia sanitaria ordinaria.

Plazo de prescripción en la acción contra aseguradora. Compraventa de vivienda con entrega de cantidades anticipadas

Ref. EDE 2019/601537, STS Sala 1ª Pleno, de 5 junio 2019, rec. 3020/2015. Ponente: D. Francisco Marín Castán

RESUMEN: Compraventa de vivienda con entrega de cantidades anticipadas. Acción contra aseguradora: plazo de prescripción general. El Pleno de la Sala 1ª del TS considera que la acción de los compradores contra la aseguradora, para reintegro de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de compra de las viviendas, prescribe por el transcurso del plazo general de quince años, a contar desde la fecha de entrega de la vivienda, que resulta aplicable por razón de la ley. Ésta prevé la aplicación del plazo general de prescripción de las acciones personales para estos casos, porque al contemplarse garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas -contrato de seguro y aval solidario- no tendría sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuera más corto, ya que ambas garantías deben ser contratadas imperativamente (FJ 3 y 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda de los compradores de una vivienda en construcción contra la aseguradora para que les reintegrara las cantidades anticipadas a cuenta del precio. La AP estimó el recurso de apelación de la aseguradora y declaró la prescripción de la acción ejercitada. El TS confirmó la sentencia de primera instancia y señaló que la acción de los compradores contra la aseguradora, para reintegro de las cantidades anticipadas a cuenta del precio de compra de las viviendas, prescribe por el transcurso del plazo general de quince años, a contar desde la fecha de entrega de la vivienda.

Seguros cumulativos: póliza de pérdida de licencia

Ref. EDE 2019/730268, STS Sala 1ª, de 14 noviembre 2019, rec. 800/2017. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Seguros cumulativos: póliza de pérdida de licencia. Condena el TS a la aseguradora a abonar la cuantía asegurada por pérdida de licencia de piloto. En los seguros de personas cumulativos no opera el principio de indemnización efectiva, propio de los seguros de daños, por lo que las prestaciones aseguradas en las pólizas de seguros de personas son acumulables entre ellas sin distribución proporcional. Una cláusula contractual que impide que el asegurado pueda percibir la totalidad de las sumas aseguradas resulta claramente limitativa de los derechos del asegurado (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó parcialmente la demanda de un piloto contra una aseguradora condenando a esta a indemnizarle por la pérdida definitiva de licencia, pero absolvió a las otras dos aseguradoras con las que tenía asegurado el mismo riesgo. La AP desestimó el recurso de apelación del piloto pero el TS le dio la razón en casación al establecer que en los seguros de personas cumulativos no opera el principio de indemnización efectiva, propio de los seguros de daños, por lo que las prestaciones aseguradas en las pólizas de seguros de personas son acumulables entre ellas sin distribución proporcional.

Indemnización al perjudicado absuelto que haya sufrido prisión preventiva

Ref. EDE 2019/704554, STS Sala 3ª de 10 octubre 2019, rec. 1348/2019. Ponente: D. César Tolosa Tribiño

RESUMEN: Indemnización al perjudicado absuelto que haya sufrido prisión preventiva. Aplicación doctrina Tribunal Constitucional. El TS, aplicando la reciente doctrina del TC, ha establecido que la prisión preventiva indebida da derecho a indemnización al perjudicado, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre. Respecto a la cuantía de la indemnización por prisión indebida, la ley señala que se establecerá en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido (FJ 7 y 8).

ITER PROCESAL: La AN estimó parcialmente la demanda contencioso-administrativa y condenó al Ministerio de Justicia a indemnizar al recurrente por la existencia de dilaciones indebidas en su proceso judicial, pero desestimó la pretensión del recurrente de ser indemnizado por haber sufrido prisión provisional por considerar que no era aplicable el art. 294 LOPJ al tratarse de un supuesto de inexistencia subjetiva (absolución por la aplicación del principio de presunción de inocencia). El TS, en cambio, estableció que la prisión preventiva indebida da derecho a indemnización al perjudicado, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre.

PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

Ref. EDE 2019/646207, STS Sala 2ª de 18 julio 2019, rec. 10043/2019. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar

RESUMEN: Prisión permanente revisable por el asesinato de un bebé. Al concurrir alevosía y vulnerabilidad. El TS ha confirmado la



Sentencias

condena de prisión permanente revisable por delito de asesinato y homicidio en grado de tentativa. La condición de la víctima menor de 16 años supone, según la Sala, un fundamento distinto que justifica la decisión del legislador y que no supone un "bis in idem" que impida la aplicación del art. 140.1.1º CP 95 porque concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones, alevosía y vulnerabilidad (FJ 6).

ITER PROCESAL: La AP, en procedimiento por Tribunal del Jurado, condenó al acusado por delito de asesinato a la pena de prisión permanente revisable. Interpuesto recurso de apelación, el TSJ lo desestima y confirma la condena, al igual que hace el TS al desestimar el recurso de casación del condenado y señala que no se vulnera el principio "non bis in idem" porque concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones, alevosía y vulnerabilidad.

Ref. EDE 2019/644286, STS Sala 2ª de 3 julio 2019, rec. 10116/2019. Ponente: D. Carmen Lamela Díaz

RESUMEN: Lesiones psíquicas. Aplicación de prisión permanente revisable. El TS confirma la condena de prisión permanente revisable a un padre que asesinó a su hijo por causar sufrimiento psíquico a su ex mujer. El delito es cualificado con alevosía y agravado por el hecho de que la víctima era menor de dieciséis años, con las agravantes de parentesco y de género, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer. El acusado no tenía limitada su capacidad de querer y/o conocer en el momento de la comisión de los hechos y no cabe aplicar la atenuante de confesión o reparación del daño (FJ 2).

ITER PROCESAL: La AP dictó sentencia condenatoria, atendiendo al veredicto de culpabilidad del Jurado, por delito de asesinato cualificado con alevosía y agravado por el hecho de que la víctima era menor de dieciséis años, concurriendo las agravantes de parentesco y de género, en concurso medial con un delito de lesiones psíquicas a su ex mujer, a la pena de prisión permanente revisable. La pena fue confirmada en apelación por el TSJ y en casación por el TS que señala que no cabe aplicar la atenuante de confesión o reparación del daño.

PRUEBA INDICIARIA

Criterios para valorar la suficiencia de indicios si no hay prueba directa en sentencia condenatoria

Ref. EDE 2019/724112, STS Sala 2ª de 4 noviembre 2019, rec. 10207/2019. Ponente: D. Vicente Magro Servet

RESUMEN: Criterios para valorar la suficiencia de indicios si no hay prueba directa en sentencia condenatoria. El TS ha confirmado la condena por delito consumado de asesinato al aceptar la valoración de la prueba existente de contenido meramente indiciario pero concluyente, en ausencia de prueba directa. Fija una serie de criterios para valorar la suficiencia de indicios cuando no haya prueba directa en una sentencia condenatoria (FJ 2).

ITER PROCESAL: La AP, conforme a los términos del veredicto del Tribunal del Jurado, condena por delito consumado de asesinato concurriendo la agravante de abuso de superioridad. El TSJ confirmó la condena, al igual que el TS quien aceptó la valoración de la prue-

ba existente de contenido meramente indiciario y fijó unos criterios para valorar la suficiencia de indicios en ausencia de prueba directa.

DELITOS ECONÓMICOS

Falsificación de tarjetas de crédito. Grave daño y peligro provocado en el sistema financiero

Ref. EDE 2019/715789, STS Sala 2ª de 29 octubre 2019, rec. 1614/2018. Ponente: D. Vicente Magro Servet

RESUMEN: Grave daño y peligro provocado en el sistema financiero. Delito de falsificación de tarjetas de crédito. El TS confirma la condena por colaborar en el clonado de tarjetas de crédito y utilizarlas posteriormente para pagar compras que fueron cargadas a los titulares de las tarjetas copiadas. Señala el daño causado a toda la cadena comercial y personal, al atacar a la economía del sujeto pasivo, a la entidad bancaria que debe resarcir al perjudicado el importe de la suma distraída, provocando una grave afectación y ataque al sistema financiero y de compras con crédito por la cadena de perjudicados que introduce con su falsaria conducta (FJ 3).

ITER PROCESAL: La AP dictó sentencia condenatoria por delito continuado de falsificación de tarjetas de crédito y débito, en concurso medial con un delito continuado de estafa. El TS confirma la condena por colaborar en el clonado de tarjetas de crédito y utilizarlas posteriormente para pagar compras que fueron cargadas a los titulares de las tarjetas copiadas y señala que esta conducta falsaria produce una grave afectación y ataque al sistema financiero y de compras con crédito.

CONSUMIDORES Y USUARIOS

Obligación de entidad bancaria de atender a la reestructuración de préstamo hipotecario

Ref. EDE 2019/646250, STS Sala 1ª de 9 julio 2019, rec. 607/2017. Ponente: D. Ignacio Sancho Gargallo

RESUMEN: Obligación de entidad bancaria de atender reestructuración de préstamo hipotecario. Ante el riesgo de exclusión de los prestatarios. El TS ha condenado a una entidad bancaria a reestructurar el préstamo hipotecario de una pareja, que estaba en el umbral de exclusión. La entidad incumplió su deber legal de atender dicha solicitud que fue presentada en plazo y la rechazó por causas no previstas en el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, al que se había adherido voluntariamente (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado desestimó la demanda de una pareja, en riesgo de exclusión, contra entidad bancaria sobre petición de reestructuración de préstamo hipotecario. La AP desestimó el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación, el TS lo estima y condena a la entidad bancaria a reestructurar el préstamo hipotecario al señalar que la entidad incumplió su deber legal de atender dicha solicitud que fue presentada en plazo y la rechazó por causas no previstas en el Código de Buenas Prácticas de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.



Efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios

Ref. EDE 2019/682995, STS Sala 1ª, Pleno de 11 septiembre 2019, rec. 1752/2014. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Efectos de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios. El Pleno de la Sala 1ª del TS ha resuelto sobre los efectos derivados de la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, tras resolverse la cuestión planteada al TJUE. La Sala rechaza el sobreseimiento automático del procedimiento, y posibilita la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición legal que regula el vencimiento anticipado, o, dicho de otro modo, los plazos mínimos que ha de respetar el acreedor para ejecutar la hipoteca. Acude a la nueva ley de crédito inmobiliario para fijar el mínimo de garantías para continuar con la ejecución (FJ 8 y 9).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda y declaró nulas algunas condiciones del préstamo hipotecario, sin que proceda la restitución de las cantidades pagadas en exceso. El banco recurrió en apelación y la AP desestimó en lo sustancial el recurso. El TS desestima los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por el banco y señala que ha de rechazarse el sobreseimiento automático del procedimiento, y posibilitarse la sustitución de la cláusula abusiva por la disposición legal que regula el vencimiento anticipado.

Exención de pago de deuda por nulidad de préstamos al consumo

Ref. EDE 2019/691330, STS Sala 1ª, Pleno de 18 septiembre 2019, rec. 509/2017. Ponente: Dª Mª de los Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Exención de pago de deuda por nulidad de préstamos al consumo. Falta de consentimiento. El TS ha exonerado a una mujer de devolver una deuda de diversos préstamos al consumo que su marido había suscrito en su nombre sin su consentimiento al falsificar la firma de aquélla. Es la entidad la única que debe soportar las consecuencias de una actuación fraudulenta que fue posible gracias a la inobservancia por la propia entidad de sus normas internas, que se dirigen a evitar el fraude a los clientes (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda parcialmente y declaró la nulidad de los contratos por falta de consentimiento. La AP desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida. El TS estima parcialmente el recurso de casación y exime del pago de la deuda por los contratos nulos.

Nulidad por abusiva de comisión por descubiertos

Ref. EDE 2019/712998, STS Sala 1ª, de 25 octubre 2019, rec. 725/2017. Ponente: D. Pedro Salas Carceller

RESUMEN: Nulidad por abusiva de una comisión por descubiertos aplicada por una entidad bancaria. El TS se ha pronunciado por primera vez sobre la comisión de reclamación de posiciones deudoras, anulando por abusiva una cláusula empleada por una entidad bancaria. No cumple las exigencias del Banco de España para este tipo de comisiones, porque prevé que podrá reiterarse y se plantea

como una reclamación automática, no discrimina periodos de mora, de modo que basta la ineffectividad de la cuota en la fecha de pago prevista para que, además de los intereses moratorios, se produzca el devengo de la comisión (FJ 4).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda de la asociación de consumidores y condenó a la entidad bancaria a eliminar por abusiva la cláusula que establece una comisión a cargo del cliente por reclamación de posiciones deudoras. El banco recurrió en apelación y la AP desestimó el recurso. El TS confirmó la anulación de la cláusula señalando que no cumple las exigencias del Banco de España para este tipo de comisiones.

MERCADO BURSÁTIL

Responsabilidad de entidad bancaria por facilitar información imprecisa en el canje de preferente por acciones

Ref. EDE 2019/636538, STS Sala 1ª Pleno, de 2 julio 2019, rec. 501/2017. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Responsabilidad de entidad bancaria por facilitar información imprecisa. En el canje de preferentes por acciones. El Pleno de la Sala 1ª del TS determina la responsabilidad de entidad bancaria por facilitar información imprecisa en el canje de preferentes por acciones. La entidad debe responder por la inexactitud y las consecuencias perjudiciales, computándose, para determinar los daños indemnizables, la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional. Es imprescindible probar por quien los reclama, la existencia de los daños y perjuicios (FJ 4 y 5).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó íntegramente la demanda de una mercantil contra una entidad bancaria por incurrir en negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad, deberes de información y salvaguarda de los intereses de la actora. La AP estimó el recurso de apelación del banco y dejó sin efecto la sentencia recurrida. El TS estima el recurso de casación y señala que la entidad bancaria debe responder por facilitar información imprecisa en el canje de preferentes por acciones.

Acción de anulabilidad de compra de acciones en mercado secundario oficial

Ref. EDE 2019/627526, STS Sala 1ª Pleno, de 27 junio 2019, rec. 1000/2017. Ponente: D. Pedro José Vela Torres

RESUMEN: Acción de anulabilidad de compra de acciones en mercado secundario oficial. Falta de legitimación pasiva de la intermediaria. El Pleno de la Sala 1ª del TS examina la cuestión de si, tras la compra de unas acciones en bolsa, en la que actúa como intermediaria la propia entidad emisora, ésta tiene legitimación pasiva en una acción de nulidad del contrato de compra por error vicio del consentimiento. La legitimación pasiva no le corresponde más que al vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno, la intermediaria solo estaría legitimada pasivamente si se hubiera ejercitado una acción de indemnización por daños y perjuicios por defectuoso asesoramiento o por inexactitud de folleto (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó la demanda contra una entidad bancaria y declara la nulidad por vicio del consentimiento en el contrato de adquisición de acciones en mercado secundario oficial. El banco recurre en apelación y la AP estimó parcialmente el recurso, revocando la nulidad de algunas compras de acciones. El TS desestima el recurso de casación y señala que la legitimación pasiva no le corresponde más que al vendedor y no a quien ha actuado como intermediario o comisionista en nombre ajeno.

SUCESIONES

Plazo para impugnar la desheredación injusta

Ref. EDE 2019/698346, STS Sala 1ª Pleno de 25 septiembre 2019, rec. 378/2017. Ponente: D. Antonio Salas Carceller

RESUMEN: Plazo para impugnar la desheredación injusta. El Pleno de la Sala 1ª del TS declara como doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la desheredación que se considera injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de cuatro años desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el contenido del testamento (FJ 2).

ITER PROCESAL: El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró injusta y nula la desheredación sufrida por el actor en el testamento de su madre. La AP estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia apelada por caducidad de la acción, lo que confirmó el TS en casación al señalar que el plazo para impugnar la desheredación injusta es de cuatro años desde que se abre la sucesión.

EXTRANJEROS

Denegación de residencia a extranjero por antecedentes de maltrato

Ref. EDE 2019/702237, STS Sala 3ª de 30 septiembre 2019, rec. 7101/2018. Ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina

RESUMEN: Denegación de residencia a extranjero por antecedentes de maltrato. El TS deniega la residencia temporal en España al progenitor, de origen extranjero, de una menor de nacionalidad española, al haber sido en dos ocasiones condenado por delitos de violencia doméstica y de género. Han de valorarse convenientemente los antecedentes penales por determinadas conductas delictivas que inciden directamente sobre el arraigo familiar y especialmente sobre la necesaria protección del menor contra cualquier forma de malos tratos (FJ 5).

ITER PROCESAL: El juzgado estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra resolución de la Subdelegación del Gobierno desestimatoria de reposición contra la que denegó la autorización de residencia por circunstancias excepcionales solicitadas, anulando dichas resoluciones y reconociendo el derecho a obtener la autorización de residencia por arraigo familiar. El TSJ desestima el recurso de apelación. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación ante el TS que es estimado, denegando finalmente la residencia al progenitor extranjero, padre de menor española, al haber sido condenado por delitos de violencia doméstica y de género.

CONTAMINACIÓN ACÚSTICA

Prohibición del uso de máquinas de construcción durante los meses de verano por exceso de ruido

Ref. EDE 2019/717581, STS Sala 3ª de 31 octubre 2019, rec. 1878/2016. Ponente: D. Francisco Javier Borrego Borrego

RESUMEN: Prohibición del uso de máquinas de construcción durante los meses de verano por exceso de ruido. Justificada por la normativa europea y nacional. El TS considera ajustada a derecho la ordenanza de un municipio mallorquín que prohíbe el uso de máquinas de construcción durante los meses de verano por exceso de ruido. Esta prohibición es correcta y está justificada por la normativa europea y nacional relativa a emisiones sonoras en el entorno debida a las máquinas de uso al aire libre. La ordenanza no prohíbe la actividad de edificación, afecta la limitación de uso de las máquinas picadoras a una fase, la inicial de un proceso de edificación, pero no a la actividad de edificación, y durante dos meses (FJ 7).

ITER PROCESAL: El TSJ declara nulo y no conforme a derecho el acuerdo del pleno del ayuntamiento por el que se aprobaba la modificación de la Ordenanza Municipal Reguladora de Ruidos y Vibraciones. El TS estimó el recurso de casación interpuesto y considera ajustada a derecho la ordenanza municipal que prohíbe el uso de máquinas de construcción durante los meses de verano por exceso de ruido.

NOTARIOS

Abuso del poder de representación

Ref. EDE 2019/738080, STS Sala 1ª Pleno, de 27 noviembre 2019, rec. 876/2019. Ponente: Dª Mª Ángeles Parra Lucán

RESUMEN: Control judicial del uso abusivo del poder general otorgado para la venta de inmuebles. El Pleno de la Sala 1ª del TS señala que ante un poder de representación que no especifica suficientemente las facultades conferidas, el apoderado solo podrá realizar actos de administración, pues es preciso que conste inequívocamente la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Pero si en el poder se hace constar la facultad de ejecutar actos de enajenación no es preciso que, además, se especifiquen los bienes concretos a los que tal facultad se refiere. Por otro lado, determina que la validez y suficiencia de un poder no impide que los tribunales puedan apreciar la falta de eficacia del negocio celebrado en representación cuando, en atención a las circunstancias, se haya hecho un uso abusivo del poder (FJ 3).

ITER PROCESAL: Se analiza, de una parte, la suficiencia de un poder con especificación de la facultad de "vender o enajenar bienes inmuebles" aunque no se designen los bienes concretos sobre los que el apoderado puede realizar las facultades conferidas. Por otra, se valora si, en atención a las circunstancias concurrentes, se ha producido un abuso del poder de representación y si los terceros tenían o podían tener conocimiento del carácter abusivo o desviado del acto de ejercicio del poder, con la consecuencia de la ineficacia del negocio estipulado por el representante con tales terceros. El Juzgado desestimó la demanda que solicitaba la nulidad de todas las actuaciones realizadas con ese poder. La AP entiende que se produce



una extralimitación en el uso del poder por falta de consentimiento cuando se hace uso y sin estar expresamente autorizado se constituye un gravamen o se realiza un acto de disposición sobre la vivienda propiedad de la demandante. El TS desestima el recurso de casación y confirma la sentencia recurrida.

JUECES

Denegación a un juez de su rehabilitación en la carrera judicial

*Ref. EDE 2019/639031, STS Sala 3ª de 02 julio 2019, rec. 254/2018 .
Ponente: D. José Manuel Sieira Míguez*

RESUMEN: Denegación a un juez de su rehabilitación en la carrera judicial. Tras cumplir una pena de inhabilitación por delito de prevaricación. El TS declara que la pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye ni una sanción disciplinaria ni la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de una condena penal. La pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce el hecho determinante previsto en la Ley, que es la imposición de la sanción penal (FJ 2).

ITER PROCESAL: El TS desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo del Consejo General del Poder Judicial sobre denegación de la solicitud de rehabilitación y del reingreso al servicio activo en la carrera judicial y señala que la pena de inhabilitación especial actúa, respecto de la subsistencia de la

relación funcional, a modo de condición resolutoria que opera de forma automática cuando se impone la sanción penal.

ABOGADOS

Nulidad del límite de 75 años para integrar el turno de oficio en Madrid

*Ref. EDE 2019/744833, STS Sala 3ª de 27 noviembre 2019, rec. 5348/2018.
Ponente: Dª Inés Huerta Garicano*

RESUMEN: Nulidad del límite de 75 años para integrar el turno de oficio en Madrid. Por ser discriminatorio por razón de edad. El TS declara nulo el límite de 75 años establecido por el Colegio de Abogados de Madrid para integrarse en el turno de oficio. Entiende que el Colegio de Madrid no ha justificado las razones que le llevan a establecer ese límite máximo de edad, ni la verdadera finalidad que se persigue, que podrá ser legítima, pero que no ha sido evidenciada, lo que nos lleva a considerar discriminatorio ese límite máximo de edad que se establece, con carácter general, para el turno de oficio cuando tal límite de edad no existe para el ejercicio privado de la profesión (FJ 5).

ITER PROCESAL: El objeto del presente recurso, conforme a lo establecido en el auto de admisión, consiste en determinar si es discriminatorio el límite de 75 años que se establece para la adscripción al Turno de Oficio, salvo en materia de recursos de casación y de amparo y sin perjuicio de concluir los asuntos que previamente se hubieran asignado, siempre que permanezcan como letrados en ejercicio. El TS declara nulo ese límite máximo de edad por ser discriminatorio para el turno de oficio cuando tal límite no existe para el ejercicio privado de la profesión.

Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

DERECHO TRANSITORIO

El Libro II del CCCat se aplica a los efectos de los matrimonios celebrados antes de su entrada en vigor, pero solo para las eventualidades futuras, no para los efectos anteriores ya consumados.

Sentencia nº. 27/2019, de 28 de marzo (Ponente: M^a Eugènia Alegret Burgués)

Una persona reclama a su cónyuge las cantidades que pagó durante el matrimonio por las cuotas del préstamo hipotecario destinado a adquirir la vivienda familiar, vivienda de la que es propietario el demandante. El punto central es determinar si es aplicable el CF o el Libro II del CCCat, pues ambas normativas establecen un régimen diferente al respecto: en el CF (art. 4.1) era gasto familiar el pago de dichas cuotas “en la parte que corresponda al valor de su uso”; mientras que en el CCCat sólo lo son los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación (art. 231-5.1.b). De la sentencia examinada y de la recurrida parece deducirse que el matrimonio estaba vigente en el momento de entrar en vigor el CCCat (1 de enero de 2011), pero que el pago de las cuotas tuvo lugar durante la vigencia del CF.

El TSJC, casando la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, declara aplicable el CF, pese a la dicción de la DT 2^a del Libro II que lo declara aplicable a los efectos de los matrimonios contraídos y subsistentes el 1 de enero de 2011. El tribunal se basa en que las disposiciones transitorias del Libro II establecen una retroactividad de grado medio o débil, que «sometería al imperio de la nueva ley las relaciones jurídicas nacidas antes, pero para las eventualidades futuras, no para los efectos anteriores ya consumados» (FD 5^o).

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

El haber inducido a la testadora a otorgar un testamento que es declarado nulo por falta de capacidad, no es por sí solo causa de indignidad.

Sentencia nº. 36/2019, de 20 de mayo (Ponente: M^a Eugènia Alegret Burgués)

La sentencia declara nulo el testamento por falta de capacidad de la causante, apreciada por la sentencia recurrida con base en las pruebas periciales practicadas, pese al juicio de capacidad del notario auto-

rizante y a la intervención de dos testigos instrumentales a causa de la ceguera de la testadora. Por cierto, la intervención de los testigos instrumentales no es tenida en cuenta en este punto por la sentencia pues no considera que sea su función apreciar la capacidad de la testadora, no habían tenido trato anterior con ella y eran amigos de la pareja del demandado. *Obiter dicta*, declara el TSJC que la cuestión de la capacidad de la testadora (que otorgó el testamento bajo la vigencia del CS, pero que falleció durante la del CCCat) debe juzgarse por la ley más favorable al mantenimiento del testamento (en este caso sin trascendencia, pues no hay diferencias entre la redacción del CS y la del CCCat).

La sentencia recurrida había declarado indigna de suceder a la persona que indujo a la causante a testar (heredero único en el testamento anulado y coheredero en el otorgado anteriormente, que ahora recobra validez). El TSJC declara aplicable en esta cuestión el CCCat, pues es en el momento de la delación cuando debe enjuiciarse la capacidad sucesoria del heredero. En este punto, casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona pues las causas de indignidad han de ser probadas de manera suficiente por quien sostiene su concurrencia y veracidad y su interpretación debe ser restrictiva en tanto que supone privar a una persona de las atribuciones sucesorias dispuestas en forma voluntaria y por la ley. Mientras que en el presente caso, por el solo hecho de haberse declarado la falta de capacidad de la testadora no cabe «entender probado el cabal conocimiento por parte del recurrente del alcance de las facultades cognitivas de la madre, que no fueron advertidas en su día por el Notario, los testigos instrumentales ni los actores. El conocimiento de la causa de indignidad se revelaría en todo caso necesario como presupuesto del aprovechamiento del testamento, en el caso de que hubiese sido posible captar la voluntad de la causante atendido su estado» (FD 6^o).

PROPIEDAD HORIZONTAL

La atribución del uso exclusivo de un elemento común a un elemento privativo no puede fundarse en el consentimiento tácito de la comunidad.

Sentencia nº. 52/2019, de 11 de julio (Ponente: Jordi Seguí Puntas)

Se pretende por el propietario de un elemento privativo el reconocimiento a su favor del derecho de uso exclusivo sobre una



terrazza que es elemento común del edificio. Dicha pretensión se basa en la tolerancia de la comunidad derivada de su pasividad prolongada y fue reconocida por la Audiencia Provincial de Barcelona.

El TSJC reconoce de entrada que la declaración de voluntad en que consiste el consentimiento con efectos jurídicos puede ser expresa, tácita o presunta; y la existencia de una doctrina jurisprudencial favorable a interpretar la pasividad en ciertas condiciones de la comunidad ante obras notorias con afectación de elementos comunes hechas sin autorización (SSTS 12 de octubre de 1992, 3 de octubre de 1998 y 5 de noviembre de 2008). Sin embargo, el propio TS también recuerda que la doctrina general es que el simple conocimiento no equivale a consentimiento, mientras que es excepcional la doctrina que en materia de propiedad horizontal permite la alteración de elementos comunes llevada a cabo sin autorización (siempre que resulte inocua, haya sido tolerada durante años y su reposición no genere ningún beneficio a la comunidad).

La regulación de la propiedad horizontal en el CCCat apoya este criterio debido a la exigencia de unanimidad para el acuerdo expreso de vinculación del uso exclusivo de ciertos elementos comunes a uno o varios elementos privativos y a que limita la figura del silencio como expresión de la voluntad de la comunidad a un ámbito específico (obras que alteran un elemento común sin autorización de la junta), la sujeta a condicionantes muy precisos (art. 553-36.3) y no opera cuando dicha alteración comporta la ocupación de este elemento. Ello evidencia, a juicio del TSJC, el propósito de excluir del ámbito de la norma de excepción las cuestiones de orden posesorio y dominical.

Las consideraciones anteriores no obstan a que un uso ininterrumpido de las terrazas en concepto de titular exclusivo de este derecho de disfrute pueda dar pie a una adquisición por usucapión de este derecho real limitado, cuestión que no entra a resolver por no haber sido planteada por el demandante.

USUCAPIÓN ENTRE COMUNEROS

Requiere posesión exclusiva desde la adquisición de la copropiedad o la prueba de la interversión del concepto posesorio.

Sentencia nº. 54/2019, de 22 de julio (Ponente: José Francisco Valls Gombau)

Se pretende la adquisición por usucapión de una finca en la que se lleva a cabo una explotación agrícola y ganadera por parte de un copropietario frente a los otros. El padre del actor (debemos suponer que también *de cuius* de este) había compartido la posesión con algunos de los copropietarios hasta 11 años antes de interponer la demanda llevando la dirección de la explotación de la finca. Desde dicho momento esta había sido poseída exclusivamente por el padre del actor y por éste a su fallecimiento.

El TSJC resuelve que no ha lugar a la usucapión. Destaca el carácter excepcional de la usucapión entre comuneros, citando a la doctrina y a la jurisprudencia propia y del TS, conforme a las

cuales la usucapión entre copropietarios tiene un carácter excepcional pues se opone al principio según el cual cada comunero puede actuar en favor de sus condóminos, pero no les puede perjudicar. Además, el concepto en que inicia poseyendo el usucapiente no es el de dueño sino el de condueño y dicha interversión del concepto posesorio requiere de un comportamiento adecuadamente exteriorizado. A mayor abundamiento, en el caso resuelto el padre del actor compartió la posesión, no concurriendo por lo tanto la necesaria posesión exclusiva y excluyente que requiere la usucapión, siendo irrelevante que la dirección de la explotación de la finca la llevase el padre del actor pues de lo que se trata es de la propiedad del inmueble.

CÓMPUTO DE LA LEGÍTIMA

Las donaciones no imputables a la legítima, otorgadas diez años antes de la apertura de la sucesión, no se computan para el cálculo de la legítima.

Sentencia nº. 58/2019, de 25 de julio (Ponente: M^a Eugènia Alegret Burgués)

La causante hizo donación de todos sus bienes a uno de sus hijos 24 años antes de morir, sin establecer el carácter imputable de la donación y los restantes hermanos del donatario reclaman que dicha donación se compute para el cálculo de la legítima. Se basan en que el apartado 4 del art. 451-8 solo tiene sentido si es para incluir en el cómputo de la legítima todas las donaciones realizadas a los legitimarios.

El TSJC deniega la reclamación sobre la base de la interpretación gramatical del art. 451-5.b), que excluye del cómputo de la legítima el valor de los bienes donados por el causante diez años antes de su muerte, con la excepción de las donaciones imputables a la legítima "que se computarán en todo caso, con independencia de su fecha". Por lo tanto las donaciones no imputables no se computan si se han otorgado diez años antes de la apertura de la sucesión.

Argumenta el tribunal que "la regla del art. 451-5 se halla en sede de cómputo de legítima global, mientras que el párrafo 4 del art. 451-8 se refiere al modo de valorar las donaciones y demás atribuciones imputables a la legítima individual [...], por lo que la remisión al art. 451-5 solo puede venir referida a su letra c) que es la que regula cómo deben valorarse las donaciones computables. Por lo tanto el siguiente inciso del art. 451-8.4 salvando que su imputación no está sometida al límite de 10 años fijado por la letra b) de dicho artículo, no hace sino reforzar la idea de que las donaciones imputables a la legítima deben ser siempre computadas. La regla b) del art. 451-5 y el art. 451-8.4 CCCat son perfectamente coherentes pues si todas las donaciones imputables a la legítima se han de descontar de la legítima individual, la regla lógica es que previamente todas ellas se computen para determinar la legítima global".

Por último, el criterio de que solo cuando las donaciones son imputables a la legítima deben computarse aunque se hayan otorgado antes de los 10 años resulta claramente del Preámbulo del Libro IV del CCCat y de los trabajos preparatorios del mismo.

Resumen de las resoluciones de la DGRN en recursos contra calificaciones mercantiles y de la propiedad

Publicadas durante el segundo semestre de 2019

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AGUAS

R. 22 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18463)

Suspende la inscripción de una sentencia que declara el derecho del recurrente a aprovechar unas aguas privadas subterráneas que se han venido usando desde antes del 1 de enero de 1986 (fecha de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985), porque no se acredita la previa inscripción del derecho en el Registro de Aguas correspondiente.

La del supuesto son aguas de propiedad privada preexistente conservadas por el no ejercicio, antes del 1 de enero de 1989, de la opción de inscripción en el Registro de Aguas prevista en las transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas, para la conversión del derecho de propiedad en titularidad privada de 50 años con subsiguiente preferencia a la concesión. Esta propiedad privada existente al entrar en vigor la citada Ley puede ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, como finca independiente o como cualidad de finca, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia, como si se pretendiese inmatricularla. Ahora bien, para ello es imprescindible aportar: el título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (artículo 33 RH); y la certificación del Organismo de Cuenca o de la Administración autonómica competente (si es cuenca intracomunitaria) acreditativa del contenido de la inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas, o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14599)

Deniega la cancelación -que se pretende por caducidad- de dos anotaciones de embargo que se encontraban vigentes al tiempo de presentarse una instancia en que se solicitaba la cancelación. Todavía no había transcurrido aún el plazo de vigencia de 4 años establecido por el artículo 86 LH. Posteriormente ambas anotaciones son judicialmente prorrogadas (una de ellas un mes antes de caducar; y la otra cuando ya llevaba varios meses caducada), de modo que, inscrita la prórroga, se trata de un asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que no procede tampoco ahora la cancelación por caducidad que se pretende de nuevo.

R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15559)

Deniega la anotación de un mandamiento de embargo por falta de tracto sucesivo, ya que las fincas están inscritas a nombre de personas distintas de los ejecutados.

R. 6 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15777)

Mediante sentencia dictada en un procedimiento penal por alzamiento de bienes se decreta "la nulidad de todas las escrituras notariales y anotaciones de los registros de la propiedad relativas a transmisiones patrimoniales" realizadas por determinada sociedad mercantil con posterioridad a cierta póliza mercantil. En virtud de lo ordenado, el registrador canceló las inscripciones practicadas a favor de los querellados.



Sin embargo, ahora la Dirección confirma la calificación registral en cuanto deniega la cancelación de una anotación preventiva de embargo practicada a favor de persona distinta y ajena al proceso penal. La cancelación pretendida vulneraría el principio de tutela judicial efectiva, manifestado registralmente en el principio de tracto sucesivo. Además, la anotación preventiva no participa de la naturaleza de las transmisiones inmobiliarias.

R. 6 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15778)

R. 8 noviembre 2019 (BOE 288, 30-XI-19: 17276)

Presentado mandamiento de adjudicación y de cancelación de cargas, derivado de la ejecución judicial de una anotación de embargo, la Dirección deniega la cancelación de las cargas posteriores a la anotación ejecutada, por encontrarse ésta caducada en el momento de la presentación del título calificado.

Es doctrina consolidada que la caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera “ipso iure” una vez agotado su plazo de vigencia (4 años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, o cancelada ésta: ya no puede ser prorrogada; y los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango, sin que puedan ya ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual sólo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

R. 5 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17063)

Se refiere a un supuesto en el cual, caducado el asiento de presentación de una compra-venta otorgada y presentada en 2018 y que fue entonces calificada negativamente por no haberse acreditado la liquidación del impuesto (artículo 254 LH), se vuelve a presentar ahora cuando consta ya inscrita sobre la finca una prohibición de disponer decretada en 2019 en un procedimiento penal de diligencias previas, que abarca cualquier acto de enajenación o transmisión.

La Dirección recuerda su doctrina actual sobre eficacia de las prohibiciones de disponer y alcance del cierre registral que provocan. Las prohibiciones voluntarias y las dictadas en procedimientos civiles, una vez anotadas cierran el Registro a los actos dispositivos voluntarios posteriores a la inscripción de la prohibición, pero no impiden la validez e inscribibilidad de los actos anteriores a la prohibición (artículo 145 RH), si bien la inscripción de los actos dispositivos anteriores presentados después de inscribir la prohibición de disponer, no comporta la cancelación de la propia anotación de prohibición, sino su arrastre, de modo que corresponderá al titular cuya adquisición ha sido inscrita después de la anotación, pedir el levantamiento de ésta, de forma similar a como pasa con las anotaciones de embargo a través de las tercerías de dominio. Por el contrario, a las prohibiciones decretadas en procesos penales y administrativos se les aplica el principio de prioridad del artículo 17 LH, de modo que su anotación cierra en Registro incluso a los actos anteriores si se presentan después. En estas prohibiciones hay un componente de orden público: la seguridad económica del deudor no puede prevalecer sobre los intereses públicos.

En virtud de esta doctrina, la Dirección confirma la denegación de la inscripción de la compraventa calificada, sobre la base del componente de orden público y prevalencia de los intereses públicos.

R. 22 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18464)

Deniega la cancelación, que se pretende por caducidad, de una anotación preventiva de embargo que fue prorrogada antes del 8 de enero de 2001 (fecha de la entrega en vigor de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil).

La Dirección recuerda su doctrina sobre vigencia de anotaciones preventivas tras la Lec-2000. Hay tres posibles situaciones:

- Anotaciones solicitadas tras la entrada en vigor de la Lec-2000: caducan a los 4 años, pero son susceptibles de prórrogas sucesivas (art. 86 LH redactado por la Lec-2000).

- Anotaciones practicadas antes de la vigencia de la Lec-2000: mismo régimen.

- Anotaciones prorrogadas en virtud de mandamiento presentado antes de la entrada en vigor de la Lec-2000. A esta situación responde el supuesto resuelto. A estas anotaciones se refiere la Instrucción DGRN de 12 diciembre 2000, que les aplica transitoriamente el artículo 199-2 RH (tácitamente derogado tras la nueva Lec): quedan indefinidamente prorrogadas hasta la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al procedimiento. La anotación no caduca automáticamente en el momento de la firmeza, sino que, por analogía con el art. 157 LH, sólo podrá pedirse la cancelación a los 6 meses desde la emisión de la resolución firme recaída en el proceso en que la anotación y su prórroga fueron decretadas, para así dar tiempo al anotante a presentar ésta antes de que el anotado pudiera realizar enajenaciones a terceros.

ARRENDAMIENTO

R. 29 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15555)

Suspenden la inscripción de una escritura de compraventa de vivienda que se declara arrendada en virtud de contrato privado anterior a 1964, de la cual resulta que el notario autorizante remite al arrendatario por correo certificado con acuse de recibo una copia simple de la escritura a los efectos de su derecho de retracto arrendaticio, que del resguardo postal de la entrega resulta que el envío fue “devuelto, sobrante, ausente de reparto”, dejándose aviso de llegada en el buzón.

La regulación de las notificaciones y requerimientos en los ámbitos hipotecario y notarial deben interpretarse de acuerdo con los requisitos de los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya finalidad funcional es garantizar el efectivo conocimiento del destinatario. Para la jurisprudencia constitucional y civil basta para tener por probada la notificación con el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo, siempre que la remisión se haya hecho al domicilio designado por las partes según el Registro y que resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio. Sin embargo, en los casos en que el documento no haya podido ser entregado por la indicada vía postal, el acta del artículo 201 RN sólo acredita el mero hecho del envío por correo certificado, la remisión, la recepción por el notario del aviso de recibo, así como la devolución del envío por no haberse podido realizar la entrega, pero no produce los efectos de una notificación.

BIENES DE INTERÉS CULTURAL

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14228)

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14229)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en 1999 cuyo objeto se describía como “casita denominada Covachuela” lindante por uno de sus lados con determinada Iglesia Parroquial. Esta Iglesia estaba catalogada como monumento histórico-artístico nacional desde 1947, por lo cual pasó a ser bien de interés cultural en virtud de las disposiciones adicionales primeras, tanto de la Ley 16/1985 de Patrimonio Histórico Español, como de la Ley 4/1998 de Patrimonio Cultural Valenciano. En la parte inferior de la terraza lateral de la Iglesia se abren desde siempre unas “covetes”, que sirven de pódium al edificio y que están integradas por tanto en la estructura arquitectónica del monumento, sin que obste a estos efectos que la primera referencia como bienes de interés cultural independiente se contenga en una ficha del catálogo municipal de bienes de 2018.

En consecuencia, la finca objeto de la compraventa calificada es parte integrante de un monumento declarado bien de interés cultural, por lo que su inscripción exige la previa notificación al órgano competente en materia de cultura de cara al posible ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, todo ello de conformidad con los artículos 22 y 23 de la citada ley valenciana 4/1998.

CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA

R. 16 septiembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15929)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa de vivienda en la que se expresa que el transmitente se obliga a obtener y aportar el certificado de eficiencia energética a la mayor brevedad posible, de lo que se dejará constancia mediante diligencia.

Ciertamente el notario debe realizar el control de cumplimiento de la legalidad respecto de la entrega del certificado y debe reflejarlo en la escritura. Pero para que la falta de cumplimiento de la obligación de entrega impida la inscripción haría falta que así resultase de una norma que impusiese al registrador el deber de realizar dicho control, como ocurre por ejemplo con los medios de pago o las licencias urbanísticas.

En este caso tampoco se ha producido una renuncia o exoneración de la obligación, sino que la entrega se defiende a un momento posterior. Ni del RD 235/2013 ni de la propia escritura resulta que la aportación del certificado sea un requisito establecido como condición para la eficacia e inscripción de la compraventa.

CONCILIACIÓN

R. 27 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10880)

Deniega la tramitación de un procedimiento de conciliación ante el registrador de la Propiedad, previsto en el artículo 103 bis LH, el cual debe integrarse en sus lagunas por la regulación de la Ley 15/2015 sobre la conciliación ante el letrado de la administración de Justicia. Así, según el artículo 139 de la citada Ley 15/2015, todo intento de conciliación tiene por objeto alcanzar un acuerdo para evitar un pleito, debiendo inadmitirse de plano cuando se pretenda

la utilización de este expediente para otras finalidades suponiendo un manifiesto abuso de derecho o fraude de ley o procesal.

En el supuesto resuelto, se pretende usar este procedimiento para obtener el reconocimiento de determinados derechos relativos a un procedimiento judicial entablado y al posterior recurso gubernativo, respecto de lo cual no hay duda ni controversia alguna, de modo que la conciliación carece de objeto. También se pretende utilizar el procedimiento de conciliación para conseguir la nulidad y cancelación total de una determinada inscripción, en contra de una sentencia judicial firme que ordenaba la rectificación de la inscripción pero no su cancelación, de modo que la conciliación pretendida en este punto se refiere a una materia indisponible.

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13612)

Revoca la decisión del registrador que había denegado tramitar un procedimiento de conciliación de los previstos en el artículo 103 bis LH.

En primer lugar, aunque ciertamente no cabe iniciar un expediente de jurisdicción voluntaria con idéntico objeto que otro ya resuelto (artículo 19-3 LJV), lo cierto es que, al igual que ocurre con la excepción procesal de cosa juzgada (artículos 414-1 y 412 LEC), deben ser los interesados quienes aleguen en el momento de la comparecencia la preexistencia de un expediente de jurisdicción voluntaria con el mismo objeto en que haya recaído resolución firme.

Por otro lado, en este supuesto se trata de una adquisición otorgada en 2006 por dos cónyuges casados en gananciales pero en ese momento separados de hecho. El marido manifiesta que, aunque compareció la esposa, la compra se hizo con fondos propios de él. En el posterior convenio regulador de divorcio se pactó que los bienes adquiridos por cada uno con posterioridad al 1 de enero de 2005 se considerarían privativos del adquirente. La solicitud actual de conciliación tiene por objeto que la esposa se avenga a reconocer que la finca del supuesto, aunque inscrita como ganancial, es privativa del marido. El registrador deniega la conciliación solicitada por entender que, dado que el convenio se refería a adquisiciones realizadas por un solo cónyuge, no se aplica a la adquisición de 2006 en la que concurrieron los dos; de modo que la avenencia solicitada se basa en una manifestación contraria a otra anterior, en contravención del artículo 95-6 RH. Sin embargo, la Dirección entiende que los efectos patrimoniales del matrimonio, y entre ellos la disolución de la sociedad de gananciales, es materia conciliable; y que no existe confesión o aseveración que lo impida.

CONCURSO E INSOLVENCIA

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13606)

Deniega la expedición de una certificación de dominio y cargas solicitada en procedimiento de ejecución hipotecaria por el Juzgado de Primera Instancia, al entender que el juez competente es el concursal.

Se trata de un supuesto muy específico no previsto en la legislación concursal. El procedimiento se inició correctamente ante el juez ordinario, tras haber cesado los efectos del concurso por haber-



se aprobado el convenio (artículo 133 LC). Pero antes de solicitarse la expedición de la certificación de dominio y cargas se declaró la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. Además, no se trata de un crédito concursal, sino de un crédito contra la masa que no se ve afectado por el contenido del convenio, que es de fecha anterior.

Para la Dirección acreditada la existencia de los presupuestos que permiten la ejecución separada, lo único que se ha producido es un cambio del juzgado competente, que pasa a ser el Mercantil. Esta solución es la que equilibra más adecuadamente el carácter universal de la liquidación concursal con el derecho del acreedor hipotecario a la ejecución separada de su crédito.

R. 6 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15145)

Se refiere a una escritura de dación en pago de deudas realizada por una sociedad declarada en concurso en fase de convenio, en favor de un acreedor. La dación tiene por objeto dos fincas: una de ellas gravada con hipoteca a favor del acreedor cesionario; y otra de ellas (plaza de garaje) libre de cargas. La Dirección rechaza la cesión de la finca hipotecada y admite la de la finca libre.

Respecto de la finca hipotecada resulta de aplicación el artículo 155-4 LC, que exigía en su redacción aplicable al caso -igual que en la actual- que la venta se haga en subasta, salvo que el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para pago del acreedor privilegiado. Aunque sistemáticamente este artículo se ubica bajo la rúbrica "De la fase de liquidación", su aplicación a la fase de convenio está fuera de duda, tanto por el tenor del mismo artículo (que se refiere a "cualquier estado del concurso"), como por la remisión del artículo 100-3.

Sin embargo, la cesión de la finca libre de cargas es inscribible, porque le resulta de aplicación el artículo 100-3 LC, el cual -tanto en su redacción actual como en la vigente al tiempo del supuesto- tiene por objetivo evitar liquidaciones globales del patrimonio encubiertas, lo que únicamente puede ocurrir en caso de cesión total del patrimonio a los acreedores, ya que si la cesión es parcial o singular -como en el caso resuelto- el deudor continuará ostentando activos, sin quiebra del principio de la "par conditio creditorum".

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16032)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas dictados en fase de liquidación del concurso, por no haber sido dictado por el Juez concursal, sino por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Mercantil donde se tramita el concurso.

La remisión que realizar el artículo 149-2 LC a las reglas del procedimiento de apremio de la LEC, lo es sin perjuicio de las necesarias especialidades que resultan del concurso, como por ejemplo lo relativo a la valoración del bien o la imposibilidad de adjudicación al ejecutante (que en el caso del concurso será el administrador concursal). Y entre esas especialidades se incluye la necesidad de que sea el juez quien apruebe el remate mediante auto y ordene la cancelación de las cargas correspondientes como consecuencia de la enajenación (apartado quinto del artículo 149).

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16280)

Consta inscrita una hipoteca en garantía de deuda ajena al hipotecante. La parte deudora, tras un infructuoso intento de acuerdo extrajudicial de pagos, promovió procedimiento de concurso de acreedores que terminó mediante auto firme del juez Mercantil que reconocía al concursado el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (solución de segunda oportunidad regulada en el artículo 178 bis LC). En virtud de dicho auto, el hipotecante no deudor solicita ahora la cancelación de la hipoteca.

La Dirección lo deniega. El citado precepto de la LC no deja claros los efectos de la exoneración respecto del hipotecante no deudor quien, precisamente por no ser deudor, no puede ser considerado garante análogo al fiador, aunque ambos comparten el carácter de garantes de una deuda ajena con carácter accesorio; es decir, que en ambos casos, la extinción de la obligación principal produce la de la garantía accesorio. El recurso debe ser desestimado. Primero, porque falta en el auto un pronunciamiento expreso e inequívoco sobre el alcance de la exoneración respecto del hipotecante no deudor, máxime teniendo en cuenta la falta de claridad del artículo 178 bis y las dudas doctrinales al respecto. Segundo, porque la regla general del artículo 82 LH es que la cancelación de la hipoteca es indispensable el consentimiento del titular registral o en su defecto, resolución judicial dictada en procedimiento seguido contra dicho acreedor; circunstancias que no han quedado acreditadas en este caso.

R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16376)

Deniega la inscripción de la venta de tres fincas, que se realiza después de haber sido adjudicadas en un procedimiento de subasta notarial seguido en cumplimiento del plan de liquidación concursal del vendedor. En el anuncio de subasta se padeció el error de identificar los inmuebles como radicantes en un término municipal distinto de aquél donde realmente se encuentran.

Ciertamente, pese a la incorrecta expresión del término municipal de situación de los inmuebles, en los anuncios de subasta constan otros datos de identificación. Sin embargo, la Dirección entiende que en la subasta enmarcada en un procedimiento concursal concurren varios intereses dignos de protección. Tanto el deudor concursado como los acreedores integrantes de la masa pasiva persiguen que los bienes se vendan por el mayor precio posible. Es evidente que la correcta identificación de los bienes ofrecidos en subasta permitirá que puedan concurrir a la puja todos los interesados en adquirir las fincas. Si alguien está interesado en adquirir fincas en determinado término municipal, difícilmente concurrirá a una subasta de bienes ubicados en otro.

CONDICIÓN

R. 29 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15554)

Admite la inscripción de una escritura por la que la SAREB vende a otra sociedad una cartera de fincas, varias de las cuales se ubican en Cataluña. Parte del precio de venta queda aplazado, garantizándose mediante condición resolutoria expresa en los términos del artículo 1504 Cc. Entre otros, se convienen los siguientes pactos: que la resolución podrá tener en lugar en caso de impago de cualquier cantidad aplazada o de sus intereses; que una vez requerido de pa-

go, el comprador tendrá un plazo improrrogable de cinco días para pagar; que el vendedor podrá retener todas las cantidades pagadas como cláusula penal; y que la reinscripción a nombre del vendedor tendrá lugar con la mera presentación -además del título del vendedor y de la renuncia del comprador a cualquier reclamación- del acta de requerimiento al comprador. El registrador catalán deniega la inscripción por entender que los pactos reseñados vulneran los correspondientes apartados del artículo 621 Cc de Cataluña.

Sin embargo la Dirección, tras reconocerse competente para el conocimiento del recurso al no versar éste sobre Derecho especial catalán sino sobre Derecho registral, considera de aplicación la normativa estatal: artículos 1504 y 1124 Cc, junto con la jurisprudencia estatal aplicable, que resulta favorable a la inscripción pretendida. En la escritura calificada se pacta expresamente que la presente escritura se registrará e interpretará de acuerdo con el derecho común español, contando para ello con punto de conexión válido: el domicilio social común de los contratantes, el lugar de celebración del contrato (Madrid) y el lugar de localización de parte de los inmuebles. En particular, el artículo 10 Cc declara aplicable a las obligaciones contractuales la ley a la que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; disponiendo también que la ley aplicable a una obligación se extenderá a los requisitos de su cumplimiento, a las consecuencias de su incumplimiento y a su extinción.

R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18553)

Admite la inscripción de una compraventa de dos fincas a las que se les atribuye un “valor” respectivo de 141.500 € y 500 €, pactándose un aplazamiento de todo el precio, que se garantiza con condición resolutoria explícita de los artículos 1504 Cc, 11 LH y 59 RH. El registrador exige la determinación de la parte del precio aplazado del que responde cada finca.

Sin embargo la Dirección entiende que, aun cuando en general esa determinación o distribución es necesaria para la inscripción, en el título calificado resulta inequívocamente que el “valor” señalado para cada finca es equivalente al precio que por cada una se debe pagar. De los artículos 1281 y 1282 Cc resulta que la intención evidente de los contratantes prevalece sobre las palabras empleadas; y de los artículos 1284 y 1285 Cc resulta que, si una cláusula del contrato admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que surta efecto, debiéndose interpretar las cláusulas de los contratos las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

CONFLICTO DE INTERESES

R. 6 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15775)

Deniega la inscripción de una escritura de herencia de un causante de vecindad catalana, que falleció intestado dejando dos hijas menores que comparecen representadas legalmente por su madre, quien a su vez interviene en su propio nombre y derecho para hacer constar que la constancia del carácter ganancial de la finca afectada, tanto en su título de adquisición como en la inscripción registral, es errónea, ya que el régimen económico del matrimonio de cónyuges de diferente vecindad que no han elegido la ley aplicable debe ser el de la residencia habitual inmediatamente posterior al matrimonio

(artículo 9-2 Cc), lo que en este caso determina que sea el régimen de separación de bienes legal en Cataluña. Sin embargo, la Dirección resuelve: que, procediendo la inexactitud registral del título, la rectificación pretendida exige consentimiento del titular afectado o resolución judicial; que al haber fallecido uno de los titulares afectados el consentimiento deberán prestarlo sus herederos; que siendo éstas menores, deben ser representadas legalmente, si bien será necesaria la intervención de un defensor judicial al existir un evidente conflicto de intereses con su madre, ya que el carácter ganancial o privativo de los bienes afecta a la determinación del contenido de la herencia.

R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16830)

Exige la intervención de defensor judicial para inscribir una escritura de herencia en la cual el cónyuge viudo, que a su vez ejerce la patria potestad sobre un hijo y legitimario, ejercita la facultad concedida en una “cautela socini”, optando -por sí y por el legitimario- por el usufructo universal, afectando a los bienes gravados por la legítima del representado. En este caso, la valoración de inexistencia de conflicto de intereses no puede hacerla por sí mismo el cónyuge viudo.

COPIA ELECTRÓNICA

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15566)

Admite la inscripción de una escritura de herencia, respecto de la cual la ratificación posterior de una de las herederas -verbalmente representada en el título- resulta de copia autorizada electrónica expedida y remitida por la notaria autorizante de la ratificación, quien hace constar en el pie de la copia que la misma se expide para su remisión a la notaria autorizante de la herencia, con validez sólo para la concreta finalidad respecto de la cual fue solicitada, que es la constancia de la ratificación y entrega a la parte interesada.

El registrador deniega la inscripción por entender, sobre la base de la R. 17 julio 2017 (ver resumen en cursiva a continuación), que el traslado a papel de la copia autorizada electrónicamente tiene valor de mero testimonio y no de escritura pública.

Sin embargo, ahora la Dirección matiza la doctrina sentada por la citada resolución y entiende que el traslado a papel de una copia electrónica realizado por el notario de destino, es un documento susceptible de ser utilizado en el tráfico jurídico como una copia autorizada. Este traslado no agota su valor y efectos en el expediente para el que ha sido remitido, sino que se mantiene con independencia más allá del mismo con el valor previsto para los documentos notariales; y de ahí la diferencia con el traslado a papel que pueden hacer otros funcionarios receptores, que tiene el carácter de documento público pero sólo en el ámbito del procedimiento judicial o administrativo que ampara su envío telemático. En consecuencia, ese valor que mantiene el traslado notarial es el que resulta del artículo 17-bis-5 LN: el de verdadera copia autorizada.

Conforme al llamado principio de neutralidad tecnológica formulado por el artículo 17-bis-1 LN, los instrumentos públicos a que se refiere este artículo no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico; y entre esos instrumentos públicos se encuentran las copias (artículo 221 RN). Las normas deben interpretarse conforme a la realidad social del tiempo en



que han de ser aplicadas y conforme a su espíritu y finalidad (artículo 3 Cc).

Aclarando lo afirmado por la R. 17 julio 2017, a la que expresamente alude, entiende la Dirección que en el traslado a papel de la copia electrónica no concurren los presupuestos y características previstas para los testimonios en el artículo 251 RN. En particular, de sus artículos 224-4, 253 y 264 resulta claramente excluido del concepto de testimonio el traslado a papel de una copia electrónica que haya quedado incorporado a una matriz. Las limitaciones respecto de la validez de las copias electrónicas -y no sólo de su traslado a papel- deriva únicamente de la concreta finalidad expresada en su expedición.

R. 17 julio 2017 (BOE 196, 17-VIII-17: 9819)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa, uno de cuyos otorgantes interviene como apoderado en virtud de traslado a papel de copia autorizada telemática de poder, habiendo realizado el traslado otro notario distinto del autorizante de la escritura. La Dirección interpreta el artículo 224-2 RN, en el sentido de que la copia autorizada electrónica no sólo está limitada por la finalidad de su expedición, sino que además sólo puede ser utilizada de forma válida por el notario al que se remite, a través de alguna de las tres posibilidades concedidas por el artículo 224-4: incorporar a su matriz el traslado de la copia electrónica; trasladarla a papel, dejando constancia en el Libro Indicador; o reseñar su contenido en el documento por él autorizado. El traslado a papel que lleva a cabo el notario de destino no es una copia autorizada y en consecuencia, no está destinado a servir de título en el tráfico jurídico, sino a otras finalidades como puede ser la de guardar memoria de la existencia de la matriz. Los artículos 17-1 y 17-bis-3 LN reservan el carácter de copia autorizada exclusivamente a las expedidas por el notario autorizante, ya sea en papel o en formato electrónico. El traslado a papel no puede servir de base al juicio notarial de suficiencia de facultades representativas. En consecuencia, el rechazo no viene determinado por el carácter de testimonio del documento exhibido al notario autorizante, sino por la limitación de efectos que a las copias autorizadas electrónicas y a su traslado a papel prodigan los artículos 17-bis LN y 224-4 RN, limitación que viene determinada tanto por la finalidad que se haya hecho constar en la misma como por la persona del notario destinatario.]

COSTAS

R. 6 junio 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9921)

Deniega la inscripción de la transmisión hereditaria de una finca ya inmatriculada, exigiendo aportar certificación del Servicio Periférico de Costas acreditativa de que no se invade el dominio público marítimo-terrestre.

Es doctrina consolidada, en los supuestos donde se pretende la inscripción de transmisiones que afectan al dominio público marítimo terrestre bajo la vigencia del artículo 36 Reglamento de Costas aprobado por RD 876/2014, suspender la inscripción si la finca interseca o colinda con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. Pero mientras la correspondiente aplicación informática

para el tratamiento de bases gráficas no disponga de la información gráfica correspondiente a la línea de dominio público y zonas de afección a servidumbres, la única forma de determinar si hay intersección o colindancia será la certificación del Servicio Periférico de Costas, cuya aportación sólo será exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindan con el dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres.

En el supuesto resuelto, las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no disponen de la representación gráfica georreferenciada de las zonas de dominio público y servidumbres, por lo que la única vía para determinar la colindancia o intersección será la previa certificación del Servicio Periférico de Costas. Las dudas del registrador sobre la invasión no constituyen una prueba plena, pero tampoco son meras sospechas arbitrarias, sino que se hallan fundadas en datos objetivos: la descripción de la finca la sitúa en "zona contigua al mar"; conforme a la aplicación informática auxiliar de representaciones gráficas del Colegio de Registradores, la finca invadiría el dominio público; sobre la finca hay practicada a favor del Estado una anotación de demanda en la que se pide la nulidad y cancelación de la inscripción de dominio de los titulares registrales.

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13611)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en 2009 pero presentada en la actualidad, ya vigente el artículo 36-5 RD 876/2014, la cual se refiere a dos fincas que según el Registro lindan con zona marítimo-terrestre, lo cual es confirmado por la cartografía catastral y por certificado del Servicio Periférico de Costas.

La Dirección recuerda su doctrina. El vigente artículo 36 Reglamento Costas ordena al registrador suspender la inscripción de fincas que interseccionen o colinden con el dominio público conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, quien debe suministrarla a la DGRN en soporte electrónico. Mientras la correspondiente aplicación informática para el tratamiento de bases gráficas no disponga de la información gráfica correspondiente a la línea de dominio público y zonas de afección a servidumbres, la única forma de determinar si hay intersección o colindancia será la certificación del Servicio Periférico de Costas; si bien su aportación sólo será exigible respecto de aquellas fincas que, según el Registro, el Catastro y los demás datos a que tenga acceso el registrador por su cargo, lindan con el dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres.

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14225)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra por antigüedad, a la que se acompañan: certificado técnico acreditativo de una antigüedad anterior al vigente Reglamento de Costas y superior al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas; así como certificación expedida por el jefe de la Demarcación de Costas competente, en la que consta que la edificación se ubica en zona de servidumbres de protección y tránsito.

La Dirección exige la autorización o informe administrativos exigidos por los artículos 28, 48 y 49 RC para la inscripción de construcciones en las reseñadas zonas. El artículo 20-4-a LS impone al regis-

trador en la inscripción de obras nuevas la obligación de comprobar que el suelo no está afectado por una servidumbre de uso público general, lo cual en este caso resulta de la certificación incorporada al propio título.

CURATELA

R. 28 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10882)

Deniega la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia a favor de los cuatro hijos de la causante. Uno de ellos manifiesta actuar por sí y en nombre y representación, como curador, de otro de los hermanos, quien se niega radicalmente a otorgar la herencia con los demás, cuya capacidad fue judicialmente modificada de forma parcial (artículo 287 Cc) por padecer una psicosis esquizofrénica paranoide, quedando sometido a curatela para los actos de gestión y administración patrimonial. Se aporta auto en el que se concede autorización judicial para la aceptación de la herencia por el curador en nombre y representación de su hermano conforme al borrador de la escritura que se aportó al juzgado.

La curatela es un órgano asistencial, que no sustituye, sino que complementa la capacidad del sujeto a ella, que es una persona capaz, lo cual hace innecesaria su representación. El sometido a curatela obra siempre por sí mismo, aunque no siempre por sí solo. En conclusión, es necesario que el sometido a curatela concurra al otorgamiento de la escritura.

DEFENSA NACIONAL

R. 6 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17066)

Deniega la inscripción de una escritura de venta de finca rústica sita en Sóller (Mallorca) a una compradora de nacionalidad holandesa residente en Estados Unidos y casada en régimen de comunidad holandés con un ciudadano estadounidense, quien adquiere para su sociedad conyugal.

Es preciso acreditar la obtención de la correspondiente autorización militar, al estar ubicada la finca en una zona de acceso restringido a la propiedad por parte de extranjeros y ser uno de los cónyuges adquirentes de nacionalidad extracomunitaria; todo ello de conformidad con los artículos 18 y 20 Ley 8/1975.

El notario recurrente alega que el régimen legal de comunidad holandés es similar a la sociedad de gananciales, por lo que el cónyuge estadounidense no adquiere la propiedad de cuota indivisa alguna que permita su disposición autónoma. Sin embargo, entiende la Dirección que, independientemente de las conocidas diferencias entre las comunidades romana y germánica, es innegable que incluso antes de la disolución y liquidación de una comunidad germánica, los bienes adquiridos para la misma pasan a ser de la titularidad conjunta de ambos cónyuges y no de una sociedad o comunidad carente de personalidad jurídica. El mismo criterio sirvió a la Dirección para denegar, en la R. 19 octubre 2017 (infra.), la inscripción de una aportación de finca sita en Ceuta a la sociedad de gananciales sin acreditación de la autorización exigida conforme a la disposición final primera del Reglamento que desarrolla a la Ley 8/1975.

Y como la autorización señalada debería haberse ya exigido en el mismo momento de la autorización de la escritura, su ausencia constituye una causa de invalidez e ineficacia del contrato que impide su inscripción.

DESCRIPCIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS

RECTIFICACIÓN DESCRIPTIVA TRAMITADA POR EL REGISTRADOR

R. 7 junio 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9969)

Suspende la inscripción de la representación gráfica alternativa a la catastral de una finca, que se pretende por la vía del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, por existir oposición de un colindante que aportan documentos fehacientes, de los que resulta la existencia de un litigio relativo a un camino incluido en la base gráfica cuya inscripción se pretende, por lo que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 12 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10148)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende por el procedimiento del artículo 199 LH, por encontrar fundadas las dudas de la registradora en cuanto a la sobre la posible invasión de un vial de dominio público. Además, la incorporación de la representación gráfica supone inscribir un exceso de cabida que la registradora considera procedente de la anexión de una superficie colindante. El cauce apropiado para ello es la previa inmatriculación de esta superficie y su agrupación con la finca.

R. 19 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10521)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral, que se pretende a través del procedimiento del artículo 199 LH, porque haberse producido en él la oposición de dos colindantes, quienes aportan documentación acreditativa de la existencia de un previo procedimiento judicial de expediente de dominio sobre exceso de cabida, que concluyó desestimando la pretensión de la promotora. No cabe ignorar este previo pronunciamiento judicial. Queda como única posibilidad acudir al juicio declarativo (último párrafo del artículo 198 LH).

R. 4 julio 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11020)

Deniega la inscripción de una escritura de declaración de obra en la que simultáneamente se rectifica la cabida de la finca, sobre la base de certificación catastral descriptiva y gráfica. Una vez realizadas por la registradora las notificaciones y actuaciones previstas en el artículo 199 LH, se rechaza la inscripción por posible invasión de dominio público, en concreto un cauce -no deslindado- según informe de la Confederación Hidrográfica competente.

R. 10 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11357)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, que se pretende a través del procedimiento del artículo 199 LH, por entender fundadas las dudas registrales sobre la posible invasión de viales o caminos de dominio público, lo cual



resulta además corroborado por la oposición que formula la propia Administración municipal.

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13609)

Suspenden la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez seguido el procedimiento del artículo 199 LH, entendiéndose fundadas las dudas del registrador, por existir oposición de colindantes que aportan documentos fehacientes con referencia a un informe técnico topográfico, de todo lo cual resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo afectar a los derechos de terceros. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13610)

Admite la inscripción de una representación gráfica catastral, por la vía del artículo 199 LH, a pesar de que ello implica la constancia registral de un exceso de cabida de casi el 25% de la superficie inscrita. La mera oposición de dos colindantes sin aportación de documento alguno que justifique sus alegaciones, no es suficiente para derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa.

Tampoco es obstáculo la mera referencia de que la finca procede segregación de otra, sin apreciación de las circunstancias del caso concreto. Tras la Ley 13/2015 es doctrina de la Dirección que la previa inscripción de una segregación amparada en una licencia administrativa no imposibilita rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes sin necesidad de nueva licencia, siempre que las rectificaciones pretendidas no impliquen una reordenación de terrenos diferente a la resultante de la primera licencia.

R. 6 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15147)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez iniciado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiéndose fundadas las dudas del registrador, por existir oposición de un colindante que aporta documentos fehacientes y planos, de los que resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 5 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15772)

Suspende la inscripción de una rectificación descriptiva de finca, que el registrador deniega antes de tramitar el procedimiento del artículo 199 LH, por tener dudas de identidad que la Dirección encuentra justificadas. Tales dudas resultan de los antecedentes catastrales, la localización e identificación de las fincas colindantes según el Registro y el Catastro. De todo ello resultan indicios suficientes de que la significativa reducción de cabida que se pretende inscribir altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, de modo que pueden estarse encubriendo operaciones de modificación de entidades hipotecarias no documentadas.

Por otro lado, también se rechaza la inscripción del cambio de naturaleza de la finca, de rústica a urbana, porque no se acredita la nomenclatura ni el número de la calle en que se ubica (conforme al

artículo 437 RH), por lo que no se puede apreciar la correspondencia entre la finca rústica registrada y la parcela urbana catastral.

R. 16 septiembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15930)

Deniega la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, por encontrar fundadas las dudas del registrador de que se esté pretendiendo inscribir una superficie colindante adicional sin los requisitos de la normativa hipotecaria, sobre la base de las discordancias existentes entre los linderos consignados en el título y los que constan en el certificado técnico donde figura las coordenadas georreferenciadas y la superficie correspondiente a las mismas.

Por otro lado, la Dirección considera sin embargo que el mero transcurso de tiempo entre la expedición de la certificación técnica y la presentación al Registro no implica necesariamente que se estén encubriendo modificaciones hipotecarias (sobre todo teniendo en cuenta que en el historial de la finca ha existido una venta sometida a condición suspensiva que no llegó a perfeccionarse por falta de cumplimiento del evento, circunstancia que por sí sola justificaría el retraso en el presentación).

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16035)

Deniega una rectificación descriptiva, antes de realizar las actuaciones del artículo 199 LH, por considerar que se ha modificado la geometría de la finca, ya que fue inmatriculada con 262 metros cuadrados y ahora se pretende hacer constar una representación gráfica alternativa a la catastral que supone atribuirle una superficie de 718 metros. La calificación expresa, no ya dudas, sino la certeza de que se pretende alterar la geometría de la finca registral inscrita.

Es doctrina consolidada que las dudas de identidad pueden ser manifestadas por el registrador antes de iniciar las actuaciones del artículo 199 LH, evitando dilaciones y trámites innecesarios.

R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16390)

Revoca la calificación que había suspendido la inscripción de una representación alternativa a la catastral, al haber manifestado el registrador que estimaba las alegaciones presentadas en el procedimiento del artículo 199 LH, pero sin explicarlas ni extraerlas de modo alguno, y sin que por tanto los interesados hubieran podido ejercitar su derecho a defenderse. La revocación de la calificación por falta de explicación de las dudas de identidad no implica la inscribibilidad del documento calificado, sin perjuicio de que se pueda instar una nueva nota de calificación.

R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16392)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral entendiéndose fundadas las dudas de identidad puestas de manifiesto por el registrador, basadas sobre todo en la existencia de una enorme desproporción entre la superficie de la representación gráfica y la inscrita, siendo la primera diez veces mayor que la segunda. Además, si bien por sí no es obstáculo para la identidad el hecho de que una sola finca registral esté formada por dos parcelas catastrales, lo cierto es que en este caso, de la cartografía catastral resultaría que estaríamos ante una finca discontinua, lo cual no consta en la descripción registral.

R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16829)

Constan inmatriculadas dos fincas desde 2007. Ahora se pretende la inscripción de la rectificación descriptiva de ambas. Respecto de una de las fincas, la Dirección lo deniega y estima las dudas de identidad expuestas por el registrador, ya que lo que se pretende es la constancia de un gran exceso de cabida (de 69 a 527 metros cuadrados) y una alteración de linderos fijos, todo lo cual -aunque aparece recogido en una modificación del Catastro posterior a la inmatriculación- pone de manifiesto la incorporación de una porción de terreno adyacente.

Sin embargo, en relación a la otra finca el exceso de cabida que se pretende inscribir es de algo más del 4%; y el registrador simplemente ha denegado la inscripción por no haberse solicitado la inscripción parcial. La Dirección revoca la calificación: el artículo 425 RH dispone que, presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se excluya parte del mismo, que la presentación afecta a todos los actos y fincas comprendidos en el mismo; por lo tanto, si el registrador ha apreciado defectos en cuanto a una finca y no en cuanto a otra, debe despachar el título respecto de esta última sin requerir solicitud expresa de inscripción parcial.

R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16843)

Deniega la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral entendiendo fundadas las dudas registrales sobre la correspondencia entre la finca registral y la representación que se pretende inscribir, que supone un aumento de la superficie inscrita, y que están generadas por la oposición de los titulares registrales de una finca colindante, apoyadas por el titular de otro colindante catastral, por posible invasión de la misma.

Aunque la oposición de los colindantes adolezca de una total falta de fundamentación, corroboran que no es pacífica la delimitación de la finca, sin que la circunstancia de que el informe de validación aportado sea positivo altere esta conclusión. Sin embargo, el recurso se estima en cuanto a las otras operaciones contenidas en la escritura calificada: transmisión del dominio y declaración de obra. Aunque el exceso de cabida declarado no pueda ser inscrito, al caber físicamente la porción de suelo edificada en la superficie inscrita, tales operaciones se pueden inscribir con la cabida que consta en el Registro.

R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17053)

Admite la inscripción de una representación gráfica catastral, que había sido rechazada por el registrador, una vez realizadas las actuaciones del artículo 199 LH, sobre la base de las alegaciones del titular de dos fincas colindantes relativas a la existencia de una previa controversia judicial sobre un camino y riego existente entre las fincas.

Sin embargo la Dirección estima las alegaciones del recurrente: el previo pronunciamiento judicial no se refiere a la delimitación de las fincas, sino a un interdicto sobre la posesión del camino y el riego; además, las fincas proceden de concentración parcelaria. En efecto, el artículo 201-1-e LH no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto (lo cual la Dirección entiende aplicable también al regulado por artículo 199 LH) para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expedientes administrativos de reor-

ganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente.

R. 5 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17062)

El título calificado es una instancia por la que se solicita al registrador que requiera a la Gerencia Territorial del Catastro para que localice catastralmente una determinada finca registral y emita certificación de la titularidad catastral de determinadas personas, todo ello invocando la normativa sobre coordinación entre Registro y Catastro.

La Dirección deniega la solicitud, porque no encaja en ninguna de las previsiones de la Ley 13/2015 ni ninguna otra norma vigente. No corresponde al registrador, ni localizar una determinada finca registral sobre la cartografía catastral, ni requerir al Catastro para que lo haga, sino que precisamente es el propio interesado quien debe aportar al registrador la representación gráfica de la finca registral de la que sea titular para inscribir la misma conforme a los artículos 9-b y 199 LH.

R. 14 noviembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17391)

Suspende la inscripción de una representación gráfica catastral titularidad del Cabildo Insular de Tenerife porque, una vez realizadas las actuaciones previstas en el artículo 199 LH, se acoge la oposición de un titular registral colindante, quien aporta documentación (incluso fotográfica) en apoyo de la misma y además alega que ya había solicitado previamente la inscripción de la representación gráfica alternativa a la catastral de su finca, a la cual se opone precisamente la Administración recurrente. En definitiva, subyace una controversia entre colindantes con posible invasión de sus fincas, lo cual excede de este expediente registral.

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17725)

Suspende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral, una vez iniciado el procedimiento del artículo 199 LH, entendiendo fundadas las dudas del registrador, al existir un aumento de superficie respecto de la cabida inscrita y haberse producido la oposición de un colindante que aporta un informe técnico y fotografías superpuestas a la cartografía catastral; de todo lo cual resulta que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca que se pretende inscribir, pudiendo existir invasión de la finca colindante. Podrá acudir al procedimiento de deslinde del artículo 200 LH, sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (artículo 198 LH).

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17727)

Admite el inicio del procedimiento del artículo 199 LH en virtud de instancia privada con firma legitimada notarialmente acompañada de certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta la representación cuya inscripción se pretende.

La exigencia de documento público para iniciar este expediente carece de apoyo en el citado precepto. Del análisis de los expedientes notariales o registrales del Título VI LH resulta que todos se inician mediante solicitud o instancia privada. La instancia privada refleja la voluntad y solicitud de los interesados pero no es el docu-



mento inscribible, ya que el título de la rectificación es el documento notarial, judicial o administrativo en que el solicitante funda su derecho y por tanto, en el caso resuelto, lo será la certificación catastral de la que resulta la representación gráfica que se pretende inscribir. De hecho bastaría la mera instancia -con firma legitimada por el notario, o bien extendida o ratificada ante el registrador- donde conste la mera identificación de la referencia catastral de la parcela, ya que los registradores pueden obtener la certificación directamente en el Sede Electrónica del Catastro.

R. 27 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18550)

R. 27 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18551)

Suspenden la inscripción de una representación gráfica catastral, por entender fundadas las dudas del registrador formuladas tras haber realizado las actuaciones del artículo 199 LH, sobre la posible invasión de una vía pecuaria colindante, a la vista de la oposición que formula la propia Administración titular del bien demanial invadido.

R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18555)

Declara procedente el inicio del expediente del artículo 199 LH para la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral correspondiente a una agrupación de fincas, que supone un exceso del 40% de la cabida inscrita.

La Dirección estima que precisamente las dudas de identidad alegadas por el registrador deben resolverse durante el expediente. La magnitud de la diferencia de superficie sólo puede impedir la tramitación del expediente cuando la desproporción impida identificar los recintos registral y georreferenciado, lo cual no resulta de la nota de calificación. El cambio de naturaleza a urbana de parte de la finca viene justificado por un certificado municipal sobre correspondencia de las fincas registrales agrupadas con tres parcelas catastrales, dos de las cuales son urbanas y suman la misma superficie que la parte de finca que figura en el título como urbana. La circunstancia de que la finca proceda de segregación no impide rectificar con posterioridad las fincas resultantes sin necesidad de licencia, siempre que la rectificación pretendida no implique una nueva reordenación de terrenos. Las dudas sobre que la georreferenciación cuya inscripción se pretende invada el dominio público o privado colindante cuya representación gráfica no consta inscrita, precisamente se deben solucionar mediante la intervención del titular en el expediente. Y todo ello sin perjuicio de la calificación final que proceda a la vista de lo actuado en el mismo.

RECTIFICACIÓN DESCRIPTIVA TRAMITADA POR EL NOTARIO

R. 7 junio 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9968)

En la inscripción de una finca resultante de agrupación consta su representación gráfica alternativa a la catastral. Ahora se admite la inscripción de la rectificación de su superficie, para hacer constar la que resulta del Catastro, con solicitud expresa en el título de que se ello se realice sobre la base del artículo 201-3-b LH, sin tramitar expediente de rectificación, por ser el exceso que se pretende inscribir menor del 1% de la cabida inscrita.

A pesar de la pequeña entidad del exceso pretendido, la Dirección no considera aplicable la vía del artículo 201-3-b. Toda vez

que consta inscrita la georreferenciación gráfica de la finca, es improcedente cualquier rectificación de superficie que no se realice con previa rectificación de la representación gráfica inscrita. De los artículos 9 y 10 LH no puede deducirse, como hace la calificación, que una vez inscrita una georreferenciación ésta devenga inalterable. La posibilidad de rectificar una representación gráfica inscrita resulta de las normas generales sobre rectificación de asientos (artículo 40 LH).

R. 20 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10523)

Suspende la inscripción de un acta notarial de expediente de rectificación de cabida de fincas registrales, porque entre las parcelas catastrales colindantes con las fincas cuya rectificación se pretende, hay dos cuya titularidad se encuentra “en investigación” conforme a la Ley 33/2003. Se ha producido la notificación a la Gerencia Territorial del Catastro prevenida en el artículo 201 LH, pero tal notificación no cumple el requisito de notificar a la Administración pública competente, ya que del citado procedimiento de investigación puede resultar acreditado que la finca pertenece a la Administración General del Estado, desprendiéndose de la legislación vigente que la notificación debe realizarse a los órganos a los que corresponda la administración del bien (artículo 38 Ley 33/2003).

R. 26 junio 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10737)

Suspende la inscripción de un acta notarial de rectificación descriptiva del artículo 201 LH, por entender justificadas las dudas de identidad del registrador, que se fundamentan en las alteraciones en el perímetro y superficie catastral, según resulta de los antecedentes del Catastro consultados de oficio por el registrador, a lo que cabe añadir la magnitud del exceso de cabida que se pretende inscribir junto con la alteración de los linderos. Aunque queda excluida la indefensión de los colindantes, dada la ausencia de oposición de los mismos, las circunstancias del supuesto denotan un incremento superficial a costa de un terreno adicional colindante con encubrimiento de un negocio de modificación de entidad hipotecaria.

R. 26 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16291)

Suspende la inscripción de una escritura de ampliación de obra nueva. La finca consta inscrita con una superficie de 150 metros cuadrados, si bien -con carácter previo a la declaración de obra- se hace constar que la finca mide ahora realmente y según el Catastro 257 metros y tiene forma aproximadamente rectangular. El notario declara haber utilizado personalmente la herramienta de medición de distancias proporcionado por el visor de la cartografía catastral de la Sede Electrónica del Catastro, para medir los cuatro linderos de la finca, lo que arroja un dato aproximado de 12 por 20 metros lineales; y sobre esta base emite un juicio de notoriedad abreviado en el sentido de afirmar que la cabida inscrita es evidentemente un dato erróneo respecto del que se solicita su rectificación y sustitución por el declarado que es sin duda mucho más cercano a la realidad.

Sin embargo, la Dirección entiende que los procedimientos legales de rectificación de errores registrales del artículo 40 LH no pueden suplirse mediante un “juicio de notoriedad abreviado”, sin que tampoco se haya aportado en este caso la documentación fehaciente

ciente independiente de la voluntad de los interesados (en concreto, los planos de la parcelación urbanística de la que surgió la finca), que permitiría una rectificación tabular por mera petición de parte. En efecto, la finca del supuesto es una de las procedentes de una segregación realizada por la Diputación Provincial de Sevilla hace 37 años. La finca matriz fue segregada en 72 parcelas destinadas a vivienda todas las cuales pasaron a tener como anejo una participación indivisa en el resto de finca, el cual quedó configurado con una forma sensiblemente irregular por estar constituido por los viales y zonas comunes que envuelven a las casas segregadas. En consecuencia, se deniega la inscripción del exceso de cabida por entender justificadas las dudas -más bien la certeza- del registrador de que la rectificación superficial pretendida afecta al proceso parcelatorio administrativo que originó la finca.

Ahora bien, se admite la inscripción de la declaración de obra, a pesar de haberse denegado el exceso de cabida de la parcela, porque en este caso la porción de terreno ocupada por la edificación (133 metros cuadrados) cabe físicamente dentro de la finca inscrita (150 metros), sin que la calificación se pronuncie sobre posibles dudas en cuanto a la ubicación del edificio en la finca registral, atendiendo a sus coordenadas georreferenciadas.

R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16834)

Suspende la inscripción de un acta notarial que concluye un expediente de rectificación descriptiva del artículo 201 LH, por estimar fundadas las dudas de identidad puestas de manifiesto por el registrador ya al expedir la certificación inicial. La finca procede por segregación de otra con la cual linda según el Registro, pero que desaparece en virtud de la modificación pretendida, pasando la finca objeto del expediente a lindar con otra parcela diferente, de modo que se estaría encubriendo una agrupación, lo cual resultaría confirmado por el desproporcionado exceso de cabida que la modificación supone.

Estas evidencias no resultan desvirtuadas por lo actuado en el acta, que únicamente recoge manifestaciones, pero no diligencia ni prueba alguna que acredite la existencia de errores en la medición originaria de la finca, ni circunstancias objetivas que excluyan la posible agrupación de la finca colindante.

R. 5 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17060)

Admite la inscripción de un acta notarial que concluye un expediente de rectificación descriptiva del artículo 201 LH, desestimando las dos objeciones de la calificación.

En primer lugar, las fincas afectadas son una casa y una bodega; y la rectificación supone incrementar su superficie construida. Es doctrina consolidada que la rectificación descriptiva de una edificación debe cumplir los requisitos propios de una modificación de obra, sobre todo los urbanísticos exigibles en cada caso. En este supuesto, a los efectos del apartado 4 del artículo 28 LS, resulta acreditada catastralmente una antigüedad de edificación del año 1920.

Por otro lado, pese a que se ha otorgado una segunda escritura aclaratoria que matiza ciertos aspectos descriptivos, pero que no altera la representación gráfica ni la descripción resultante de la misma, no es preciso reiterar las notificaciones a los titulares de las fincas colindantes previstas en el artículo 201.

OTRAS CUESTIONES SOBRE DESCRIPCIÓN DE FINCAS

R. 28 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10884)

Admite la inscripción de una escritura de herencia en la que se describe una finca ya inmatriculada tal y como consta en el Registro. El defecto apreciado en la calificación es que no se expresa la cabida de la finca, sino sólo las longitudes de sus linderos. Sin embargo, la Dirección entiende que no se está pretendiendo modificar la cabida de la finca y que la descripción se mantiene. Además, una vez concretada la longitud de los lados, la cabida exacta se puede determinar mediante una sencilla operación matemática.

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11751)

Admite la inscripción de un convenio regulador en el cual se atribuye a la esposa el derecho de uso sobre la vivienda conyugal. El registrador había denegado la inscripción afirmando que el título no contenía los datos relativos a la finca. Ciertamente la finca es el elemento primordial de nuestro sistema registral de folio real, de modo que no cabe la inscripción de un derecho si no se ha señalado sobre qué finca registral se ha constituido. Ahora bien, la Dirección entiende que en el caso objeto de este recurso está claramente identificada la vivienda afectada con sus datos registrales y su referencia catastral.

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10530)

Deniega la inscripción de una certificación del secretario municipal con el visto bueno del Alcalde, en la que se hace constar que, consultados los datos obrantes en la Secretaría y el inventario de bienes de la entidad, consta adoptado el acuerdo del pleno para la adquisición de determinada finca registral mediante contrato de compraventa con la persona que es titular registral de la misma.

La certificación administrativa del acuerdo no es el título inscribible. Al ser la compraventa un contrato privado -aunque celebrado por la Administración-, el título adecuado es la escritura pública.

R. 19 julio 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11683)

Suspende la inscripción de una certificación del Ayuntamiento de Madrid de reanudación de tracto sucesivo respecto de varias fincas, segregación de parte de las mismas y agrupación de las porciones segregadas, por falta de acreditación fehaciente de varios extremos. Las fincas constan inscritas a nombre de varios titulares por títulos de compra y expropiación.

En primer lugar, no consta la titularidad del Ayuntamiento respecto de la finca adquirida por expropiación, la cual tuvo lugar para la construcción de un Instituto politécnico que fue el antecesor de la Universidad Politécnica de Madrid, la cual se opone al expediente como sucesor del destinatario de la expropiación. En segundo lugar, existen dudas de identidad de las fincas afectadas que impiden su georreferenciación: la referencia catastral alfanumérica y las superficies que constan en Registro y Catastro no se corresponden con los datos que figuran en el Plan especial aprobado por el Ayuntamiento. Por último, debe acreditarse la obtención de la licencia para la se-



gregación. Ciertamente el acuerdo municipal produce los mismos efectos que la licencia, pero su aprobación está sujeta a los mismos requisitos que la concesión de la misma, no constando en este expediente el acuerdo del Pleno.

DOCUMENTOS JUDICIALES

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10525)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado en el que la declaración de voluntad de la parte vendedora ha sido suplida judicialmente en el seno de un procedimiento seguido en rebeldía procesal que concluyó con sentencia firme. Se desestiman los dos defectos de la calificación.

La obligación de que conste el transcurso de los plazos de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía (artículo 524 LEC) no resulta aplicable a casos como el presente, donde la sentencia dictada en rebeldía condena a la elevación a público siendo posteriormente suplida por el Juez la declaración de voluntad del vendedor. El título inscribible no es la resolución judicial, sino la escritura otorgada por el Juez, de cuya propia actuación cabe inferir el cumplimiento de la exigencia de firmeza de la sentencia ejecutada.

Por otro lado, no se ha infringido el principio de tutela judicial efectiva de la herencia yacente. Aunque el procedimiento se ha entendido con la hija de los titulares registrales y vendedores ya fallecidos, queda acreditado que la hija ha sido parte emplazada en el procedimiento, que le ha sido notificada la sentencia condenatoria, apreciando el Juez la suficiente legitimación pasiva.

R. 18 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16836)

Deniega la inscripción de una sentencia firme dictada en procedimiento que declara que la demandante es propietaria de una finca, por haber sido la demandada declarada en situación de rebeldía procesal y no constar en el testimonio judicial el transcurso de los plazos establecidos en el artículo 502 LEC para el ejercicio de la acción de rescisión.

Es doctrina reiterada que para que una sentencia dictada en rebeldía sea inscribible, además de ser firme (artículos 3 LH y 245-4 LOPJ), deben haber transcurrido los plazos para ejercitar la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía, que se cuentan desde la notificación de la sentencia: veinte días, si la sentencia se notificó personalmente; cuatro meses, si la notificación no fue personal; dieciséis meses en caso de subsistencia de una causa de fuerza mayor. El transcurso de tales plazos de caducidad deberá constar del mismo documento judicial o de otro que lo complementa. Entre tanto no transcurran estos plazos, la sentencia sólo podrá ser anotada preventivamente (artículo 524 LEC).

DOCUMENTOS PRIVADOS (Y SU ELEVACIÓN A PÚBLICO)

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16283)

Deniega la práctica del asiento de presentación de un documento privado por el cual se solicita la anulación de una inscripción por parte de persona que no es el titular registral.

Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1-3 LH), su rectificación requiere el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH). Por otro lado, el artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que sólo procede denegar el asiento cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro.

R. 25 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16287)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado. Las partes del contrato privado lo califican como “de arras” y en él “se obligan” a comprar y vender respectivamente. Sin embargo, la escritura se titula de “elevación a público de documento privado de compraventa”. La registradora deniega la inscripción, por entender que el contrato privado elevado a público es de carácter meramente obligacional y carece de trascendencia real.

Sin embargo, la Dirección considera clara la voluntad de las partes otorgantes de la escritura de que se perfeccione y consume una compraventa, ya que en muchos de sus apartados se habla de comprador, vendedor, transmitente y adquirente. Por otro lado, cabe la novación del documento privado para que produzca efectos reales la transmisión, ya que: los otorgantes son los mismos; la vivienda y sus anejos están identificados de forma clara y coincidente; también coinciden el precio y la asignación de gastos (si bien en la escritura se añade la constancia de las formas y medios de pago); no hay indicación contraria a que la entrega de la posesión se desprenda del otorgamiento de la escritura (artículo 1462 Cc). Lo único que se modifica es el título del contrato y el concepto en que se entrega la cantidad a cuenta, que no es ya el de arras o señal, sino el de parte del precio de venta. En consecuencia, siendo que los contratantes lo subsanan y probada la verdadera causa del contrato -de compraventa-, es inscribible la elevación a público en los términos de la escritura.

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18457)

Deniegan la práctica de un asiento de presentación de instancia privada por la que se solicita que se revoque la cancelación de una opción de compra.

Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales (artículo 1-3 LH), su rectificación requiere el consentimiento del titular o en su defecto, resolución judicial (artículo 40-d LH) y tampoco estamos ante alguno de los supuestos en que las leyes otorguen eficacia registral a los documentos privados. Así, el artículo 420-1 RH prohíbe extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo cuando las disposiciones les atribuyan eficacia registral. Este precepto debe interpretarse en el sentido de que sólo procede denegar el asiento cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro.

R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18554)

Mediante contrato privado una sociedad transmitió a otra los derechos de superficie sobre la concreta porción de terreno -cuya

determinación exacta se desconocía en ese momento- donde se fue- se a ubicar en un futuro la edificabilidad permitida por las normas urbanísticas sobre una parcela. Se estipuló en el documento que la duración del derecho de superficie sería de 99 años desde el otorgamiento de la escritura en que se formalizase la constitución del derecho; se fijó el precio y forma de pago; y ambas partes se comprometieron a realizar: las gestiones necesarias para la constitución del derecho de superficie por 99 años, la posterior segregación del suelo superficiario, y la venta de la parcela entre las dos sociedades en el precio que se pactaba a cuenta del cual se consideraba satisfecho el precio pagado por la transmisión de derechos realizada en el documento.

Después la sociedad transmitente hipotecó toda la finca registral, si bien en la escritura de constitución de hipoteca se hizo constar la existencia del acuerdo entre ambas sociedades para la constitución del referido derecho de superficie, pactándose con la parte acreedora que, en el momento en que el mismo se constituyese, no se vería afectado por la garantía hipotecaria sino que quedaría libre de cargas.

Ahora, diez años después del otorgamiento del documento privado, se admite la inscripción de la escritura de elevación a público del mismo otorgada por ambas sociedades (actualmente en situación de concurso), en la cual mediante diligencia se concreta, con superficie y linderos, la parte de parcela objeto del derecho de superficie. La registradora entiende que no procede la elevación a público de un contrato privado que se limitaba a recoger una serie de derechos y obligaciones entre las partes: constituir en el futuro un derecho de superficie (tipo de derecho que exige el otorgamiento de escritura con carácter constitutivo) y realizar una venta futura previa segregación.

Sin embargo, la Dirección recuerda su doctrina que afirma que la elevación a público de un documento privado no sólo tiene eficacia meramente reconocitiva, sino que también puede tener una eficacia complementadora del negocio, a modo de “renovatio contractus”. El contenido de la escritura calificada no sólo es confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con capacidad suficiente y poder dispositivo sobre la finca. De la propia escritura de elevación a público en que las partes definen la ubicación concreta del derecho de superficie, y de la escritura de constitución de hipoteca en la que se pacta su no extensión al mismo, resultan todos los elementos necesarios para la inscripción del derecho de superficie: voluntad de constituirlo sobre finca ajena, duración (99 años desde la escritura de su constitución, que será la de elevación a público), ubicación exacta y precio. Tan sólo la referencia a la obligación futura de segregar la porción superficiaria carece de trascendencia real y debe ser objeto de denegación (artículos 2 y 98 LH); pero esto no es obstáculo para inscribir el derecho de superficie, ya que en nuestro ordenamiento es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble. Finalmente, la obligación de georreferenciar la porción respectivamente afectada sólo será exigible cuando se realice la segregación o la declaración de obra.

EMBARGO Y APREMIO

R. 6 junio 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9922)
R. 6 junio 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9923)
R. 7 junio 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9971)
R. 4 julio 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11021)
R. 5 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11074)
R. 5 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11075)
R. 5 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11076)
R. 5 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11077)
R. 5 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11078)
R. 8 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11083)
R. 10 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11358)
R. 11 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11360)
R. 12 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11362)
R. 12 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11363)
R. 12 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11364)
R. 12 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11365)
R. 12 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11366)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13598)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13599)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13600)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13601)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13602)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13603)
R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13604)
R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14601)
R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14603)
R. 26 julio 2019 (BOE 256, 24-X-19: 15268)
R. 26 julio 2019 (BOE 256, 24-X-19: 15269)
R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15557)
R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15558)
R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15562)
R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15563)
R. 5 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15774)
R. 27 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16295)
R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 13-XI-19: 16379)

Suspenden la inscripción de una certificación de acta de adjudicación directa de fincas expedida en procedimiento de apremio ante la Agencia Tributaria. Cuando se abre el procedimiento de enajenación; es decir, cuando se celebra la subasta y se declara desierta en primera y segunda licitación, acordándose posteriormente la enajenación directa, ya se encuentra vigente la reforma del Reglamento General de Recaudación operada mediante RD 1071/2017 (en vigor desde el 1 de enero de 2018), la cual suprime la posibilidad de acordar la enajenación directa en caso de quedar desierta la subasta en segunda licitación.

No obstante, en la R. 4 julio 2019 (11021) se desestima el segundo defecto de la calificación, relativo a la falta de expresión de la situación arrendaticia de la finca. Es doctrina consolidada que los derechos de tanteo y retracto arrendaticio también se dan en las enajenaciones judiciales de finca, de modo que para su inscripción es necesario justificar que se han realizado las notificaciones oportunas o en otro caso, manifestar la inexistencia de arrendamientos sobre la finca. Sin embargo, respecto de los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad a la Ley 4/2013, habrá que tener en cuenta si el arrendamiento ha tenido acceso al Registro y en qué fecha. Si se inscribió antes que la hipoteca o el embargo, el arrenda-



miento subsistirá tras la enajenación y el arrendatario podrá ejercitar su derecho de retracto. Si se inscribió después, el arrendamiento se extingue “ipso iure” (artículo 13-1 LAU). Si el arrendamiento no ha tenido acceso al Registro -como ocurre en este caso-, no habrá lugar a derecho alguno. Este es el marco normativo aplicable al supuesto calificado, si bien hay que tener en cuenta que la doctrina expuesta se ve necesariamente afectada por la reforma de los artículos 7-2 y 13-1 LAU realizada por el RD-Ley 7/2019.

EXPROPIACIÓN

R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16388)

Suspende la inscripción de un acta de ocupación y consignación de justiprecio en procedimiento expropiatorio recayente sobre una finca destinada a suelo dotacional, por no constar en el expediente la intervención de uno de los cotitulares registrales, sin que tampoco se hayan entendido las diligencias subsidiariamente con el Ministerio Fiscal, tal y como prevé el artículo 5-1 LEF para el caso de que el titular no compareciere, estuviere incapacitado y sin representante, o se tratase de una propiedad litigiosa.

Tampoco procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo cautelar a favor del Estado sobre la participación indivisa de otro de los cotitulares. Si bien esta carga es posterior a la nota de expedición de certificación de dominio y cargas tras la iniciación del procedimiento expropiatorio (artículo 32-5 RH), dicha nota se encuentra ya caducada en el momento de presentar a inscripción el acta calificada; lo cual constituye también un obstáculo para la inscripción de la finca expropiada a favor del Ayuntamiento recurrente, dado que la adquisición de la finca expropiada debe realizarse en principio libre de cargas. Por otro lado, el embargo que grava la finca es incompatible con el destino demanial del inmueble, ya que la posible ejecución daría lugar a la pérdida de la finca.

R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16845)

Suspende la inscripción de un acta de ocupación y pago en procedimiento de expropiación forzosa tramitada por un Ayuntamiento, en cuanto afecta a parte de una finca ya inmatriculada sobre la que consta inscrita previamente una hipoteca. El acreedor hipotecario consiente la operación mediante un certificado bancario privado.

La Dirección confirma los dos defectos apreciados por la calificación: las firmas de la certificación bancaria privada deben ser objeto de legitimación notarial para acreditar su autenticidad; y debe aportarse la representación gráfica de la porción de parcela expropiada que ahora se pretende inscribir como como finca registral independiente tras una segregación implícita.

HIPOTECA

CANCELACIÓN

R. 17 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10517)

En un procedimiento de ejecución hipotecaria se acuerda mediante decreto la terminación del proceso a instancias de ejecutante por satisfacción de sus pretensiones fuera del procedimiento, así como la cancelación de la nota marginal de expedición de dominio

y cargas y de la inscripción de la propia hipoteca ejecutada. La Dirección confirma que procede la cancelación de la nota marginal, pero no la de la hipoteca.

La regla general es que la cancelación de asientos practicados en virtud de escritura pública exige consentimiento del titular o sentencia firme, lo cual debe interpretarse en forma congruente con el resto del ordenamiento, de modo que no cabe el consentimiento cancelatorio meramente formal, sino que es precisa la existencia y expresión de su causa. Sólo el pago de todas las cantidades cubiertas con la hipoteca o la condonación expresa del acreedor respecto de lo no pagado, resultantes de manifestación de éste en documento público o de sentencia dictada en procedimiento seguido contra él, pueden ser causa suficiente para la cancelación de la hipoteca. En este caso, la causa es la satisfacción extraprocésal de la pretensión del actor, pero no se aclara si lo que se le ha pagado es la totalidad de las cantidades garantizadas por la hipoteca, o sólo las cantidades vencidas e insatisfechas a fecha de inicio del procedimiento.

R. 19 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10519)

Deniega la cancelación de unas hipotecas, la cual se pretende por caducidad, porque una vez vencido el préstamo pero antes de haber prescrito la acción hipotecaria, consta extendida nota de expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria. Esta nota interrumpe la prescripción. Sólo procederá la cancelación de la hipoteca por caducidad (párrafo quinto del artículo 82 LH) cuando hayan transcurrido 21 años desde la fecha de la nota.

R. 2 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15556)

Deniega la cancelación de una hipoteca, pretendida por la vía del artículo 82-2 LH -es decir, sin necesidad de consentimiento del acreedor- mediante la alegación de que el crédito se ha extinguido por pago por tercero, al haber sido aportado a un fondo de titulación de activos sin mediar consentimiento del deudor, ya que el artículo 1159 Cc establece que quien pague en nombre del deudor ignorándolo éste no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos, lo cual incluye el accesorio de hipoteca.

Sin embargo, entiende la Dirección que la aportación de créditos a un fondo de titulación es una cesión de créditos, en la cual la notificación al deudor no es elemento constitutivo ni requisito de inscripción (artículos 149 y 151 LH), sino que únicamente tiene por efecto evitar pagos liberatorios o compensaciones con el anterior acreedor. No se trata de un supuesto de cesión de contrato, que exigiría el consentimiento del deudor. Tampoco es un pago por tercero liberatorio para el deudor, pues quien paga adquiere acción ejecutiva contra éste, de modo que no puede hablarse de extinción de la obligación ni de sus derechos accesorios. Por otro lado, tampoco ha pasado el plazo de prescripción de la acción hipotecaria, que posibilitaría la cancelación por caducidad en la vía del artículo 82-5 LH.

R. 10 septiembre 2019 (BOE 268, 7-XI-19: 15928)

Suspende la cancelación de una hipoteca, que se pretende mediante instancia privada por caducidad a los efectos del apartado 2 del artículo 82 LH. Consta inscrito el pacto en cuya virtud la hipoteca

se extinguirá a los seis años contados desde la formalización de la escritura, de modo que transcurrido este plazo, el dueño de la finca podrá pedir por sí mismo la cancelación de la hipoteca por acta notarial, previa justificación de haber requerido fehacientemente a la acreedora hipotecaria y haberle dado un mes para alegar cualquier causa de oposición a la cancelación.

Para la Dirección, no estamos ante la caducidad convencional de la hipoteca del 82-2, que posibilitaría la cancelación cuando la extinción del derecho resultase del título de la hipoteca. Al título calificado la resulta aplicable el apartado quinto del artículo 82 LH. Es decir, debe distinguirse entre: la extinción de la hipoteca por caducidad convencional (82-2), que procede sólo cuando la extinción del derecho tenga lugar de modo nítido y manifiesto; y la cancelación de la hipoteca por transcurso de un plazo convenido (82-5), que precisa el exacto cumplimiento de lo expresamente acordado por las partes para la cancelación. Así, en el caso resuelto no es suficiente el hecho de haber transcurrido el plazo convenido, sino que además hace falta acreditar mediante acta notarial el requerimiento pactado.

R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16377)

Admite la cancelación por caducidad de una hipoteca de máximo: en cuya estipulación primera se pactó que la hipoteca garantizaría el pago de las facturas emitidas por la parte acreedora y notificadas fehacientemente a la deudora, como máximo hasta el 31 de diciembre de 2010; y cuya estipulación séptima establece que, dentro del plazo máximo de duración del presente contrato establecido en la estipulación primera, la parte acreedora podrá ejecutar la hipoteca constituida a su favor.

No siempre es fácil decidir si, en cada caso concreto, el plazo previsto en una escritura de constitución de hipoteca es el convenido para la duración de la hipoteca misma (de modo que, transcurrido el mismo, la hipoteca resultaría cancelable por caducidad en virtud del párrafo 2 del artículo 85 LH), o es el plazo dentro del cual debe nacer la obligación para ser garantizada con la hipoteca (en cuyo caso, una vez nacida la obligación, la acción hipotecaria podría ejercitarse mientras no hubiere transcurrido el plazo de prescripción legal, pudiendo cancelarse entonces por aplicación del párrafo 5). Dilucidar si estamos en un caso o en otro requiere el análisis sistemático de las cláusulas del contrato. La cancelación convencional automática (párrafo 2) sólo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto; pero no cuando sea dudosa o controvertida.

De la interpretación conjunta de los dos reseñados pactos del título calificado, se deduce de modo nítido y manifiesto un plazo de caducidad del asiento de hipoteca, por lo que no es aplicable el párrafo segundo del artículo 82, pero sin embargo, sí que se deduce un plazo de caducidad convencional para el ejercicio de la acción hipotecaria, que sólo podrá tener lugar hasta el 31 de diciembre de 2010, por lo que en consecuencia, cabe acceder a la cancelación del apartado quinto de dicho artículo.

R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16828)

En aplicación de la misma doctrina seguida en la resolución anterior, suspende la cancelación, que se solicita conforme al párrafo

5 del artículo 82 LH, de una hipoteca constituida en garantía de una deuda causada por los honorarios profesionales de una abogada, sobre la base de que la acción para reclamarlos prescribe legalmente a los tres años. En la escritura se expresa que “el vencimiento de la hipoteca será el 13 de junio de 2015, fecha en que deberá abonarse el total de la deuda”.

Del análisis de las cláusulas del contrato resulta evidente para la Dirección que el plazo pactado afecta únicamente al vencimiento de la obligación garantizada. No es aplicable el plazo de prescripción en 3 años del artículo 1967 Cc, porque para que opere la extinción legal del derecho real de hipoteca prevista en el párrafo 5 del artículo 82 LH, debe haber transcurrido el plazo de prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía, es decir 20 años para las hipotecas, salvo que las partes hubiesen pactado un plazo más breve (y añadiendo otro más según el citado precepto).

CESIÓN DE CRÉDITO HIPOTECARIO

R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16835)

Admite la inscripción de una escritura de cesión de créditos hipotecarios, a pesar de que consta extendida nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución de la hipoteca que garantiza los créditos objeto de cesión.

El registrador entiende que, una vez que consta en el Registro que la hipoteca está ejecutándose, la necesidad de concordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral impide inscribir cualquier título contradictorio con la pendencia del procedimiento. Sin embargo la Dirección considera que cuando el artículo 149-1 LH permite la cesión del crédito, lo hace sin contemplar excepción alguna para el caso de ejecución. Ciertamente, si se inscribe la cesión pero la misma no se hace constar en el procedimiento judicial, se produciría la consecuencia de que el pago (o la adjudicación) se estaría haciendo a favor de quien ya no es titular de la hipoteca, y en el ámbito registral procedería la cancelación de la inscripción de cesión efectuada después de la nota que notifica la existencia de ejecución, debiendo por tanto ser el cesionario quien solicite que se le tenga como parte por sucesión procesal en la posición que ocupaba el cedente.

CONSUMIDORES

R. 13 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10150)

Deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, por considerar abusiva la cláusula que fija un intereses de demora superior en más de dos puntos al interés ordinario. Se trata de un préstamo concedido por una entidad de crédito a dos personas físicas que manifiestan dedicarse a una actividad de transporte agrícola; el destino de la operación es “cancelar préstamos varios” (finalidad personal) y adquirir una cabeza tractora para la actividad de su empresa (finalidad empresarial); la avalista es la hija de los prestatarios, de quien no consta relación funcional alguna con la empresa; y la finca hipotecada es una vivienda, si bien manifiestan expresamente que no es la habitual de los prestatarios. Se han cumplido, respecto de prestatarios y fiadora, todos los requisitos de transparencia material (incluyendo FIPER; y expresión manuscrita por existir cláusula suelo).



En los contratos mixtos o de doble finalidad -privada y empresarial-, para aplicar la normativa de protección de los consumidores, hay que atender al objeto predominante del contrato; es decir, en los préstamos y créditos, a la cantidad de capital destinada a cada finalidad. Del título calificado no resulta este dato, ni en general la acreditación del carácter predominantemente empresarial o profesional de la operación. Sin embargo, esta normativa protectora se aplica también a los casos en que un fiador consumidor garantice la obligación de un no consumidor. Para la jurisprudencia comunitaria, la persona física que se constituye en garante de una sociedad mercantil no tendrá la condición de consumidor cuando el Juez aprecie que tal garantía esté relacionada con sus actividades empresariales o profesionales, o que se conceda por razón de los vínculos profesionales mantenidos con la sociedad (socio, administrador, apoderado). En caso contrario, aunque el garante sea pariente próximo de los administradores o socios, se le reconoce la condición y protección propias del consumidor. Del título calificado, no resulta que la avalista se encuentre vinculada funcionalmente con los empresarios prestatarios, por lo que se le debe reconocer la condición de consumidora. Ciertamente fianza y préstamo son dos relaciones jurídicas distintas, por lo que el control de abusividad deberá circunscribirse a las concretas cláusulas de la fianza.

R. 27 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10879)

El título calificado es una escritura de préstamo hipotecario concedido por un banco a tres prestatarios: una sociedad mercantil; el administrador de la misma, que también es socio; y la otra socia. La finalidad del préstamo es propia de la actividad empresarial de la sociedad prestataria. Se hipoteca una vivienda propiedad de otra persona física no deudora, que se manifiesta no es su domicilio habitual. Ninguno de los intervinientes ha recibido información precontractual ni oferta vinculante, ni ha firmado expresión manuscrita sobre la cláusula suelo pactada. Lo que se discute es la abusividad de la cláusula de intereses de demora del 9% (superior en más de dos puntos al interés ordinario del 3'95%) y de la correlativa responsabilidad hipotecaria por intereses de demora calculada sobre el interés del 9%.

El préstamo como tal no está sometido a la normativa de protección de consumidores, porque los prestatarios personas físicas tienen una vinculación funcional con la sociedad, cuya actividad empresarial constituye el destino del préstamo. Pero, dado el carácter autónomo de los contratos de garantía, la citada normativa sí que es aplicable a dichos contratos cuando no conste la condición profesional del garante o su vinculación funcional con la empresa prestataria, como ocurre en el supuesto resuelto respecto del hipotecante no deudor a quien se le debe reconocer la condición de consumidor. Por tanto, no es inscribible la escritura de préstamo hipotecario calificada porque la falta de los requisitos de incorporación y transparencia material respecto del hipotecante no deudor afecta al propio contrato de hipoteca objeto de inscripción.

Ciertamente, la aplicación de la normativa de consumo a la garantía hipotecaria no afecta a la cláusula de intereses de demora del 9% en la relación entre el prestamista y el prestatario no consumidor. Independientemente de que el interés moratorio pactado del 9% sea válido e inscribible a efectos obligacionales respecto de los prestatarios no consumidores y para posibilitar la fijación de la deuda remanente (artículos 130 LH y 579 LEC), dado que no podrá afectar al hipotecante consumidor ni ser objeto de pago directo al acreedor

con las resultas del remate (artículo 682 "in fine" LEC), tampoco podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse al tipo máximo susceptible de afectar al hipotecante consumidor (5'95%).

En consecuencia, se confirma la calificación respecto de los requisitos de incorporación y de determinación de la responsabilidad hipotecaria por demoras; pero se revoca en cuanto a que no es necesario modificar la estipulación de pacto de intereses moratorios.

EJECUCIÓN

R. 13 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10151)

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11749)

R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14602)

R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16839)

R. 8 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17140)

Estima el recurso contra la calificación que denegaba la inscripción de una adjudicación de finca que no es vivienda habitual, a falta de postores, por importe inferior al 50% del valor de subasta.

Ciertamente es doctrina constante la que deniega la inscripción de decretos de adjudicación dictados en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación. Debe descartarse la interpretación literal del artículo 671 LEC, que debe interpretarse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

Ahora bien, en el supuesto concreto resuelto, la calificación denegatoria se revoca porque el registrador se limita a denegar sin más la inscripción, pero omitiendo toda referencia a la posible actuación del letrado de la Administración de Justicia, a quien el artículo 670-4 LEC atribuye competencia para apreciar y valorar la conducta del deudor en relación al cumplimiento y en general las demás circunstancias concurrentes que, oídas las partes, permitirían decretar la adjudicación por menos del 50% del valor de tasación siempre que se cubra al menos la cantidad por la que se haya despachado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas.

R. 4 julio 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11018)

R. 4 julio 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11019)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria sobre finca que no es vivienda habitual, donde, tras quedar desierta la subasta, el ejecutante solicitó la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, que era notablemente inferior a la mitad del valor de tasación. La Dirección descarta la interpretación literal del artículo 671 LEC, cuya interpretación debe hacerse a la luz del artículo 651, referido a muebles, con el que comparte espíritu y finalidad. En consecuencia, aunque el ejecutante solicite la adjudicación por la cantidad debida por todos los conceptos, no siendo vivienda habitual, la adjudicación nunca podrá hacerse por cifra inferior al 50% del valor de tasación.

R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14597)

Admite la inscripción de un auto de adjudicación derivado de procedimiento judicial de ejecución hipotecaria, a pesar de que consta haber sido con posterioridad meramente notificado -pero no requerido de pago ni demandado- el tercer poseedor que, no siendo deudor ni hipotecante, inscribió su adquisición antes de iniciarse el procedimiento.

Consta en la documentación presentada que la sociedad titular registral actual se encuentra formada por los mismos socios que la adjudicataria del bien, así como que ambas sociedades están representadas por la misma persona; motivo por el cual el Juez declara no estimar necesario trasladar la demanda y requerimiento de pago a quien ya se halla suficientemente notificado del procedimiento y no en situación de indefensión.

R. 6 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15146)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación recaído en ejecución judicial de hipoteca, a pesar de que en la reclamación inicial del acreedor figurasen importes superiores a la cifra de varios conceptos de responsabilidad hipotecaria. Finalmente el valor de adjudicación no supera la cifra de responsabilidad y tampoco existe sobrante que haya de ser puesto a disposición de los acreedores posteriores.

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15551)

Admite la inscripción de un decreto de adjudicación a favor del cesionario del remate en una ejecución judicial de hipoteca, a pesar de que la adjudicación se realiza una vez transcurrido el plazo de 40 días que para la cesión establece el artículo 670-1 LEC. El registrador exige el otorgamiento de escritura pública y la liquidación fiscal de las dos transmisiones: la de la subasta y la de la cesión extemporánea.

La cesión del remate, al materializarse dentro de un proceso y producir efectos procesales, es un contrato típico procesal. La vigilancia del cumplimiento de sus requisitos corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, ante el cual deben comparecer transmitente y adquirente. Como encargado de la ejecución, también corresponde al Letrado decidir sobre el cumplimiento de los plazos o su preclusión (artículo 136 LEC). La calificación registral de documentos judiciales está limitada: en general, a los extremos del artículo 100 RH; y en particular para el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, a los extremos del artículo 132 LH. En ninguno de estos preceptos se incluye el control de extemporaneidad de los plazos procesales, que se desarrolla íntegramente en sede judicial.

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16284)

En 1999 se otorgó e inscribió escritura de préstamo hipotecario en la que se estipuló la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución extrajudicial, si bien el registrador no inscribió esta estipulación sobre la base de la doctrina jurisprudencial (S TS 4 mayo 1998, S TS 14 julio 2008, entre otras) referida al entonces vigente artículo 129-2 LH, que lo consideraba derogado por su carácter previo e incompatible con la Constitución. El mismo registrador expidió y anotó en 2012 certificación de dominio y cargas para ser aportada al procedimiento extrajudicial iniciado para la ejecución del préstamo. Ahora,

presentada la compraventa derivada de la ejecución, un registrador distinto deniega la inscripción de la venta derivada de la ejecución, por no constar inscrito el pacto de ejecución extrajudicial.

La Dirección confirma la calificación que deniega la inscripción de la venta por no constar inscrito el pacto de ejecución extrajudicial, dado el principio legal de inscripción constitutiva de la hipoteca (artículos 1875 Cc, 130 LH, entre otros). No acoge tampoco la alegación del recurrente de que el registrador va contra sus propios actos al haber expedido la certificación de dominio y cargas sin reserva alguna, ya que: la propia certificación fue literal y reflejaba por tanto la falta de inscripción del pacto (lo cual fue tenido en cuenta por el notario que autorizó el procedimiento); el registrador que ahora deniega la inscripción es diferente de quien inscribió la hipoteca y expidió la certificación; además y sobre todo, la expedición de certificación en sí misma no puede sanar la falta de inscripción del pacto de ejecución extrajudicial, que determina que todo el procedimiento esté viciado de origen.

R. 25 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16290)

Se deniega la inscripción de una adjudicación de finca resultante de un procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, por defectos relativos a las notificaciones a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca, a quienes corresponden los derechos de intervenir en la subasta o de satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca (artículo 236-d-1 RH).

Esta notificación es uno de los trámites esenciales del procedimiento. Debe realizarse en la forma prevista en la legislación notarial, que distingue entre actas de remisión de documento por correo del artículo 201 RN (que acredita el simple hecho del envío, pero no confiere al requerido derecho a contestar en la misma acta y a costa del requirente) y las propiamente denominadas actas de notificación o requerimiento de los artículos 202 a 206 RN. Respecto de éstas últimas, el artículo 202 RN permite hacer el requerimiento personalmente por el notario, o por correo certificado con aviso de recibo siempre que de una norma legal no resulte lo contrario. Pero de la jurisprudencia constitucional (S TC 2 julio 2007 y S TC 20 abril 2009) resulta que las notificaciones por correo certificado con aviso de recibo no pueden entenderse realizadas si no resulta la cumplimentación de la entrega por el funcionario de correos, pues de lo contrario, será precisa la notificación notarial personal.

Así, en el supuesto resuelto se deniega la inscripción de la adjudicación hipotecaria calificada, porque, intentada mediante correo certificado con acuse de recibo la notificación notarial a los actuales titulares registrales de la finca, no consta la recepción por alguno de los destinatarios, por lo que no puede estimarse válidamente realizada la notificación en cuanto al mismo.

R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16387)

Deniega la inscripción de la adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas resultantes de un procedimiento de ejecución hipotecaria, por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas.



El requerimiento de pago al tercer poseedor, es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (artículo 132-1 LH) y procesal (artículo 685 LEC), cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

R. 10 octubre 2019 (BOE 283, 25-XI-19: 16925)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas. No se acredita el pago, no sujeción o exención del impuesto correspondiente (artículo 254 LH) ni la autoliquidación o presentación para el pago de la plusvalía municipal (respecto de la cual es doctrina de la Dirección que bastaría la mera comunicación del adquirente, al tratarse de una transmisión onerosa). Falta la manifestación del nuevo propietario relativa a la situación arrendaticia del inmueble o en su caso, a las notificaciones previstas en el artículo 25 LAU. Por último se suspende la cancelación de las anotaciones preventivas que han dado origen a la adjudicación y a los asientos posteriores, por encontrarse las primeras ya canceladas por caducidad.

R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17052)

Suspende la inscripción de un mandamiento de cancelación de cargas dictado en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, que se pretende obtener sin acompañar el decreto de adjudicación.

El mandamiento presentado aisladamente no es título suficiente para practicar la cancelación de la hipoteca, sino que debe presentarse y despacharse primero el auto de adjudicación (así lo interpreta la Dirección sobre la base del artículo 133 LH). En caso de no hacerse así, la cancelación de la hipoteca exigirá otorgar la correspondiente escritura de cancelación por la entidad acreedora, o en procedimiento judicial seguido contra dicha entidad acreedora cuya pretensión sea precisamente obtener dicha cancelación.

R. 4 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17058)

Deniega la expedición de certificación registral solicitada en mandamiento judicial para ejecución hipotecaria, porque la entidad demandante y ejecutante es sólo la SAREB, la cual es titular de la hipoteca en cuanto a un 94%, estando inscrito el otro 6% a nombre de un banco. La hipoteca debería ejecutarse por ambas entidades.

Es doctrina de la Dirección que el carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar la titularidad respectivamente proindivisa, colectiva o solidaria de la hipoteca que lo garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en caso de obligación parciaria pero no en los demás casos. En la hipoteca parciaria -como la del supuesto- no es necesaria la actuación conjunta de todos los acreedores para la ejecución de la hipoteca, sino que es posible la actuación aislada y unilateral de cada acreedor respecto de su cuota de titularidad hipotecaria, lo cual viene posibilitado por el artículo 227 RH que considera preferentes las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor. El desenvolvimiento práctico de la ejecución hipotecaria separada de su cuota a instancias de uno de los acreedores parciarios sería semejante al caso de varias hipotecas de igual rango: la ejecución separada de una cuota indivisa de hipoteca dejaría subsistente la cuota de los demás titulares no ejecutantes.

Pero lo que pretende el recurrente es que uno de los cotitulares de la hipoteca la ejecute por entero, como si el crédito fuese solidario. Tampoco cabe admitir que se esté ejecutando el derecho de uno de los cotitulares sobre el porcentaje de finca hipotecada que le corresponde, ya que no estamos ante una hipoteca de titularidad unitaria que grave una cuota de finca, ni ante dos hipotecas que graven cada una de ellas una cuota indivisa diferente sobre una misma finca, sino que se trata de una hipoteca de titularidad plural por cuotas que grava la totalidad de la finca.

EXTENSIÓN OBJETIVA

R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16378)

Una finca hipotecada fue agrupada con otras dos, haciendo constar entonces el registrador el arrastre de la carga hipotecaria a la inscripción de la finca resultante de la agrupación. Posteriormente el préstamo fue novado y subrogado a otro deudor. Ahora se pretende inscribir la adjudicación de toda la finca resultante de la agrupación, derivada de la ejecución judicial de la hipoteca. El registrador lo deniega, entendiendo que en la inicial inscripción de hipoteca no consta expresamente la extensión a las fincas que se agrupasen en el futuro con la inicialmente gravada, por lo que la inscripción del título calificado exigiría cancelar primero la inscripción de agrupación (y mantener las cargas posteriores existentes sobre la finca resultante de agrupación, sólo en cuanto afecten a las otras fincas agrupadas no afectadas por la hipoteca ejecutada).

Sin embargo la Dirección admite la inscripción del decreto de adjudicación, ya que tanto en la escritura de préstamo hipotecario como en su inscripción consta el pacto de extensión a cuanto mencionan los artículos 109, 110 y 111 LH, de modo que una interpretación favorable a la producción de efectos del contrato permite entender que se ha convenido la extensión también a la agrupación excluida por el artículo 110-1 "in fine". Esta posición se ve además reforzada por la novación posterior. La postura contraria perjudicaría manifiestamente al acreedor que vería muy dificultada la ejecución de su hipoteca.

INTERESES

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10528)

Admite la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda habitual, en la que se estipula que la liquidación de los intereses ordinarios se hará sobre la base del año comercial de 360 días en el denominador, en vez del año natural de 365 días.

Ciertamente el cálculo de la TAE debe verificarse sobre la base de años naturales, tal y como establecen imperativamente el artículo 17 Directiva 2014/17 y el Anexo V Orden EHA 2899/2017. El título calificado cumple esta exigencia en cuanto a la TAE. Sin embargo, en cuanto a la fórmula de cálculo del interés no existen normas ni sentencias que establezcan el desequilibrio que supone basarse en el año comercial de 360 días. Además, tal desequilibrio tampoco existe en el título calificado, porque se prevé que los meses sean siempre de 30 días y que en los períodos inferiores a un mes se resten de 30 los días ya transcurridos del mes (sin importar que se trate de meses de 28, 30 o 31 días), lo cual equilibra la posición de las partes.

INCOMPATIBILIDAD NOTARIAL

R. 10 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11355)

Deniega la inscripción de la escritura de liquidación de gananciales y aceptación y adjudicación de la herencia de los padres del notario autorizante, que autoriza la escritura “por mí y ante mí”, adjudicando los bienes a sí mismo y a los demás herederos, quienes se adhieren posteriormente mediante escritura independiente.

Los artículos 22 LN y 139 RN son taxativos e imperativos. La incompatibilidad del notario autorizante de la escritura del supuesto es doble: la que afecta al notario en relación con su propia adquisición; y la que le afecta en relación con las adquisiciones de sus hermanos, parientes de segundo grado por consanguinidad. Es exigible a todo notario una determinada conducta de abstinencia en casos como el presente, prestando especial atención a los supuestos que, sin estar formalmente incluidos en el ámbito de la norma, estén materialmente comprendidos en su espíritu, así como a la potencial percepción social de una falta de imparcialidad o neutralidad en su actuación notarial (R. Sistema Notarial 19 diciembre 2018).

INMATRICULACIÓN

R. 7 junio 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9972)

Suspende la práctica de una inmatriculación pretendida por la vía del artículo 205 LH, por falta de aportación del título previo de adquisición del transmitente, y por falta de coincidencia entre la descripción de la escritura y la del Catastro. Si se pretende inmatricular una delimitación perimetral de suelo distinta de la que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica en cuanto a ubicación, delimitación o superficie, lo procedente será modificar previamente el Catastro.

R. 6 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15144)

Estima procedente la negativa del registrador a iniciar un procedimiento de doble inmatriculación. Ciertamente, de la documentación presentada y de las herramientas auxiliares disponibles para la calificación, resulta la existencia de datos suficientes para disipar las dudas del registrador sobre la identidad de las fincas objeto del expediente. Sin embargo, una de las fincas afectadas es titularidad de la Administración, y el artículo 209-2 LH hace prevalecer el procedimiento administrativo específico que tenga por objeto resolver la doble inmatriculación. Este procedimiento se desarrolla en los artículos 48 a 53 RD 1373/2009, que consideran hábil a estos efectos la certificación administrativa recaída en el mismo con previo informe técnico y de la Abogacía del Estado.

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16034)

Solicitada la inmatriculación de una finca conforme al artículo 205 LH y constando en certificación municipal aportada que la parcela donde se ubica la finca está destinada a viales, la registradora realiza la preceptiva notificación al Ayuntamiento, quien no responde en el plazo legal de un mes, y concluye denegando la inmatriculación pretendida por considerar que hay dudas de posible invasión de dominio público.

La Dirección admite la inscripción. Ciertamente es doctrina consolidada que en casos como el resuelto la mera falta de respuesta de la Administración no puede equipararse a la no oposición a la inmatriculación (R. 11 octubre 2018). Pero también ha declarado la Dirección que la mera afectación de una finca para ser destinada a viales no implica su carácter demanial hasta que se produzca el acto formal de expropiación, cesión y aceptación por la Administración cesionaria (R. 31 mayo 2017).

R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16386)

Deniega la inscripción de una sentencia que ordena la inmatriculación de dos fincas, cuya superficie de suelo no consta en la sentencia presentada, y cuya superficie construida no coincide con la certificación catastral descriptiva y gráfica obtenida por la registradora al haber caducado las aportadas por la parte presentante.

R. 10 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16820)

Habiéndose tramitado el procedimiento notarial del artículo 203-1 LH, el registrador emitió la preceptiva certificación de la que resulta que las fincas cuya inmatriculación se pretende ya están inscritas a nombre de otros interesados, negándose por ello a practicar la anotación preventiva prevista en el artículo 203-3 LH. Ahora se desestima la inscripción de la escritura notarial que contiene la misma pretensión de inmatriculación.

El artículo 203-1 dispone que si se produce la coincidencia total o parcial con una finca ya inscrita, el registrador certificante lo deberá comunicar al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones.

R. 10 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16821)

Deniega la tramitación de un expediente de doble inmatriculación, iniciado por el titular registral de una finca -en cuya inscripción no hay dato catastral alguno-, quien afirma que otra finca inmatriculada posteriormente -con constancia de sus datos catastrales- a nombre de otra persona es realmente parte de la superficie de la finca del promotor. Falta la acreditación de la correspondencia entre ambas fincas.

R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16822)

Admite la inmatriculación de una finca, pretendidas por la vía del artículo 205 LH mediante escritura de ampliación de capital, no entendiendo fundadas las dudas registrales de identidad, basadas únicamente en el hecho de que los números de parcela y polígono de la finca descrita en el título coinciden con los de otra que ya consta inscrita, pero sin otras coincidencias en la descripción literaria. Las dudas registrales en cuanto a la identidad de las fincas deben estar justificadas mediante la aportación de datos fácticos que permitan deducir la identidad de las mismas.

R. 8 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17141)

Admite la inmatriculación de una finca urbana, que se pretende por la vía del artículo 205 LH, a pesar de que entre la escritura inmatriculable y la certificación catastral descriptiva y gráfica hay una diferencia de superficie de unos pocos decímetros cuadrados. El registrador deniega la inscripción sobre la base de que la coincidencia exigida legalmente debe ser total, sin que sea de aplicación el mar-



gen del 10% tolerado para la constatación registral de la referencia catastral.

Sin embargo, la Dirección entiende que el registrador debería haber precisado en qué extremos no se cumple la exigencia legal de identidad, sobre la base de que el juicio registral a tal efecto no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Por otro lado, la diferencia de cabida es de escasísima magnitud y bien puede obedecer -como alega el recurrente- a que el formato actual de las certificaciones catastrales sólo expresa la superficie en números enteros de metros cuadrados por redondeo de decimales.

JUNTA DE PARIENTES (DERECHO ARAGONÉS)

R. 21 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15552)

Se debate la inscripción de una escritura de herencia otorgada por los hijos de la causante. La herencia está sometida a Derecho aragonés y los interesados tienen vecindad aragonesa. Una de las hijas y herederas repudia la herencia por sí y además -junto con su esposo- en nombre y representación derivada de la autoridad familiar sobre su hijo menor de edad. Para cumplir con las exigencias del artículo 346-2 CDFA, intervienen y autorizan la renuncia el abuelo paterno y una tía-abuela materna del menor, quienes actúan como junta de parientes, lo cual afirma el notario lacónicamente que le “consta por notoriedad”, sin explicar los criterios seguidos para seleccionar los vocales en función de su parentesco e idoneidad. El registrador entiende que la constitución de la junta adolece de falta de acreditación en forma y de idoneidad de sus componentes, considerando que estos extremos deben justificarse mediante acta de notoriedad.

La Dirección confirma la calificación registral y deniega la inscripción. La facultad de apartarse motivadamente de los criterios de composición de la junta se reconoce al Juez; pero por el contrario, en la actuación bajo fe notarial la aplicación de las reglas de composición es automática (Exposición de Motivos y artículos 172 y 173 CDFA). Ciertamente el artículo 164 RN dispone que cuando la representación emane de la ley, no será necesario justificarla si al notario le consta por notoriedad; pero tal posibilidad -entiende la Dirección- se reduce a la representación directamente emanada de la ley, es decir patria potestad o autoridad familiar, pero no se extiende a los casos en que la representación emana de una determinación judicial, la cual deberá acreditarse, tal y como ocurre con la tutela, curatela, patria potestad o autoridad familiar prorrogada, o atribuida a uno solo de los cónyuges. En el caso de la constitución de la Junta de Parientes no hay resolución derivada de un procedimiento judicial o notarial, sino sólo una declaración de notoriedad sobre la válida constitución de la junta. El medio para tal declaración puede ser el acta de notoriedad del artículo 209 RN, que puede hacerse en el mismo cuerpo de la escritura. Queda a la responsabilidad del notario la práctica de “cuantas pruebas estime necesarias” (209-2º), sin que el registrador pueda hacer una calibración de las practicadas. Ahora bien, en el caso resuelto no basta con la escueta notoriedad expresada por el notario recurrente, sino que habrá que cumplir con los requisitos reglamentarios: constancia necesaria de todas las pruebas practicadas, en este caso los documentos que determinan la proximidad de grado y la manifestación de idoneidad; así como emisión detallada de juicio sobre la situación personal, es decir, que

los parientes llamados son los más próximos en grado, uno de cada línea y que son idóneos.

[Me permito romper por una sola vez mi tónica habitual de no comentar resoluciones, y me voy a permitir emitir una opinión exclusivamente jurídica sobre este pronunciamiento de la Dirección, que afecta a una institución de tanta raigambre notarial -en el ámbito del Derecho aragonés- como la junta de parientes.

En esencia, creo que la resolución plantea dificultades de encaje con dos normas aragonesas, los artículos 174 y 178-1 CDFA; es decir, con la simultaneidad entre la constitución y la decisión de la junta de parientes constituida en un instrumento autorizado por notario; y con la presunción de validez y eficacia de sus acuerdos.

-Respecto de la primera de las dos cuestiones, conviene recordar que el artículo 164 RN exime al notario de justificar la representación legal cuando le conste por notoriedad. Y resulta ciertamente lógico circunscribir esta exención -como hace la Dirección- a los supuestos en que la representación emana directamente de la ley, pero no a los casos en que debe mediar una resolución judicial (por ejemplo, un auto de tutela), la cual deberá ser siempre acreditada.

La Dirección se plantea a cuál de las dos situaciones obedece la actuación de los parientes constituidos en junta notarial conforme a las normas aragonesas; y es aquí donde no tiene en cuenta las particulares características de esta modalidad de junta. En la junta notarial no existe una resolución o decisión previa a la propia constitución de la junta, sino que la misma se constituye “cada vez que, hallándose juntos sus miembros, decidan por unanimidad bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados” (artículo 174 CDFA), añadiendo la Exposición de Motivos que en la junta ante notario el legislador establece “unas reglas de composición que puedan aplicarse automáticamente cuando los parientes llamados quieran actuar bajo fe notarial”. En conclusión, que coinciden en el tiempo y en el mismo documento la constitución de la junta y su decisión; e incluso en el título calificado coincide también con ellas el acto objeto de aprobación. Corresponde por tanto al notario autorizante de la escritura la decisión simultánea sobre la selección de los parientes -que realizará bajo su responsabilidad en virtud de los datos de que disponga y de la aplicación “automática” de las normas sobre composición de la junta-, y el control sobre el correcto funcionamiento del órgano. Y todo ello en unidad documental.

De este modo, la autorización misma del documento calificado por el notario dejando constancia de que determinados parientes actúan en junta para representar o asistir al menor, implica su juicio sobre la validez de la constitución y funcionamiento del órgano, los cuales no existen más allá del propio otorgamiento del que forman parte. Y este juicio, que constituye una competencia exclusiva del notario, en cuanto también lo es la autorización misma del instrumento, no se basa en ninguna resolución o acuerdo previo que deba acreditarse, sino que consiste en una decisión simultánea sobre la aplicación automática y directa de la ley por parte del notario autorizante, quien está expresamente facultado por el artículo 164 RN para no tener que justificarla si afirma que las circunstancias que la fundamentan le constan por notoriedad.

Y debe notarse por cierto, que el artículo 164 RN habla de una simple afirmación de notoriedad, pero no exige necesariamente la tramitación del acta de su artículo 209. La calificación recurrida en el

supuesto arrastra a la Dirección al error de confundir ambas figuras, que aun produciendo el mismo desenlace -una declaración de notoriedad-, tienen diferentes base legal y requisitos procedimentales. En comparación con la regulación general de las actas de notoriedad del artículo 209, el mencionado artículo 164 sólo puede concebirse como un precepto simplificador, que dentro de su concreto ámbito permite a través de una afirmación notarial directa economizar trámites probatorios en beneficio de los otorgantes. Por lo demás, el hecho de que en este tipo de supuestos un órgano administrativo imponga la exigencia de tramitar un acta de notoriedad, constituye una injerencia totalmente ajena y extraña a las disposiciones del legislador civil aragonés.

-El pronunciamiento de la Dirección presenta también dificultades de encaje con la regla del artículo 178-1 CDFA: "las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez". Este precepto sienta una presunción general de validez de las decisiones de la junta que sólo puede ser desvirtuada por la autoridad judicial, con exclusión por tanto -entre otros- de órganos administrativos o funcionarios. Esta presunción es plenamente coherente con la atribución al notario de la competencia para seleccionar los integrantes de la junta y simultáneamente documentar su actuación. De hecho, esta presunción convierte tal competencia en exclusiva del notario, a salvo la eventual revisión judicial.

Por otro lado, tampoco cabe argumentar que la presunción legal de validez se refiere literalmente sólo a las decisiones de la junta, y no a su constitución. Tal objeción no resultaría en absoluto coherente con el resto del ordenamiento. Si, por ejemplo, se presenta a inscripción en el Registro Mercantil un título que documente la decisión de un acuerdo societario, lo primero que calificará al registrador es la válida constitución y convocatoria del órgano competente. Lo mismo ocurre en otros ámbitos -sometidos o no a calificación registral-, como el Derecho asociativo o la propiedad horizontal. También en relación a la junta de parientes, dispone el artículo 179-2 CDFA que "los defectos formales en la constitución o funcionamiento de aquella que no sean de mero trámite, acarrearán la nulidad absoluta de sus acuerdos". En definitiva, si el control de legalidad de los acuerdos de los órganos colegiados abarca la forma en que han sido constituidos, lo coherente es que de la misma manera, cuando se presume legalmente la validez de sus decisiones, tal presunción se extienda también a la válida constitución del órgano. Una interpretación diferente resultaría contradictoria con el resto del ordenamiento y desvirtuaría injustificadamente el valor de la presunción sentada por el legislador aragonés.]

MEDIOS DE PAGO

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14227)

Consta inscrita una compraventa cuyo precio aplazado quedó garantizado con condición resolutoria, la cual acordaron los otorgantes que se cancelaría mediante instancia, a los efectos del artículo 82-5 LH, una vez transcurridos seis meses desde la fecha del último vencimiento, siempre que no resulte del Registro asiento en contrario. Ahora se debate la cancelación solicitada unilateralmente por el comprador mediante instancia en la que hace constar que ha transcurrido el plazo pactado y que el precio ya ha sido pagado. El registrador lo deniega por falta de constancia de los medios de

pago (artículo 254-3 LH). Sin embargo, la Dirección admite el asiento pretendido por entender que la cancelación de una condición resolutoria por caducidad no es acto o contrato oneroso con contraprestación dineraria, sino la extinción de un derecho de garantía por la caducidad convenida por las partes. Aun cuando existan pagos no acreditados, el presupuesto esencial acordado para la cancelación es el transcurso del tiempo, con independencia de que el pago del precio se haya producido -como en el supuesto- o no.

R. 3 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15561)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado, porque actualmente la finca se encuentra inscrita a nombre de la entidad que resultó adjudicataria en el procedimiento de ejecución de la hipoteca que figuraba inscrita con anterioridad a la venta en documento privado. No cabe extender las consecuencias de un procedimiento a quienes no han intervenido en él.

Por otro lado, también se desestima el recurso contra el otro defecto señalado por la calificación: no cabe admitir como medio de pago de la compraventa la subrogación por parte del comprador en la hipoteca, porque la misma ya no existe al haber sido cancelada como consecuencia del mandamiento de cancelación de cargas emitido junto con la adjudicación hipotecaria.

R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16832)

Deniega la inscripción de una escritura de permuta de varias fincas a cambio de una contraprestación mixta consistente en unos títulos valores y en un derecho de crédito contra tercero derivado de un préstamo. Es preciso identificar los medios de pago de las cantidades prestadas, porque si no se exigiera así, bastaría para eludir la norma del artículo 254 LH con articular las transmisiones onerosas mediante la ficción de que la contraprestación consiste en un crédito derivado de un préstamo injustificado. Es doctrina consolidada la que exige acreditar los medios de pago en los reconocimientos de deuda en que se invoque expresamente un préstamo previo, porque éste será su causa, salvo que en el reconocimiento se hubiese pactado expresamente el efecto extintivo del préstamo u obligación primitiva.

Concorre otro defecto que también estima la Dirección: en el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los apoderados de las sociedades otorgantes, el notario no declara tener a la vista copia auténtica de las escrituras de poder. Ciertamente podría entenderse que si el notario autoriza la escritura juzgando suficientes las facultades representativas sin reserva alguna en cuanto a la falta de exhibición del documento auténtico del que resultan, será porque la habrá sido aportado dicho documento, ya que según el artículo 98-1 Ley 24/2001 este es precisamente el medio de acreditar la representación alegada. Pero es igualmente cierto que la precisión técnica exigible a todo documento notarial impone rechazar las expresiones genéricas, imprecisas o ambiguas.

MENCIÓN DE DERECHOS

R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16844)

Deniega la inscripción de un auto judicial firme que declara el dominio sobre una finca, en cuanto a la manifestación por la que se



atribuye a una persona la facultad de construir un alpendar junto a determinado lindero, por debajo de otro alpendar. Esta manifestación no forma parte de la descripción de la finca en los términos del artículo 9-a) LH, sino que constituye un derecho a edificar que, como tal, es susceptible de inscripción separada y especial, y cuya naturaleza, extensión, condiciones y valor -si constare- han de reflejarse en el título conforme a la letra c) del mencionado artículo.

MINAS

R. 26 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16292)

Suspende la inscripción en el Registro de la Propiedad de una transmisión (aportación a sociedad mercantil) de un concesión de explotación minera, por falta de aportación de la autorización administrativa exigida por el artículo 63 RH en conexión con el artículo 94 Ley Minas. Ciertamente el artículo 100 LM dispone que las autorizaciones de este Título serán únicamente a efectos administrativos, dejando a salvo los derechos y obligaciones civiles; pero la previa acreditación de la autorización administrativa está legalmente configurada como un requisito de inscripción del acto de transmisión de la concesión minera. En el caso de este expediente no sólo no se acredita la obtención de la autorización, sino que consta su expresa denegación por el órgano administrativo competente.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16841)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa, porque no consta el NIF o NIE de la persona física que comparece como apoderada de los vendedores, a quien se identifica mediante su pasaporte ucraniano.

Los artículos 254-2 LH y 23 LN exigen la acreditación del NIF o NIE en los actos que, o bien se refieran a derechos reales sobre inmuebles, o bien tengan trascendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia se extiende tanto a los comparecientes, como a las personas o entidades en cuya representación actúen.

OBRA NUEVA

R. 12 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10147)

Admite la inscripción de la obra nueva de una cochera y un almacén, respecto de las que se aportan las coordenadas de la porción de suelo ocupada, sin necesidad de georreferenciar toda la finca sobre la que se alza la construcción, como exigía el registrador alegando que existe una diferencia de cabida de más del 10% entre la superficie inscrita y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica.

Es doctrina consolidada que la georreferenciación de la finca sobre la que se alza la obra permite efectuar el análisis geométrico espacial que conduzca a concluir sin dudas que la porción edificada está ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. Pero tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino que deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, y deberán referirse a que la representación gráfica de la

finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes, o a que se encubre un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

En la calificación recurrida en este supuesto, no se manifiesta ninguna circunstancia justificativa de dudas sobre la extralimitación de la obra, como podría ser la ubicación del edificio respecto de los linderos o la existencia de modificaciones descriptivas no manifestadas en el título, por lo que se estima el recurso y se admite la inscripción.

R. 17 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10518)

Admite la inscripción de un acta de fin de obra, desestimando los dos defectos formales apreciados por la calificación y relativos al libro del edificio.

La Dirección admite que el libro del edificio conste en varios ficheros informáticos. No hay exigencia legal de que conste en uno solo. De hecho, la ley lo configura no como un único documento, sino como la suma de varios.

Ciertamente la R. 29 octubre 2015 conjunta de DGRN y DGC, al establecer los requisitos técnicos del intercambio de información entre los Registros y el Catastro, exige literalmente que el libro del edificio se presente en soporte informático, en formato PDF y autenticado por el promotor con su firma electrónica o por otro medio fehaciente. Pero esta norma no debe interpretarse como exigencia de titulación pública para el depósito de una documentación eminentemente privada, sino en el sentido de entender que el promotor cumple con su obligación de depósito en el Registro bastando con que el libro se encuentre suscrito con firma electrónica o por otro medio fehaciente, que bien puede ser una instancia con firma legitimada notarialmente, o bien firmada o ratificada ante el registrador. En el supuesto resuelto, se ha autorizado un acta notarial otorgada por el promotor, que incorpora certificado técnico del que resulta expresamente que el libro del edificio se ha entregado al promotor, y esta acta junto con el libro ha sido presentado en el Registro por el mismo notario.

R. 20 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10522)

Declara inscribible una declaración de obra por la vía del artículo 28-4 LS, a la que se incorpora certificación de técnico que declara que “se estima que la finalización de las obras es de 1990”. El registrador exige una afirmación más concluyente. Pero para la Dirección es suficiente. “Se estima” no implica falta de rotundidad o certeza, sino que es equivalente a “se calcula”, “se determina” o “se considera”, quedando bajo la exclusiva responsabilidad del técnico la veracidad y exactitud de las afirmaciones contenidas en el certificado que expide. Aunque sea una estimación aproximada, excede con mucho del plazo de prescripción de 4 años que establece la legislación del suelo de Madrid. Por último, el registrador podría haber consultado de oficio el Catastro, de donde resulta una antigüedad superior al plazo de prescripción.

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10526)

Admite la inscripción de una declaración de obra nueva desestimando los dos defectos de la calificación, relativos a la licencia de obras.

En primer lugar se cuestiona la vigencia de la licencia, ya que en ella se establecía unas fechas máximas de inicio y terminación de obras, que han resultado infringidas. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial (S TS 5ª 21 diciembre 2000) referida a la caducidad de licencias, que: esta caducidad no opera automáticamente, sino que exige la previa tramitación del correspondiente expediente (confirmado por la Ley 10/1990 de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares); requiere plena constancia de la inequívoca voluntad del titular de la licencia de abandonar la obra; no basta la mera inactividad, sino que deben ponderarse las circunstancias concurrentes; por último la caducidad, al impedir el ejercicio de derechos, debe ser interpretada con carácter restrictivo. Además, en este supuesto consta un certificado municipal donde, si bien la secretaria no lo certifica expresamente, si deja constancia de que no se ha incoado expediente de caducidad de la licencia de obras. Exigir una declaración expresa de vigencia de la licencia resultaría incompatible con la presunción de validez del acto administrativo y con la citada jurisprudencia.

En segundo lugar, se cuestiona la titularidad de la licencia, que fue concedida inicialmente a una sociedad que nunca ha sido titular registral, y que posteriormente vendió el solar y transmitió la licencia a la sociedad que ahora, como titular registral, declara la obra. Las licencias de obras tienen carácter real, pues su objeto es controlar que la obra se adapta a la legalidad, con independencia de la persona del solicitante; y además se entiende otorgadas a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero (artículo 12 Reglamento Servicios Corporaciones Locales). En consecuencia, las licencias se pueden transmitir, si bien el antiguo y el nuevo constructor deben comunicarlo al Ayuntamiento, sin lo cual quedarán ambos sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular (artículo 13). En el caso resuelto, el adquirente ha comunicado la transmisión al Ayuntamiento.

R. 8 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11079)

Deniega la inscripción de una escritura en la que se divide horizontalmente un edificio previamente inscrito. En primer lugar, porque existe una modificación de las superficies tanto edificadas como del solar (el cual consta inscrito como de 175 metros cuadrados ocupando la edificación en planta baja 169, mientras que en el título mide 168 totalmente ocupados por la edificación), de modo que aunque no se declara formalmente una obra, resultan de aplicación los requisitos de inscripción de las declaraciones de obra de los artículos 202 LH, 28 LS y 45 y siguientes RD 1093/1997.

Por otro lado, debe inscribirse la representación gráfica de la finca para hacer constar en el asiento las coordenadas de la edificación expresadas en el título que además deben ser concordantes con la superficie expresada en el mismo. Está debidamente justificada la duda sobre la extralimitación de la construcción, que se aprecia de forma evidente en la documentación gráfica incorporada al título, coincidiendo además las coordenadas de la edificación con las de la parcela, según informe técnico incorporado e informe de validación gráfica incorporado al título; todo lo cual sería fácilmente subsanable mediante la inscripción de la representación gráfica alternativa aportada, que altera el perímetro catastral, por lo que resulta imperativo acudir al procedimiento del apartado 2 del artículo 199 LH.

R. 8 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11081)

Suspende la inscripción de una escritura por la que un edificio previamente inscrito se divide horizontalmente en cuatro elementos independientes, en la que previamente se rectifica la superficie del edificio, si bien no se solicita expresamente la rectificación de la superficie del solar. A la escritura se incorpora testimonio de sentencia estimatoria de recurso de apelación por la que se ordena la constitución en régimen de propiedad horizontal del referido edificio conforme a las especificaciones del informe pericial que obra en autos y que supone una modificación de la finca inscrita.

Debe aportarse la georreferenciación del edificio. En principio no es necesaria la georreferenciación de edificaciones ya inscritas. Sin embargo, en esta caso no consta de los folios registrales la superficie construida de todo el edificio y por ende, tampoco la de planta baja ni la porción de suelo ocupada por la edificación, de modo que la concreción de estos extremos exige la georreferenciación prevista en el artículo 202 LH.

La Dirección desestima los otros dos defectos de la calificación. La antigüedad de la obra, si bien no resulta del Catastro ni de la documentación municipal incorporada, sí que resulta del informe pericial aportado en el proceso, que consta de una fecha fehaciente (la de la sentencia) y ha sido emitido por técnico competente (el perito judicial arquitecto). Tampoco es preciso hacer constar la referencia catastral de cada departamento resultante de la división horizontal, pues los efectos de no hacerlo son los del artículo 44 LCI el cual prevé expresamente que no se impedirá la autorización ni la inscripción del documento.

R. 19 julio 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11685)

Suspende la inscripción de una obra de uso agrícola y una sola planta de 205 metros cuadrados, que se declara por antigüedad sobre una finca inscrita con una superficie de 8.000 metros. En el título se hace constar que la finca registral está formada por dos parcelas catastrales cuya superficie conjunta supera los 15.000 metros, y que la obra se alza exclusivamente sobre una de las dos parcelas. No queda acreditado, ni que la finca registral esté formada por las dos citadas parcelas catastrales, ni que la obra declarada se alce sobre los metros inscritos en el Registro. Las dudas registrales se fundan en la falta de georreferenciación de la finca.

La Dirección recuerda su doctrina relativa a la obligatoriedad de georreferenciar, no ya la porción de suelo ocupada por la obra declarada (que siempre es exigible), sino la finca sobre la que se alza la edificación. La georreferenciación de esta última permite efectuar el análisis geométrico espacial que conduzca a concluir sin dudas que la porción edificada está ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la se declara. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. Pero tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino que deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, y deberán referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes, o a que se encubre un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

En el supuesto resuelto resulta además de la aplicación informática auxiliar del Registro que parte de la parcela catastral sobre la



que se dice que se alza la edificación, está situada en zona de servidumbre de policía de un río, sin que conste autorización de la Confederación Hidrográfica para la construcción que se declara, tal y como exigía ya la normativa vigente al tiempo de la ejecución del acto edificatorio.

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11747)

Admite la inscripción de una declaración de obra nueva en construcción, a pesar de haber transcurrido el plazo para el cual fue concedida la licencia de obras.

Es doctrina jurisprudencial (S TS 5ª 21 diciembre 2000) referida a la caducidad de licencias, que: esta caducidad no opera automáticamente por mero transcurso de plazos, sino que exige la previa tramitación del correspondiente expediente (lo cual es confirmado por la norma autonómica aplicable: artículo 173 Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía); requiere plena constancia de la inequívoca voluntad del titular de la licencia de abandonar la obra; no basta la mera inactividad, sino que deben ponderarse las circunstancias concurrentes; por último la caducidad, al impedir el ejercicio de derechos, debe ser interpretada con carácter restrictivo.

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15150)

Admite la inscripción de un acta de fin de obra referida a una nave destinada a la cría y explotación avícola, sin necesidad de aportar el libro del edificio.

Ciertamente es doctrina consolidada la que exige el depósito registral del libro del edificio, tal y como exige el artículo 202 LH para todo tipo de edificación, ya sea vivienda o industrial, con el fin de tutelar el interés, no ya del promotor, sino el de los ulteriores usuarios de la edificación. Ahora bien, el depósito del libro del edificio será exigible salvo que la normativa autonómica exima del depósito.

Precisamente al supuesto resuelto se le aplica el artículo 2 RD 80/2001 regulador del Libro del Edificio en la Región de Murcia, el cual circunscribe la aplicación de esta norma a los edificios de nueva construcción u objeto de rehabilitación integral cuyo uso principal sea el de vivienda.

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15151)

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15152)

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15153)

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15154)

Como consecuencia de la inscripción de una obra nueva cuya fecha de construcción en 1984 se acreditó catastralmente a los efectos del artículo 20-4 LS-2008 (hoy 28-4 LS-2015), el registrador practicó la preceptiva notificación al Ayuntamiento, quien ahora presenta resolución por la que pretende que se haga constar mediante nota marginal que la edificación no cuenta con licencia de obras, es clandestina y que por tanto, de conformidad con el artículo 182-4 Decreto-Legislativo 1/2010 de Ley de Ordenación del Territorio y la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, pese a que ya no cabe ordenar la demolición de la misma, queda sujeta al régimen de fuera de ordenación y cualquier operación que implique aumento de volumen o consolidación requerirá la previa aprobación de un proyecto de legalización.

La Dirección admite la práctica de la nota solicitada, puesto que la resolución municipal calificada cumple los requisitos de concreción mínima del citado artículo de la LS, que exige expresar la concreta situación urbanística, con delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones impuestas al propietario.

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15565)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de obra nueva sobre finca rústica, efectuada en la vía del artículo 28-4 LS acreditando mediante certificación catastral descriptiva y gráfica que la antigüedad de la obra data de 2008. La Dirección entiende fundadas las dudas de la registradora basadas en que, según consulta realizada por ella al sistema de información urbanístico de la Comunidad Valenciana, el suelo tiene calificación de zona rural protegida municipal, sometida por tanto al régimen de imprescriptibilidad establecido por el artículo 224 Ley 16/2005 urbanística valenciana. Como la información urbanística obtenida es meramente informativa, a falta del preceptivo certificado administrativo procede suspender la inscripción del título calificado hasta que se acredite fehacientemente: o bien, que el suelo ocupado no tiene la mencionada calificación urbanística de especial protección; o bien, que tal calificación es posterior a 2008, fecha de terminación de la obra según el Catastro.

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15567)

Suspenden la inscripción de un acta de fin de obra, al entender fundadas las dudas de la registradora de que la porción de suelo georreferenciada ocupada por la edificación se ubique realmente dentro de la finca registral. Entre la finca registral y la parcela registral hay una diferencia de superficie superior al 10%. De la documentación presentada no resulta que la edificación se sitúe en los límites de la parcela.

Resulta legalmente obligatorio georreferenciar la porción de suelo ocupada por la edificación. Pero en cuanto a la georreferenciación de toda la finca sobre la que se alza la obra, entiende la Dirección que la constancia de la misma permite efectuar el análisis geométrico espacial que conduzca a concluir sin dudas que la porción edificada está ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la se declara. Si la georreferenciación de la finca no consta, es posible que el registrador albergue dudas. Pero tales dudas no pueden ser arbitrarias, sino que -como en el caso resuelto- deberán ser fundadas y motivadas en criterios objetivos y razonados, y deberán referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o en parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes, o a que se encubre un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Por otro lado, se rechazan los otros dos defectos de la calificación. No es preciso aportar licencia de demolición del edificio ruinoso preexistente sobre el suelo edificado, porque, si bien la demolición de edificaciones es acto sujeto a licencia por el artículo 180-1-e LS extremeña, una interpretación finalista permite entender que la licencia de construcción ampara los trabajos previos de demolición. Por otro lado, habiéndose aportado certificado de fin de obra expedido por el técnico director de la obra y firmante del proyecto con firma legitimada, quedan cumplidos los requisitos de los artículos 49 y 50 RD 1093/1997, sin que sea preciso visado colegial alguno.

R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16384)

Suspende la inscripción de una escritura de obra nueva de edificio industrial (taller de vehículos) sito en Extremadura, por falta de aportación de la licencia de primera ocupación. Es doctrina de la Dirección que tal licencia es requisito de inscripción de las obras nuevas terminadas, siempre que la respectiva normativa autonómica establezca que está sujeto a licencia o conformidad administrativa el acto jurídico de uso de la edificación y que no basta con la comunicación previa o declaración responsable.

El artículo 184-1-b Ley 15/2001 de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura -vigente al tiempo de autorizar la escritura y presentarla al Registro- somete a licencia la primera utilización de edificios. El recurrente considera que la obtención de la licencia de obras lleva implícita la obtención de la licencia para la actividad, sobre la base de la errónea interpretación que hace del artículo 84 de la citada Ley extremeña: cuando la implantación de la actividad conlleve la realización de obras sujetas a licencia, el procedimiento de autorización estará implícito en el de la concesión de la licencia. La Dirección interpreta esta norma en el sentido de que si la Administración concede licencia de obras para un taller de vehículos, no puede después denegar la autorización para tal actividad; pero esto no significa que no deba emitir la licencia de primera utilización del edificio, ya que esta última licencia tiene una doble finalidad: verificar si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad para el uso a que se destina, y constatar si la obra ejecutada se ajusta en realidad a la licencia concedida (S TS Sala Contencioso sección 5ª 8 noviembre 2011).

El otro defecto de la calificación -falta de depósito del libro del edificio- se desestima, porque el Decreto 165/2006 sobre Libro del Edificio en Extremadura limita la obligación de depositarlo a las edificaciones cuyo uso principal sea el de vivienda.

R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17055)

Deniega la inscripción de una declaración de obra nueva en construcción, porque no consta la firmeza del acto administrativo de concesión de licencia de obra. Se trata de un acuerdo de la Junta de Gobierno Local, que pone fin a la vía administrativa, pero es susceptible de recurso potestativo de reposición. La firmeza del acto administrativo debe resultar del propio certificado que lo formaliza; y no puede presumirse en ningún caso.

Ahora bien, la Dirección desestima el otro defecto señalado en la calificación. La licencia de obras está sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones por el declarante, cuya constancia registral se exige en ella. El registrador exige para tal constancia el consentimiento expreso del declarante, sobre la base de los artículos 74 y 76 RD 1093/1997, que exigen, para hacer constar en el Registro las condiciones de las licencias, o bien instancia del titular registral, o bien que resulte que el procedimiento ha contado con su audiencia. Sin embargo, la Dirección sienta la siguiente doctrina sobre las condiciones modalizadoras de las licencias: cuando el titular registral solicite expresamente que no se reflejen en el Registro, la escritura sólo podrá inscribirse con autorización expresa del órgano administrativo; pero cuando -como en este caso- se opone por parte del titular otorgante, no cabe imponer un nuevo consentimiento específico para la inscripción de las condiciones de la licencia, ya que es evidente que acepta su contenido,

quedando su intervención en el procedimiento administrativo debidamente acreditada.

PARCELACIÓN, DIVISIÓN, SEGREGACIÓN

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14224)

Deniega la inscripción de una escritura actual por la que se solicita que se inscriba una previa escritura de segregación otorgada en 2005 y que, sobre el resto de finca, se inscriban unas edificaciones que se declaran construidas hace más de diez años.

Es doctrina consolidada la que reconoce la analogía a la hora de admitir la prescripción acreditada, respecto de la inscripción, no sólo edificaciones (artículo 28-4 LS), sino también divisiones o segregaciones antiguas. La segregación es un acto eminentemente registral, cuya inscripción queda sujeta a los requisitos vigentes al tiempo de la presentación, aunque su otorgamiento se haya producido bajo un régimen normativo anterior. El Tribunal Constitucional y el Supremo han matizado el principio de irretroactividad, en el sentido de admitir la aplicación de las normas a actos nacidos bajo la legislación anterior pero cuyos efectos no se hayan agotado o consumado y siempre que no perjudiquen derechos consolidados de particulares. Para la Dirección esta retroactividad deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de parcelación conformes con la legislación vigente al tiempo de producirse.

Sin embargo, en el supuesto resuelto no se cumplen los requisitos que permitirían la inscripción de la segregación solicitada por prescripción de eventuales infracciones urbanísticas: no se acredita en qué año se incorporó al Catastro esa concreta situación parcelaria; del certificado municipal incorporado a la escritura actual resulta que la Administración se reserva el ejercicio de las potestades urbanísticas y sancionadoras que la atribuye la Ley; por último, no concuerdan las superficies catastral y registral, ni de la porción segregada ni del resto de finca. Por otro lado, tampoco se aportan las coordenadas georreferenciadas de la porción ocupada por la obra.

R. 27 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16294)

Deniega la inscripción de la venta de tres cuartas partes indivisas de dos fincas rústicas sitas en Andalucía, a favor de dos personas físicas y una sociedad mercantil que adquieren una cuarta parte indivisa cada una de ellas. No se incluye pacto alguno relativo a la asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte de dichos inmuebles a cada uno de los compradores.

El artículo 66 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía fija un concepto muy amplio de lo que se considera parcelación urbanística, que precisaría por tanto licencia administrativa o declaración de innecesariedad. En efecto, este precepto considera también actos reveladores de posible parcelación urbanística en general aquéllos en los que, mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales, o asignaciones de uso o cuotas en proindiviso de un terreno, o de una acción o participación social, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte de terreno equivalente.

Así, en el supuesto resuelto concurren elementos objetivos de los que puede inferirse el posible peligro de creación de un núcleo de población o parcelación urbanística: respecto de una de las fin-



cas, el certificado catastral revela que existen sobre ella dos viviendas; y respecto de la otra, que aparece catastrada como de secano y siendo por tanto la superficie mínima segregable de 2'50 hectáreas, siendo de aplicación el artículo 8-a Reglamento Disciplina Urbanística de Andalucía que considera acto revelador de posible parcelación la transmisión de cuotas de suelo no urbanizable que haga corresponder teóricamente a su titular una superficie inferior a la parcela mínima divisible (que en este caso sería de 6.625 metros cuadrados).

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18460)

Suspende la inscripción de una escritura de segregación y donación. A los efectos del artículo 254 LH, no se acredita la autoliquidación o declaración relativa al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, siendo la donación una transmisión y por tanto hecho imponible de este impuesto según el artículo 104 LHL.

Por otro lado, la licencia de segregación contempla la finca con la descripción que figura en el Catastro, que es diferente de la inscrita, considerando la propia escritura como correcta la cabida que figura en el Registro. En consecuencia, deberá previamente adaptarse la descripción de la finca, lo cual podrá inscribirse fácilmente a través del procedimiento del artículo 201-3 LH, dada su escasa entidad.

R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18556)

Suspende la inscripción de una escritura por la que se segregan como fincas independientes varias porciones, que se corresponden no sólo con parcelas catastrales enteras sino también con partes de otras parcelas catastrales. El motivo de la denegación es que la georreferenciación de las fincas segregadas y resto no se aporta en el formato GML exigido por la R. conjunta DGRN-DGC 26 octubre 2015, sino mediante sus coordenadas UTM en soporte papel.

El artículo 9-b LH contempla el caso de que la representación gráfica alternativa afecte a parte de parcelas catastrales, exigiendo que respete de delimitación que conste en la cartografía catastral y que cumpla con los requisitos técnicos que permitan su incorporación a la misma, reconociendo a estos efectos como suficiente la aportación de un informe de validación catastral que contenga la representación de las partes de parcela afectadas y no afectadas así como la delimitación del perímetro catastral. La mera aportación del informe de validación permitirá obtener, mediante su código seguro de verificación, en la Sede Electrónica del Catastro el archivo GML con la representación gráfica.

La Dirección rechaza la alegación del recurrente de que no existe aún un sistema informático de intercomunicación entre notarías y registros para la remisión de archivos GML. La sencillez de este formato de texto alfanumérico permite la transmisión de su contenido a través de los actuales sistemas de presentación telemática de documentos en el Registro de la Propiedad, siempre que dicho texto sea susceptible de copiado informático. Ahora bien, como ya se ha indicado el método más idóneo y sencillo para incorporar a la escritura, de modo indubitado y accesible al Registro, una georreferenciación alternativa a la catastral es la incorporación del CSV del informe de su validación.

La Dirección desestima el otro defecto de la calificación, consistente en exigir que, constando diversas parcelas catastradas a nombre de persona distinta de la titular registral, se aporte el impreso de solicitud al Catastro de rectificación de titularidad. No hay base normativa para esta exigencia, ni para denegar la inscripción por la divergencia de titulares.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10948)

Estima el recurso contra la decisión del Registro de la Propiedad donde actualmente constan inscritas las fincas integrantes de una división horizontal, quien había denegado el traslado de las mismas a los libros del Registro recurrente.

La Dirección no considera suficientemente motivada la negativa. La procedencia del traslado solicitado deberá valorarse comparando la ubicación y delimitación de la finca con la del distrito hipotecario, de modo que procedería el traslado -incluso de oficio- cuando la mayor parte de la superficie estuviese ubicada en la demarcación del Registro recurrente, con la salvedad de que, tratándose de un edificio en régimen de propiedad horizontal, si el traslado resulta procedente, lo será en atención a la ubicación de la mayor parte del suelo sobre el que se ubique el conjunto, y respecto de todas las fincas que lo integren.

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11750)

Desestima el recurso mediante el que se pretende impugnar un asiento de ejecución hipotecaria ya practicado.

El recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez extendida la inscripción tras una calificación positiva, el recurso ya no es medio hábil para cuestionar la forma en que se ha practicado un asiento que se halla bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos en tanto no se declare judicialmente su inexactitud.

R. 27 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16293)

Deniega la constancia registral de una instancia privada suscrita por una comunidad de propietarios, en virtud de la cual se solicita la rectificación de unos asientos de segregación y venta entre dos sociedades no comparecientes.

El recuso sólo procede contra calificaciones negativas; pero una vez practicado el asiento, ya no es medio hábil para otras pretensiones, como cuestionar la validez o nulidad del título, la posible indefensión del afectado, o la procedencia o improcedencia del asiento ya practicado, el cual se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16383)

Constan inscritas por este orden: la cesión gratuita de un inmueble por una fundación a favor de un Ayuntamiento para usos culturales; la reinscripción a nombre de la fundación, en virtud de sentencia que consideró acreditado el incumplimiento de los compromisos asumidos por el Ayuntamiento.

Ahora se solicita la cancelación de esa reinscripción del dominio a favor de la fundación, mediante una instancia privada suscrita por un particular que acompaña meras fotocopias de otras sentencias que el recurrente considera contradictorias con la que motivó la reinscripción. La Dirección lo deniega. Sólo pueden inscribirse los títulos consignados en documento público (artículo 3 LH). El recurrente carece de legitimación para recurrir, porque no es la persona a cuyo favor se ha practicado la inscripción (artículo 325 LH), sino que por el contrario, manifiesta actuar en su propio nombre y derecho “en defensa de un bien público” y reconociendo también que actúa en contra del criterio del Ayuntamiento que manifestó su voluntad de no entablar recurso alguno. Por último, cancelar la inscripción tal y como se pide en la instancia calificada, precisaría de una sentencia contradictoria del asiento cuestionado en pleito seguido contra los titulares registrales.

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17726)

Deniega la inscripción de una escritura donde se rectifica la descripción de una finca, en primer lugar por no acreditarse la autoliquidación fiscal ante la oficina liquidadora competente. No se juzga que el documento (una rectificación descriptiva) deba pagar impuesto, sino que es a la oficina liquidadora a quien corresponde decidirlo.

Es doctrina consolidada que ante cualquier operación cuya registración se solicite, el registrador no sólo debe calificarla, sino también decidir si se halla o no sujeta a impuesto, valoración que no será definitiva en el plano fiscal, pero será suficiente para acceder a la inscripción en caso afirmativo, o para suspenderla en tanto no se acredite el pago, exención, prescripción o no sujeción, de modo que el registrador, para evitar una multiplicación injustificada de trámites, puede apreciar por sí la no sujeción o la exención. Pero no resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción (apartados 2 a 4 del artículo 104 Ley Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal (como la aceptación de hipoteca unilateral por la TGSS en el supuesto de la R. 23 abril 2007), si el registrador, para salvar su responsabilidad, exige la oportuna nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrá de ser la Administración tributaria los que podrán manifestarse al respecto, sin que corresponda pronunciarse a la DGRN.

Por otro lado, pretendiéndose inscribir la descripción de la finca conforme a lo que resulta del Catastro, lo cual implica una diferencia de superficie, la registradora expone dudas de identidad antes de proceder a la tramitación de un expediente rectificativo, en cuanto a la posible existencia de negocios de modificación de entidades hipotecarias no debidamente documentados.

PROPIEDAD HORIZONTAL

R. 26 junio 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10738)

Admite la inscripción de una escritura de declaración de obra prescrita (número 4 del artículo 28 LS), división horizontal y constitución de derecho de vuelo, desestimando los dos defectos recurridos, relativos a este último derecho.

Ni en la certificación técnica que sirve para acreditar la antigüedad del edificio, ni en la descripción del mismo en el título se hace referencia alguna a las terrazas de los tres departamentos

privativos sobre las que se materializará el derecho de vuelo. La referencia a las terrazas sí que se contiene en la descripción de los tres departamentos dentro de la división horizontal. No hay problema en atribuir carácter privativo a una terraza a nivel que fuese inicialmente elemento común, ya que no lo es por naturaleza, sino meramente por destino (S TS 10 febrero 1992). La superficie que se les asigna a dichas terrazas no puede computar como superficie construida, por su propia configuración física como cubiertas de parte del edificio. En consecuencia, esta superficie no tiene que ser incorporada a la descripción del conjunto del edificio.

El otro defecto consiste en que, al atribuir la escritura la titularidad del derecho de vuelo a “los propietarios” de los elementos privativos con terraza de uso exclusivo, no queda claro a juicio de la registradora, si por tales hay que entender a las personas concretas que lo son en la actualidad, o a quienes sean propietarios de los citados elementos en cada momento. La Dirección opta por esta segunda opción, considerando que una interpretación gramatical y lógica de la cláusula estatutaria conduce a entender que el derecho atribuido a los propietarios se les reconoce precisamente en virtud de su condición dominical, y que el derecho se delimita materialmente por la propia delimitación física de las terrazas.

R. 27 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10878)

Consta inscrita una edificación formada por dos bloques que constituyen una sola propiedad horizontal. Ciertamente existe un libro de actas de la subcomunidad del bloque I diligenciado por la misma registradora calificante, pero sin constancia de ello en los libros registrales.

Ahora se debate si procede la práctica de una anotación de demanda de reconocimiento de servidumbre de paso dirigida contra la subcomunidad de propietarios del bloque I. La registradora había denegado la anotación por no figurar demandados todos los titulares de la propiedad horizontal general.

Sin embargo, la Dirección aplica su doctrina que distingue entre actos que precisan de un consentimiento individualizado de los propietarios, por quedar afectado el contenido esencial de su derecho, de aquellos otros en los que basta con la expresión de un consentimiento colectivo de la comunidad. Es perfectamente posible la anotación del supuesto, porque consta demandado el presidente de la comunidad de propietarios de la subcomunidad afectada, la cual no se puede tener por jurídicamente inexistente al tener los libros legalizados por el registradora de la Propiedad.

R. 19 julio 2019 (BOE 189, 8-VIII-19: 11684)

Consta inscrito, formando parte de un edificio en propiedad horizontal, un departamento privativo descrito como cubierta o terraza. Ahora se deniega la inscripción de una escritura por la que la sociedad titular del citado departamento privativo, describiéndolo ahora como planta de ático, declara sobre él por antigüedad la obra de dos oficinas y una vivienda, y constituye sobre ellas una comunidad funcional o de intereses haciendo constar que las tres entidades tienen acceso directo a elementos comunes de la propiedad horizontal por lo que no existe ningún elemento común exclusivamente adscrito a la comunidad funcional.



La modificación de la descripción de este elemento privativo supone una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal y requiere por ello acuerdo unánime de los propietarios, a falta de reserva de facultades al respecto a favor del propietario privativo de ese departamento. Además, siendo el vuelo un elemento común, sería necesaria la previa desafectación y conversión del vuelo en elemento privativo.

Por otro lado, la forma jurídica que deberá adoptar una “subcomunidad de viviendas” constituida dentro de un departamento perteneciente a un edificio dividido en propiedad horizontal, no será la de “comunidad funcional”, sino la de “subdivisión horizontal”, pero siempre que existan elementos comunes entre dichas viviendas que justifiquen tal constitución. La “comunidad funcional” es figura jurídica reservada por el artículo 68 RH a las cuotas de fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos con asignación de uso exclusivo, habiéndolo extendido también la Dirección (R. 26 junio 2018) a las fincas destinadas a trasteros, dada también su accesoriidad respecto de los elementos principales. En este caso tampoco existe una “subcomunidad”, porque para ello sería preciso que varios propietarios de elementos privativos hubiesen dispuesto en régimen de comunidad de ciertos elementos o servicios comunes independientes y diferenciados respecto de otros de la misma división horizontal. Al no existir elemento común alguno adscrito a la comunidad funcional, será de aplicación el artículo 10-3-b LPH, que exige para los actos de división material de departamentos (por remisión al actual artículo 26-6 LS), autorización administrativa y de la tres quintas partes de los propietarios y las cuotas, siempre que se provoque un incremento de los elementos privativos inicialmente constituidos.

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14222)

Admite la inscripción de una escritura por la cual, los propietarios de un local integrante de una propiedad horizontal, contando con las preceptivas licencias municipales, declaran haberlo acondicionado como vivienda. Los estatutos inscritos disponen que los locales comerciales estarán destinados a usos comerciales o industriales. El registrador había exigido acuerdo unánime de los propietarios por entender que el cambio de uso implica modificación estatutaria.

Sin embargo, la Dirección interpreta restrictivamente la referida disposición estatutaria sobre destino de los locales, en cuanto limita el derecho de propiedad reconocido por la Constitución. Del tenor de los estatutos no resulta explícita prohibición de destinar los locales a vivienda, sino a usos distintos de los comerciales o industriales, es decir, que lo excluido son los usos terciarios recreativos (salas de fiesta, juegos de azar, espectáculos, consumo de bebidas y comidas...) o los usos hotelero o de oficinas. La Dirección recuerda su doctrina consolidada: si los estatutos de una propiedad horizontal no limitan o prohíben expresamente el cambio de destino de un elemento privativo, tal cambio de uso es factible sin necesidad de autorización de la junta de propietarios. La mera descripción del inmueble en el título constitutivo no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de tal naturaleza, exige una estipulación clara y precisa que la establezca.

Por otro lado, tampoco consta que el cambio de uso calificado afecte a elementos comunes del inmueble, modifique las cuotas, menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores (artículos 5, 7 y 17 LPH).

R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14600)

Suspende una anotación preventiva de embargo consecuencia de un procedimiento monitorio seguido contra un titular registral fallecido por impago de gastos de comunidad de propietarios.

El artículo 21 LPH se remite a estos efectos a las normas del procedimiento monitorio, pero simplificando notoriamente su tramitación. Para poder iniciarlo, basta con certificación del acuerdo de junta que apruebe la liquidación de la deuda, pero exigiendo también la norma que el acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma del artículo 9. La Dirección entiende que, tratándose de una herencia yacente, deben cumplirse los requisitos mínimos que impidan su indefensión; es decir, que la demanda se haya notificado a algún posible interesado en la comunidad hereditaria, o que se haya nombrado administrador judicial.

R. 5 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15773)

Consta inscrita desde antes de la vigencia de la LPH-1960 la segregación como finca independiente de un elemento (planta baja y sótano) integrado en un edificio organizado de hecho en régimen de propiedad horizontal.

Ahora se deniega la inscripción de una escritura actual por la que el dueño de ese elemento segregado unilateralmente: aumenta la superficie del mismo en sus dos plantas; divide el elemento en dos porciones y las constituye a su vez como una subcomunidad en propiedad horizontal.

Es doctrina de la Dirección que en un régimen de propiedad horizontal de hecho no es posible la segregación o división de nuevos elementos privativos sin constituir formalmente el régimen, a pesar de la preexistencia de elementos privativos segregados cuya validez se mantiene. Tampoco es posible aumentar la superficie construida de un elemento privativo lo cual implica un aumento de la superficie construida del edificio, sin cumplir los requisitos de toda modificación de obra: descripción con los datos del artículo 45 RD 1093/1997 (número de plantas, superficie de parcela ocupada, superficie construida total del edificio); cumplimiento de los requisitos urbanísticos de los apartados 2 ó 4 del artículo 28 LS, según se trate de obra actual o prescrita; georreferenciación de la porción de suelo ocupada por el edificio (artículo 202 LH). Además, al igual que en una propiedad horizontal formalmente constituida, es necesario el consentimiento de todos los propietarios del edificio o, en su defecto, acuerdo de junta para modificar el título constitutivo; así como descripción adecuada de cada uno de los elementos independientes creados, con determinación expresa de su número de orden y cuota.

R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16840)

Admite la inscripción de una escritura en al que se declara la cancelación de un régimen de propiedad horizontal por no haberse realizado la construcción del edificio proyectado, que figura declarado como compuesto por siete elementos independientes o fincas registrales gravadas por una hipoteca cuya responsabilidad se encuentra distribuida entre ellas. No es preciso el consentimiento del acreedor hipotecario.

Es doctrina del TS (entre otras, S 28 enero 2011) que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino. Cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división

implica por subrogación real el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota a la finca adjudicada. Esta doctrina es aplicable al supuesto calificado: estando gravados con hipoteca todos los departamentos, al quedar extinguido el régimen de propiedad horizontal, la hipoteca pasará a gravar la totalidad del solar resultante y la distribución de responsabilidad ya efectuada recaerá sobre las cuotas correspondientes a los elementos cancelado, de manera que la posición jurídica del acreedor no se ve alterada por la extinción del régimen. Distinto sería el caso en que se pretendiese la liberación de la hipoteca de alguna cuota, lo cual no podría hacerse sin consentimiento del acreedor.

R. 25 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16846)

Admite la inscripción de una escritura por la que el presidente de una comunidad en propiedad horizontal y los tres copropietarios de un inmueble colindante, con el objeto de instalar un ascensor común a los dos edificios, constituyen una servidumbre recíproca recaente sobre el núcleo de comunicación vertical entre ambos (portal, escaleras y ascensor), estableciendo unas reglas de mancomunidad sobre uso, mantenimiento y distribución de gastos. El acuerdo de la comunidad en propiedad horizontal fue adoptado por unanimidad de los asistentes que representan el 78% de las cuotas, notificándose el acuerdo al único propietario no asistente, quien no formula oposición expresa al acuerdo.

El registrador entiende que la constitución de una servidumbre en favor de otro edificio no es acto colectivo competencia de la junta, sino que exige consentimiento individualizado de todos y cada uno de los propietarios, porque excede del ámbito de aplicación del artículo 17-2 LPH, que es regular las relaciones internas entre los propietarios de la propiedad horizontal pero no las relaciones con terceros.

Sin embargo, la Dirección considera que como regla general sólo quedan excluidos de la competencia de la junta: los actos que restrinjan o menoscaben el contenido esencial de la propiedad (como constituir una hipoteca sobre todo el edificio); y los actos que, aun teniendo por objeto exclusivo los elementos comunes, no entren dentro de la gestión comunitaria, sobre todo cuando perjudiquen el derecho de alguno de los condueños al uso y disfrute de su propiedad o de los derechos atribuidos en el título constitutivo (un caso extremo sería la donación previa desafectación de un elemento común). Y en el caso resuelto no estamos ante un acto que por afectar a la totalidad del edificio afecte también a sus partes o elementos privativos, ya que la servidumbre se proyecta exclusivamente sobre una parte delimitada de los elementos comunes sin extenderse a los privativos, ni tampoco ante un acto que perjudique el derecho de algún condueño al adecuado uso y disfrute de su propiedad, ni que restrinja ningún derecho atribuido a los propietarios en el título constitutivo, sino que antes bien, precisamente se amplían las posibilidades de dicho uso y disfrute al mejorar la accesibilidad del inmueble. Por otro lado, el artículo 17-2 LPH reduce la mayoría necesaria para la adopción de acuerdos relativos al establecimiento de los servicios de ascensor, de modo que ya no es precisa la unanimidad, sino la mayoría de propietarios que representen la mayoría de cuotas, lo cual se cumple en el supuesto. Y la STS 23 diciembre 2014 declara que para la adopción de acuerdos directamente asociados al acuerdo de instalación de ascensor incluyendo el relativo a la distribución de los gastos de la misma, aunque impliquen modificación del título constitutivo o

los estatutos, se exige la misma mayoría que la propia LPH exige para el acuerdo principal de instalación del ascensor. Nada obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que el predio dominante sea un inmueble distinto del dividido horizontalmente (STS 29 abril 2015 referido a una servidumbre de paso entre varias fincas, una de las cuales era un edificio perteneciente a un complejo urbanístico).

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18456)

Admite la inscripción de una escritura titulada como de división horizontal de un inmueble compuesto de vivienda y terreno, que se divide en dos elementos independientes consistentes en dos porciones de terreno, quedando la vivienda integrada únicamente en uno de los dos elementos. Ambos departamentos agotan la superficie de la parcela, de modo que los únicos elementos comunes previstos en los estatutos, además de una genérica remisión a los enumerados en el artículo 396 CC, son las vallas o cerramientos divisorios de las dos parcelas privativas. El registrador niega que estamos ante una verdadera división horizontal -ni siquiera "tum-bada"-, sino ante una auténtica parcelación o división de terreno, y exige la oportuna licencia urbanística exigida para las parcelaciones en el artículo 151 Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid.

La Dirección confirma que, al crearse nuevos espacios de suelo objeto de propiedad separada y autónoma, ha de entenderse, no obstante la denominación y configuración jurídica empleada por las partes, que se trata de una verdadera división de terrenos sujeta a licencia. Lo que ocurre es que en este caso la Dirección considera suficiente el decreto de la teniente de Alcalde aportado, que transcribe el informe de los servicios técnicos municipales en el sentido de no apreciar impedimento legal alguno para autorizar la división solicitada al superar la parcela la superficie exigida por las normas urbanísticas

También se desestima el otro defecto de la calificación. Ciertamente en las operaciones de división es preceptiva la aportación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas, ya sea la catastral o -como en este caso- una representación alternativa. En este caso hay una diferencia de superficie entre el Registro y la georreferenciación aportada. Sin embargo, es doctrina consolidada que en este caso la Ley no impone una total coincidencia descriptiva, a diferencia de las inmatriculaciones. Por lo tanto, es suficiente que conste la identidad de la finca y que resulte clara la voluntad de inscribir la representación gráfica, de manera que la descripción será la que resulte de ésta.

PUBLICIDAD REGISTRAL

R. 27 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10881)

Deniega la expedición de una nota simple informativa negativa, es decir, acreditativa de la falta de inscripción de una finca. La posibilidad de solicitar notas negativas está admitida en expresamente en la regla 7ª del artículo 354-a RH. Pero en este caso procede la denegación porque, a juicio del registrador, la finca a que se refiere la solicitud forma parte de otra finca mayor inscrita a nombre del común de los vecinos de un municipio.



RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

R. 14 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10154)

Deniega la inscripción de una rectificación descriptiva de finca que supone duplicar su cabida, como consecuencia de la mera manifestación contenida en el título de que una cesión para viales públicos, que en su día redujo la superficie de la finca, no llegó a formalizarse nunca.

Los procedimientos hipotecarios para la rectificación de cabida no son apropiados a estos efectos, sino que debe obtenerse resolución municipal acreditativa de la reversión de la cesión y la reinscripción de la misma a favor del titular registral.

R. 28 junio 2018 (BOE 177, 25-VII-19: 10885)

En su día se inscribió una adquisición como presuntivamente ganancial del adquirente. Posteriormente se rectificó la inscripción, sobre la base de la vecindad civil del marido y estar casados en régimen de separación de bienes, en el sentido de hacer constar que la finca era privativa del marido.

Ahora se deniega la pretensión de volver a rectificar el Registro mediante instancia otorgada por la heredera de la esposa, para hacer constar que la rectificación que se hizo en su día no debió haberse realizado, por falta de consentimiento de la esposa o sus herederas. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales y sólo pueden ser rectificadas con consentimiento del titular o por sentencia en procedimiento donde hayan sido demandados los titulares de derechos.

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11752)

Confirma la calificación recurrida, la cual había denegado la práctica de un asiento de rectificación. Mediante sentencia firme contencioso-administrativa se declaró la nulidad de una actuación urbanística y se ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior a la incoación del expediente. El registrador, al calificar la sentencia y extraer sus consecuencias registrales, procedió a cancelar los asientos producidos por la actuación anulada, revitalizando la inscripción anterior y haciendo así revivir determinada servidumbre. Ahora una comunidad de propietarios solicita que la revitalización de tal servidumbre constituyó un error de concepto al practicar el asiento y solicita la rectificación de oficio por el registrador.

Es doctrina consolidada que el error material o de concepto en la redacción del asiento se produce cuando, al expresar en la inscripción el contenido del título, se altera el significado de éste. Existen dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: o bien acuerdo unánime de los interesados y el registrador, o en su defecto resolución judicial; o bien actuación de oficio por el registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal baste para darlo a conocer (artículos 217 LH y 327 RH).

Sin embargo, la Dirección entiende que el supuesto error invocado en el concreto caso resuelto no resulta claramente de la inscripción, y que no le corresponde a ella pronunciarse sobre si el asiento fue o no correctamente practicado, lo cual debe ventilarse en juicio ordinario.

R. 23 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15553)

Suspende la inmatriculación de una finca, que se pretende por la vía del artículo 205 LH mediante una escritura de herencia complementada por una ulterior acta de notoriedad en la cual se describe la finca con una cabida de más del doble de superficie que en la herencia afirmando el notario que la primera descripción adolecía de un error material que él mismo subsana en el acta a los efectos del artículo 153 RN. Ciertamente en este caso la Dirección entiende que, a la vista de la documentación catastral, existe una modificación sobrevenida en el Catastro limitada al dato alfanumérico de la superficie pero con pleno mantenimiento de la geometría perimetral del inmueble. Sin embargo, tratándose de una partición de herencia -que es un negocio consentido por varias partes con intereses contrapuestos-, podría ocurrir que la subsanación, aunque referida a un simple error material en la superficie, afectara a la valoración del bien asignada por las partes y por tanto al contenido negocial del documento, lo que exigiría el consentimiento de los otorgantes del documento.

Es doctrina consolidada que la rectificación unilateral por el notario permitida en el artículo 153 RN es excepcional y por ello los supuestos en que se admite deben ser interpretados restrictivamente. Sólo procede para defectos formales, pero no para afectar al fondo, cláusulas o estipulaciones, requiriéndose en este caso el consentimiento de los otorgantes o causahabientes.

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15569)

Suspende la práctica de una rectificación de descripción de finca inscrita, que se pretende mediante instancia privada alegando que en la primera inscripción, que fue de inmatriculación mediante auto judicial de expediente de dominio, se hizo constar por error material una cabida inferior a la real cuya constancia se solicita ahora. Sin embargo, la Dirección entiende que no estamos ante un error al practicar la inscripción, sino que la inexactitud procede del mismo título; y en consecuencia, la rectificación requerirá consentimiento de todos los titulares registrales, o resolución judicial en procedimiento entablado contra todos ellos.

Por otro lado, es necesaria la legitimación de la firma de quien suscribe la instancia, así como la acreditación de la representación que dice ostentar.

R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16827)

Suspende la solicitud de rectificación de un derecho de uso de una vivienda, que se pretende en virtud de una instancia privada en la que se alega la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento judicial que causó la inscripción cuya cancelación se solicita.

Una vez practicado un asiento, se halla bajo la salvaguardia de los tribunales, de modo que su rectificación sólo será posible con la conformidad de los titulares de derechos inscritos, o mediante sentencia dictada en procedimiento donde hayan sido demandados todos ellos.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

R. 12 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10145)

Consta en el Registro la adquisición de una vivienda por título de herencia a favor de un titular soltero; y que encontrándose soltero

hipotecó la finca y manifestó que era su vivienda habitual a los efectos del artículo 129 LH. Ahora se pretende inscribir una anotación preventiva de embargo, resultando del mandamiento judicial que el titular-deudor se encuentra actualmente casado. La registradora deniega la anotación por aplicación del artículo 144-5 RH, según el cual, cuando la ley exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda habitual de la familia y tal carácter conste en el Registro, será necesario para anotar el embargo de vivienda privativa de un cónyuge, que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo se haya notificado al cónyuge del titular. Sin embargo la Dirección admite la práctica de la anotación, ya que del Registro consta que la finca era vivienda habitual de su titular mientras estaba soltero, pero no que se le haya atribuido el carácter de vivienda familiar de común acuerdo con su actual cónyuge. No constando tal carácter, corresponderá al órgano judicial decidir si procede acceder al embargo y si debe notificarse o no al cónyuge no deudor.

R. 20 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10524)

Deniega la anotación preventiva (ya que la sentencia aún no es firme) de un derecho de uso atribuido judicialmente a la madre y sus hijos en procedimiento de separación. El derecho recae sobre la planta baja de un edificio de tres plantas no dividido horizontalmente, que consta inscrito por mitad y por título de herencia a nombre del esposo y de su hermana, quien no ha sido parte en el procedimiento.

Es doctrina consolidada que no es inscribible el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges cuando la finca pertenece a persona que no fue parte ni aparece como demandada en el procedimiento matrimonial. La regla es también aplicable cuando la vivienda pertenece proindiviso a varios propietarios, sobre la base del principio que exige unanimidad para los actos dispositivos. Esto es coherente con la doctrina de la Dirección que exige de la obligación de manifestar a los efectos del artículo 1320 Cc que la vivienda no es la habitual de la familia, cuando se enajena una cuota, ya que la misma no es apta para atribuir el uso exclusivo de la vivienda que impida a los otros condueños utilizarla conforme a su destino.

El segundo defecto como tal se rechaza: en general, es admisible la inscripción de un derecho de uso, usufructo o habitación sobre parte suficientemente identificada de una finca registral, sin necesidad de segregación.

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14226)

Admite la inscripción de una escritura de donación de finca ganancial inicialmente realizada por uno solo de los cónyuges, pero ratificada posteriormente por el otro. Ciertamente los artículos 1322 y 1378 Cc declaran nulos los actos gratuitos sobre bienes comunes cuando no concurra el consentimiento de ambos cónyuges. Ahora bien, tales preceptos debe ser interpretados en el sentido de que, a diferencia de los actos dispositivos onerosos, en los gratuitos no cabe la autorización judicial subsidiaria; pero esto no impide la aplicación de otros preceptos de nuestro ordenamiento, como los artículos 1259 Cc y 93-3 RH.

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14230)

Deniega la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente en procedimiento de guarda, custodia, alimentos y vi-

sitas de hijos no matrimoniales, en cuanto disuelve el condominio que ambos progenitores -integrantes de una unión de hecho registrada- ostentaban privativamente y en proindiviso sobre una finca. El convenio regulador sólo es título inscribible dentro del contenido señalado en el artículo 90 Cc. Fuera del matrimonio, es preciso el otorgamiento de escritura pública.

R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16374)

Suspende la inscripción de un convenio regulador aprobado judicialmente y referido a dos cónyuges casados en gananciales, en cuanto adjudica a la esposa un garaje, trastero y piso, que fueron comprados por el marido en estado de soltero. El piso fue vivienda habitual de la familia durante un período intermedio posterior al matrimonio y anterior al divorcio. El precio del garaje y del trastero fueron pagados al contado en el momento de la compra; y el precio del piso fue financiado mediante un préstamo hipotecario que se fue pagando antes, durante y después del período de tiempo en que fue vivienda habitual del matrimonio.

Ciertamente, la parte del precio aplazado de la vivienda satisfecha con dinero ganancial habrá devenido *ex lege* (artículos 1354 y 1357-2 Cc) en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y el cónyuge titular, en proporción a sus aportaciones respectivas. Pero esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (artículo 91-3 RH). En este caso, los cónyuges manifiestan en el convenio que las fincas reseñadas son totalmente gananciales por haber sido íntegramente pagadas constante matrimonio. Sin embargo tal manifestación resulta contradicha por el historial registral de las fincas. Falta en el convenio el debido consentimiento de las partes sobre la existencia de dicha comunidad entre los patrimonios privativo y ganancial, sobre la determinación de sus cuotas y sobre su extinción. En consecuencia, no consta que el título calificado documente una operación propia de la liquidación del régimen económico matrimonial, por lo que se requiere el otorgamiento de escritura pública (artículo 3 LH).

R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17054)

Deniega la inscripción de una adjudicación verificada en convenio regulador, aprobado por sentencia de divorcio, relativa a bienes que constan inscrito como privativos de ambos por mitad, al haber sido adquirido en estado de solteros, y que ahora se adjudican como parte de la liquidación del régimen económico matrimonial. No consta el carácter de vivienda habitual ni otra causa matrimonial o familiar, ni se lleva a cabo un negocio que justifique la incorporación de dichos bienes al haber ganancial. En consecuencia, el acto realizado excede del contenido propio del convenio regulador y exige el otorgamiento de escritura pública.

R. 6 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17065)

Deniega la inscripción de una escritura de compraventa en la que la compradora, de nacionalidad francesa, manifiesta que adquiere para sí al estar casada en régimen de separación de bienes pactado en capitulaciones prenupciales otorgadas ante notario francés, cuyos datos se consignan y cuyo original declara el notario español autorizante de la venta que le ha sido exhibido, advirtiendo de la necesidad de acreditar la inscripción del matrimonio con indicación del régimen matrimonial.



Temporalmente no rige en el presente expediente el Reglamento UE 2016/1103 sobre regímenes económico-matrimoniales. Habida cuenta de la dificultad que plantea de hecho la acreditación del Derecho extranjero, es doctrina consolidada la que, conforme al artículo 92 RH, permite inscribir adquisiciones a favor de cónyuges extranjeros con sujeción a su régimen económico matrimonial, con indicación de éste si consta en el título, de modo que la determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia será exigible en la enajenación o gravamen, pudiendo obviarse si consta el consentimiento de ambos. Sin embargo, esta doctrina no es aplicable al supuesto calificado, donde no es de aplicación el régimen matrimonial supletorio, sino un régimen pactado en capitulaciones que debe ser acreditado.

En Derecho francés rige el principio de libertad de elección del régimen económico matrimonial (artículo 1387 Cc francés); uno de los regímenes previstos en el Código es el de separación de bienes (1393); las capitulaciones deben constar en escritura pública notarial (1394) y deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio si bien no adquieren eficacia hasta que éste se haya celebrado (1395). En Francia no existe propiamente ningún registro de regímenes matrimoniales o contratos matrimoniales.

En consecuencia, para poder inscribir la compraventa calificada será necesario aportar acta o certificado de matrimonio donde conste su celebración y fecha. Sin embargo, no es necesario acreditar ahora al tiempo de inscribir la adquisición las normas de administración y disposición que rigen en el régimen francés de separación de bienes, pues la acreditación de las mismas sólo será precisa si no las conociese el registrador que en su día califique la transmisión.

Se desestima el otro defecto apreciado por la calificación. Habiéndose solicitado la inscripción de la representación gráfica catastral de la finca que implica un exceso de cabida inferior al 5%, no resultan suficientemente motivadas las razones de la negativa del registrador, sin que sea suficiente a estos efectos la circunstancia de proceder de segregación y haber sido objeto de expropiación.

R. 7 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17136)

Suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales en la cual los cónyuges otorgantes: acreditan que contrajeron matrimonio en determinada fecha en la República Popular China; manifiestan que dicho matrimonio se ha venido rigiendo por la sociedad de gananciales; tras liquidar la misma, convienen que en lo sucesivo al matrimonio se aplicará el régimen de absoluta separación de bienes con aplicación del Código civil español en lo no previsto en esta escritura. La registradora suspende la inscripción porque de los libros del Registro resulta que los cónyuges están casados con arreglo al régimen económico matrimonial de su nacionalidad, lo cual concuerda con los criterios del artículo 9-2 Cc. Temporalmente no resulta aplicable al supuesto el Reglamento UE 2016/1103 sobre regímenes económico-matrimoniales.

La Dirección confirma la calificación que exige acreditar que el régimen económico matrimonial vigente en el momento de la adquisición era el de la sociedad de gananciales español para poder subsanar la inscripción, o bien realizar la liquidación del régimen matrimonial chino de acuerdo con las reglas del Derecho de dicho país debidamente acreditadas en cuanto a su contenido y vigencia

conforme al artículo 36 RH en defecto de conocimiento por el notario o la registradora.

R. 7 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17137)

Admite la inscripción de una escritura de compraventa otorgada por los únicos integrantes de la comunidad posganancial, a saber el cónyuge viudo y todos los herederos del cónyuge fallecido, sin apreciar infracción del principio de tracto sucesivo a pesar de no haberse realizado la previa liquidación de la sociedad de gananciales disuelta.

Es doctrina consolidada que, concurriendo todos los interesados, cónyuge viudo y herederos del causante, no resulta necesario, aunque el bien aparezca inscrito como ganancial, determinar previamente mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo corresponde a cada interesado. Concurriendo varios títulos adquisitivos determinantes de titularidades idénticas en su modo de ser y coincidentes en el objeto, bastaría con la fijación de las cuotas recibidas por cada uno de los interesados para que la titularidad global quede fielmente reflejada.

R. 22 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18462)

En 1982 se inscribió la compra de una finca para la sociedad legal de conquistas navarra de la compradora. Ahora se presenta una instancia privada en la que la titular solicita que se rectifique la inscripción en el sentido de hacer constar el carácter privativo de la adquisición, por haberse realizado mediante compra privada anterior al matrimonio. Se acompañan: certificado del Registro Civil acreditativo de que el matrimonio se contrajo en 1979; y documento privado de compra no liquidado en el que consta una fecha -por tanto, no fehaciente- de 1977.

Procede confirmar la calificación negativa que deniega incluso el asiento de presentación de la instancia conforme al artículo 420-1 RH. Por otro lado, el asiento ya practicado está bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, bien a instancias de la parte interesada (el cónyuge de la adquirente), bien por los tribunales. No procede aplicar la doctrina de la Dirección que permite la rectificación unilateral referida a hechos susceptibles de prueba absoluta mediante documentos fehacientes independientes de la voluntad de los interesados, dada la falta de fehaciencia en la fecha del documento privado.

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

R. 7 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16389)

Deniega la anotación preventiva de embargo, pretendida por impago de tributos municipales, sobre un vehículo respecto del que consta inscrita reserva de dominio a favor de una entidad financiera que no ha intervenido en el procedimiento.

Podría haberse matizado en el mandamiento la extensión del embargo exclusivamente a la posición jurídica del comprador, lo cual preservaría la posición jurídica del financiador con reserva de dominio. Pero lo cierto es que lo ordenado es el embargo del vehículo sin más; y por tanto, de su pleno dominio. Tampoco bastan las alegaciones, no acreditadas mediante documentación fehaciente, sobre las sucesivas transmisiones de carteras que incluían el crédito garantizado con la reserva.

REPRESENTACIÓN

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10944)

Suspende la inscripción de una escritura de permuta otorgada por un solo compareciente, quien actúa como mandatario verbal de una de las partes -cuya ratificación no consta- y como apoderado de la otra mediante escritura de poder con facultades para realizar toda clase de actos y gestiones ante autoridades, empresas y personas naturales, así como formalizar, modificar o rescindir contratos.

El poder ha sido aportado, pero no se ha realizado el preceptivo juicio notarial de suficiencia de facultades representativas. Además, entre las facultades conferidas no se encuentra la de realizar actos de disposición, como es la permuta.

R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16823)

R. 11 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16824)

Admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de compraventa en la que el notario realiza correctamente la reseña del poder del representante de la sociedad vendedora y el juicio de suficiencia de facultades representativas, concluyendo que el apoderado está facultado para otorgar la presente escritura y añadiendo: que ha recibido copia electrónica del poder; y que el mismo no necesita inscripción en el Registro Mercantil al ser exclusivo para la venta de ese inmueble concreto.

Como primer defecto, el registrador de la Propiedad exige que el juicio notarial de suficiencia exprese la persona que otorgó el poder, ya que al no haber sido calificada su validez por registrador Mercantil (al no ser inscribible), entiende que le corresponde a él calificar que el notario haya ejercido su función de manera completa y rigurosa. Sin embargo, sobre la base de la S TS 20 noviembre 2018 (referida a un supuesto idéntico de escritura otorgada en uso de poder especial no inscribible), la Dirección entiende que la afirmación notarial sobre la suficiencia de las facultades del apoderado en este supuesto: es conforme al artículo 98 Ley 24/2001; no puede entenderse referida exclusivamente a las facultades conferidas, sino también necesariamente a la validez y vigencia del poder; y que por tanto, su corrección no puede ser revisada por el registrador.

En segundo lugar, también se desestima la pretensión registral de que la reseña notarial del poder incluya la finalidad y destinatario de la copia electrónica del mismo. Las exigencias del artículo 98 no cambian por el hecho de que la copia del poder se haya expedido y remitido electrónicamente, de modo que no hace falta incluir referencia alguna a los requisitos de validez de la copia electrónica, toda vez que se trata de extremos cuya valoración se atribuye al notario autorizante de la compraventa bajo su responsabilidad.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13607)

Admite la inscripción de una escritura en cuya virtud la SAREB cede un crédito hipotecario. Tanto la sociedad cesionaria como la sociedad cedida están representadas por la misma persona que ac-

túa como administrador de ambas. El registrador aprecia conflicto de intereses y exige autorización de junta de la cesionaria.

Sin embargo, para la Dirección los conflictos de intereses en el ámbito societario están sujetos a control exclusivamente judicial y no registral, pues tales situaciones no limitan el poder representativo de los administradores. El supuesto de ineficacia previsto en el artículo 232 LSC por infracción del deber de lealtad debe compaginarse con el ámbito de representación del órgano de administración del artículo 234. El conflicto de intereses no supone en realidad un supuesto de actuación sin autorización en el sentido del artículo 1259 Cc, pues el poder del administrador se extiende a todo el objeto social, siendo toda limitación ineficaz frente a terceros.

Además, en el supuesto resuelto no se celebra un contrato entre dos sociedades representadas por la misma persona, ya que el negocio inscribible es la cesión celebrada entre la cesionaria y la cedente, permaneciendo la intervención del deudor cedido en el campo obligacional, ajena a la mutación jurídico real cuya inscripción se pretende. Es decir, la cesión del crédito se perfecciona por el mero consentimiento de cedente y cesionario, sin necesidad de conocimiento ni consentimiento del deudor. Desde la perspectiva hipotecaria, la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no depende de la notificación al deudor, sino sólo del otorgamiento de la correspondiente escritura pública (artículo 149 LH).

Por último, la jurisprudencia del TS (S 643 20 noviembre 2018 y S 661 22 noviembre 2018) establece que la valoración de la suficiencia de las facultades representativas corresponde al notario autorizante y hará por sí fe suficiente de la representación acreditada, debiendo limitarse el registrador a revisar que el título contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que le encomienda la ley, y que su juicio ha sido congruente con el negocio y así se exprese en el título.

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15546)

Admite la inscripción de la cláusula estatutaria sobre retribución de los miembros del consejo de administración según la cual dicha retribución estará compuesta -además de por una asignación fija dineraria o en especie- también "en su caso" por dietas de asistencia a las reuniones del consejo.

Para el registrador la expresión entrecomillada es incompatible con la determinación exigida por el artículo 217 LSC, porque no determina si se percibirán o no dietas. Sin embargo, la Dirección interpreta la disposición estatutaria sobre retribución de los administradores en su conjunto y en el modo más adecuado para que produzca efectos (artículos 1285 y 1284 Cc) y considera que la percepción de dietas "en su caso" quiere decir en los casos en que el consejero asista a las reuniones del consejo.

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16281)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de nombramiento de representante persona física de una sociedad de responsabilidad limitada designada administradora de otra sociedad limitada, con otorgamiento de poder expreso para el ejercicio del cargo, porque no consta la aceptación de la persona designada.

Ciertamente la inscripción de poderes no requiere la previa aceptación del apoderado. Sin embargo, con independencia del origen



del vínculo representativo entre la sociedad administradora y su representante persona física -representación voluntaria-, la ley dispone que los efectos de tal representación exceden del ámbito propio del apoderamiento para asimilarse al cargo de administrador al menos en aspectos como requisitos para acceder al cargo, deberes y responsabilidades. De hecho, la designación de la persona física representante no se inscribe en la hoja de la sociedad administradora, sino en la de la administrada (artículo 94-1-5º RRM). Existen normas que, por vía de remisión al régimen del nombramiento de administradores, exigen la aceptación de la persona física representante de la persona jurídica administradora: esta persona física estará sometida a los mismos requisitos, deberes y responsabilidades del administrador (artículo 236 LSC); su aceptación es requisito para la inscripción de su nombramiento (artículo 212 bis que se remite al artículo 215).

Sin embargo, se desestima el otro defecto de la calificación. No hay norma legal que imponga la obligación de que la manifestación sobre ausencia de incompatibilidades (artículo 213) la deba formular necesariamente la persona física designada representante; sino que no existe obstáculo para considerar suficiente la manifestación realizada por la sociedad administradora que realiza la designación.

R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17056)

R. 31 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17057)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria de una limitada según la cual los acuerdos del consejo de administración se adoptarán por mayoría absoluta de los consejeros asistentes a la reunión.

Esta cláusula no deja a salvo la mayoría cualificada exigida imperativamente por el artículo 249 LSC para ciertos acuerdos como el nombramiento de consejero delegado, por lo que no se trata de uno de los supuestos en que una regulación estatutaria incompleta pueda ser integrada por la norma imperativa no recogida en los estatutos. La exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales, así como la eficacia “erga omnes” de los mismos, no permite la inscripción de la cláusula debatida que, al no exceptuar la hipótesis apuntada, generaría duda sobre cuál sería la efectiva mayoría exigida para el nombramiento de consejero delegado, de modo que no puede entenderse cumplida la norma del artículo 245-2 LSC, que obliga a la determinación estatutaria del régimen de organización y funcionamiento del consejo.

APODERADOS SOCIALES

R. 10 septiembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15877)

R. 10 septiembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15878)

Deniega la inscripción de un poder que se otorga a sí misma la persona natural nombrada para ejercer el cargo de una sociedad que es administradora única de otra.

Es doctrina de la Dirección la que rechaza que el administrador único pueda como tal otorgarse poder para seguir actuando en su calidad de apoderado voluntario con las mismas facultades que ya podía ejercitar como representante orgánico. Razones: carece de interés atribuir voluntariamente facultades que ya se ostentaban como representante orgánico; la facultad de la sociedad de revocar el poder deviene ilusoria cuando depende de la misma persona apoderada; existe riesgo en la demora de una posible revocación;

resultaría difícil que el administrador exigiera responsabilidades al apoderado.

Ciertamente en este caso el apoderado no es propiamente la sociedad nombrada administradora única, sino la persona natural designada por ésta para ejercer el cargo. Pero mientras concurren en una sola persona las dos expresadas condiciones (representante de la sociedad administradora y apoderada), se producirían los mismos efectos.

R. 17 septiembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15880)

Admite la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de cancelación de hipoteca en la cual, la representante de la sociedad acreedora interviene mediante poder especial para acto concreto, que el notario juzga suficiente realizando la reseña en forma legal pero sin alusión alguna a la inscripción del poder en el Registro Mercantil (ya que los poderes especiales no se inscriben).

El registrador califica negativamente en aplicación de la doctrina que afirma que la inscripción de los poderes mercantiles, cuando existe, supone que el registrador Mercantil ha calificado que la representación ha sido conferida por el órgano social competente; y que por ello, cuando -como en este caso- falte la inscripción y por tanto la representación no haya sido previamente calificada, deben acreditarse al registrador de la Propiedad la legalidad, existencia, subsistencia y suficiencia de aquélla.

La Dirección aplica la doctrina sentada por la S TS 20 noviembre 2018 en un supuesto análogo al presente, en el cual la registradora había suspendido la inscripción por entender que no se acreditaba la validez del poder del representante, al tratarse de un poder especial y no constar la persona que lo había otorgado, circunstancia que según la calificación es determinante de la validez del mismo. Sin embargo, según el TS tal objeción no se puede mantener, pues la calificación registral en casos como éste debe limitarse a comprobar que el notario “ha ejercido el control que la ley le encomienda” respecto de la validez y vigencia de las facultades representativas, que su juicio de suficiencia sea congruente con el negocio documentado y que así se exprese en el título.

APORTACIONES SOCIALES

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15550)

Admite la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad limitada unipersonal, pese a que la socia única está casada en gananciales, aporta determinados bienes muebles y no concurre su cónyuge a la aportación.

Ciertamente la aportación realizada -acto dispositivo a título oneroso- vulnera el artículo 1377 Cc que exige el consentimiento de ambos cónyuges, sin que exista norma que exceptúe la enajenación de bienes muebles, tal y como ocurre con el dinero y títulos valores (artículo 1384 Cc). Por ello el notario debe formular la correspondiente advertencia en la escritura. Ahora bien, la aportación sin consentimiento del otro cónyuge no es nula, sino anulable por éste o sus herederos (artículos 1322 y 1310). Por otro lado, el objeto de inscripción en el Registro Mercantil no es la transmisión del dominio del bien aportado ni la titularidad de las participaciones adquiridas

a cambio, sino el hecho de que la aportación cubre el capital social. Y desde este punto de vista el contrato de sociedad calificado es válido entre las partes y eficaz, aun cuando el desplazamiento patrimonial sea claudicante o anulable.

BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AGENCIA TRIBUTARIA

R. 28 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18552)

Deniegan la inscripción del cese de una de las administradoras solidarias, porque la sociedad ha causado previamente baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria.

Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

CAPITAL SOCIAL

R. 19 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10520)

Admite la inscripción de una escritura de reducción de capital de una sociedad anónima, cuya finalidad es restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto disminuido por pérdidas, con simultánea transformación en sociedad limitada al quedar la cifra de capital muy por debajo del mínimo establecido para las anónimas.

El registrador deniega la inscripción porque el balance de la sociedad presenta un patrimonio neto negativo, lo cual contradice la manifestación de que el patrimonio cubre el capital social. Sin embargo, la Dirección aprecia en el balance la existencia de préstamos participativos en cuantía suficiente para cubrir el capital de la limitada resultante de la transformación. Los préstamos participativos deben considerarse como patrimonio neto a efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades mercantiles, según establece el artículo 20-1-d RD-Ley 7/1996 (modificado en este punto por la adicional tercera Ley 16/2007).

R. 11 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11359)

Deniega la inscripción de una escritura de formalización de decisiones del socio único de una anónima, quien decide que el desembolso de los dividendos pasivos pendientes se realice mediante aportaciones no dinerarias, por falta de aportación del informe de experto independiente exigido por el artículo 67 LSC, sin que sea suficiente el informe sustitutivo de los administradores sobre aportaciones no dinerarias al que se refiere el artículo 70 de la misma Ley.

El principio de realidad del capital social impone la exigencia de acreditación suficiente y objetivamente contrastada de la realidad de las aportaciones. Este requisito se exige en interés no sólo de los socios, sino también y especialmente de los acreedores sociales, por lo que no puede prescindirse del mismo por el hecho de tratarse de una sociedad unipersonal.

R. 9 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15779)

Admite la inscripción de una escritura de reducción del capital social de una limitada, cuyos acuerdos han sido adoptados por unanimidad en junta universal y que tiene por finalidad la restitución a un socio -que firma la escritura junto con el administrador- de la totalidad del valor de sus aportaciones, reembolsándole una cantidad mediante la adjudicación de un inmueble, otra cantidad en efectivo, y la cantidad restante queda aplazada para ser pagada en plazo determinado mediante transferencia bancaria o entrega de cheque bancario nominativo.

El registrador mercantil entiende que no puede inscribirse una reducción de capital cuya ejecución queda aplazada. Sin embargo, la Dirección entiende que no existe norma imperativa que imponga el pago al contado del valor de la aportación devuelta al socio mediante la reducción de capital. Tal obligación de pago es dineraria (artículo 1170 Cc) y admite que las partes acuerden su aplazamiento. No es que la ejecución del acuerdo de reducción haya sido aplazada, sino que tal acuerdo ya se ha ejecutado mediante el reconocimiento de un crédito dinerario.

CUENTAS ANUALES

R. 13 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10149)

Si bien las cuentas de una sociedad concursada en fase de liquidación ya no serán formuladas por los administradores ordinarios -cuyas facultades quedan suspendidas- sino por los concursales (artículo 46-3 LC), para su depósito en el Registro Mercantil subsiste la obligación de ser aprobadas por la junta general. Así resulta de los artículos 272 y 371-3 LSC, este último específico de la sociedad en liquidación.

R. 22 julio 2019 (BOE 190, 9-VIII-19: 11748)

Deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sobre cese y nuevo nombramiento de administradores mancomunados, porque consta inscrita la baja provisional en el Índice de Entidades de la Agencia Tributaria.

Esta baja tiene como efecto el cierre de la hoja social en el Registro Mercantil (artículo 119-2 Ley Impuesto Sociedades), salvo las excepciones al cierre previstas en el artículo 96 RRM, que son los asientos ordenados por autoridad judicial, el depósito de cuentas anuales y los asientos presupuesto necesario para la reapertura de la hoja; pero no el cese o dimisión de administradores (a diferencia de lo que ocurre con el cierre derivado de la falta de depósito de las cuentas anuales).

DENOMINACIÓN SOCIAL

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10947)

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10527)

R. 25 julio 2019 (BOE 239, 4-X-19: 14223)

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15564)

Estiman sendos recursos contra calificaciones del registrador mercantil Central que denegaban la reserva de la denominación solicitada por encontrarla sustancialmente idéntica con denominaciones ya inscritas.



Es doctrina consolidada que en el ámbito de las denominaciones sociales, la identidad entre ellas no sólo se puede producir por absoluta coincidencia gramatical, sino también cuando las diferencias, por su escasa entidad o la ambigüedad de los términos que las provocan, no desvirtúan la impresión de tratarse de la misma denominación ("cuasi-identidad"). Esta cuestión eminentemente fáctica y su resolución depende de las circunstancias de cada caso. Su desarrollo normativo se contiene en el artículo 408 RRM. El fin último de la prohibición es identificar con seguridad a la sociedad. En virtud de esta doctrina:

-La R. 21 junio 2019 estima el recurso contra la calificación que había denegado la reserva de la denominación "Ardo Benimodo, SL", por encontrarla sustancialmente idéntica con la denominación ya inscrita "Hardo España, SL". Ciertamente existe identidad fonética entre los términos "Ardo" y "Hardo"; y el término "España" es expresión genérica carente de suficiente valor distintivo (artículos 408 RRM y 10 Orden 30 diciembre 1991). Sin embargo, esa mínima diferencia gramatical unida a la añadidura del topónimo "Benimodo" tienen como resultado que se trate de denominaciones claramente diferenciables.

-La R. 3 julio 2019 9 estima el recurso contra la calificación que había denegado la reserva de la denominación "Grupo Juinsa, SL", por encontrarla sustancialmente idéntica con las denominaciones ya inscritas "Junsa, SL", "Junisa, SA", "Juin, SA" y "Joinsa, SA". A pesar de la evidente semejanza entre las denominaciones del supuesto, hay elementos gramaticales y fonéticos que las hacen discernibles. Estas diferencias unidas a la inclusión del término "Grupo" (a pesar de ser expresión genérica carente de suficiente valor distintivo a los efectos de los artículos 408 RRM y 10 Orden 30 diciembre 1991) tienen como resultado que se trate de denominaciones claramente diferenciables a los efectos de la exigencia legal de identificación.

-La R. 25 julio 2019 estima el recurso contra la calificación del RMC que había denegado la reserva de las denominaciones "Broker7islas, SL" y "Broker Siete Islas, SL", dada la existencia de la denominación registrada "Isla Broker Corredores de Seguros, SL". Ciertamente del artículo 408 RRM resulta que para determinar la identidad de denominaciones debe prescindirse de las indicaciones relativas a la forma social (en este caso, "correduría de seguros"); asimismo carece de virtualidad distintiva la utilización de las mismas palabras en diferente orden o número ("broker", "isla", "islas"); o el uso de partículas de escasa significación ("7" o "siete"); y además el artículo 10 Orden 30 diciembre 1991 para valorar la identidad el registrador no tendrá en cuenta la unión o división de palabras (como ocurre en este caso con las palabras "broker" e "islas"). No obstante, todas estas diferencias y añadiduras -que aisladamente carecerían de virtualidad diferenciadora- valoradas en su conjunto tienen como resultado que se trate de denominaciones claramente diferenciables a los efectos de la exigencia legal de identificación.

-La R. 4 septiembre 2019 estima el recurso contra la calificación del RMC que había denegado la reserva de la denominación "Travel Prime, SL", dada la existencia de la denominación registrada "Primera Travel, SL". Pese a la semejanza de los términos "Prime" y "Primera", la diferencia gramatical de su última sílaba las hace claramente diferenciables. Además, aun cuando en ambas denominaciones se añade el término "Travel", se hace en diferente orden. Ciertamente las diferencias de orden en las palabras no es por sí

sola una diferencia distintiva (artículo 408-1-1ª RRM); pero todas las circunstancias expresadas valoradas en su conjunto sí que arrojan el resultado de entender que se trata de denominaciones claramente diferenciables.

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13608)

No considera defecto que impida la inscripción de una escritura de constitución de sociedad limitada, a pesar de que la denominación social ("On Wheels Transportes Cinema") que aparece en el modelo 600 y en la comunicación acreditativa del NIF provisional remitida por la Agencia Tributaria, no coincide con la que consta en los estatutos y en la certificación de denominación del RMC ("On Wheels Transportes Cinematográficos SL"). No hay duda respecto de la sociedad cuyo NIF se ha solicitado, puesto que en la escritura consta que la solicitud se ha hecho bajo fe notarial. Igualmente en la diligencia notarial de presentación fiscal a la Comunidad Autónoma figura claramente identificada la sociedad como sujeto pasivo con el NIF referido y los demás datos coincidentes.

Sin embargo, la inscripción se deniega porque en los estatutos se incluye una cláusula en la que se establece que en el anuncio de convocatoria de junta deberá constar -entre otros datos- el nombre de la persona que realice la convocatoria, omitiendo la exigencia legal de que también deberá constar su cargo (artículo 174 LSC, tras su reforma por Ley 25/2011).

DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

R. 10 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11356)

Admite la inscripción de una escritura de disolución y liquidación de sociedad limitada, en cuyo balance liquidatorio figura la cuenta "118 Aportaciones de socios" con signo negativo, manifestando el liquidador que se trata de una aportación a fondo perdido realizada por el socio único para compensar las pérdidas sociales. El registrador había entendido que dicha cuenta, una vez compensadas las pérdidas, sólo puede ser positiva o tener importe 0.

Sin embargo, entiende la Dirección que, a diferencia del caso de la R. 14 noviembre 2018 que rechazó el depósito de cuentas por figurar en el balance la cifra de capital con signo negativo, la información sobre las aportaciones del socio único resulta superflua en la liquidación del supuesto resuelto, donde el liquidador manifiesta que, habiendo superado las pérdidas el importe del capital social y habiendo sido necesarias por ello aportaciones del socio único a fondo perdido, no hay haber partible y la cuota de liquidación asciende a 0 euros.

R. 5 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17061)

Admite la inscripción de los acuerdos de junta sobre disolución de una sociedad anónima y nombramiento de liquidadores, conforme a los artículos 363-1-a y 363-1-e LSC. A juicio del registrador, al constar inscritas la declaración de quiebra de la sociedad y la aprobación del convenio de acreedores, es preciso inscribir primero las resoluciones judiciales firmes dictadas en el procedimiento concursal que tuviesen trascendencia registral y particularmente, las relativas al cumplimiento o incumplimiento del convenio.

Sin embargo la Dirección asume la doctrina de la STS 590/15 octubre 2013: tras la declaración de concurso cesa el deber legal de los

administradores de instar la disolución, que se acordará finalmente como un efecto legal de la apertura de la fase de liquidación (artículo 145-3 LC), cuando se opte por esta solución concursal; pero que cese este deber legal de promover la disolución, no quiere decir que la junta de accionistas no pueda acordarla, pues está perfectamente legitimada para hacerlo sin que deba necesariamente concurrir una causa legal para ello (artículo 368 LSC). El mismo artículo 145-3 LC permite implícitamente a la junta acordar la disolución de la sociedad concursada, al disponer que la resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá la declaración de disolución “si no estuviese acordada”.

En consecuencia, se rechaza la calificación ya que el eventual incumplimiento del convenio (que tampoco consta en el supuesto) no es obstáculo que impida inscribir la disolución de la sociedad.

DOMICILIO SOCIAL

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17723)

Deniega la inscripción de un traslado de domicilio social, por no haber presentado en papel la certificación literal comprensiva de todas las inscripciones de la sociedad en el Registro de origen, la cual debe presentarse en el Registro de destino simultáneamente con el cambio de domicilio para así transcribir primero los asientos de la certificación y a continuación poder inscribir el cambio (todo ello según exige el artículo 19 RRM). La presentación de la certificación al Registro del destino se ha realizado en formato digital de acuerdo con el procedimiento previsto en la escritura de cambio de domicilio, en la cual el notario autorizante ha sido expresamente requerido para que reciba la certificación del Registro de origen, la digitalice y la remita en forma telemática al Registro de destino, todo ello bajo su firma electrónica reconocida notarial.

La registradora de destino se ha limitado a aplicar la legislación vigente. Aunque la actual regulación sin duda se ha visto superada por los avances tecnológicos, su actualización corresponde a los titulares de la potestad legislativa y reglamentaria y no a notarios y registradores, porque de lo contrario podrían surgir tantos sistemas como funcionarios de ambos cuerpos. Tal vez lo deseable sería que existiese habilitación normativa para la remisión telemática directa entre los Registros de origen y destino por los medios seguros que hoy existen y son empleados a diario por las oficinas registrales. El sistema seguido en el supuesto podría plantear problemas de duplicidad de historial registral si la certificación de origen en papel, una vez digitalizada y remitida telemáticamente por el notario al Registro de destino, fuese devuelta al Registro emisor.

ESCISIÓN

R. 19 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16038)

Admite la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de escisión parcial. La sociedad escindida tiene por objeto la prestación de servicios de ingeniería. La sociedad beneficiaria de la escisión desarrolla el negocio inmobiliario y está íntegramente participada por la escindida (se trata por tanto de una “escisión financiera”, prevista en el artículo 76-2-1º-c Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades). El objeto de la escisión es la transmisión en bloque y por sucesión universal a favor de la sociedad be-

neficiaria de una unidad económica consistente en la totalidad de las participaciones que la sociedad escindida tiene en la misma. El capital de la sociedad escindida se reduce, adjudicándose a sus socios las mismas participaciones objeto de transmisión. El proyecto de escisión señala que la justificación económica de la operación es separar ambos tipos de negocio y sus riesgos, de modo que el negocio inmobiliario pasa a ser desarrollado por la sociedad beneficiaria, que deja de estar participada por la sociedad escindida para estar participada directamente por la familia y poder llevar a cabo el relevo generacional en dicho negocio separadamente de las demás actividades del grupo societario; todo ello sin menoscabo de la protección de socios y terceros.

La operación cumple con los presupuestos del concepto de escisión parcial según el artículo 70-1 LME: traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad escindida un número de acciones o participaciones de la sociedad beneficiaria proporcional a su participación en la sociedad escindida, cuyo capital social se reduce en la cuantía necesaria.

En el supuesto resuelto, las participaciones objeto de escisión cambian de sujeto de derecho, de la sociedad escindida a la beneficiaria. Precisamente el artículo 140-1-a LSC permite la adquisición derivativa por una sociedad de sus propias participaciones cuando “formen parte de un patrimonio adquirido a título universal”, que es justo lo que ocurre en toda escisión parcial. Esta adquisición de las propias participaciones se justifica porque es instrumental respecto del fin perseguido con la operación jurídica de reestructuración societaria.

JUNTA GENERAL Y SUS ACUERDOS

R. 6 junio 2019 (BOE 158, 3-VIII-19: 9924)

Admite la inscripción de una sentencia que declara la nulidad de determinados acuerdos sociales -sobre reducción a cero del capital social con aumento simultáneo- y ordena la cancelación de la inscripción de los acuerdos impugnados y de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella (artículo 208 LSC). El registrador había exigido la determinación por parte del juzgado de qué asientos se deben cancelar, dado que hay varios practicados después de los relativos a los acuerdos anulados: reelección de auditor; cambio de consejero; reducción y ampliación de capital; dimisión de todo el consejo; nombramiento de administrador único; nombramiento de apoderados; nueva reducción de capital.

Es doctrina consolidada que en el derecho societario, la declaración de nulidad de acuerdos sociales no tiene siempre los radicales efectos del orden civil, pues además de los intereses de las partes del negocio entran en juego otros intereses merecedores de amparo, como la conservación de la empresa, la seguridad jurídica y los derechos de los acreedores y los terceros eventualmente protegidos. Para que el registrador pueda cancelar asientos posteriores que puedan resultar incompatibles con el anulado, es preciso: una declaración judicial de cuáles hayan de ser esos asientos; o, al menos, un pronunciamiento que permita identificarlos debidamente por resultar indubitado que se fundamenten en el acuerdo anulado, es decir,



que reflejen actos que lo ejecuten o que partan de la situación por él creada. No obstante, tampoco debe caerse en un rigor formalista injustificado cuando no quepa duda sobre el alcance cancelatorio, máxime teniendo en cuenta que, según el artículo 521 LEC, las sentencias constitutivas firmes no siempre tienen que ir acompañadas de un mandamiento de ejecución de su contenido.

La exigencia contenida en la calificación impugnada no es procedente. La cancelación de los asientos anulados y la de los posteriores no tienen que ser necesariamente coetáneas, de modo que lo procedente en casos como el presente es cancelar ahora los asientos anulados y dejar que sean los interesados quienes insten un nuevo pronunciamiento del Juez, ya sea como aclaración o complemento, ya sea en trámite de ejecución de sentencia. Y si, como consecuencia de las cancelaciones practicadas resulta una situación que no responda a las exigencias de coherencia y claridad del Registro, son los administradores quienes estarían obligados a convocar la junta que pueda adoptar los acuerdos necesarios para regularizar la situación.

R. 19 julio 2019 (BOE 188, 7-VIII-19: 11616)

Considera inscribible la cláusula estatutaria que admite, entre otras formas de comunicación individual y escrita que aseguren la recepción, la comunicación electrónica en la dirección de correo facilitada por el socio y que conste en el Libro Registro de Socios, con confirmación de lectura, y teniendo en cuenta que la negativa del receptor a tal confirmación producirá los efectos de la misma siempre que el correo no hubiese sido devuelto por el sistema.

De la interpretación telológica y sistemática de la cláusula, atendiendo a la realidad social de las comunicaciones telemáticas y al principio de autonomía de voluntad, resulta la admisibilidad de la misma, que permite asegurar razonablemente la recepción por el socio. La previsión de que la negativa a la confirmación de lectura produce los efectos de la misma, debe ser interpretada en el sentido más adecuado para que produzca efecto (artículo 1284 cc), es decir, como una vía para que, una vez acreditada la remisión y recepción del envío en la forma pactada, no prevalezca la actitud obstruccionista del socio que se niegue a la confirmación de lectura, de suerte que en tal caso incumba a dicho socio la prueba de la eventual falta de convocatoria.

R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13597)

Deniega la inscripción de acuerdos de junta, adoptados por socios que representan el 75% del capital, sobre cese de uno de los dos administradores mancomunados, pasando a quedar la restante como administradora única. En el acta notarial de junta constan reservas o protestas contra la declaración del presidente de la mesa de estar válidamente constituida la junta, fundadas en que, respecto de las participaciones de un socio fallecido, no se ha reconocido legitimación a sus herederos, sino a quienes manifestaron su voluntad de ejercer sobre las mismas el derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos para el caso de transmisión *mortis causa* (conforme al artículo 110 LSC) pero sin haber todavía pagado el precio en que se han de valorar las participaciones afectadas y por tanto –según interpreta la Dirección–, sin que se haya consumado el derecho de adquisición preferente.

Es doctrina consolidada que corresponde a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes, según los artículos 191 a 193 LSC;

y al presidente emitir la declaración sobre la válida constitución de la junta, determinando qué socios asisten presentes o representados y cuál es su participación en el capital, lo cual implica que previamente ha tomado una decisión sobre las posibles reclamaciones. Pero el registrador no estará vinculado por las declaraciones del presidente cuando la declaración de éste resulte contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil, de modo que de los hechos resulte una situación de conflicto que patentice la falta de legalidad y acierto de la declaración, como ocurre en el presente caso.

Existen además otros defectos. Debe confirmarse la suspensión de la calificación de los acuerdos en tanto no se inscriba una escritura de aumento de capital otorgada y presentada con anterioridad, la cual fue calificada negativamente. Ciertamente, aunque no conste en el orden del día notificado en la convocatoria, cabe excepcionalmente acordar la separación de administradores (artículo 223-1 LSC) y nombrar a quien haya de sustituirlos para evitar la paralización social (S TS 4 noviembre 1992, entre otras), pero no cambiar la estructura del órgano de administración, ya que las excepciones a la regla general deben ser objeto de interpretación restrictiva. Por último, el acuerdo de cambio de estructura del órgano de administración debe constar en escritura pública, sin que sea suficiente el acta notarial de junta (artículo 210-4 LSC).

R. 2 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16375)

R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16381)

R. 4 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16385)

Rechaza el depósito de cuentas de una sociedad, porque la junta que las ha aprobado ha sido convocada mediante simple burofax, mientras que los estatutos sociales exigen como forma de convocatoria la carta certificada con aviso de recibo.

Es doctrina reiterada la que afirma el carácter normativo de los estatutos sociales y su imperatividad, por lo que existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, deberá ser estrictamente observada. Los socios tienen derecho a saber la forma específica en que han de ser convocados, que es la única forma en que esperan serlo. El procedimiento de carta certificada con aviso de recibo tiene características propias: no sólo permite asegurar razonablemente la recepción del anuncio, sino que además añade requisitos de fehaciencia en la comunicación y la recepción.

Según estos razonamientos, podría haberse admitido la convocatoria mediante burofax con acuse de recibo por ser un sistema equivalente que además permite al socio disponer de mayor plazo entre la recepción de la convocatoria y la celebración de la junta (dado que el artículo 176-2 LSC computa la antelación con que debe ser convocada la junta desde que se remite el anuncio y no desde su recepción). Sin embargo, en este supuesto la certificación de acuerdos expresa sólo que la convocatoria se realizó mediante burofax, sin mención alguna al acuse de recibo.

R. 30 octubre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17051)

Deniega la inscripción de la cláusula estatutaria de una anónima, según la cual las juntas se celebrarán en cualquier parte del territorio de la Comunidad Autónoma donde la sociedad tenga su domicilio.

El artículo 175 LSC dispone que, salvo disposición contraria de los estatutos, la junta se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio; si en la convocatoria no figura el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada en el domicilio social. Es doctrina consolidada de la Dirección que la previsión contraria de los estatutos a que se refiere esta norma no supone una ausencia total de límite para fijar el lugar de reunión. Con claridad establece el precepto que, a falta de determinación en la convocatoria, el lugar de celebración será el domicilio social y que si la convocatoria fija otro lugar de reunión, debe estar dentro del mismo término municipal donde se encuentre el domicilio social. De ahí que la disposición en contrario pueda tener como límite un ámbito similar o inferior, pero nunca superior (como lo serían: comarca, provincia, comunidad autónoma).

R. 6 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17064)

Deniega la inscripción de un acta notarial de junta porque, exigiendo los estatutos que la convocatoria se haga mediante “correo certificado con acuse de recibo”, la convocatoria al socio ausente se ha realizado mediante un operador privado (“Logalty Servicios de Tercero de Confianza, SL”), resultando que la notificación no fue entregada por ser el destinatario desconocido en el domicilio señalado.

Dado el carácter normativo de los estatutos y su imperatividad, la convocatoria habrá de realizarse en la forma estrictamente prevista en los estatutos. Únicamente las notificaciones efectuadas por el prestador del servicio postal universal (“Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA”) gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega (artículo 22-4 Ley 43/2010). La actuación de un operador distinto al universal queda sujeta a las normas de derecho privado (artículo 39 RD 1829/1999 de prestación de servicios postales); y no tiene el plus de fehaciencia que se precisa en los campos notarial y registral, si bien su autenticidad podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial.

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18458)

Deniega la inscripción de una escritura por la cual los dos únicos socios de una limitada, previa aportación de las escrituras que acreditan la titularidad de sus participaciones, se constituyen en junta universal y acuerdan por unanimidad la reducción del capital social con restitución de aportaciones. A dicha junta no asiste la administradora única.

Es necesario que dicho acuerdo sea elevado a público por la administradora, que es quien legalmente tiene facultades para ello. Los socios -a excepción del socio único- carecen de tal facultad conforme a los artículos 107 y 108 RRM. Es posible que una escritura de elevación a público de acuerdos sociales tenga como base el acta de la junta aun cuando en ésta no conste la firma del administrador (artículo 202 LSC). Pero tal circunstancia no permite admitir que la inscripción se haga sobre la base de una escritura como la calificada, en la que los dos únicos socios, sin intervención alguna de persona con facultad certificante, se constituyan en junta y adopten los acuerdos.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16838)

Suspende la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas porque para ello es necesario realizar la provisión de fondos referida al coste de la publicación en el BORME prevista en el artículo 426 RRM.

Ciertamente el artículo 265 LSC permite que en las sociedades no obligadas a verificación contable los socios que representen al menos el 5% del capital social solicitar del registrador mercantil el nombramiento de auditor con cargo a la sociedad; pero lo cierto es que, aun cuando los gastos de la auditoría sean de cuenta de la sociedad, los honorarios registrales de dicho nombramiento serán de cargo del solicitante, por lo que se puede exigir la correspondiente provisión de fondos para su preceptiva publicación.

SEPARACIÓN DE SOCIOS

R. 24 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16842)

Admite la inscripción de una modificación de estatutos de una sociedad anónima por la que se establece que no constituirá causa de separación de los accionistas la falta de distribución de los dividendos fijados en el artículo 348 bis LSC. A la socia que votó en contra del acuerdo se le concedió el derecho de separarse de la sociedad reconocido en dicho artículo, que podría ejercitar en el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación del acuerdo. El reconocimiento de este derecho de separación a la socia disidente se sometió también a votación con el mismo resultado. El registrador consideró que debía haberse votado, tanto sobre la supresión de la causa de separación legal por falta de distribución de beneficios como previamente, como sobre si se reconocía o no a los socios discrepantes un derecho de separación específico cuyo régimen concreto debía determinar la propia junta, todo lo cual debería figurar en su orden del día.

Sin embargo, entiende la Dirección que el reconocimiento explícito que ha hecho la junta del derecho de separación de la socia que vota en contra de la supresión del “ius separationis” por falta de distribución de dividendos, tiene inequívoca base legal por lo que tal reconocimiento no requiere una mención específica en el orden del día de la junta. Tampoco puede entenderse que exista indeterminación en el contenido del derecho, pues se fija claramente el plazo de su ejercicio y los demás aspectos de su régimen jurídico tienen acomodo en las normas generales de los artículos 348, 349 y 353-359 LSC).

SOCIEDADES PROFESIONALES

R. 12 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10146)

Deniega la pretensión de un socio de que se inscriba la disolución de “Asing Servicios de Ingeniería, SL” por no haber adaptado sus estatutos a la LSP, conforme a su transitoria primera, apartado 3. El solicitante fundamenta la consideración del carácter profesional de la sociedad en la inclusión de la actividad de ingeniería en su denominación y en que el código CNAE declarado es “7490.- Otras actividades profesionales”.



Sin embargo, entiende la Dirección que la inclusión en la denominación social de palabras relativas a actividades profesionales no implica que la sociedad tenga carácter profesional a los efectos del artículo 1 LSP. La denominación social puede ser indicativo, tanto de una sociedad profesional en sentido estricto (centro subjetivo de imputación del negocio jurídico establecido con el cliente o usuario), como de una sociedad entre profesionales. La definición del objeto social y la especificación del tipo social son suficientes para impedir la confusión sobre la naturaleza, clase, tipo o forma de la sociedad de que se trate.

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16036)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de sociedad civil profesional de notarios.

El estatuto jurídico del notario queda incluido en las llamadas “relaciones de sujeción especial”. El notario tiene la doble condición de funcionario público y de profesional del Derecho (artículos 1 y 147 RN).

Su actuación como funcionario público está rigurosamente regulada por ley y por entero sustraída a la autonomía de voluntad, sólo puede ser ejercitada directamente por el notario mismo “uti singuli” (la sociedad no podría dar fe) y a él solo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad.

En cuanto a la condición del notario como profesional del Derecho, habría que distinguir entre: el asesoramiento profesional ínsito e inescindible de su función pública; y las actuaciones estrictamente profesionales hacia sus clientes (gestión de documentos), que escapan a la regulación del RN, la supervisión de las Juntas Directivas y la competencia de la DGRN, cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios.

En resumen, atendiendo a la vertiente funcional del estatuto jurídico del notario, “de lege lata” es de todo punto imposible que esa función pueda ser desempeñada por una sociedad profesional en los términos taxativos de la Ley 2/2007.

Por otro lado, el acuerdo de colaboración profesional o convenio entre los notarios del supuesto, obtenido de la Junta Directiva del Colegio Notarial competente, es sólo eso y nada tiene que ver con una sociedad profesional. Y todo ello al margen de las repercusiones fiscales de dichos convenios, que quedan al margen al ámbito del recurso y las competencias de la Dirección (si bien no es ocioso señalar que para algunos mercantilistas las sociedades civiles de notarios no son más que sociedades de comunicación de ganancias).

R. 27 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18549)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona de la escritura de constitución de una sociedad profesional de abogados, constituida como unipersonal por un notario en activo.

Según el artículo 22-2-a) RD 658/2001 de Estatuto General de la Abogacía Española, el ejercicio de la abogacía es absolutamente incompatible con el desempeño de cualquier función o empleo público cuya propia normativa reguladora así lo especifique. En la misma línea, el artículo 27-1 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Barcelona dispone que el ejercicio de la abogacía es incompatible con las funciones y los cargos públicos del Estado. El artículo 3 RN

caracteriza al notario como órgano de jurisdicción voluntaria, uno de cuyos elementos definidores es la imparcialidad e independencia, claramente contrapuesto a la esencia de la abogacía. No cabe duda de que, si para el notario está absolutamente vedada la posibilidad de constituir una sociedad para el propio ejercicio de la actividad notarial en la que el aspecto funcional es preponderante sobre el profesional (artículo 1 RN), con mayor rotundidad lo está para un notario en activo constituir una sociedad para el ejercicio profesional de la abogacía.

UNIPERSONALIDAD

R. 15 julio 2019 (BOE 184, 2-VIII-19: 11367)

Suspende la inscripción de una escritura de declaración de unipersonalidad y elevación a público de acuerdos sociales, de la que resulta que la condición de único socio de quien adopta los acuerdos deriva de una previa compra de participaciones sociales. El carácter de único socio resulta contradicho por otra escritura, presentada después, de disolución de la sociedad en virtud de acuerdo adoptado por quienes eran socios antes de la referida venta de participaciones respecto de la cual se aporta escritura de resolución de la misma por incumplimiento de condición suspensiva por parte del adquirente.

La Dirección basa esta resolución en su doctrina consolidada. El principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (un registro de bienes, donde los títulos que sobre ellos recaigan, o bien son incompatibles, o bien gozan entre sí de preferencia según el momento de su presentación) que en el Registro Mercantil (un registro de personas, donde normalmente se inscriben acuerdos y decisiones del sujeto inscribible). Por ello, aunque el artículo 10 RRM hace una formulación de tal principio -que no aparece a nivel legal-, en su aplicación debe interpretarse restrictivamente, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde los principios de legalidad y legitimación tienen fuerza de Ley (Código de comercio). De este modo, el registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no sólo los documentos inicialmente presentados, sino también los compatibles con éstos, aún presentados después, con el objeto de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces.

R. 23 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13596)

Deniega la inscripción del cambio de socio único de una limitada unipersonal, pretendida mediante la presentación de la escritura de venta de todas las participaciones sociales al actual socio único. La hoja social se halla cerrada por constar nota marginal de publicación en el BOE de la revocación del NIF social, de la que resulta que en lo sucesivo no puede practicarse inscripción alguna salvo que se rehabilite el NIF o se asigne uno nuevo (adicional sexta LGT, añadida por la Ley 36/2006 de prevención del fraude fiscal). El efecto de cierre total de la hoja social es el mismo que en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades, si bien la práctica y cancelación de las correspondientes notas en ambos supuestos se hace en virtud de títulos diferentes.

Hay otros defectos que impiden la inscripción. El Registro también se halla cerrado por falta de depósito de las cuentas anuales de has-

ta 5 ejercicios anteriores. Por otro lado, en la escritura de venta de participaciones no consta declaración expresa de cambio de socio único realizada por el administrador.

SUCESIONES

CERTIFICADO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES

R. 26 julio 2019 (BOE 245, 11-X-19: 14598)

Atribuye el valor de copia auténtica, apta por tanto para obtener la inscripción de herencias, al certificado de RGAUV firmado electrónicamente en soporte papel y con un código seguro de verificación, una vez que el registrador haya cumplido su obligación de comprobar -a través de dicho código- la autenticidad e integridad del documento.

Sin embargo, deniega la inscripción de la instancia de heredero único calificada por haberse aportado meras copias simples, tanto del testamento como del certificado de defunción.

DERECHO DE TRANSMISIÓN

R. 15 noviembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17392)

Deniega una inmatriculación pretendida por la vía del artículo 205 LH, mediante una escritura en la que la finca se adiciona en la herencia de un primer causante y también se adiciona en la herencia de quien se acredita que fue declarada heredera de aquél mediante acta de notoriedad abintestato, si bien no se aporta escritura de la que resulte expresamente la aceptación de herencia. Los fallecimientos de ambos están separados por más de un año.

Lo que se debate es si la escritura calificada recoge dos transmisiones hereditarias, como entiende el recurrente al afirmar que hubo aceptación tácita por la heredera, o una sola transmisión como entiende el registrador. En el ámbito registral no puede admitirse la aceptación tácita, siendo necesaria la forma documental pública exigida por el artículo 3 LH. Por tanto, estamos ante un caso de derecho de transmisión del artículo 1006 Cc, respecto del cual la doctrina tradicional ha debatido acerca de si en el mismo existen una o dos delaciones hereditarias. La S TS 11 septiembre 2013 ha zanjado la cuestión: el derecho de transmisión no constituye una nueva delación hereditaria o un fraccionamiento de la misma; no hay por tanto una doble transmisión sucesoria, sino un mero efecto transmisivo del derecho. Por tanto, el transmisario sucede al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión.

EXTRANJERÍA Y SUCESIONES INTERREGIONALES

R. 24 julio 2019 (BOE 231, 25-IX-19: 13605)

El causante, de nacionalidad alemana, residía en Formentera al fallecer y desde años antes de su fallecimiento, que se produjo tras la entrada en vigor del RUE 650/2012. En su testamento, otorgado ante notario español, instituyó heredero universal a su hijo, sin referencia alguna a cualquier otro hijo. No hay dato alguno que permita establecer ni aun de forma tácita "professio iuris" a la ley alemana.

Ahora se debate la práctica de asiento de afección legitimaria sobre una finca del causante en virtud de escritura de aceptación de legítima otorgada por quien afirma ser también hija del causante y pretende que se reconozca su filiación en virtud de certificaciones incorporadas a la escritura calificada.

La Dirección desestima los dos defectos observados por el registrador. En primer lugar, según lo expuesto y en virtud del RUE 650/2012, la ley aplicable a la sucesión no es la alemana, sino la española, en particular la balear y más concretamente el Derecho de Eivissa y Formentera. En segundo lugar, no es obligatorio en este caso aportar el certificado de últimas voluntades alemán: sobre la base de la doctrina sentada a partir de la R. 10 abril 2017, la Dirección entiende innecesaria la búsqueda en el Registro del estado de la nacionalidad dada la opción general del Reglamento europeo por la residencia habitual.

En consecuencia, la Dirección revoca la calificación negativa tal y como ha sido formulada, pero sin perjuicio de que, una vez presentado de nuevo el título, pueda ser observado el defecto consistente en que la decisión en el contencioso sobre la preterición de la hija recurrente y su calificación como intencional o no, corresponde a los tribunales (en concreto, los de la residencia habitual del causante, según el artículo 4 RUE 650/2012), siempre que no recaiga consentimiento del heredero único.

R. 4 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15568)

Como consecuencia de la inscripción de la herencia de un causante fallecido bajo la vigencia del R(UE) 650/2012, a la que resulta de aplicación la ley personal del testador inglés por "professio iuris" tácita, se solicita ahora por uno de los herederos que se cancele la limitación de 2 años en los efectos a tercero derivados de la adquisición hereditaria por no legitimarios (artículo 28 LH). Se basa para ello en que el Derecho aplicable a la sucesión es el británico, que desconoce las legítimas, por lo que resulta inaplicable a esta sucesión el artículo 28 LH.

Sin embargo, la Dirección deniega la cancelación pretendida. Independientemente de cuál sea la Ley aplicable a la sucesión, quedan fuera del ámbito de aplicación del R (UE) los requisitos y efectos de la inscripción de los bienes, que se registrarán por la "lex rei sitae" (artículo 1-2-I; y considerandos 18 y 19).

Por otro lado, el artículo 28 LH se fundamenta en la inseguridad del título sucesorio en cuanto pudieran aparecer parientes no tenidos en cuenta por el causante o un testamento más reciente con designación de nuevo heredero; es decir, busca proteger al heredero real frente al aparente. Se valora más improbable -salvo preterición- esta circunstancia respecto de herederos forzosos, por lo cual se exceptúa este caso. En las sucesiones internacionales todavía tiene más significado una limitación como la del precepto citado, dada la dificultad probatoria de los elementos de hecho relevantes en la aplicación de la ley extranjera. Por todo ello, la aplicación a la sucesión de la ley extranjera -máxime la de un estado no miembro-, no sólo es compatible con el artículo 28 LH, sino que refuerza su objetivo y finalidad.

R. 17 septiembre 2019 (BOE 267, 6-XI-19: 15879)

Deniega la inscripción de un documento expedido por notario francés denominado "certificado de sucesión" acompañado de un



documento de partición de la herencia intestada de un causante que, aunque consta en el Registro como originariamente español, en el título calificado consta como nacional francés y residente en Francia. El supuesto es anterior al R (UE) 650/2012 y le resulta aplicable la ley francesa como nacional del causante, según el artículo 9-8 Cc.

Concurren los siguientes defectos: la traducción jurada aportada no tiene la apostilla de La Haya ni es completa, al faltar la última hoja; no se aporta título sucesorio a los efectos del artículo 14 LH, entendiendo por tal declaración de herederos abintestato o documento equivalente según la legislación francesa; tampoco se aporta NIE de la viuda heredera.

R. 14 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16825)

El testador manifestó ser natural de Zaragoza y vecino de Mataró (sin que conste ningún otro dato más relativo a la vecindad civil), legó a sus tres hijos “la legítima que en sus bienes les corresponda” e instituyó heredera a su esposa.

Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia otorgada sólo por la viuda, quien manifiesta que ambos cónyuges habían nacido y contraído matrimonio en Aragón, que al poco de casarse trasladaron su residencia a Cataluña durante muchos años, y que la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento era la catalana, si bien en los últimos años se había trasladado a Alicante. Los únicos documentos aportados en relación con estas manifestaciones son un certificado de matrimonio en que consta que los contrayentes eran naturales de Zaragoza y que el domicilio del esposo era en Cataluña. Por otro lado, en la inscripción de una de las fincas perteneciente al causante y su esposa consta que ellos habían manifestado en el título de adquisición estar casados en régimen de sociedad de gananciales.

Para la Dirección, la adquisición de la vecindad catalana por el causante nacido en Aragón y el mantenimiento de la misma son datos que no resultan del testamento, sino de las manifestaciones de la viuda, que es persona interesada en sostener dicha vecindad, la cual le da la posibilidad de otorgar la herencia por sí sola, dada la naturaleza de la legítima en el régimen foral catalán. Por otro lado, aunque la expresada inscripción pudiera reflejar una inexactitud registral, no existe error, pues el dato incorrecto se tomó del mismo título, por lo que su rectificación exige consentimiento de todos los afectados o resolución judicial (artículo 40-d LH). En consecuencia, para la rectificación del Registro y la adjudicación de la finca tras la rectificación de su carácter ganancial inscrito será necesaria, o bien la concurrencia de quienes serían legitimarios conforme al derecho común, o bien la acreditación de la vecindad catalana del causante a los efectos de posibilitar la inscripción con la sola intervención de la heredera única.

HERENCIA YACENTE

R. 21 junio 2019 (BOE 170, 17-VII-19: 10529)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo dictada en procedimiento por deudas del causante (titular registral), siendo sus herederos indeterminados, sin que conste la notificación a ningún posible heredero, ni se haya nombrado administrador judicial de la herencia.

La Dirección recuerda su doctrina sobre la calificación del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH) en materia de anotaciones de embargo por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados. Es preciso acreditar: o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien -para que la exigencia de este nombramiento no resulte excesivamente gravosa- que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10949)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación dictado en procedimiento judicial de ejecución hipotecaria seguido contra los desconocidos herederos del titular registral, sin que conste el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. Resultando de certificados de defunción y últimas voluntades que el causante falleció intestado, fueron notificados por burofax varios parientes hasta el cuarto grado.

Las personas supuestamente llamadas a la herencia del titular, habían otorgado escritura de renuncia a la herencia con anterioridad al comienzo del procedimiento de ejecución, de modo que los renunciantes habían desaparecido antes de la demanda del círculo de intereses relativo a la defensa del caudal hereditario. Distinto sería el efecto de la renuncia en el caso de haberse producido después de haberse iniciado el procedimiento y haber sido previamente emplazados los renunciantes llamados a la sucesión, en cuyo caso la posibilidad de intervención en defensa de la herencia quedaría garantizada.

R. 6 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15776)

R. 4 noviembre 2019 (BOE 285, 27-XI-19: 17059)

Deniega la inscripción de una sentencia que declara adquirida una participación de finca por usucapión, como resultado de procedimiento ordinario seguido contra los desconocidos o ignorados herederos de los titulares registrales fallecidos, sin nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. El llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a los mismos, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales.

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16037)

Considera debidamente cumplidas las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo en mandamiento derivado de un procedimiento de apremio municipal en el que se solicita el embargo de fincas del deudor -titular registral con carácter ganancial- por impago del IBI de ejercicios anteriores a su fallecimiento, resultando que el procedimiento se ha dirigido contra su herencia yacente y que la providencia de apremio se notificó, además de a la propia herencia yacente, a los herederos testamentarios (cuya aceptación no consta) y a los herederos desconocidos del deudor, por lo que se entiende cumplido el requisito de emplazar a alguno de los posibles llamados a la herencia.

Por otro lado, afirmándose en el mandamiento que la viuda del deudor está actualmente fallecida, la Dirección considera también debidamente determinados los derechos objeto de embargo, ya que se solicita que se embargue "la cuota global que a la herencia yacente [del deudor] le corresponda en la masa patrimonial de la sociedad conyugal, disuelta y pendiente de liquidación".

No obstante, todo lo anterior, se deniega la práctica del embargo porque en el mandamiento no consta la fecha de fallecimiento de la viuda, ni se acompaña su certificado de defunción.

R. 23 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16286)

Deniega la inscripción de un decreto de ejecución hipotecaria, por no constar el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente del deudor fallecido y no haberse personado en el procedimiento ningún interesado en su herencia como heredero o en otro concepto, sin que pueda admitirse para obviar este obstáculo la citación por edictos a su no compareciente esposa -codeudora solidaria-, con la cual se intentó primero infructuosamente una notificación personal en la finca hipotecada tras la cual no se efectuó investigación alguna para localizarla. Por otro lado, no habiendo comparecido en el procedimiento la deudora, es preciso que se acredite también el transcurso de los plazos de rescisión del auto dictado en rebeldía de la ejecutada.

R. 9 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16391)

Suspende la extensión de una anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento de apremio dirigido contra las herencias yacentes de tres personas. No se aclara si también el procedimiento se ha instado contra alguna otra persona como heredero de los finados. Es doctrina consolidada que en estos casos en que se pretende un asiento que pueda perjudicar a una herencia yacente, resulta preceptivo, si no resulta que la demanda se haya dirigido contra herederos ciertos y determinados, el nombramiento de un administrador judicial. Por otro lado, es preciso aportar el certificado de defunción de los titulares registrales, dada la exigencia de hacer constar la fecha de fallecimiento establecida por el artículo 166 RH.

R. 15 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16826)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra la herencia yacente y desconocidos herederos del titular registral fallecido, sin nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. El llamamiento es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a los herederos indeterminados, ni se ha llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales.

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17724)

Admite la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada en procedimiento seguido por una comunidad de propietarios contra determinada persona como posible heredero del titular registral.

La Dirección recapitula su doctrina consolidada sobre calificación del principio de tracto sucesivo (artículo 20 LH) en materia de anota-

ciones de embargo por deudas del causante o sus herederos, distinguiendo estos supuestos:

1) Si son deudas del titular registral fallecido antes o durante el procedimiento, la anotación requiere acreditar: su fallecimiento; y que se ha seguido la tramitación con sus herederos indicando sus circunstancias personales; si falleció durante el procedimiento, habrá que acreditar también que se demandó al titular registral (art. 166-1-1º RH).

2) Si el titular registral falleció antes de iniciado el procedimiento y éste se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados: habrá que acreditar el fallecimiento, que la demanda se ha dirigido contra tales herederos indicando sus circunstancias personales y la parte que corresponde al derecho hereditario del deudor; y acompañar los títulos sucesorios y el certificado de últimas voluntades (art. 166-1-2º RH).

3) Si son deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o si son deudas de herederos indeterminados, hay que acreditar: o bien el nombramiento y la demanda al administrador judicial de la herencia yacente; o bien que el llamamiento a herederos indeterminados no ha sido puramente genérico, sino que la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos.

En el supuesto resuelto las deudas se producen después del fallecimiento del causante sin que conste haberse aceptado ni partido su herencia, por lo que nos encontramos ante el último de los tres supuestos analizados por la Dirección: deudas de la herencia yacente. De acuerdo con la expresada doctrina, para poder practicar la anotación, basta con la constancia de haber emplazado a alguno de los posibles llamados a la herencia.

INTERPELACIÓN AL HEREDERO

R. 28 junio 2019 (BOE 177, 25-VII-19: 10883)

La causante designó herederas en su testamento por mitad a sus dos hijas. Ahora se deniega la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia otorgada sólo por una de las herederas, quien se adjudica la mitad indivisa de los bienes inventariados, resultando también en la misma escritura que la otra heredera ha sido requerida por la notaria, en los términos del artículo 1005 Cc, para que en plazo de 30 días naturales desde la notificación acepte la herencia -de forma pura o con beneficio de inventario- o la renuncie, con advertencia de que si no manifiesta su voluntad en dicho plazo, se entenderá que acepta la herencia de forma pura y simple. La notaria hace constar por diligencia que se ha personado tres veces en el domicilio señalado en el requerimiento sin haber obtenido respuesta alguna en el portero electrónico, que ha remitido por correo certificado con acuse de recibo copia de la escritura habiendo recibido el aviso de haberse realizado la entrega efectiva del envío, y que la notificada no ha comparecido en el plazo indicado.

La Dirección deniega la inscripción, porque una cosa es que la herencia deba tenerse por aceptada, lo cual no se discute en este expediente, y otra que para la partición hay que contar necesariamente con las dos herederas.



R. 6 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15143)

Suspende la inscripción de una escritura de manifestación de herencia sujeta a Derecho catalán, otorgada por una sola de las herederas llamadas, la cual se adjudica todos los bienes, al tener por renunciante al otro llamado, a quien se le practicó infructuosamente la interpelación notarial prevista en el artículo 461-12 del Código de Derecho civil de Cataluña, cuyo efecto en caso de falta de aceptación es la repudiación de la herencia (al revés de lo previsto en el artículo 1005 Cc y restantes disposiciones forales equivalentes que -como las aragonesas- optan por la aceptación). Lo discutido es si la forma en que se practicó la notificación cumple los requisitos legales.

La requirente señaló como domicilio de la requerida uno situado en Vilanova i la Geltrú, si bien el propio notario autorizante advierte que el domicilio que figura en la declaración de herederos abintestato es otro, situado en Sant Pere de Ribes. El notario realiza averiguaciones en las redes sociales del requerido, y también verbalmente con una funcionaria del padrón de Vilanova, de las cuales resulta que el notificado está domiciliado en esta localidad. El notario intenta infructuosamente la notificación en los domicilios averiguados de Vilanova, primero de forma personal, recibiendo la manifestación de una vecina de que no conoce a la persona notificada; después por correo certificado con acuse de recibo, que resulta devuelto como destinatario desconocido; por último, publica edictos en dos periódicos de circulación en la provincia y en el BOE. Al no obtener manifestación en plazo sobre la aceptación o repudiación de herencia, hace constar en la diligencia de cierre del acta que la herencia se entiende repudiada. Tras la inicial calificación negativa, se aporta certificado del padrón del Ayuntamiento de Vilanova, del que resulta que el requerido está empadronado en Madrid.

Para la Dirección las normas sobre interpelación al heredero son procedimentales, si bien con espíritu y al servicio de las normas sustantivas. Así, su disposición Final 20ª señala que la LJV se dicta en general al amparo de la competencia estatal -no exclusiva- en materia de legislación procesal, si bien se exceptúan entre otras: la disposición final primera, que modifica preceptos del Código civil (como por ejemplo, el artículo 1005) y se dice dictada al amparo de la competencia estatal en materia de legislación civil; y la final undécima, referida a los expedientes sucesorios regulados por la Ley del Notariado (entre los que no se incluye la interpelación), que se dice dictada al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos.

La interpelación al heredero en Cataluña es acto que civilmente equivale a la renuncia, por lo que conforme el artículo 18 LH debe extremarse el rigor en el cumplimiento de los trámites procedimentales. Es doctrina consolidada que la notificación por edictos es mecanismo excepcional al cual no cabe recurrir hasta que se hayan agotado todas las posibilidades de notificación personal (S TS 8 septiembre 2014, S TS 11 mayo 2015, R 1 octubre 2015). Por tanto, debería quedar evidencia de que el domicilio en que se notifica es el de la residencia habitual del requerido, lo cual no ocurre en este expediente, donde hay dudas y no consta requerimiento personal alguno en el domicilio de Madrid. Antes de la publicación de edictos tampoco se han utilizado las diligencias de averiguación del domicilio (artículos 156 y 157 LEC aplicables subsidiariamente a la LJV), ni se ha recabado el auxilio de otras autoridades (artículo 56-2 LN).

INTERPRETACIÓN TESTAMENTARIA

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15544)

En su último testamento la causante había instituido heredero a su marido, del cual se hallaba sin embargo divorciada al fallecer. Ahora se admite la inscripción de la escritura por la que el heredero se adjudica todos los bienes de la herencia. El registrador la había denegado por entender que, siendo la causante de vecindad vasca, hay preceptos en la Ley 5/2015 que conducen a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias a favor del excónyuge en casos de divorcio.

Sin embargo, entiende la Dirección que tales disposiciones se refieren sólo al testamento mancomunado, al poder testatorio y a la legítima; pero no a las disposiciones voluntarias unilaterales como la calificada. No hay en el Código civil una norma que prive de eficacia por ministerio de la ley las disposiciones testamentarias entre cónyuges posteriormente divorciados o separados (como ocurre con los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106). Sí que existen artículos en este sentido -normalmente como presunción "iuris tantum"- en varias legislaciones forales: 422-13 Código Civil de Cataluña; 208 Ley Derecho Civil de Galicia; 438 Código Derecho Foral de Aragón; 201 Compilación de Navarra; 28-3 Ley 5/2015 Derecho Civil Vasco (para el testamento mancomunado). También existen normas similares en los Derechos alemán, inglés y portugués. En la institución hereditaria debatida no puede entenderse que concurra la expresión de una causa falsa a los efectos del artículo 767 Cc, que en todo caso produciría el efecto legal de tener la causa como no puesta, salvo que se acreditase que sin ella el testador no hubiese otorgado la disposición.

En definitiva, a falta de una norma que presuma la ineficacia de la disposición, sólo cabría probar que la voluntad del testador habría sido no otorgarla de haber podido conocer el divorcio posterior. Pero en el ámbito notarial y registral la privación de eficacia del contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial dictada en procedimiento contencioso con fase probatoria.

R. 25 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16288)

En su testamento el causante: manifestó encontrarse divorciado de su único cónyuge, con quien afirmaba tener pensado volver a casarse en determinada fecha; legó a su citada cónyuge el usufructo universal; e instituyó heredero a su único hijo.

Ahora la Dirección deniega la inscripción de la escritura de herencia en la que se adjudica todos los bienes el hijo y heredero único del causante, afirmando que éste falleció divorciado, ya que el proyectado matrimonio con su excónyuge no llegó a producirse por fallecimiento de ésta.

La Dirección aplica su doctrina sobre eficacia de instituciones de heredero realizadas por persona casada en favor de quien es su cónyuge en el momento de testar, pero de quien se había divorciado posteriormente al tiempo del fallecimiento. A diferencia de lo que ocurre en determinados Derechos forales, no hay en el Código civil una norma que prive de eficacia por ministerio de la ley las disposiciones testamentarias entre cónyuges posteriormente divorciados o separados. El hecho de que quien testa identifique al heredero

como su cónyuge no puede entenderse como la expresión de una causa falsa a los efectos del artículo 767 Cc (y además, aunque se entendiera como causa falsa, el efecto legal sería tener la causa como no puesta, salvo que se acreditase que sin ella el testador no hubiese otorgado la disposición). Ciertamente el TS (Ss 28 septiembre 2018 y 26 septiembre 2018) ha interpretado que el hecho de que el testador realice una disposición a favor de su esposo, permite concluir que su voluntad era que tal disposición fuese ineficaz en caso de divorcio posterior. Sin embargo, en el ámbito notarial y registral la privación de eficacia del contenido patrimonial de un testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial dictada en procedimiento contencioso con fase probatoria.

LEGADOS

R. 23 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16837)

La causante estuvo casada en segundas nupcias de las que no tuvo descendencia, habiendo tenido sus dos únicos hijos de sus primeras nupcias. En su último testamento: prelegó a sus dos hijos por partes iguales, con cargo por este orden al tercio de mejora y al de libre disposición, todos sus bienes y derechos privativos procedentes de los padres de la testadora; e instituyó herederos por igual a sus dos hijos en el remanente del tercio de mejora y en el de legítima estricta, y en el tercio libre o lo que quede de él instituyó a los seis hijos de su esposo también por partes iguales. Tras varias renunciaciones de los hijos y sus sustitutos vulgares, la única prelegataria subsistente otorga ahora por sí sola -sin intervención de los herederos hijos del segundo esposo- escritura de aceptación y adjudicación del prelegado, cuya inscripción deniega la Dirección.

En primer lugar, es necesaria la concurrencia de todos los herederos a la partición. Lo dispuesto por la testadora no es una verdadera partición del artículo 1056 Cc, que determinaría la adquisición directa por los herederos una vez fallecido el causante, sino unas meras normas de partición, ya que no se formula inventario, ni hay previsión sobre las deudas de la herencia, ni se mencionan o adjudican directamente bienes determinados, sino que se establecen un prelegado de los bienes privativos procedentes de herencia de los padres con unas reglas de imputación en los tercios de mejora y legítima, lo que de por sí ya hace necesaria una valoración, así como una institución de heredero que incluye a otras personas y abarca el resto de los bienes privativos y los gananciales del segundo matrimonio.

Por otro lado, es preciso que los herederos realicen la entrega del legado. Fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor al tiempo de abrirse la sucesión, sólo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiese facultado expresamente para ello (artículo 81 RH), posibilidad que no se da en este expediente.

Y frente a la alegación de que el llamamiento a los hijos en los bienes privativos heredados de los padres de la testadora constituye una institución de herederos "ex re certa", que no haría necesaria la entrega de los bienes, lo cierto es que el artículo 786 Cc equipara esta situación con el legado, sin que la testadora haya expresado su voluntad en contra.

LEGÍTIMA Y DESHEREDACIÓN

R. 4 julio 2019 (BOE 179, 27-VII-19: 11017)

La testadora, de vecindad civil vasca y fallecida bajo la vigencia de la Ley 5/2015, dejó seis hijos en cuyo favor realizó sendos legados de inmuebles específicos y determinados facultando a los respectivos legatarios a tomar posesión por sí de cada legado; y en el remanente, instituyó herederos a los mismos seis hijos.

Ahora se deniega la inscripción de la escritura otorgada sólo por una de las hijas, quien acepta y se adjudica por sí sola el pleno dominio de la finca que le había sido legada. El registrador exige la intervención de los demás legitimarios, por entender que la legítima vasca tiene la naturaleza de "pars bonorum" o cuando menos de "pars valoris bonorum"; mientras que el notario recurrente no la considera necesaria por entender que se trata de una "pars valoris" (mero valor económico).

El artículo 48 de la Ley 5/2015 dispone que el causante está obligado a transmitir la legítima a sus legitimarios, pero puede elegir entre ellos a uno o varios y apartar a los demás de forma expresa o tácita, lo cual configura la legítima vasca como colectiva y de libre disposición por el testador mediante el mecanismo del apartamiento. Para la Dirección no hay una norma vasca equivalente al artículo 243 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, que priva de acción real al legitimario a quien da la consideración de mero acreedor. El paradigma de legítima colectiva es la aragonesa, cuya naturaleza es la de "pars valoris bonorum", si bien el legislador aragonés ha introducido una norma -el artículo 479 CDFA- que permite al legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, aun habiendo legitimarios, posesionarse por sí mismo de la cosa legada y obtener la inscripción en el Registro de la Propiedad. La legítima vasca es colectiva y permite el apartamiento, pero esto no significa que el legitimario no apartado carezca de mecanismos de defensa de su derecho, el cual consiste en una "pars valoris bonorum". Así, al existir legitimarios en el asunto resuelto, los mismos deben intervenir en la entrega de legado calificada por no cumplirse todas las exigencias del artículo 81-a RH.

R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16380)

La testadora desheredó a sus dos únicas hijas por la causa del número 2 del artículo 853 Cc (maltrato psicológico consistente en reiteradas conductas de menosprecio y abandono de la testadora, afectada por una grave enfermedad) e instituyó herederas por partes iguales a una Asociación benéfica y a una amiga, la cual renunció a la herencia, de modo que -a falta de sustitución- se produjo el acrecimiento a la Asociación como única heredera.

Ahora se pretende la inscripción de la escritura de herencia de la causante, otorgada por el representante de la Asociación y por las dos hijas, la cuales niegan la certeza de la causa de desheredación, de modo que ante la controversia planteada y de común acuerdo, los otorgantes se adjudican la herencia, a las hijas en cuanto a los dos tercios que constituyen su legítima y a la Asociación en cuanto al otro tercio.

La Dirección deniega la inscripción. Es doctrina consolidada que, dado el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento (artículo 658 Cc), la privación de los efectos de su contenido patrimonial exi-



ge previa declaración judicial, a falta de conformidad de todos los interesados (R. 13 septiembre 2001, respecto de un supuesto de preterición; R. 6 marzo 2019). Lo que ocurre en este caso es que no consta que quienes consienten sean los únicos interesados, porque en concreto, lo serían también los hijos y descendientes de las desheredadas, quienes ocuparían el lugar de éstas respecto de la legítima (artículo 857 Cc). En consecuencia, para poder inscribir el título calificado sería preciso, o bien la manifestación de las desheredadas de que carecen descendientes, o bien la acreditación mediante acta de notoriedad u otro medio de prueba admitido en Derecho de quiénes son los únicos descendientes junto con la intervención de los mismos.

R. 5 septiembre 2019 (BOE 265, 4-XI-19: 15771)

El testador, además de instituir herederos a sus dos hijos vivos, legó a sus nietos -hijos de otro hijo premuerto- en pago de su legítima estricta y hasta dicho importe, las participaciones que poseyera el testador en determinada sociedad. En la escritura de herencia intervinieron también los citados nietos, a quienes se les adjudicaron las referidas participaciones sociales más un complemento en metálico para cubrir su legítima.

Ahora se suspende la inscripción de una escritura de adición de herencia donde se incluyen otras dos fincas que se adjudican íntegramente a los hijos herederos, sin intervención de los nietos colegitimarios. El causante no realizó una verdadera partición en su testamento, sino que se limitó a establecer normas particionales. Dada la especial cualidad del legitimario en Derecho común, es necesaria su intervención en la partición. La intervención de los nietos en la adición de herencia no se exige para que acaben percibiendo más que su legítima estricta, sino precisamente para recalcular la parte alícuota de la herencia en que consiste dicha legítima, que se ha visto incrementada como consecuencia de la inclusión de nuevos bienes.

PARTICIÓN

R. 6 junio 2019 (BOE 158, 3-VII-19: 9920)

El primer causante instituyó herederos a sus seis hijos, uno de los cuales fallece unos meses después resultando declarados como herederos abintestato suyos sus dos hijos sin perjuicio de la cuota usufructuaria de su viuda. Años después fallece uno de estos dos hijos, legando su legítima a su madre e instituyendo heredera a otra persona. En la escritura de herencia de este tercer causante se inventaría la mitad indivisa de una vivienda cuya otra mitad pertenece a la heredera, junto con otros bienes entre los que se encuentran los derechos derivados de la sucesión de su padre que se concretan en un doceavo de cuatro inmuebles que se describen. La heredera se adjudica la mitad indivisa del bien del que ya era copropietaria, junto con el pasivo, y la legitimaria se adjudica el resto de los bienes y participaciones descritas. Ahora se pretende la inscripción de la escritura de adjudicación de las herencias del primer y segundo causantes, en cuyo inventario se incluye también un quinto bien no incluido en la escritura de herencia del tercer causante. La Dirección entiende que para esta inclusión es preciso el consentimiento de la heredera del tercer causante, dado el principio de unanimidad de los herederos en la partición. Según sus términos, la escritura que ella otorgó junto con la madre y legitimaria de este tercer causante fue una verdadera escritura de partición de su herencia, y no una

cesión de los derechos hereditarios que ostentaba en la herencia de su padre.

R. 26 junio 2019 (BOE 174, 22-VII-19: 10736)

Admite la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia en la cual la partición es realizada por el contador-partidor testamentario, interviniendo también para aceptar sus adjudicaciones todos los herederos, una de los cuales es persona con capacidad judicialmente modificada y está representado por su tutora, otra hermana y heredera, con la que no tiene oposición de intereses.

No es necesaria la autorización judicial previa para la partición formulada por el contador-partidor testamentario, ni tampoco la posterior, al no apartarse la actuaciones realizadas por el partidor de lo meramente particional.

El comisario está legitimado para realizar la partición por sí solo, de modo que no requiere la intervención de los legitimarios ni de los herederos, por lo cual tampoco es necesario que éstos sean mayores y plenamente capaces. Lo que ocurre es que en el título calificado, además de la partición que es de la exclusiva autoría del partidor, los herederos intervienen para aceptar la herencia y las adjudicaciones particionales, ya que el testador les permitió optar por varias posibilidades a la hora de realizar el pago de la adjudicación de la incapaz.

El artículo 271-4 Cc exige autorización judicial para aceptar herencias sin beneficio de inventario en nombre de un incapaz. Sin embargo, dadas las circunstancias de este caso (no es una herencia dañosa y la partición la realiza el contador-partidor testamentario) debe considerarse válida la aceptación y producidos los efectos del beneficio de inventario a favor del tutelado.

El tercer párrafo del artículo 1057 Cc, para el caso de que haya en la partición coherederos sometidos a patria potestad o tutela, impone al contador-partidor la obligación de inventariar todos los bienes de la herencia con citación de sus representantes legales. En el título calificado, ha intervenido la tutora de la heredera incapaz.

El artículo 272 Cc exige de autorización judicial la partición de herencia o división de cosa común realizadas por el tutor, si bien una vez practicadas, requerirán aprobación judicial, lo cual se corresponde con el artículo 1060 Cc. Pero en este caso no se trata de una partición hecha por los herederos (uno de los cuales se halla representado por su tutor), sino que se trata de una partición unilateral por el contador-partidor, de modo que no hay actuación sujeta al refrendo judicial.

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10945)

El testador legó a su viuda el usufructo universal e instituyó herederos a sus cuatro hijos sobrevivientes y a dos nietos hijos de otro hijo fallecido antes del testamento, con preterición de otro hijo que vivía al tiempo de otorgar el mismo pero que falleció sin descendientes antes que el causante. También legó el tercio de libre disposición a uno de los hijos, cuya capacidad está judicialmente modificada, y nombró albacea contador-partidor con las más amplias facultades.

Ahora se deniega la inscripción de una escritura de liquidación parcial de gananciales y adjudicación parcial de herencia, otorgada por el contador y una de las hijas, quien interviene como tutora del hermano incapaz -acreditando en nombramiento y la aceptación

como tutora, pero no la inscripción del cargo en el Registro Civil- y como apoderada mancomunada de la viuda en virtud de escritura de poder otorgada ante el mismo notario autorizante, quien en su juicio de suficiencia omite la afirmación de haberle sido aportada copia autorizada del poder. El consentimiento de la otra hija y apoderada consta mediante diligencia posterior. En la escritura calificada se incorpora el inventario de todos los bienes del causante, que el contador manifiesta haber confeccionado con citación de la tutora y de la viuda, resultando que todos los bienes del inventario son gananciales y consisten en inmuebles y una cantidad en metálico. En la escritura se adjudica una plaza de garaje ganancial íntegramente a la viuda, en la vía del artículo 1062 Cc, sin adjudicar nada a la masa hereditaria cuya compensación con otros bienes de la misma se deja para más adelante.

El primer defecto es la omisión en el juicio notarial de suficiencia de la afirmación de haber tenido el notario ante sí la copia autorizada del poder. Ciertamente el artículo 166 RN exime de la obligación de exhibirla cuando -como ocurre en este caso- el poder conste en el protocolo del mismo notario, pero para ello hace falta que el notario manifieste expresamente que el apoderado está facultado para obtener copia, y que no consta nota de revocación.

El segundo defecto es no acreditarse la inscripción en el Registro Civil del cargo de tutora. Es doctrina consolidada que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afecten a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes por afectar a la validez del acto, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. De lo contrario no podrán oponerse a terceros.

El tercer defecto se refiere al respeto de los derechos en la partición del hijo preterido y de los sustitutos por premoriencia. La partición está pendiente de la concreción de los derechos de todos ellos. La necesaria intervención de éstos en su caso, debe conducir a suspender cualquier adjudicación.

Se desestiman otros defectos de la calificación. Ciertamente la adjudicación del artículo 1062 Cc es acto dispositivo -y no meramente particional-, que requerirá unanimidad de los comuneros (artículo 404 Cc) cuando no exista metálico hereditario suficiente para compensar a los demás herederos, de modo que la obligación de pago será a cargo del heredero adjudicatario. Sin embargo, en el caso resuelto existen otros bienes gananciales y en particular, un metálico cuya suficiencia para cubrir la compensación compete al contador y la viuda, quienes concurren al otorgamiento. Por otro lado, no es precisa la intervención de defensor judicial ya que, con la incorporación del inventario completo a la escritura y con la intervención efectiva de la tutora, se ha cumplido con el párrafo tercero del artículo 1057 Cc, que impone al contador-partidor inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales de los herederos menores o incapaces.

R. 26 julio 2019 (BOE 247, 14-X-19: 14713)

Suspende la inscripción de un acta notarial de protocolización de operaciones particionales aprobadas judicialmente porque, habiendo sido la partición inicial objeto de una corrección ulterior y constando la aprobación judicial de ambas, no resulta del título calificado de cuál de los dos cuadernos particionales protocolizados se solicita la inscripción.

El otro defecto se desestima: aunque la solicitud de protocolización y el texto del acta hacen referencia a una sentencia de “liquidación de sociedad de gananciales”, del título resulta evidente que se trata de una partición hereditaria aprobada judicialmente.

SUSTITUCIÓN

R. 14 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10153)

Mediante sentencia firme se declaró la propiedad de la legataria sobre los bienes legados a su favor, acordándose mediante auto posterior tener por emitida, a efectos de la entrega del legado, la declaración de voluntad de dos determinadas personas que habían sido demandadas como sustitutas vulgares -no instituidas nominativamente- de una de las herederas premuerta.

Ahora se admite la inscripción de la escritura de entrega de legado otorgada en cumplimiento de dicha sentencia y auto, bastando para ello con aportar certificado de defunción de la heredera premuerta y de nacimiento de sus dos hijos demandados, sin necesidad de aportar también -como exigía el registrador- documentos acreditativos de la inexistencia de otros sustitutos vulgares, tales como testamento o acta de notoriedad de la sustituida.

El artículo 82 RH establece un sistema abierto para acreditar quiénes son los sustitutos vulgares, de modo que el acta de notoriedad es una de las formas posibles pero no la única. En este supuesto se ha acreditado en sede judicial el fallecimiento de la heredera premuerta y la identificación de sus hijos. No cabe exigir además la acreditación de la inexistencia de otros descendientes.

USUFRUCTO TESTAMENTARIO

R. 3 julio 2019 (BOE 178, 26-VII-19: 10946)

El testador, casado y sin descendientes ni ascendientes, legó a su esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes con facultad de disponer a título oneroso para satisfacer sus necesidades apreciadas en conciencia por ella misma; e instituyó herederos a sus hermanos.

Ahora se deniega la inscripción de la escritura de herencia otorgada únicamente por la viuda, quien se adjudica el único bien del causante, en cuanto a una mitad en pleno dominio en pago de sus gananciales, y en cuanto a la otra mitad como usufructuaria con facultad de disposición.

A la escritura deben comparecer también los instituidos herederos. La Dirección desestima la alegación de que lo ordenado por el causante a favor de la viuda es una sustitución fideicomisaria de residuo. Resulta complejo diferenciar entre el fideicomiso y el usufructo con facultad de disposición cuando los nudo propietarios no existan o estén indeterminados en el momento de abrirse la sucesión. La doctrina conoce este usufructo como “pseudo usufructo testamentario” y lo equipara al fideicomiso. Pero no todo usufructo testamentario debe identificarse con una sustitución fideicomisaria. El usufructo es un derecho sobre cosa ajena, de modo que el llamamiento es único, si bien desmembrando entre varias personas las facultades dominicales. Por el contrario, al fiduciario corresponde el pleno dominio de los bienes aunque con la obligación de conservarlos, produciéndose un doble llamamiento sucesivo. La cláusula testamentaria



ria debatida determina nominalmente los nudo propietarios y debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, no apareciendo claramente que fue otra la voluntad del testador (artículo 675 Cc).

TRACTO SUCESIVO

R. 7 junio 2019 (BOE 159, 4-VII-19: 9970)

Suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de contrato privado de arrendamiento porque la parte arrendadora no es titular registral actual, infringiéndose por tanto los principios de legitimación y tracto sucesivo.

R. 13 junio 2019 (BOE 163, 9-VII-19: 10152)

Suspende la inscripción de un acta notarial de expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, porque siendo la última inscripción de dominio de 1879 y habiéndose por ello realizado la notificación al titular o sus herederos mediante edicto publicado en el BOE, en dicho edicto se reflejó como promotor del expediente a quien compareció ante el notario, cuando esta persona actuaba en representación de su hermano, que es quien realmente pretende inscribir el dominio a su nombre. La correcta identificación del promotor del expediente y su reflejo en las notificaciones es trámite esencial del procedimiento, no sólo para determinar su idoneidad como nuevo titular, sino para que los terceros conozcan quién es la persona que alega un derecho que pueda afectar a los que ellos mismos ostenten sobre la finca y puedan así efectuar las oportunas alegaciones.

R. 8 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11080)

Consta inscrita desde hace treinta años la donación a varias personas de una finca que constaba inscrita como de 2600 metros cuadrados si bien se hizo constar que la superficie al tiempo de hacer la donación era sólo de 2000 metros por estar destinados 600 metros a ser cedidos al Ayuntamiento como viales.

Ahora se deniega por falta de tracto la inscripción de una escritura actual por la cual la entonces donante, tras hacer constar que la finca no quedó finalmente afectada por la actuación urbanística prevista y que se instó la reversión de los 600 metros destinados a viales, dona los mismos a otra persona.

La donante no es hoy titular de los citados 600 metros que ahora pretende donar, pues en la donación inicial modificó la superficie de la finca como consecuencia de la cesión de viales, y la transmitió con tal descripción sin reservarse derecho alguno sobre porción alguna de la finca. Por otro lado, la propia donante está cuestionando su propia legitimación para disponer de los metros revertidos, al reconocer que se han producido dos transmisiones intermedias pendientes de inscripción: la cesión al Ayuntamiento y la reversión desde el mismo.

R. 8 julio 2019 (BOE 180, 29-VII-19: 11082)

Deniega la cancelación de una inscripción de dominio y de una anotación preventiva de embargo, ya que ni el titular registral ni el acreedor del embargo trabado han sido parte en el procedimiento judicial de nulidad de escritura donde se han ordenado las referidas cancelaciones.

R. 18 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16033)

Admite la inscripción de un acta notarial de finalización de expediente de reanudación del tracto, a pesar de no ordenarse en él de forma expresa la cancelación de la inscripción contradictoria.

Ciertamente esta formalidad ha venido siendo exigida por el artículo 286 RH, pero este precepto debe entenderse hoy tácitamente derogado por la Ley 13/2015, cuya derogatoria única se extiende a cuantas normas se opongan a lo previsto en dicha Ley, lo cual interpreta la Dirección que abarca todos los artículos del Título VI RH, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI LH. La nueva redacción de este Título legal es en sí misma suficientemente detallada y se basa en principios diferentes. El acta del actual artículo 208 LH tiene por sí virtualidad cancelatoria sin que la nueva norma exija mandato expreso alguno.

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16282)

Deniega la inscripción de un auto dictado en procedimiento judicial de reanudación de tracto. Una mitad indivisa de la finca ya figura inscrita a nombre de la fundación promotora del expediente por título de compraventa de toda la finca otorgada en 1972, habiéndose denegado entonces la inscripción de la otra mitad a favor de la fundación por figurar inscrita desde 1915 a nombre de un titular distinto del vendedor. En el expediente se pretende la reanudación del tracto respecto de esta mitad no inscrita a nombre de la fundación, quien invoca como título de adquisición la misma compra de 1972.

En consecuencia, entiende la Dirección que, si no se complementa con la justificación de las transmisiones entre el titular registral y los vendedores en la escritura de compraventa, el expediente judicial calificado no es título material suficiente para amparar la reanudación de tracto sucesivo.

R. 20 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16285)

Mediante la presentación de una sentencia que declara la nulidad de una sociedad mercantil, se pretende la cancelación de tres inscripciones (compraventa, hipoteca y adjudicación judicial) relativas a una finca de la que fue titular la sociedad. La Dirección lo deniega porque los titulares de estos negocios posteriores debidamente inscritos, no han sido parte en el procedimiento.

R. 16 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16831)

Deniega la inscripción de un auto de adjudicación recaído en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, porque una participación de la finca adjudicada se encuentra inscrita a favor de personas respecto de las que no consta que hayan sido oportunamente llamadas al proceso, directamente o a través de sus herederos.

R. 17 octubre 2019 (BOE 281, 22-XI-19: 16833)

Suspende por falta de tracto la inscripción de un auto judicial de aprobación de cuaderno particional el cual dispone la inscripción de unas fincas a nombre de una de las herederas, porque las mismas no se encuentran inscritas a nombre de los causantes, sino de otra de las herederas.

El consentimiento expresado en el cuaderno particional carece de virtualidad transmisiva. Ciertamente la titular registral hubiese adquirido las fincas por donación de los causantes, el cuaderno particional

hubiese sido título suficiente en cuanto se pretendiera hacer su colación. Pero es que en el cuaderno no hay mención alguna a que las fincas están efectivamente inscritas a nombre de la titular, quien según el historial registral las adquirió por compra siendo menor de edad y estando representada por su padre, sin que conste ni se exprese ninguna causa transmisiva que justifique su inclusión en el inventario.

R. 7 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17138)

Deniega la inscripción de un acta notarial que documenta un expediente de dominio para la reanudación del tracto interrumpido, tramitado conforme al artículo 208 LH, por haber formulado oposición expresa quien, aportando un contrato privado de compromiso de compraventa a su favor, alega que adquirió su derecho, al igual que el promotor del expediente, de las mismas vendedoras, quienes afirman ser causahabientes del último titular registral, cuya inscripción de dominio es de 1975.

Terminológicamente, establece la Dirección que, aunque se haya utilizado erróneamente la expresión “acta de notoriedad” y aunque los respectivos expedientes se documenten mediante actas notariales y sus diligencias, las actuaciones de los artículos 201 (rectificación de cabida), 203 (inmatriculación) y 208 LH (reanudación de tracto) son verdaderos expedientes de dominio.

La regla cuarta del artículo 208 LH establece que si alguno de los citados no compareciese o formulase oposición, el notario dará por concluida las actuaciones, quedando abierta para el promotor la vía de entablar juicio declarativo. En este caso se ha formulado una oposición con causa expresada detallada y pormenorizadamente con aportación de prueba documental indiciaria.

R. 20 noviembre 2019 (BOE 296, 10-XII-19: 17728)

Suspende la inscripción de un decreto de adjudicación de inmuebles vendidos en pública subasta como consecuencia de un procedimiento ordinario de disolución de comunidad, porque el procedimiento no se ha dirigido contra dos de los cotitulares registrales, cuyas participaciones -según alega el recurrente- fueron transmitidas a favor de los demandantes.

A los efectos del principio de tracto sucesivo, no es suficiente que el interesado declare o mencione que los títulos intermedios de adquisición existen, sino que deberán ser justificados y constatarse que el procedimiento se ha seguido contra causahabientes de los titulares registrales, ya que las resoluciones judiciales producen efectos entre las partes procesales pero no frente a terceros (artículo 222 LEC).

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18461)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo, porque en el momento de presentarse el mandamiento que ordena la traba, la finca se encuentra inscrita a favor de persona distinta del demandado (concretamente sus padres). Nada obsta el hecho de que el demandado sí que sea titular en el Catastro, el cual es un registro administrativo de carácter fiscal cuya función es ajena a la determinación y publicidad del dominio y demás derecho reales.

R. 22 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18465)

Suspende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional y adición de herencia, porque la finca no aparece inscrita a favor del transmitente.

TRANSACCIÓN

R. 14 noviembre 2019 (BOE 290, 3-XII-19: 17390)

Deniega la inscripción de un auto judicial que homologan un acuerdo transaccional en el que una parte renuncia a la nuda propiedad que ostentaba sobre una finca, a favor de la usufructuaria. El acuerdo transaccional tiene naturaleza de documento privado. La homologación judicial no cambia su naturaleza, sino que simplemente acredita la existencia del acuerdo. El principio de legalidad (artículo 3 LH) exige el otorgamiento de escritura pública.

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15148)

R. 8 agosto 2019 (BOE 254, 22-X-19: 15149)

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15545)

R. 3 septiembre 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15560)

R. 8 noviembre 2019 (BOE 286, 28-XI-19: 17139)

R. 25 septiembre 2019 (BOE 273, 13-XI-19: 16289)

Admite la inscripción de una escritura por la que el dueño de varias fincas dona la nuda propiedad de las mismas a una hija, “reservándose el usufructo y el derecho a disponer por testamento del mismo a favor de su cónyuge”.

El registrador suspende la inscripción del derecho atribuido a la esposa del donante, porque no se constituye expresamente un usufructo sucesivo entre los consortes del artículo 521 Cc, sino que únicamente se atribuye la mera facultad de disponer del usufructo en testamento tras la muerte del donante; lo cual contradice la regla del artículo 513 Cc de que el usufructo se extingue por muerte del usufructuario.

Sin embargo, para la Dirección el carácter vitalicio que otorga al usufructo el citado artículo, no es esencial ni estructural para dicho derecho. La reiterada doctrina favorable a la admisión de un “numerus apertus” de derechos reales inscribibles permite al constituyente del usufructo disponer que en caso de fallecimiento del usufructuario no se extinga el usufructo, sino que consiente la transmisión de este derecho todavía desgajado del dominio. La configuración del derecho reservado respeta los límites estructurales de todo derecho real, conforme a los artículos 2-2 LH y 7 RH.

R. 3 octubre 2019 (BOE 274, 14-XI-19: 16382)

Admite la inscripción de una escritura en la que el propietario de una vivienda con plaza de garaje anexa, dona la “nuda propiedad” de ambas a su hijo, reservándose el derecho de habitación vitalicio. El registrador deniega la inscripción por no entender debidamente aclarados qué derechos son objeto de donación y reserva: si el donante se reserva el derecho de habitación y no el usufructo, no hay desmembración del dominio, sino constitución de un derecho real de habitación por vía de reserva.

Sin embargo, la Dirección entiende que, aunque el Código utiliza la expresión “nuda propiedad” como correlativa al usufructo, no puede inferirse que la voluntad de los otorgantes en este caso fuese la de retener el haz de facultades que constituyen este derecho de goce, sino sólo el correspondiente al derecho de habitación. Por otro lado, hay resoluciones donde la Dirección utiliza la expresión “nudo propietario” como correlativa al de titular del derecho de uso (R. 10 diciembre 2015, R. 5 septiembre 2017).



R. 26 noviembre 2019 (BOE 311, 27-XII-19: 18548)

Deniega la inscripción de una cláusula contenida en una escritura de compraventa de usufructo, por la cual se establece el carácter personalísimo del derecho vendido, que no podrá transmitirse ni gravarse por ningún título.

Ciertamente la posibilidad de constituir un derecho de usufructo con carácter personalísimo e indisponible resulta totalmente incontrovertible sobre la base del principio de autonomía de voluntad y el criterio de “*numerus apertus*” en la constitución de nuevos derechos reales o modificación del contenido de los legalmente previstos. Pero cuestión diferente es la posibilidad de inscribir el pacto calificado, que incluye una prohibición de disponer procedente de un acto a título oneroso. Es doctrina consolidada, sobre la base de los artículos 26 y 27 LH, que las prohibiciones de disponer voluntarias establecidas en actos gratuitos tienen eficacia real, producen la nulidad del acto dispositivo que la contravenga y son inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez; por el contrario, las prohibiciones establecidas en actos a título oneroso no tienen eficacia real, su infracción sólo produce obligación de indemnizar daños y perjuicios, y no son inscribibles.

VÍAS PECUARIAS

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15547)

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15548)

R. 9 agosto 2019 (BOE 261, 30-X-19: 15549)

R. 19 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16039)

R. 19 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16040)

R. 19 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16041)

R. 19 septiembre 2019 (BOE 269, 8-XI-19: 16042)

Deniega la práctica de una nota marginal solicitada por la Consejería de Medio Ambiente, sobre la finca de un particular para hacer constar que la misma linda con una vía pecuaria clasificada

que no está deslindada, de modo que en un futuro deslinde la posesión de la totalidad o parte de la finca podría ser atribuida a la Comunidad Autónoma.

No consta que se haya dado traslado al titular registral de la finca afectada del expediente administrativo del que ha resultado la solitud de práctica de la nota marginal, de acuerdo con los principios de legitimación registral y tracto sucesivo.

VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL

R. 21 noviembre 2019 (BOE 308, 24-XII-19: 18459)

Suspende la cancelación de una nota marginal de prohibición y limitación de disponer que grava una vivienda de protección oficial en virtud del artículo 13 RD 801/2005 (Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda). La cancelación se pretende como paso previo para a continuación vender la vivienda a la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Madrid SA. A estos efectos se aporta resolución de la Dirección General de Vivienda que autoriza la venta, así como certificado bancario acreditativo de la devolución del préstamo.

A diferencia de lo que establecía el anterior RD 1/2002, el RD 801/2005 sujeta a prohibición de disponer todas las compraventas acogidas al mismo aunque no hayan obtenido ayudas financieras (si las hubieran obtenido, la supresión de la prohibición de disponer exige además la previa devolución de las mismas).

Aunque la adquirente sea la empresa municipal del suelo de Madrid -y siendo evidente que a ella no le afecta la prohibición en cuanto no tiene ánimo lucrativo-, la nota marginal no es cancelable porque la prohibición tendría lugar para futuros adquirentes sucesivos durante todo el tiempo que dure el régimen de protección (10 años en este caso).

Resoluciones de la DGRN en recursos de materia fiscal

Publicadas durante el segundo semestre de 2019

Redacción Lefebvre

DGRN

NOTARIO

Incompatibilidad del notario autorizante a la vez heredero

Ref. EDE 2019/666568, DGRN Res. de 10 julio 2019

RESUMEN: Incompatibilidad del notario autorizante a la vez heredero. La DGRN señala que el notario es incompatible para autorizar escrituras de herencia en las que él o sus parientes hasta el cuarto grado adquieran derechos, incluso aunque los restantes interesados en la herencia se adhieran o ratifiquen en escrituras separadas ante otro notario. La incompatibilidad conlleva la nulidad de la escritura y es calificable por el registrador.

ITER PROCESAL: Recurso interpuesto por un notario contra la negativa del registrador de la propiedad a inscribir una escritura de manifestación de herencia. La DGRN desestima el recurso y señala su incompatibilidad para autorizar escrituras de herencia en las que él o sus parientes hasta el cuarto grado adquieran derechos.

Los notarios no pueden ejercer a través de sociedades profesionales

Ref. EDE 2019/719917, DGRN Res. de 18 septiembre 2019

RESUMEN: Los notarios no pueden constituir una empresa para ejercer su labor. La DGRN señala que los notarios no pueden ejercer a través de sociedades profesionales. La actividad del notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por él

mismo y a él sólo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial, pues la supuesta sociedad profesional no podría directamente, en modo alguno, ni dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales ni se pueden atribuir a la misma los derechos y obligaciones inherentes a tal ámbito de la actividad notarial.

ITER PROCESAL: Recurso interpuesto por una notaria contra la negativa de registrador mercantil a inscribir la escritura de constitución de una sociedad profesional de notarios. La DGRN señala que la actividad del notario como funcionario público sólo cabe ser ejercitada directamente por él mismo y a él sólo pueden ser atribuidos los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de su actividad notarial.

Transmisiones forzosas de participaciones sociales por su valor contable

Ref. EDE 2019/593356, DGRN Res. de 9 mayo 2019

RESUMEN: Transmisiones forzosas de participaciones sociales por su valor contable. Ejercicio del derecho de adquisición preferente. La DGRN confirma la posibilidad de establecer el valor contable de las participaciones sociales o acciones como el valor razonable a los efectos del ejercicio del derecho de adquisición preferente en caso de transmisión forzosa. Con la inclusión del derecho de adquisición preferente y de la posibilidad de exclusión del socio, en caso de inicio de un procedimiento de embargo sobre sus participaciones, se consigue evitar la adjudicación de las participaciones en favor de un tercero. Además, cabe que el valor razonable se fije en base al valor contable.

ITER PROCESAL: Recurso interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria contra la nota de calificación extendida



por el registrador de la propiedad, por la que se suspende la inscripción de una certificación de acta de adjudicación directa en procedimiento de apremio administrativo. La DGRN desestima el recurso y confirma la nota de calificación del registrador.

Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

Ref. EDE 2019/13863, DGRN Res. de 1 abril 2019

RESUMEN: Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Requisitos fiscales. La DGRN declara que aunque, según el ordenamiento fiscal, es obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta. El ordenamiento detalla cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de este impuesto para evitar el cierre del Registro.

ITER PROCESAL: Recurso interpuesto por heredera, que solicitaba la inscripción a su favor de una cuarta parte indivisa de finca, contra la nota de calificación de registradora de la propiedad, por la que se suspende la inscripción solicitada mientras no se acredite la previa autoliquidación o declaración del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. La DGRN estimar el recurso y revoca la calificación impugnada al señalar que, aunque es obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta.

DGT

IRPF

Ref. EDE 2019/730180, DGT Consulta nº V3048-19 de 29 Octubre 2019

RESUMEN: Tratamiento del IRPF en indemnización por accidente en el extranjero. La DGT, respecto a la indemnización percibida por la consultante con residencia fiscal en España por un atropello sufrido en Italia, concluye que estará exenta del IRPF, si su cuantía se corresponde con la que pudiera establecer la normativa italiana o con la cuantía que judicialmente pudieran reconocer los jueces y tribunales de Italia.

ITER PROCESAL: La consultante, con residencia fiscal en España, fue atropellada por un camión en Roma en 2017, y en 2019 va a percibir una indemnización de la compañía aseguradora del causante del daño. Plantea la cuestión de cómo ha de tratarse en el IRPF la indemnización. La DGT concluye que estará exenta si su cuantía se corresponde con la que pudiera establecer la normativa italiana o con la cuantía que judicialmente pudieran reconocer los jueces y tribunales de ese país.

Ref. EDE 2019/730197, DGT Consulta nº V3056-19 de 30 Octubre 2019.

RESUMEN: Las prácticas académicas extracurriculares también tributan en Renta. La DGT, en relación a la consulta sobre si se debe declarar la ayuda al estudio en su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, señala que debe declararse como rendimientos del trabajo, no exentos, y sometidos a retención, por cuanto son pagados por una entidad obligada a retener como es la Diputación. El tipo de retención aplicable se determinará de acuerdo con el procedimiento general, teniendo en cuenta que el tipo resultante no podrá ser inferior a 2%, al tener la relación entre alumno y empresa una duración inferior al año.

ITER PROCESAL: El consultante percibió unos rendimientos sobre los que se practicó retención del 2% y que proceden de una ayuda al estudio, por unas prácticas académicas externas extracurriculares en el marco de un convenio de cooperación educativa. La cuestión planteada es si debe declarar la ayuda al estudio en su declaración del IRPF. La DGT concluye que debe declararse como rendimientos del trabajo, no exentos, y sometidos a retención, por cuanto son pagados por una entidad obligada a retener.

Ref. EDE 2019/714282, DGT Consulta nº V2330-19 de 10 septiembre 2019

RESUMEN: IRPF: el mínimo por descendientes puede aplicarse también por los nietos. La DGT confirma la posibilidad de que los abuelos puedan aplicar el mínimo por descendientes en las mismas condiciones establecidas para el mínimo por hijos. La norma no restringe la aplicación de los mínimos por descendientes a la existencia de un parentesco paterno-filial, sino que comprende las relaciones con un grado de consanguinidad más lejano –nietos, bisnietos...-, así como la adopción, tutela o acogimiento de los mismos.

ITER PROCESAL: La consultante convive en su vivienda familiar, con su hija y sus dos nietos menores de edad. Su hija, madre soltera sin ningún vínculo con el padre de sus hijos, no percibe rentas superiores a 8.000 euros anuales. No existe ningún convenio regulador ni sentencia judicial, y el padre no pasa ninguna cantidad de dinero a sus hijos. Los nietos, dependen económicamente de la abuela, en tanto la madre no tenga ingresos. Los nietos no presentan declaración de IRPF ni tienen rentas que superen los 1.800 euros. La cuestión planteada es si puede aplicarse el mínimo por descendientes por sus dos nietos y en qué porcentaje. La DGT confirma la posibilidad de que los abuelos puedan aplicar el mínimo por descendientes en las mismas condiciones establecidas para el mínimo por hijos.

Ref. EDE 2019/713947, DGT Consulta nº V2655-19 de 30 septiembre 2019

RESUMEN: Incremento de la deducción en IRPF por gasto en guardería. No procede si el establecimiento no tiene autorización de la administración educativa. La DGT señala que no procederá el incremento de la deducción del art. 81.2 LIRPF, por gastos satisfechos a personas físicas o jurídicas que puedan desarrollar labores de custodia de niños menores de tres años, que no cuentan con la

autorización de la administración educativa por la naturaleza o finalidad de la custodia.

ITER PROCESAL: Se plantea la cuestión de si resulta de aplicación el incremento de la deducción del art. 81.2 Ley 35/2006 por los gastos satisfechos a un establecimiento de cuidado de menores, que no tiene la autorización de la administración educativa competente, al no tratarse de un centro de educación infantil autorizado. La DGT concluye que no procede si el establecimiento no tiene autorización de la administración educativa.

Ref. EDE 2019/651111, DGT Consulta nº V1586-19 de 27 junio 2019.

RESUMEN: Tratamiento fiscal de las ayudas percibidas tras inundaciones. La DGT señala que las ayudas o subvenciones recibidas por las CCAA, los Ayuntamientos y demás Administraciones Públicas estarían exentas de tributación en el IRPF siempre y cuando estén justificadas por los daños sufridos en la vivienda habitual como consecuencia de las inundaciones. Esta medida encuentra su razón de ser en los motivos de urgencia social con la finalidad de sustituir o reparar el ajuar doméstico destruido, y ayudas para la reparación o sustitución de los elementos patrimoniales afectados.

ITER PROCESAL: La vivienda habitual del consultante se vio afectada por una inundación, sufriendo diversos daños, como consecuencia de los cuales ha recibido distintas subvenciones y ayudas procedentes de su Comunidad Autónoma, de su Ayuntamiento, de la Administración Provincial y del Estado. Plantea la cuestión de cómo tributan en el IRPF las referidas ayudas. La DGT señala que estarían exentas de tributación siempre y cuando estén justificadas por los daños sufridos en la vivienda habitual como consecuencia de las inundaciones.

Ref. EDE 2019/650528, DGT Consulta nº V1436-19 de 14 junio 2019

RESUMEN: Devolución por los abogados de la compensación económica por los servicios de asistencia jurídica gratuita. Incidencia en el IRPF. La DGT aclara la incidencia en el IRPF de la devolución por los abogados a su colegio profesional de la compensación económica, por los servicios de asistencia jurídica gratuita en el turno de oficio, en los supuestos en los que el inicial beneficiario tiene que abonar los honorarios profesionales de los letrados. Pueden solicitar la devolución de ingresos indebidos, no solo los obligados tributarios que hubieran realizado el eventual ingreso indebido, sino también las personas que hayan soportado la retención considerada indebida.

ITER PROCESAL: Se plantea la cuestión de la incidencia en el IRPF de la devolución por los abogados a su colegio profesional de la compensación económica, por los servicios de asistencia jurídica gratuita en el turno de oficio, en los supuestos en los que el inicial beneficiario tiene que abonar los honorarios profesionales de los letrados. La DGT concluye que pueden solicitar la devolución de ingresos indebidos, no solo los obligados tributarios que hubieran realizado el eventual ingreso indebido, sino también las personas que hayan soportado la retención considerada indebida.

Ref. EDE 2019/593567, DGT Consulta nº V656-19 de 26 marzo 2019

RESUMEN: Espacios coworking: deducibilidad de las cantidades satisfechas por la utilización de dicho espacio. La DGT señala que los costes destinados a alquilar un espacio coworking son gastos deducibles del rendimiento de la actividad económica, pues debe entenderse producido tal gasto en el ejercicio de la actividad. La deducibilidad de un gasto está condicionada, entre otros requisitos, a que quede convenientemente justificado.

ITER PROCESAL: La consultante ha suscrito un contrato de servicios con un "espacio coworking" para la utilización de un despacho junto con una serie de servicios adicionales para el desarrollo de su actividad profesional, consistente en el asesoramiento laboral a empresas. Plantea la cuestión de si son deducibles las cantidades satisfechas por la utilización de dicho espacio. La DGT concluye que son deducibles del rendimiento de la actividad económica siempre que se justifiquen.

Ref. EDE 2019/12302, DGT Consulta nº V280-19 de 13 febrero 2019

RESUMEN: IRPF. Indemnización por despido fraccionada y pago del convenio especial con la Seguridad Social hasta la edad ordinaria de jubilación. Tratamiento fiscal. La DGT señala que la indemnización por despido colectivo estará exenta de tributación en el IRPF con el límite establecido. Si la indemnización excede de la cuantía que resultaría de aplicar los límites, el exceso estará sujeto y no exento, calificándose como rendimiento del trabajo, pudiendo resultar de aplicación del porcentaje de reducción del 30% previsto en el art. 18.2 LIRPF. Cuando la indemnización se fraccione en dos o más períodos impositivos, quedará sometida a tributación efectiva por el IRPF a partir del momento en que su importe acumulado supere el montante que goza de exención. Respecto a la prejubilación, la obligación de pago de las cotizaciones le corresponde al trabajador, y la empresa al financiar el pago del coste del convenio que satisface el trabajador, determinará para éste la obtención de un rendimiento del trabajo sin que resulte aplicable reducción. Posteriormente el trabajador computará un gasto deducible por dicho importe.

ITER PROCESAL: El consultante, extinguió su relación laboral en el ámbito de un despido colectivo, acogándose a un programa de prejubilación y percibe una indemnización por despido que se satisface en pagos semestrales durante el período de jubilación hasta el cumplimiento de los 63 años de edad. Adicionalmente percibe otra cantidad destinada al pago del coste del Convenio Especial con la Seguridad Social hasta el cumplimiento de los 63 años de edad, o en su caso la fecha de jubilación si esta fuera anterior. La cuestión planteada es el tratamiento fiscal por el IRPF de las cantidades percibidas. La DGT concluye que la indemnización por despido colectivo estará exenta de tributación en el IRPF con el límite establecido, cuando la indemnización se fraccione en dos o más períodos impositivos, quedando sometida a tributación efectiva por el IRPF a partir del momento en que su importe acumulado supere el montante que goza de exención.



IVA

Ref. EDE 2019/650616, DGT Consulta nº V1560-19 de 25 junio 2019

RESUMEN: Tributación en el IVA de los servicios de “cashback”. La DGT señala que las comisiones cobradas por la entidad que presta los servicios de “cashback”, es decir disposición de efectivo a través del uso de una aplicación en el teléfono móvil, en la medida que responden a la ejecución de una operación financiera de transferencia de crédito, deben quedar sujetos y exentos del IVA. Respecto al IAE no será necesario que el establecimiento mercantil curse una nueva alta en un epígrafe distinto al de su actividad principal para la realización de este servicio.

ITER PROCESAL: La entidad consultante ha llegado a un acuerdo con determinados establecimientos comerciales en virtud del cual prestarán servicios de “cashback” -disposición de efectivo a través del uso de una aplicación en el teléfono móvil-. Este servicio deberá ir acompañado de forma obligatoria por una compra en el establecimiento en el que se pretenda efectuar la retirada de efectivo. Plantea las cuestiones de si las comisiones cobradas por la entidad consultante por el servicio de disposición de efectivo están sujetas y exentas del IVA y si la consultante y los establecimientos comerciales se tienen que dar de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas. La DGT concluye que deben quedar sujetas y exentas de IVA en la medida que responden a la ejecución de una operación financiera de transferencia de crédito y no será necesario el alta en el IAE en un epígrafe distinto al de su actividad principal.

TEAC

Cambio de titularidad de persona física a jurídica en punto de venta de Loterías del Estado

Ref. EDE 2019/31892, TEAC Res. 2891/2017 de 10 septiembre 2019

RESUMEN: Cambio de titularidad de persona física a jurídica en punto de venta de Loterías del Estado. El TEAC ha resuelto, respecto a la transmisión por parte de una contribuyente de la titularidad de un punto de venta de Loterías del Estado, que tenía concedida como persona física, a una sociedad unipersonal de la que resulta administradora, que no existe ganancia patrimonial. Nunca un punto de venta ha tenido en su patrimonio de distribuidor de juegos y apuestas del Estado el denominado “derecho a transmitir” sin haber previamente firmado un contrato mercantil, así, no produciéndose una transmisión debe rechazarse que exista ganancia o pérdida patrimonial como consecuencia de una alteración en la composición del patrimonio.

ITER PROCESAL: Se interpone reclamación contra el acuerdo de liquidación provisional, por el concepto del IRPF. Mediante comunicación notificada se iniciaron actuaciones inspectoras relativas al IRPF de alcance parcial, limitadas a la comprobación de la transmisión de la Administración de Lotería. La contribuyente había presentado en plazo reglamentario, declaración liquidación por el IRPF, sin declarar ninguna ganancia patrimonial a consecuencia de la transmisión de la titularidad de un punto de venta de Lotería del Estado. El TEAC estima la presente reclamación, anulando el acto

impugnado y señala, respecto a la transmisión por parte de una contribuyente de la titularidad de un punto de venta de Loterías del Estado, que tenía concedida como persona física, a una sociedad unipersonal de la que resulta administradora, que no existe ganancia patrimonial.

No inclusión en la declaración de IRPF de rentas que no figuran en los datos fiscales

Ref. EDE 2019/14096, TEAC Res. 5355/2018 de 9 abril 2019.

RESUMEN: No inclusión en la declaración de IRPF de rentas que no figuran en los datos fiscales. Puede ser causa de infracción tributaria. El TEAC señala que en los supuestos en los que se presente la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de conformidad con una información errónea o no completa suministrada por la AEAT en los datos fiscales, es posible que se produzca una infracción tributaria si existe culpabilidad del contribuyente.

ITER PROCESAL: Frente a resolución del TEAR de Aragón estimatoria de la reclamación interpuesta por la obligada tributaria, que fue sancionada por no incluir en la declaración del IRPF, como rendimientos del trabajo los percibidos como empleada del hogar, porque dichos rendimientos no se recogían en la información suministrada por la AEAT en sus datos fiscales, interpone recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio el Director del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. El TEAC acuerda estimar el recurso, unificando criterio y establece que la no inclusión en la declaración del IRPF de rentas que no figuran en los datos fiscales, puede ser causa de infracción tributaria.

No deducibilidad del IVA de ciertas atenciones a clientes

Ref. EDE 2019/28397, TEAC Res. 9251/2015 de 15 julio 2019

RESUMEN: No deducibilidad del IVA de ciertas atenciones a clientes. El TEAC señala que se excluye de la regla general de deducibilidad de las cuotas del IVA, los gastos en espectáculos y servicios de carácter recreativos, y de los bienes o servicios destinados a atenciones a clientes, asalariados o terceras personas. Son, por tanto, gastos cuyo IVA no es deducible conforme a la normativa española.

ITER PROCESAL: Contra la resolución de liquidación provisional y los acuerdos de imposición de sanción interpuestos a una mercantil, respecto a la no deducibilidad del IVA de ciertas atenciones a clientes, interpone ésta reclamaciones económico-administrativas ante el TEAC que las desestima al señalar que son gastos cuyo IVA no es deducible.

Procedimiento de recaudación: diligencias de embargo

Ref. EDE 2019/24659, TEAC Res. 3388/2016 de 27 junio 2019

RESUMEN: Procedimiento de recaudación: diligencias de embargo. El TEAC resuelve que las cantidades consignadas en concep-

to de intereses de demora y costas en las diligencias de embargo no precisan, en ese momento procesal, de notificación de las diligencias de embargo, de la especificación del detalle de su cálculo ni justificación documental alguna, que por el contrario, sí serán exigibles e impugnables una vez se cancele el total de la deuda de que se trate.

ITER PROCESAL: Interpone recurso de alzada la Directora del Departamento de Recaudación de la AEAT frente a la resolución del TEAR de Galicia que anuló una diligencia de embargo. El TEAC estima el recurso y señala que las cantidades consignadas en concepto de intereses de demora y costas en las diligencias de embargo serán exigibles e impugnables una vez se cancele el total de la deuda de que se trate.

Anulación de sanción del 150% de la ganancia patrimonial imputada por el valor de los bienes en el extranjero

Ref. EDE 2019/18044, TEAC Res. 529/2016 de 27 junio 2019

RESUMEN: Anulación de sanción del 150% de la ganancia patrimonial imputada por el valor de los bienes en el extranjero. Falta de culpabilidad. El TEAC resuelve que el conocimiento de la norma no supone de forma automática la concurrencia de culpabilidad. A la hora de apreciar la culpabilidad inherente a toda infracción, no será calificada del mismo modo la conducta de aquél que consciente y voluntariamente ocultó la tenencia de bienes en el extranjero y no presentó la Declaración informativa, que la del otro que no tuvo esa intención, y cumplió con su obligación aunque fuera de plazo.

ITER PROCESAL: Se interpone reclamación económico-administrativa frente al TEAC contra un acuerdo de liquidación del IRPF y su correspondiente sanción. Se estima en parte el recurso, confirmando la liquidación impugnada por resultar ajustada a Derecho y anulando la sanción, al señalar que no será calificada del mismo modo la conducta de aquél que, consciente y voluntariamente, ocultó la tenencia de bienes en el extranjero y no presentó la declaración informativa, que la del otro que no tuvo esa intención, y cumplió con su obligación aunque fuera de plazo.

Valoración de un bien realizada por una administración tributaria: vincula a las demás

Ref. EDE 2019/20285, TEAC Res. 3337/2018 de 14 mayo 2019

RESUMEN: Valoración de un bien realizada por una administración tributaria. Vincula a las demás administraciones. El TEAC resuelve que la valoración de un bien realizada por una Administración Tributaria, vincula a todos los efectos a las demás Administraciones competentes, más si se trata de impuestos estatales. Así, el valor real de los bienes adquiridos, comprobado por técnico competente de la Administración Autonómica, a efectos de la liquidación practicada a la sociedad por el concepto tributario Transmisiones patrimoniales onerosas, vincularía a la Inspección en la determinación del valor de mercado correspondiente a dicha adquisición, a efectos de determinar en el Impuesto sobre Sociedades el incremento de base imponible

derivado de la transmisión lucrativa por la diferencia entre el valor escriturado y declarado.

ITER PROCESAL: Se interpone recurso de alzada frente a la resolución del TEAR de Madrid, por la que se acuerda la desestimación de la reclamación económico-administrativa interpuesta contra el acuerdo de liquidación dictado por la Dependencia Regional de Inspección de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid en relación con el Impuesto sobre Sociedades. El TEAC estima en parte el recurso y señala que la valoración de un bien realizada por una administración tributaria, vincula a las demás administraciones.

Prescripción del derecho de la AEAT a reclamar la deuda tributaria

Ref. EDE 2019/9739, TEAC Res. 1093/2017 de 20 marzo 2019

RESUMEN: Prescripción del derecho de la AEAT a reclamar la deuda tributaria. El TEAC dicta criterio sobre la declaración de oficio de la prescripción del derecho de la AEAT a reclamar la deuda tributaria. Establece que los órganos económico-administrativos, cuando están revisando un acto de ejecución, pueden declarar de oficio o a instancia del interesado la prescripción del derecho de la Administración al cobro de la deuda previamente liquidada, sin requerir previamente a la Administración para que acredite la existencia de posibles actos que hayan podido interrumpir la prescripción y que no hubieran sido incluidos en el expediente.

ITER PROCESAL: Se interpone recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto frente a resolución del TEAR de Madrid estimatoria de la reclamación presentada referida a las fechas de notificación al interesado de la providencia de apremio y de la diligencia de embargo entendiendo que procede declarar de oficio la prescripción del acto impugnado. El TEAC lo desestima y fija el siguiente criterio: los órganos económico-administrativos, con ocasión de la revisión de un acto de ejecución, pueden declarar de oficio o a instancia del interesado la prescripción del derecho de la Administración al cobro de la deuda previamente liquidada, sin requerir previamente a la Administración para que acredite la existencia de posibles actos que hayan podido interrumpir la prescripción y que no hubieran sido incluidos en el expediente.

Impuesto sobre sociedades: libertad de amortización

Ref. EDE 2019/4030, TEAC Res. 1524/2017 de 14 febrero 2019

RESUMEN: Impuesto sobre sociedades: libertad de amortización. Plazo para el ejercicio de la "opción". El TEAC resuelve que la libertad de amortización es una opción y solo puede ejercitarse en el plazo reglamentario de presentación de la declaración. Si un sujeto pasivo decide en la declaración de un ejercicio no acoger a la libertad de amortización determinados bienes y/o derechos, posteriormente ya no podrá mudar esa opción respecto de ese ejercicio. Esto no le impedirá poder disfrutar del beneficio en los ejercicios siguientes,



aunque la libertad de amortización alcance a los mismos bienes y/o derechos.

ITER PROCESAL: Se interpone recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio interpuesto frente a resolución del TEAR de Cantabria, centrándose la cuestión de fondo en determinar si la libertad de amortización es una opción y, en consecuencia, cuándo puede ejercitarse. El TEAC estima el recurso y unifica el criterio al señalar que la libertad de amortización es una opción y sólo puede ejercitarse en el plazo reglamentario de presentación de la declaración.

Fusión societaria. Cálculo de la base de la deducción del IS para evitar la doble imposición interna

Ref. EDE 2019/1780, TEAC Res. 3865/2017 de 16 enero 2019

RESUMEN: Fusión societaria. Cálculo de la base de la deducción del IS para evitar la doble imposición interna. El TEAC establece que para calcular la base de la deducción del IS y evitar la doble imposición interna en una operación societaria -fusión- debemos tener en cuenta el resultado neto antes de la fusión, y resultado neto después de la misma, pero agregando ambos importes para calcular así la base de la deducción, que es única.

ITER PROCESAL: Se interponen reclamaciones económico-administrativas frente al TEAC contra un acuerdo de liquidación del Impuesto sobre Sociedades y su correspondiente sanción. El TEAC estima parcialmente algunas y estima otra al señalar que para calcular la base de la deducción del IS y evitar la doble imposición interna en una fusión societaria, debemos tener en cuenta el resultado neto antes de la fusión y resultado neto después de la misma.

TJUE

Aplicación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales a empresa de compraventa de oro

Ref. EDE 2019/603559, STJUE de 12 junio 2019, C-185/18

RESUMEN: Aplicación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales a empresa de compraventa de oro. El TJUE considera que la Directiva del IVA y el principio de neutralidad fiscal no se oponen a la normativa española que aplica el impuesto sobre transmisiones patrimoniales a las empresas de compraventa de oro. Esta Directiva autoriza a los Estados miembros a mantener o establecer impuestos, derechos y tasas siempre que éstos no puedan asimilarse a un impuesto sobre el volumen de negocios (FJ 19-30).

ITER PROCESAL: La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, así como del principio de neutralidad fiscal. Petición presentada en el marco de un litigio entre una mercantil y la Diputación Foral de Bizkaia, en relación con la negativa a la deducción del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. El TJUE considera que la Directiva del IVA y el principio de

neutralidad fiscal no se oponen a la normativa española que aplica el impuesto sobre transmisiones patrimoniales a las empresas de compraventa de oro.

TS

Momento para comunicar la existencia de indicios del delito fiscal

Ref. EDE 2019/704446, STS Sala 3ª, de 25 septiembre 2019, rec. 85/2018 Ponente: D. Jesús Cudero Blas

RESUMEN: Anulado el apartado del Reglamento de Inspección tributaria sobre el momento para comunicar la existencia de indicios del delito fiscal. El TS ha declarado la nulidad del apartado del Reglamento de Inspección tributaria sobre el momento para comunicar la existencia de indicios de delito fiscal. La posibilidad que establece dicho apartado de que la Administración tributaria comunique al juez o fiscal la existencia de indicios de delito contra la Hacienda Pública “en cualquier momento, con independencia de que se hubiera dictado liquidación administrativa o, incluso, impuesto sanción”, carece de habilitación legal suficiente y se opone de manera radical a los preceptos legales, que disciplinan la forma en que debe conducirse la Administración Tributaria cuando aprecia que un contribuyente ha podido cometer un delito contra la Hacienda Pública (FJ 4). Se emiten votos particulares.

ITER PROCESAL: La Asociación Española de Asesores Fiscales interpuso recurso contencioso-administrativo contra el RD 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el RD 1065/2007, de 27 de julio, y el RD 1676/2009, de 13 de noviembre, por el que se regula el Consejo para la Defensa del Contribuyente. El TS ha declarado la nulidad del apartado del Reglamento de Inspección tributaria sobre el momento para comunicar la existencia de indicios de delito fiscal.

Impuesto de sucesiones

Ref. EDE 2019/739645, STS Sala 3ª de 25 noviembre 2019, rec. 6270/2017 Ponente: D. José Díaz Delgado

RESUMEN: Prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria. Liquidación Impuesto de Sucesiones. El TS respecto a la liquidación del impuesto de sucesiones establece que declarada la caducidad de un expediente iniciado por declaración, los actos del mismo, incluyendo la declaración, no interrumpen el plazo de prescripción, por lo que solo puede reiniciarse el procedimiento si no ha transcurrido el plazo legalmente establecido (FJ 2 y 3).

ITER PROCESAL: El TS no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la letrada de los servicios jurídicos del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias, y fija como criterio interpretativo, respecto a la liquidación del impuesto de sucesiones, que los actos de un expediente iniciado por declaración, no interrumpen el plazo de prescripción.



Resoluciones

TC

Impuesto sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana

Ref. EDE 2019/722724, STC, Pleno de 31 octubre 2019, rec. 1020/2019 Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez

RESUMEN: Inconstitucionalidad del impuesto municipal de plusvalías. Cuando resulte una cuota a pagar mayor que el incremento obtenido. El Pleno del TC declara inconstitucional el impuesto municipal de plusvalías cuando la cuota resultante a pagar es mayor al incremento realmente obtenido por el ciudadano. Cuando existe un incremento de la transmisión y la cuota que sale a pagar es mayor

al incremento realmente obtenido por el ciudadano, se estaría tributando por una renta inexistente, virtual o ficticia, produciendo un exceso de tributación contrario a los principios constitucionales de capacidad económica y no confiscatoriedad (FJ 4).

ITER PROCESAL: Se planteó cuestión de inconstitucionalidad con relación a los arts. 107 y 108 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por presunta vulneración del principio de capacidad económica, de progresividad y de la prohibición de confiscatoriedad. El TC declara que el art. 107.4 es inconstitucional, ya que cuando existe un incremento de la transmisión y la cuota que sale a pagar es mayor al incremento realmente obtenido por el ciudadano, se estaría tributando por una renta inexistente, virtual o ficticia, produciendo un exceso de tributación.

Resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

Víctor Esquirol Jiménez
Notario del Masnou

LEY APPLICABLE A LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

No es válido el pacto de exclusión del art. 621-54 CCCat en una compraventa de inmuebles situados en Catalunya, dado el carácter imperativo de dicho precepto y la naturaleza real de que goza la condición resolutoria expresa.

RESOLUCIÓN JUS/2185/2019, de 25 de julio (DOGC 07.08.2019)

RESUMEN.- Se otorga en Madrid, entre la SAREB y otra sociedad con sede en dicha villa, una escritura de compraventa de 63 inmuebles situados todos ellos en Cataluña, en la que queda aplazado el pago de parte del precio y se conviene en garantía una condición resolutoria explícita sujeta al art. 1.504 del CC español. Dicha escritura trae causa de otra anterior otorgada entre las dos sociedades con la finalidad de servir como marco a una serie de operaciones que se proponen realizar, entre la que se encuentra la citada en primer lugar, pero que también incluye inmuebles situados fuera de Cataluña. En esta “escritura marco” se pacta la sujeción al “derecho común español”.

Presentada la escritura primeramente citada en uno de los registros de la Propiedad correspondientes (el número 3 de Granollers), el registrador suspendió su inscripción por considerar que la condición resolutoria pactada debe regirse por el Derecho civil de Catalunya, lo que basó en los siguientes argumentos:

1º.- La condición resolutoria es un derecho real de garantía, por lo que la ley que le es aplicable se determina por el art. 10.1 CC español, que establece como tal la ley de situación del inmueble. Y ello aunque la ley aplicable al contrato sea otra, en este caso la española por aplicación del art. 10.5, pues la *lex contractus* no regula la totalidad de los elementos contractuales, quedando fuera

cuestiones como la capacidad o los aspectos reales del derecho adquirido (y cita en este sentido la RDGRN de 22 de febrero de 2012).

2º.- Las determinaciones normativas contenidas en el art. 621-54 CCCat son de carácter imperativo, no pudiendo, por ello, ser objeto de exclusión voluntaria, de renuncia o de pacto en contrario, especialmente respecto de terceros que pueden resultar perjudicados (art. 111-6 CCCat); entender lo contrario desnaturalizaría el principio de territorialidad consagrado en los arts. 14 del Estatuto de Autonomía de Catalunya y 111-3 del CCCat, así como el de aplicación preferencial del derecho civil catalán previsto en el artículo 111-5 de dicho Código.

3º.- En la escritura se pactó, para el caso de ejercicio de la condición resolutoria, la cláusula penal de que la vendedora retendría el importe íntegro de las cantidades pagadas hasta dicho momento, lo que, además de contravenir lo dispuesto en el art. 621-54, incumple la doctrina arraigada por la DGRN de que, en el plano registral, no puede reconocerse eficacia automática y extrajudicial a dicha cláusula penal, sino que las cantidades pagadas por el comprador deben consignarse o depositarse para no perjudicar a los titulares de derechos posteriores extinguidos por la resolución.

4º.- Para practicar la reinscripción a favor del vendedor por la resolución, no puede ser suficiente la sola manifestación del vendedor, sino que es preciso que conste la efectiva concurrencia de los presupuestos de hecho de la resolución, que no resultan del registro. También deben protegerse los intereses de los terceros adquirentes en su condición de afectados por la resolución, a quienes debería citarse en el procedimiento para alegar lo que a su derecho convenga y evitar así que a sus espaldas transmitente y adquirente concierten acuerdos de resolución en menoscabo de su posición. Los pactos convenidos por los otorgantes contravienen

estos criterios, también asentados en la doctrina de la DGRN y en la jurisprudencia del TS, que tienen su acomodo en el procedimiento de resolución regulado por el art. 621-54 CCCat.

La SAREB presentó recurso ante la DRGN, que remitió al registrador el escrito de interposición para su tramitación. El registrador elevó el expediente a la DGDEJ, quien comunicó este hecho a la DGRN.

El recurso se basa en los siguientes fundamentos:

1º.- La competencia para resolverlo no corresponde a la DGDEJ sino a la DGRN, ya que se trata de un recurso mixto, es decir, basado en cuestiones de derecho catalán y de derecho común; además, lo que se dilucida es una cuestión de aplicación de normativa básica del Estado, de competencia estatal exclusiva.

2º.- La condición resolutoria no es un derecho real, como lo prueba que el CCCat, como el español, la regula en el Libro VI, relativo a las obligaciones y contratos, y no en el Libro V, relativo a los derechos reales. La condición resolutoria es, en realidad, un derecho potestativo, una facultad jurídica o un poder resolutorio con autonomía jurídica. En cualquier caso, es la inscripción registral lo que atribuye a la condición resolutoria eficacia frente a terceros, pero no le confiere la naturaleza de derecho real, simplemente produce la aplicación de los principios y reglas hipotecarios. Otros derechos que se inscriben no adquieren por ello carácter real, como es el caso del derecho del arrendatario.

3º.- No se deduce del art. 621-54 su carácter imperativo, ni estamos en presencia de una compraventa de consumo que pudiera conllevar dicha imperatividad. Lo que se desprende del precepto es que, si las partes que celebraron el contrato deciden, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acoger el pacto de condición resolutoria regulado en el art. 621-54, podrán obtener la resolución a través del procedimiento que dicho precepto establece; posiblemente no era voluntad de las partes con vínculo en territorio de derecho común sujetar una compraventa de inmuebles sitos en 10 comunidades autónomas a la normativa específica de cada una de ellas, careciendo de obligación legal de someter su contrato de compraventa a un concreto derecho civil.

4º.- La territorialidad del derecho civil catalán, como la de todos los derechos civiles, sujeta su aplicación a las normas de conflicto, en este caso, de derecho interregional. Dicho carácter territorial, plasmado en los arts. 111-3 y 111-5 CCCat, no le confiere *per se* ninguna preferencia en relación con otros derechos civiles, ya que la cuestión del derecho aplicable debe dirimirse en sede de derecho interregional.

5º.- El derecho hipotecario y las normas de derecho interregional son competencia exclusiva del Estado, sin que ninguna norma del derecho civil autonómico puede excluir el primero ni pueda establecer normas de conflicto. En este caso, el art. 10.5 CC español permite a las partes elegir entre los distintos derechos civiles españoles cuál registrará el contrato y las obligaciones dimanantes de él, siempre y cuando tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; mientras que la Ley hipotecaria es la única competente para regular las cuestiones registrales derivadas de los pactos contractuales en materia de condición resolutoria explícita.

La DGDEJ desestima el recurso y confirma «en su totalidad» la nota del registrador. La síntesis de sus argumentos es la siguiente:

1º.- La competencia para resolver el recurso corresponde a la Generalitat. Así resulta del art. 1 de la Ley de la Generalitat 5/2009, de 28 de abril, declarado vigente íntegramente tras la STC 4/2014, de 16 de enero, que dispone que la ley regula el régimen de los recursos «siempre que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción».

Dicha norma desarrolla, en sede de recurso gubernativo, el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, que atribuye a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, salvo en las materias que el art. 149.1.8 CE atribuye al Estado. Paralelamente, en sede de recurso de casación, la alegación de normas no estrictamente catalanas no impide que resuelva el TSJC; en la práctica, y con base en el art. 2.2 de la Ley 4/2012, de 5 de marzo, el TSJC resuelve en todos los casos de recursos mixtos sin que el TS haya planteado ninguna cuestión competencial y sin que el Estado haya impugnado la norma catalana. Ello debe llevar a la conclusión de que la finalidad de ambas normas es la misma: garantizar la aplicación del derecho catalán cuando corresponda.

No es óbice a dicha competencia el que las normas aplicables para la solución del conflicto de leyes sean normas estatales, ya que la determinación de cuál es la ley aplicable hay que hacerla, de forma implícita o explícita, siempre. Del mismo modo, la competencia exclusiva del Estado en materia de registros públicos tampoco puede ser determinante de la competencia para resolver el recurso gubernativo puesto que siempre habrá un elemento de normativa hipotecaria.

2º.- El pacto de sujeción de las obligaciones contractuales a la ley civil del Estado es válido y eficaz en el presente caso, pero ello no debe comportar la inaplicación del art. 621-54 CCCat. La condición resolutoria que regula dicho precepto queda excluida del ámbito de dicho pacto porque, aunque no tenga por ella misma naturaleza real, la inscripción debe basarse en la ley aplicable conforme al art. 10.1 CCE por sus efectos frente a terceros una vez inscrita. Además, es una norma imperativa, como resulta de la expresión «se aplican a la resolución de los preceptos de este artículo», que tiene por finalidad proteger a la parte compradora de los efectos de una resolución automática declarada unilateralmente por la parte vendedora y sin intervención judicial. Tampoco se puede contraponer el argumento sistemático de la ubicación del precepto debatido en el libro VI, relativo a las obligaciones y contratos, porque la propia norma no tiene otro sentido que fijar los requisitos que debe cumplir para ser inscrita y qué efectos tiene si se inscribe en el Registro de la Propiedad, así como, si es el caso, cómo se debe actuar si se pretende la resolución.

COMENTARIO.- 1.- La RDGRN de 29 de agosto de 2019 (BOE 30 de octubre de 2019)

Como se ha dicho, aunque el registrador elevó el expediente ante la DGDEJ, el recurso se presentó ante la DGRN, la cual no sólo se declaró competente para resolverlo, sino que envió un oficio al registrador para comunicarle que la competencia es exclusivamente suya y que es a dicha DG a quien debe remitir el expediente.



Su competencia exclusiva la basa la DGRN en su propia doctrina y en la STC de 16 de enero de 2014, citada también por la DGDEJ a su favor, como ya se ha dicho, de la que transcribe: «En conclusión, resulta contrario al bloque de la constitucionalidad el artículo 3.4 impugnado, en cuanto atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas la competencia para resolver los recursos cuando las cuestiones registrales planteadas exceden del marco estricto del Derecho civil catalán. Incurrir así el precepto en inconstitucionalidad y nulidad en los incisos «y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción» e «incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán» (...). De ello deduce la DGRN su competencia exclusiva y su «ineludible deber legal» de resolver los «recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán comprendiendo, además, otras cuestiones de derecho común u otro tipo de derecho -registral, consumo, etc.».

En relación con el fondo del asunto, estima el recurso (adoptando en este punto, pues, un criterio también opuesto al de la DGDEJ). Admite que el pacto de sujeción al derecho común español incluya la institución de la condición resolutoria, con base en los apartados 5 y 10 del art. 10 CCE y en que la libertad de elección es también paradigma del moderno derecho contractual europeo, como resulta del Reglamento (CE) n.º 593/2008, lo que no puede ser restringido ni condicionado en el ámbito interregional español. Por otra parte, califica de forzada la interpretación que hace el registrador del art. 10.1, por asimilar la condición resolutoria a un derecho real, cuando realmente es un mero derecho potestativo cuyo acceso registral no posee el «efecto taumatúrgico de convertir en real lo personal» y cuyo ejercicio provoca tan solo una revocación real de la finca vendida. También reproduce los argumentos del recurrente en cuanto a los efectos de la inscripción de la condición resolutoria, al principio de libertad civil, al carácter no imperativo del art. 621-54 CCCat y a la innecesariedad de otorgar una protección adicional al comprador incluso si éste renuncia a la facultad moderadora por parte de los tribunales de la cláusula penal.

2.- La STC 132/2019, de 13 de noviembre

El Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo el apartado 3 del art. 621-54 CCCat, bajo la consideración de que el procedimiento notarial regulado es «una norma procesal de resolución extrajudicial de conflictos, cuyo ámbito legislativo está reservado por el art. 149.1.6 CE a la exclusiva competencia del Estado». Este precepto, excepciona de tal competencia «las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las comunidades autónomas». El TC entiende que no nos hallamos ante una de dichas particularidades: «las singularidades procesales que se permiten a las comunidades autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengán requeridas por estas correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico»; justificación que no se infiere ni de la regulación ni del preámbulo de la ley.

3.- Mi opinión personal

Me parece lamentable que se produzcan situaciones como la presente, en la que se observa un trasfondo político, especialmente en la redacción y en el contenido de la RDGRN, que muestra cierta beligerancia en la forma y que no duda en alterar su doctrina anterior sobre el fondo (p.e., en materia de la cláusula penal), como señala ANDERSON (InDret 4/2019). No es fácil escapar de los sesgos políticos en un momento como el presente, pero el jurista no debería caer en ellos de forma tan palmaria.

En la cuestión de la competencia para resolver los recursos mixtos considero que corresponde claramente a la DGDEJ, en base al art. 1 de la Ley 5/2009 que, como se ha transcrito más arriba, establece que la ley es aplicable a los recursos gubernativos en que las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de manera exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción. El inciso «junto con otros motivos» hace una referencia explícita a los llamados recursos mixtos. El TC declaró nulo el art. 3.4 de dicha ley en cuanto que dicho precepto atribuía la competencia a la DGDEJ de los recursos que no alegasen la infracción de una norma de derecho catalán en caso de presentarse varios recursos contra la misma calificación, unos invocando derecho catalán y otros no. Pero no estamos en dicho supuesto, sino en el de un único recurso en el que se invocan normas de derecho catalán y normas que no son de derecho catalán. Ocurre que el TC no se manifestó sobre la constitucionalidad del art. 1, que es el que es aplicable a este supuesto, pues el recurso sobre este precepto se presentó de forma extemporánea. Se puede conjeturar, sobre la base de lo resuelto en relación con el art. 3.4, cuál podría haber sido el criterio del TC sobre el art. 1, pero lo cierto es que no se pronunció al respecto, que los argumentos utilizados para declarar inconstitucional el art. 3.4 no son extensibles al art. 1 y que esta norma sigue diciendo lo que dice con plena vigencia y legalidad. Si la DGRN hubiese tenido en cuenta estos hechos y los hubiese valorado podríamos estar o no de acuerdo con su valoración; pero, sospechosamente, la DGRN los obvia. Sin ir más lejos, en la reciente RDGRN de 6 de agosto de 2019 (BOE 22.10.2019), se ha declarado competente para resolver un recurso que tenía como único objeto determinar si se había realizado correctamente la notificación de la *interpellatio in iure* del art. 461-12 CCCat (cuerpo legal al que califica como Derecho foral catalán), basándose en que para su inscripción debe aplicarse el derecho registral. Evidentemente, como señala la DGDEJ, este criterio interpretativo deja sin efecto la totalidad de la Ley 5/2009, que regula precisamente los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Catalunya.

Queda claro, no obstante, en el presente caso, que si es válido el pacto de sujeción del contrato al CCE, la competencia para resolver el recurso correspondería a la DGRN, por lo que ambas cuestiones debe ir entrelazadas. A la validez de dicho pacto se le oponen dos cuestiones: la posible naturaleza real de la condición resolutoria expresa y el posible carácter imperativo del art. 621-54.3.

La cuestión de la distinción entre los derechos reales y los derechos personales no es pacífica en la doctrina, especialmente en relación con aquellos derechos cuya inscripción en el Registro de la Propiedad les confiere las principales característi-

cas de los derechos reales, como son el poder inmediato que su titular tiene sobre la cosa y su eficacia frente a terceros. No considero, sin embargo, necesario entrar en la subjetividad de las discusiones doctrinales para resolver que el ejercicio de la condición resolutoria explícita está tan ligado al incumplimiento del contrato que, a efectos de la elección del art. 10.1 o del 10.5 CCE, parece más adecuado ligarlo a la ley que regula el contrato y su incumplimiento que a la que regula los derechos reales. En una compraventa con precio aplazado, el contrato no se ha consumado, está pendiente de ser cumplido; y la facultad de resolverlo, con garantía o sin ella, no debería desligarse de la ley que regula dicho contrato.

Queda por último, la cuestión de determinar si el procedimiento del art. 621-54.3 puede ser excluido por pacto en contrario (ya sea por sujetar las partes el contrato a otra legislación, ya sea incluso conviniendo un procedimiento distinto). Personalmente considero que la intención del legislador catalán era establecer dicho procedimiento como obligatorio en todo supuesto de resolución de la compraventa por cumplimiento de condición resolutoria, como lo prueba el hecho de que el TC lo haya declarado inconstitucional. Es evidente que las partes pueden pactar dicho procedimiento pero, tras la STC, no deben sujetarse a él siempre que pacten una condición resolutoria. Por lo tanto, de manera indirecta, el TC ha resuelto la cuestión: el carácter imperativo del art. 621-54.3 determina su inconstitucionalidad, por lo que es válido el pacto de sujeción al CCE de un contrato de compraventa que contiene una condición resolutoria explícita estando los bienes situados en Catalunya, lo que a su vez conlleva que, en tal caso, la competencia para resolver el recurso contra la calificación registral corresponde a la DGRN.

DERECHO DE RETENCIÓN

La escritura de reconocimiento del derecho de retención sobre un inmueble debe ser otorgada por sus propietarios, no por el retentor, o por la autoridad judicial en caso de incumplimiento por parte de aquellos.

RESOLUCIÓN JUS/2357/2019, de 5 de septiembre (DOGC 20.09.2019)

RESUMEN.- Se pretendía la inscripción de una escritura cuya otorgante manifestaba la existencia de un derecho de retención sobre una finca y en la que establecía de forma unilateral las estipulaciones por las que debía regirse. La interesada indicaba que adquirió el derecho de retención por ser la poseedora de una vivienda que constituye su residencia habitual y que fue objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, al amparo del art. 569-4 CCCat, en garantía y mientras los propietarios actuales no le hagan efectivas las cantidades que pagó por la compra de la vivienda y por otros conceptos. El registrador suspendió la inscripción por falta de consentimiento de los propietarios, que solo puede suplirse judicialmente.

La DGDEJ, después de resolver varias cuestiones procedimentales (falta de legitimación de una asociación de usuarios de bancos para interponer el recurso y falta de competencia para conocer de las supuestas irregularidades denunciadas por la recurrente en el proceso de adquisición por parte de los actuales propietarios),

confirma la nota del registrador y su criterio exigiendo el consentimiento de los propietarios del inmueble, pese a que ningún precepto lo exija expresamente, con base en los siguientes argumentos:

1) El art. 569-5.3 pone de manifiesto que el otorgamiento de la escritura de reconocimiento del derecho de retención corresponde al propietario del inmueble, no al retentor. Por el hecho de que dicho precepto faculte al retentor para que, una vez notificada notarialmente la decisión de retener, “pueda exigir” a los propietarios el otorgamiento de dicha escritura, no le está legitimando para otorgarla unilateralmente si estos no acceden a su petición, sino que establece un requisito necesario para dicha exigencia. Aún más, la DG considera que la retentora ni siquiera tiene legitimación para otorgarla, pues tal acto corresponde a los propietarios. En caso de negativa injustificada por parte de estos, la retentora puede acudir a los tribunales, al amparo de las normas correspondientes al cumplimiento forzoso de las obligaciones (art. 708 LEC), que no requieren ser mencionadas por el art. 569-5 CCCat.

2) El argumento anterior es congruente con el principio de que solo el propietario puede gravar su derecho de propiedad, fuera de los casos en que la ley no impone una restricción o un gravamen, cosa que no hace el art. 569-5, que únicamente faculta al retentor para exigir su constitución.

3) En cualquier caso, los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo impiden que tenga acceso al Registro de la propiedad un acto con transcendencia real inmobiliaria en el que no haya intervenido el titular registral del inmueble.

COMENTARIO.- Resolución de escaso interés doctrinal dada la peculiaridad de la pretensión. Al parecer, la interesada intentó presentar una demanda judicial que no le fue admitida por no ajustarse a los requisitos de admisibilidad establecidos legalmente, lo que interpretó en el sentido de que no era necesaria resolución judicial alguna. Mal estaría el sistema de seguridad jurídica preventiva si se pudiese constituir e inscribir derechos reales sobre bienes inmuebles completamente al margen de la actuación de los propietarios de los mismos, en base a unas simples manifestaciones y sin una resolución judicial que lo establezca.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Servidumbre constituida sobre un elemento privativo a favor de la comunidad.- CIERRE REGISTRAL. La constitución de una servidumbre debe autoliquidarse del IIVT.

RESOLUCIÓN JUS/2966/2019, de 12 de noviembre (DOGC 20.11.2019)

RESUMEN.- Se constituye una servidumbre sobre un local de negocio, elemento privativo de una propiedad horizontal, a favor de la comunidad de propietarios, consistente en que una parte de dicho local deberá soportar la caja del ascensor del edificio. La escritura de constitución de servidumbre la otorgan el propietario del local comercial y el presidente de la comunidad. Al margen de otras cuestiones que quedan solventadas al margen del recurso, se plantean dos derivadas de la nota de calificación de la registradora: si la servidumbre se debe constituir a favor de la comunidad de propietarios o a favor de estos; y si, con carácter previo a la ins-



cripción, debe autoliquidarse el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

En relación con la primera cuestión, la DG señala que el art. 553-39.2 del CCCat establece que la comunidad puede exigir en determinados casos la constitución de servidumbres permanentes sobre los anejos de los elementos de uso privativo, pero no, como en este caso, sobre el local e incluso sobre las viviendas, que se ven afectadas por el hueco del ascensor; por lo tanto, se requiere el consentimiento de cada propietario cuyo elemento privativo se vea afectado. No obstante, dado que el acuerdo se ha adoptado por unanimidad (de los propietarios presentes, que representaban el 56,5% de las cuotas, sin oposición de los ausentes) y puesto que la ley protege la supresión de las barreras arquitectónicas, la DG admite que se pueda imponer este gravamen con el acuerdo de la junta, sin necesidad del consentimiento individualizado (léase, la comparecencia ante el notario) de los propietarios. En cuanto a la cuestión de su titularidad, la resolución dispone: «Finalmente, en relación con la servidumbre “en beneficio de la comunidad”, es una servidumbre que pasa a ser elemento común, de acuerdo con el artículo 553-41 del Código civil de Catalunya, que dice que “son elementos comunes las instalaciones que se destinan al uso comunitario o a facilitar el uso y disfrute de los elementos privativos”. Como tal elemento común, no es objeto de inscripción separada y especial, sino que es suficiente que se mencione en los estatutos de la finca matriz y en el folio de la finca sirviente» (FD 2.5).

Por lo que se refiere a la necesidad de autoliquidar el IIVT, si bien el art. 105.1.a) de la Ley de haciendas locales declara exentos de dicho impuesto los incrementos de valor que se pongan de manifiesto a consecuencia de la constitución y transmisión de derechos de servidumbre, la DG entiende que ello no obsta al carácter imperativo del art. 254 LH «en el sentido de que no se practica ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que establezcan las leyes, si el acto o contrato que se pretende inscribir los devenga» (FD 3.1). Y añade que «no se puede pretender imponer a la registradora la calificación de la exención o no de determinados actos incluidos en los documentos presentados a inscripción en su registro, ya que supondría obligarla a hacer declaraciones tributarias que quedan fuera del ámbito de competencia de la registradora, cosa que le obligaría a asumir una responsabilidad que no le corresponde» (FD 3.2).

COMENTARIO.- 1. La solución de considerar una servidumbre como un elemento común de un edificio en régimen de propiedad horizontal me parece, como mínimo, discutible. Como indica la DG, citando el art. 553-41 CCCat, los elementos comunes son instalaciones o servicios, no los derechos que se constituyan sobre los mismos. Tanto los elementos comunes como los privativos son objetos o espacios físicos, como resulta también del art. 553-2.1. El derecho de servidumbre, como cualquier otro derecho real o personal, no puede ser elemento común ni privativo, porque no es una cosa, sino un derecho; y no deben confundirse las cosas con los derechos, distinción tan básica que es recogida por el precepto que abre el libro V CCCat, el art. 511-1.

Posiblemente, la DG se esté refiriendo a que lo que “pasa a ser” elemento común no es la servidumbre, sino el hueco del ascensor; pero a mi entender esta interpretación no se ajusta a la naturaleza

del acto otorgado. Para que el hueco del ascensor adquiera la naturaleza de elemento común, se requiere que deje de ser parte de un elemento privativo y que la comunidad la adquiera para darle dicho destino, como ocurrió en el supuesto de la RDGDEJ de 22 de octubre de 2009 (DOGC 14.12.2009), en que la comunidad adquirió una plaza de aparcamiento para destinarla a elemento común. Desde el punto de vista registral se ve más claro: los elementos comunes no están inscritos a nombre de los propietarios de los elementos privativos; si un elemento común se desafecta y pasa a ser elemento privativo debe abrirse folio registral; y, a la inversa, si la comunidad adquiere un elemento privativo para afectarlo como elemento común, debe cerrarse su folio registral, y ello no es lo que propone la DG en este caso al indicar que es suficiente con que se mencione en los estatutos de la finca matriz y en el folio de la sirviente.

El problema de que la comunidad no puede ser titular del derecho de servidumbre, ya que no tiene personalidad jurídica, debe resolverse atribuyendo tal derecho a los propietarios presentes y futuros de los elementos privativos o, en definitiva, constituyendo tal derecho a favor de los elementos privativos, lo que encaja perfectamente con la naturaleza jurídica de la servidumbre predial. El art. 566-1.1 define la servidumbre como un derecho real que grava una finca en beneficio de otra, por lo que no puede haber inconveniente en establecer como predio sirviente el local comercial y demás elementos privativos afectados por el hueco del ascensor y como predios dominantes todos y cada uno de los elementos privativos de la comunidad de propietarios.

Me parece, en cambio, acertado el criterio de no requerir la comparecencia en el acto de constitución de la servidumbre de todos los propietarios de los predios dominantes, pues la constitución de la servidumbre a su favor puede considerarse como un acto colectivo porque no afecta al contenido esencial del derecho de los copropietarios, como ya señaló la citada RDGDEJ de 22 de octubre de 2009 siguiendo la doctrina de la DGRN.

2. En cuanto a la necesidad de presentar la autoliquidación del IIVT, la cuestión la suscita la imprecisión terminológica del art. 254.5 LH, que obliga a presentarla en relación con los documentos que contengan «acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias», sin aclarar si es suficiente con que el acto esté sujeto o si además debe estar no exento. Considero que la vaguedad del texto legal permite al registrador aplicar una interpretación teleológica del mismo y considerar que el cierre registral no es aplicable a los actos que no van a dar lugar al nacimiento de una obligación en el pago del impuesto. Comprendo que, en ocasiones, puede resultar imprudente, en relación con determinados actos exentos, como lo son aquellos cuya exención requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, la comprobación por parte del registrador de si se cumplen o no. Pero en otros casos, la exención resulta de la propia naturaleza del acto realizado, sin necesidad de ulterior comprobación, como es el de la constitución de servidumbre, declarado exento en todo caso por el art. 105.1.a de la Ley de haciendas locales. No veo qué riesgo asume la registradora en tal caso, ni, como dice la resolución, qué “declaración tributaria” se le obliga a hacer fuera de la obligación que la ley le impone de calificar si el acto es determinante de una obligación tributaria o no, lo que claramente se aprecia en este supuesto de hecho.

LICENCIA DE PARCELACIÓN

No es necesaria cuando se aporta un certificado municipal del que resulte que la finca no ha sido objeto de ningún expediente de disciplina urbanística en los últimos seis años.

RESOLUCIÓN JUS/3525/2019, de 4 de diciembre (DOGC 24.12.2019)

RESUMEN.- Se pretende la inscripción de una escritura de elevación a público de un contrato privado de compraventa otorgado en 1985 en el que se vendía una porción de terreno que se segregaba de otra finca; en la misma escritura, a continuación, se agrupaba la porción segregada con otras dos fincas. Se acompaña a la escritura un certificado municipal del que resulta, entre otras cosas, que la finca agrupada no ha sido objeto en los últimos 6 años de ningún expediente de disciplina urbanística. También se acompaña el certificado de un técnico acreditativo de la superficie y de las coordenadas de la finca agrupada; y el certificado catastral descriptivo y gráfico, cuya superficie es menos de un 5% superior al de la finca resultante de la agrupación.

La registradora de la propiedad pide, para inscribir la segregación, licencia de parcelación urbanística, la declaración por parte del Ayuntamiento de innecesariedad de la licencia o un documento administrativo que acredite el transcurso del plazo de prescripción de la posible infracción urbanística derivada de la segregación. También hace mención de que será necesaria la tramitación del expediente del art. 199 LH, con notificación a los titulares de fincas colindantes, ya que la representación gráfica aportada no se ajusta a la que consta en el Catastro.

El notario autorizante interpone recurso contra la nota de calificación, alegando en síntesis: 1) que la segregación realizada no se puede asimilar a una parcelación urbanística, dada la pequeña entidad de la parcela segregada, sino que se trata únicamente de una delimitación correcta de límites entre dos fincas colindantes; 2) que el art. 17.1 del Decreto 64/2014, de 13 de mayo, permite la división de solares cuando se agrupen inmediatamente con terrenos contiguos para constituir nuevos solares, por lo que es innecesaria la fiscalización administrativa; 3) que en la certificación municipal incorporada se deja constancia de que en los últimos seis años no ha habido ningún expediente de disciplina urbanística.

La DGDEJ estima el recurso y revoca la nota de calificación. Tras reconocer la necesidad de fiscalización administrativa de la segregación, considera no obstante que el certificado municipal aportado acredita la prescripción de la acción administrativa para reestablecer la legalidad urbanística por dicha segregación.

Para la primera consideración se basa en que el art. 187 del Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el TR de la Ley de Urbanismo, incluye entre los actos sujetos a licencia urbanística las parcelaciones urbanísticas, sin excluir ninguna; mientras que el concepto de parcelación urbanística lo recoge el art. 191.1 de la misma ley, en términos que no excluyen ninguna porción de terreno, cualquiera que sea su entidad.

El hecho de que la finca segregada se agrupe a otra en el mismo acto tampoco habilita la segregación sin licencia, como resulta

de la Ley de urbanismo, sin que tal exigencia pueda entenderse contradicha por el Decreto 64/2014, de rango inferior, que debe interpretarse en el sentido de que la porción resultante de la división no tendrá la consideración de solar, pero sí que se considerará parcelación urbanística, por aplicación de la presunción del art. 24 de este decreto y por relación con los arts. 25, 26 y 27, en el sentido de que el art. 17.1 no constituye ninguna excepción a la norma general de la necesidad de fiscalización previa municipal del acto de segregación. Por otra parte, el hecho de que la finca segregada no se haga constar en el Registro de la Propiedad como finca independiente no implica que físicamente no lo sea. Además, en la legislación urbanística no se exige que la finca segregada tenga siempre la consideración de solar.

No obstante, la DG considera que la prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística queda acreditada con el certificado municipal, en el que se identifica perfectamente la finca a la cual se refiere (esto es, a la resultante de la agrupación), tanto en relación con la calle y el número como en relación con el número de referencia catastral, que es coincidente con el incorporado a la escritura, como también con el propietario de la finca. El certificado aportado reconoce explícitamente que ya no se puede ejercer ninguna medida para restablecer la legalidad urbanística en esta parcela, contra su propietario. Por este motivo, no considera procedente que el Registro de la Propiedad vuelva a pedir otro documento de reconocimiento explícito de innecesariedad de licencia de parcelación.

COMENTARIO.- A efectos prácticos, podemos deducir de la presente resolución que no es necesario que el Ayuntamiento certifique expresamente que ha pasado el plazo de prescripción de la acción urbanística contra la parcelación realizada, sino que es suficiente que disponga genéricamente que no se ha iniciado ningún expediente de disciplina urbanística contra la finca. Personalmente, me parece un criterio algo arriesgado porque una cosa es que el Ayuntamiento no haya iniciado ningún expediente y otra distinta es que no lo pueda hacer, lo que dependerá de la fecha en que los servicios municipales tuvieron conocimiento de la segregación realizada, circunstancia que no queda acreditada en la resolución; es más, en el fundamento 2.6. se declara que “el *dies a quo* de la prescripción no resulta acreditado” en la certificación catastral y, posteriormente, tampoco lo considera acreditado de otro modo.

Por lo demás, me parece acertado el criterio de que la “escasa entidad” de la porción segregada (no tan escasa: 81,60 m2) no puede suponer una excepción a la licencia de parcelación. Si realmente se trataba de una definición de lindes, debería haberse calificado como tal en la escritura y seguir los trámites del art. 200 LH, que no impide el deslinde parcial, esto es, con uno solo de los colindantes; lo cual, sin embargo, hubiera resultado difícil en este caso dada la preceptiva aportación de una certificación catastral acreditativa del deslinde y el hecho de que en el Catastro la porción segregada ya forme parte de otra parcela catastral.

El hecho de que la finca se agrupe con otra en el mismo acto o que no constituya un solar tampoco justifica, con base en la Ley de Urbanismo, la innecesariedad de la licencia de parcelación, sin que pueda ser un argumento a favor de este criterio el que, como dice la DG, la porción segregada no se inscriba, pues sí se inscribe la segregación para poder agrupar posteriormente.



Por último, sorprende que la DG no haga referencia alguna a la inscripción de la agrupación, teniendo en cuenta que la registradora “hace mención” de que es necesario tramitar el expediente del art. 199 para poder inscribir la agrupación, al no coincidir la superficie registral resultante de la suma de las fincas agrupadas con la del Catastro. Posiblemente, esta “mención” no se haya considerado como “defecto” por la DG y es por ello que no se pronuncia al respecto, pero a mi juicio dicha discordancia sí puede impedir la inscripción de la agrupación. El art. 9.b) LH, tras la reforma de la Ley 13/2015, exige para inscribir una agrupación (también para la segregación, pero en este caso la inmediata agrupación posterior la hace innecesaria según la DGRN) la inscripción de la representación gráfica catastral o, si la superficie de la finca agrupada no coincide con la que consta en el Catastro y esta sea la real (como es el caso, según el certificado técnico que se incorpora), de una representación gráfica alternativa. No consta en los antecedentes de hecho de la resolución que se haya incorporado a la escritura dicha representación gráfica alternativa ni la validación gráfica de la misma, por lo que la inscripción de la agrupación no podrá realizarse por dicho motivo. Una vez cumplido requisito, deberá seguirse el procedimiento del art. 199 (concretamente, el del apartado 2), con notificación a los colindantes, como menciona la registradora.

CAPACIDAD PARA TESTAR

El testamento de la persona sujeta a curatela no requiere la intervención de los facultativos del art. 421-9.2, siempre y cuando no se haya modificado judicialmente su capacidad para testar.

RESOLUCIÓN JUS/3526/2019, de 9 de diciembre (DOGC 24.12.2019)

RESUMEN.- Se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia por apreciar la registradora de la propiedad incumplimiento en las formas extrínsecas del testamento. En este, el notario indicaba que, en virtud de la correspondiente sentencia de incapacitación, la testadora carecía de “capacidad de obrar y de las habilidades necesarias para actuar por sí sola y prestar consentimiento válido en relación con los actos que figuran en la mencionada sentencia, sin pronunciamiento especial sobre la capacidad de testar”. Asimismo, incorporó una fotocopia de un certificado médico expedido dos meses antes de la fecha del testamento, que determinaba que “la demencia leve que sufre la compareciente no le imposibilita realizar un testamento”.

La registradora alega que el art. 421-9 CCCat “impone y añade” un requisito formal al testamento otorgado por una persona incapacitada: la presencia de dos facultativos en el mismo momento de la expresión de la voluntad de testar; el incumplimiento de dicho requisito formal impide, a su juicio, el acceso del título al Registro. La recurrente aduce que la testadora tenía una incapacidad parcial y estaba sujeta a curatela; que la sentencia de incapacitación estableció un catálogo parcial de los límites de la capacidad de obrar y de las habilidades de la testadora, entre las cuales no hay referencia alguna a la facultad de testar; que la sentencia estableció que la testadora “tiene conservadas sus

facultades mentales superiores”. Por todo ello, considera que no es aplicable el art. 421-9.2.

La DGDEJ revoca la nota de calificación, partiendo del principio de libertad de testar, como uno de los fundamentales del ordenamiento jurídico catalán, que permite testar incluso a personas que no tienen capacidad de obrar (como es el caso de los que sólo tienen 14 años). En la misma línea, no impide otorgarlo a las personas incapacitadas, se entiende que incapacitadas para otorgar testamento, si tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. En el presente caso, la testadora no estaba incapacitada para otorgar testamento, tenía sólo lo que, en la terminología convencional, se conoce como incapacitación parcial (más propiamente, la capacidad parcialmente modificada), por lo que estaba sujeta a curatela, situación que no puede equipararse, a los efectos del otorgamiento del testamento, a la incapacitación con sujeción a tutela, ya que:

1) las limitaciones a la capacidad de obrar se tienen que interpretar de manera restrictiva (211-3.3, 2) y siempre a favor de la persona con capacidad modificada; 2) el testamento es un negocio jurídico que tiene que ser conservado mientras sea posible y que disfruta del favor testamenti (arts. 421-6, 422-5, 422-6 y 422-3.2); 3) de acuerdo con los principios que derivan de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas incapacitadas, de diciembre de 2006, y el espíritu de la doctrina más reciente, no hay propiamente personas incapaces, sino personas con la capacidad modificada judicialmente, y es precisamente la sentencia de incapacitación la que tiene que establecer los límites a la capacidad de la persona; 4) los requisitos formales del negocio jurídico responden siempre a finalidades de protección de las personas concernidas y de la seguridad jurídica, pero no pueden ser entendidos de manera maquinal e incuestionable; 5) en materia sucesoria el sujeto tutelado por la ley, en Cataluña, es precisamente la persona que dispone libremente de sus bienes, no el cónyuge o el conviviente, o determinados parientes [...]; 6) el artículo 421-4 considera “incapaces para testar a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento”, mientras que el artículo 421-9 habla de “testador incapacitado judicialmente”, y habrá que entender esta previsión en el sentido de que tiene que estar incapacitado judicialmente para testar.

Por lo tanto, a juicio de la DG, el supuesto de hecho que resuelve no entra en el ámbito del art. 421-9.2 sino en el del art. 421-9.1, por lo que la presencia de facultativos es opcional para el notario y su ausencia no permite calificar el testamento como afectado por un defecto de forma. Por otra parte, la resolución no se pronuncia sobre el juicio de capacidad realizado por el notario, que debe ser apreciado, en su caso, judicialmente.

COMENTARIO.- Comparto plenamente el criterio de la DG en esta resolución, que acoge los principios derivados de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. Dado el tiempo transcurrido desde su entrada en vigor (el 3 de mayo de 2008), sería deseable que el legislador catalán incorporase lo antes posible sus disposiciones al CCCat. Destaca el art. 12.2 de la Convención, conforme al cual: «Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condicio-



Resoluciones

nes con las demás en todos los aspectos de la vida.» A partir de este principio, debería reconocerse la plena capacidad de obrar a todas las personas mayores de edad y el deber de la sociedad de establecer los medios y apoyos necesarios para que dichas personas puedan desarrollar plenamente dicha capacidad. En materia testamentaria, es el notario quien debe procurar tales medios y apoyos. La reciente Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del Libro IV del CCCat, ha iniciado el camino para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. Esperemos ver en breve la adaptación correspondiente en relación con los testadores que presenten alguna discapacidad psíquica.

El reconocimiento de la plena capacidad de obrar a todas las personas mayores de edad no debe conllevar que todas tengan la capacidad natural necesaria para realizar todo tipo de actos. En sede de testamentos, la persona que carece de capacidad natural, tenga o no la capacidad modificada judicialmente, no puede otorgar testamento pues no podrá manifestar una voluntad debidamente formada. Compete al notario, utilizando los medios que considere convenientes para formar su juicio de capacidad, facilitar en la medida de lo posible el otorgamiento y decidir sobre la capacidad natural del testador, sin que la existencia de una sentencia de modificación de la capacidad (posiblemente en muchos casos

desconocida por el propio notario) pueda ser un obstáculo para la validez del testamento; pues de lo que se trata es de facilitar y no de exigir requisitos formales adicionales cuyo incumplimiento pueda impedir de hecho el ejercicio de tal derecho fundamental de la persona. Como bien dice la DG, en materia de capacidad para testar hay que proteger al testador que tiene capacidad natural a juicio del notario; no a los parientes del testador que puedan verse perjudicados.

Es por todo ello, que el art. 421-9 requiere de una reforma importante o directamente su supresión. El apartado 2, con la intención de permitir al incapacitado (para testar) el otorgamiento del testamento en un “intervalo lúcido”, establece unos requisitos formales (la intervención de dos facultativos) que, en lugar de facilitar, pueden llevar a todo lo contrario (la registradora entiende que “imponer y añade” un requisito formal), esto es, a que se declare nulo el testamento otorgado por una persona con capacidad natural en el momento de otorgamiento. Si partimos de que todas las personas mayores de edad tienen capacidad de obrar plena y de que la ley sólo debe exigir la capacidad natural, la discapacidad declarada judicialmente no debería ni condicionar la validez del testamento, ni desvirtuar el juicio de capacidad natural efectuado por el notario. La norma, por lo tanto, debería suprimirse.

Congreso Internacional sobre el Derecho privado en el nuevo paradigma digital

Los pasados 3 y 4 de octubre tuvo lugar en el Colegio el congreso internacional “El Derecho privado en el nuevo paradigma digital”, organizado en colaboración con la Universidad de La Rioja y la Universidad de Barcelona.

El Congreso se dividió en tres grandes bloques, el primero de ellos dedicado a “Las nuevas directivas sobre contratos de suministro de contenidos digitales y compraventa de bienes”. La primera parte se centró en las Directivas 2019/770 y 2019/771 y su ámbito de aplicación, pactos sobre la falta de conformidad en estas directivas y de los límites que establecen, y corrió a cargo de Jorge Morais, profesor titular de la Universidad Nueva Lisboa; Markus Artz, catedrático de la Universidad de Bielefeld; y Beate Gsell, catedrática de la Universidad Ludwig-Maximilians de Munich. En la segunda tomaron parte Lúdia Arnau, profesora agregada de la Universidad de Barcelona, quien expuso “Remedios por falta de conformidad en contratos



Esther Arroyo, cátedra Jean Monnet de Derecho Privado Europeo; Ángel Serrano, notario de Barcelona; y Sergio Cámara, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de la Rioja. fueron los coordinadores del Congreso



Vida corporativa

El Congreso se dividió en tres grandes bloques, el primero de ellos dedicado a “Las nuevas directivas sobre contratos de suministro de contenidos digitales y compraventa de bienes”

de larga duración o con diversas prestaciones”; Sergio Cámara, catedrático de la Universidad de La Rioja, para hablar de “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios y servicios digitales”; y Rosa García, profesora titular y delegada de protección de datos de la Universidad de Granada, quien expuso “El papel de la protección de los datos personales en la contratación online de bienes, contenidos y servicios digitales.”

El segundo bloque se dedicó a “Plataformas online, intermediarios y contratación electrónica”, con la intervención de Joana Campos, profesora visitante de la Universidad Nueva Lisboa y Esther Arroyo, catedrática de la Universidad de Barcelona, para hablar, respectivamente, del final de las plataformas de contratación online y la necesidad, o no, de actualizar la exención de responsabilidad de los intermediarios en la Directiva de comercio electrónico. También tomaron parte Gerald Spindler, catedrático de la Universidad de Göttingen, para hablar de la responsabilidad de los intermediarios desde la perspectiva de la propiedad intelectual; José Manuel Ventura, quien expuso los usos online de las publicaciones de prensa; y Raúl Lafuente, profesor asociado de la Universidad de Alicante, quien expuso medidas contra el bloqueo geográfico injustificado, contratos de consumo concluidos por vía electrónica y normas de Derecho internacional privado.

Por último el tercer bloque, dedicado a “Problemas emergentes ante las nuevas realidades tecnológicas” contó con las intervenciones de Mónica Navarro, profesora agregada de la Universidad de Barcelona, para hablar de la conducción autónoma y responsabilidad civil; Ma Esperança Ginebra, profesora titular de la Universidad de Barcelona, quien habló sobre voluntades digitales en caso de muerte; y Agustín Ruiz Vega y Consuelo Riaño, catedrático y profesora titular de comercialización e investigación de mercados de la Universidad de La Rioja, para hablar del Estado flow y comercio electrónico (*Ver sección Internacional*).

Nueva edición de la campaña “Con prevención, mejor”, con la Fundación Pasqual Maragall

El salón de actos del Colegio se llenó para informarse de los documentos jurídicos de protección de la persona



El 8 de octubre tuvo lugar la IIa edición de la campaña “Con prevención, mejor”, que lleva a cabo la Fundación de los Notarios de Cataluña junto con la Fundación Pasqual Maragall, dedicada al Alzheimer. Se trata de una jornada informativa, dirigida a los voluntarios científicos y socios de esta Fundación, en que se les transmite la importancia de la prevención jurídica. Albert Domingo, notario de Vilassar de Mar, expuso los instrumentos jurídicos de protección de la persona, a la que siguió un extenso turno de preguntas.

El acto, que contó con la asistencia de 150 personas, fue presidido por Rocío Maestre, directora de la Fundación, quien destacó la voluntad de ser útiles y aportar tranquilidad ante situaciones difíciles como las que conlleva la pérdida de capacidad, acompañada de Cristina Maragall, portavoz de la Fundación Pasqual Maragall, quien afirmó



que “la prevención jurídica es el mejor aliado para la tranquilidad futura de los afectados y de los familiares”.

La campaña se ha reforzado con el envío a todos los despachos notariales de un díptico informativo con el mismo título de la campaña.

II Jornada Notariado y Empresa con Foment del Treball

El 14 de octubre tuvo lugar la II edición de la Jornada “Notariado y Empresa, una visión práctica”, colaboración del Colegio con Foment del Treball que se inició el año pasado y que tiene como objetivo aportar un enfoque práctico a temas que requieren la función notarial en el ámbito empresarial.

La Jornada contó con la inauguración de Josep Sánchez Llibre, presidente de Foment del Treball, quien destacó “la visión próxima y relevante de los notarios, presentes tanto en el ámbito de las pymes como de los autónomos”. La clausura corrió a cargo de Joan Carles Ollé, decano del Colegio, quien destacó la continuidad de la colaboración y “el valor de la función notarial para dar certeza a los negocios jurídicos”.

Esta edición, con la coordinación de Joaquim Tornos, catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona y presidente de la Comisión Jurídica de Foment del Treball, contó con la participación de Javier Santos Lloro, notario de les Franqueses del Vallès, quien expuso la tutela de los derechos del socio: separación y exclusión; María Teresa de Gispert y José Manuel Calavia, catedráticos de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona y miembros de la Comisión Jurídica de Foment del Treball, para exponer el capital social y su formación; Javier Martínez Lehmann, notario de Barcelona, quien habló de la asistencia financiera a los socios; y Joan Roca, presidente de Roca Junyent y miembro de la Comisión Jurídica de Foment del Treball, quien expuso los aspectos más relevantes, desde el punto de vista empresarial, de la Directiva 1132/2017.

Javier Martínez Lehmann, censor 1º de la Junta directiva del Colegio; Josep Sánchez Llibre, presidente de Fomento del Trabajo; y Joaquín Tornos, presidente de la comisión Jurídica de Foment del Treball, abrieron la II edición de las Jornadas





Vida corporativa



La consejera de Justicia, Ester Capella, presidió el acto acompañada del decano del Colegio, Joan Carles Ollé, y el presidente del TAB, Juli de Miquel

30 Aniversario del Tribunal Arbitral de Barcelona

El 30 de octubre el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), del que el Colegio es miembro fundador, celebró los 30 años de su creación.

En un acto que contó con la participación de Joan Carles Ollé, decano del Colegio; Juli de Miquel, presidente del TAB; Lluís Muñoz Sabaté, presidente del TAB en las etapas 1989-1993 y 2000-2009; y Elías Campo Villegas, vicepresidente del TAB los años 1989-2009.

Posteriormente tuvo lugar una mesa redonda, con el título "Las ventajas del arbitraje institucional para la resolución de conflictos", moderada por Mercè Pigem, vocal del TAB, que contó con la participación de Pascual Sala, quien expuso "El Tribunal Constitucional ante el arbitraje"; M^a Eugenia Alegret, para hablar de "Los principios procesales y su aplicación al arbitraje"; Xavier O'Callaghan, quien habló sobre "La figura del árbitro"; José Ma Fernández Seijo, quien expuso "El arbitraje societario"; y Francisco Armas, quien habló del "Tribunal Arbitral de Barcelona". La clausura fue a cargo de Ester Capella, consejera de Justicia.

En el transcurso del acto se presentó también el Consejo Asesor del TAB, en cuyo nombre intervino Esther Giménez Salinas.

Homenaje a José Marqueño

El pasado 13 de noviembre tuvo lugar en el Colegio el acto de homenaje a José Marqueño de Llano, quien fue notario de Barcelona durante 35 años, hasta su reciente jubilación, decano del Colegio (2005-2008) y presidente del Consejo General del Notariado durante el mismo período, y presidente de la Unión Internacional del Notariado hasta final de 2019.

El acto, presidido por el decano del Colegio, Joan Carles Ollé, contó con la laudatio de la figura del homenajeado por parte del notario Juan José López Burniol, compañero de despacho durante toda su trayectoria en Barcelona, quien destacó de su figura el tener "vista larga, ser temeroso de la ley y sin complejos". Remarcó la importancia que siempre otorgó al refuerzo "del carácter público de la función notarial" y repasó su trayectoria como decano y en los diferentes cargos que ha ostentado durante su dilatada trayectoria profesional, así como su perfil más personal. Entre sus principales éxitos profesionales mencionó la reforma del reglamento notarial, el congreso notarial de Barcelona o el desarrollo tecnológico del notariado, entre otros.

Rosario Agora, actual vicedecana del Colegio Notarial de Madrid y quien fue secretaria del Consejo General del Notariado durante la presidencia de Marqueño glosó su figura como



El acto, presidido por el decano del Colegio, Joan Carles Ollé, contó con la laudatio de la figura del homenajeado por parte del notario Juan José López Burniol, compañero de despacho durante toda su trayectoria en Barcelona, quien destacó de su figura el tener “vista larga, ser temeroso de la ley y sin complejos”

presidente del Consejo, afirmando que “ha sido uno de los presidentes con una más profunda visión estratégica del notariado, y su idea motor siempre fue la promoción de la función notarial”. Destacó que “hizo aportaciones que hoy día son vitales para el notariado”, destacando especialmente “la creación del Índice Único Informatizado y del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales (OCP)”, proyectos puestos en marcha durante su mandato. Por último destacó el haber sido “un líder capaz de formar equipos y conseguir crear lazos de amistad que aún perduran”.

Pedro Carrión, hasta final de 2019 secretario de la Unión Internacional del Notariado y notario de Madrid, repasó su trayectoria desde que fue escogido presidente de la UINL en París en octubre de 2016, siendo el tercer presidente español en 71 años de historia de la Unión Internacional. Afirmó que los aspectos que han marcado su programa son “el pensar a largo plazo y el hecho de afrontar directamente los problemas que fueran surgiendo”, entendiendo que “la UINL puede ser una marca que bien extendida por el mundo pueda reforzar y extender el papel del notariado”. Así mismo, agradeció la “inmejorable organización por parte del Colegio” de la reciente reunión de la Comisión de Asuntos Europeos (CAE) de la UINL, celebrada recientemente, dado que Barcelona - y concretamente el Colegio - es sede semipermanente de esta Comisión desde mayo de 2013.

Posteriormente, algunos de sus compañeros en diversas instituciones notariales quisieron tomar la palabra, entre ellos quienes fueron en su momento presidentes del Consejo General del Notariado, Juan Bolás - quien destacó “su espíritu crítico y positivo” -, Antonio Ojeda - que aseguró que “el notariado de hoy protege mucho más la seguridad jurídica gracia a Pepe Marqueño”, o Javier Guerrero, quien lo calificó de “personaje imprescindible en la historia del notariado”; así como Joaquín Borrell, quien fue decano de Valencia y destacó “su amistad de trinchera”.

José Marqueño, citando a Churchill - “los homenajes ni se buscan, ni se rechazan, pero se agradecen” - quiso agradecer públicamente el homenaje al decano y a la Junta directiva del Colegio, a todos quienes tomaron la palabra y a los asistentes por su presencia, y aseguró que “todo lo que se ha dicho ha sido posible porque he estado rodeado de muy buena gente de quienes he aprendido mucho”. Después de afirmar, a pesar de sus numerosas aficiones, haber dedicado su vida “fundamentalmente a la notaría y al notariado”, aseguró que “lo que más quiero en esta vida es a mi mujer y a mis hijos”, todos ellos presentes en el acto. Por último, y en verso, agradeció de nuevo el homenaje, que cerró afirmando que “bonito colofón el que habéis puesto vosotros hoy”.

Para finalizar, tomaron la palabra José Luis Lledó, vicepresidente del Consejo General del Notariado, quien destacó del homena-

jado “ser una persona justa, hacer lo que quiere, y querer lo que hace”. Por su parte, Joan Carles Ollé, decano del Colegio, aseguró que “ha sido uno de los notarios más destacados de la ciudad de Barcelona”, y repasó sus logros en el Colegio - citando el Congreso Notarial español de 2005 o la remodelación para acoger la Academia de Opositores de Cataluña, entre otros -, en el Consejo General del Notariado y en la Unión Internacional del Notariado. Por último, afirmó que “es un orgullo para el Colegio que hayas representado al notariado en tan altas responsabilidades corporativas”.

Como punto final al acto de homenaje, y después de haberlo acordado previamente la Junta Directiva, se le hizo entrega de la medalla de honor del Colegio.



José Marqueño, quien fue decano del Colegio Notarial de Cataluña, recibió la medalla de honor del Colegio



Entrega del XIº Premio Puig Salellas, al jurista Joan Egea

El pasado 17 de diciembre tuvo lugar en el Colegio el acto de entrega del XIº Premio Puig Salellas, presidido por la consejera de Justicia, Ester Capella, acompañada del decano del Colegio, Joan Carles Ollé. El premio se otorgó a Joan Egea Fernández, catedrático de Derecho Civil y Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. El acto reunió a destacadas personalidades del ámbito jurídico, económico y social.

La Junta Directiva del Colegio Notarial de Cataluña acordó por unanimidad concederle el Premio "en reconocimiento a su extraordinaria trayectoria jurídica. Su excelencia superior en los campos académicos, científico, codificador e institucional, en los cuales ha destacado y destaca especialmente por sus muy brillantes publicaciones y por su máximo rigor y completísimos conocimientos jurídicos, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado, han hecho que se haya convertido en uno de los más eminentes juristas catalanes de nuestros tiempos, con el pleno y unánime reconocimiento de nuestra comunidad jurídica".

Ferran Badosa, catedrático emérito de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, fue el encargado de glosar la figura del homenajeado, repasando su trayectoria profesional, sus numerosas publicaciones, y destacando su dedicación a temas como el desheredamiento, la protección del menor, las inmisiones y su contribución en la redacción del artículo 129 del Estatuto de Cataluña, "que introdujo el Derecho civil como materia civil, como sujeto de una legislación - no tan solo como legislación civil - y determinó que es nuestro Código quien lo regula, siendo esta su aportación fundamental".

Joan Egea en su discurso destacó que "por encima de todo, me siento profesor universitario", ámbito en el que recordó a dos de sus referentes: Encarna Roca, quien le abrió las puertas de la Universidad y lo alentó como investigador, y Pablo Salvador. Hizo un repaso a su trayectoria, vocación y "mi compromiso personal, compartido con los compañeros, de proveer al Derecho civil de una base sólida para construir un derecho pionero y modélico, que pudiera ser imitado por otros de nuestro entorno, como así ha sido". Recordó que ya sus primeros cuatro artículos, como ayudante en la cátedra de Derecho civil, se basaron en este ámbito del derecho y la tradición jurídica catalana, y quiso destacar "el papel trascendental del Notariado en la conservación del Derecho civil ya con la Compilación de 1960, con Josep Ma Roca Sastre, y en épocas pretéritas, con la recopilación de derechos locales", entre otros. Después de recordar su paso por el vicedecanato y, posteriormente, el decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, remarcó la importancia de la creación del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña. En la actualidad, aseguró, "contamos con un Código Civil catalán moderno y casi completo, que hoy se encuentra en su momento más álgido".

Joan Carles Ollé, decano del Colegio Notarial de Cataluña, hizo un breve repaso a la trayectoria de Joan Egea en la Universidad y a su "extensísima producción científica y de altísimo nivel". Quiso remarcar su participación, muy activa, en tareas codificadoras desde el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, su aportación a la elaboración del Estatuto de Cataluña, y "la gran dignidad con que ejerce el cargo de presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, con una dirección generadora de consenso y un gran reconocimiento en cuanto al rigor de los dictámenes, que repercute en el prestigio de nuestras instituciones".

Ester Capella, consejera de Justicia, clausuró el acto exponiendo que "el derecho normativo se basa en el respeto a la persona y las necesidades legítimas de nuestra sociedad", y destacó "la contribución de los notarios en defensa del prestigio, difusión, conocimiento y estudio de nuestro derecho". Un Derecho civil, aseguró, "al servicio de las personas, que tiene que favorecer la cohesión social y la justicia democrática, entendida como un auténtico servicio público".

El premio se otorgó a Joan Egea Fernández, catedrático de Derecho Civil y Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña.

El acto reunió a destacadas personalidades del ámbito jurídico, económico y social

Joan Egea recibió el premio de manos de la consejera de Justicia, acompañada del Decano del Colegio, Ma Llum Aleu, viuda de Puig Salellas, Ferran Badosa, quien glosó la figura del homenajeado, y de los miembros de la Junta Directiva del Colegio



Reglas para la publicación de trabajos en *LA NOTARIA*

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.



Toda la actualidad del Colegio en un solo click

Puedes consultar la revista La Notaria,
otras publicaciones y toda la actualidad en
www.notariosdecataluña.org

Y también puedes acceder al Archivo
Histórico de Protocolos de Barcelona,
conocer la Fundación de los Notarios de
Cataluña, informarte sobre la Academia
de Opositores de Cataluña ...

**Todo esto y mucho más. Así de
fácil, así de cómodo, así de rápido.**