

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCV •

Marzo-Abril

• Núm. 772

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Dedicada, en general, al estudio
del Ordenamiento Civil y Mercantil,
y especialmente al Régimen Hipotecario

Año XCV • Marzo-Abril 2019 • Núm. 772

REVISTA BIMESTRAL



Todos los trabajos son originales.
La Revista no se identifica necesariamente con las
opiniones sostenidas por sus colaboradores.

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 013296281

Imprime: J. SAN JOSÉ, S. A.
Manuel Tovar, 10 - 2.ª planta
28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de esta revista, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGRN

Comisión ejecutiva

María Emilia Adán
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercantiles
de España

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

Francisco Javier Gómez Gállico
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

José Poveda Díaz
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Alfonso Candau Pérez
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera
del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: «¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español» / <i>Translatational or obligational? The operative-ness of donation in the spanish civil Code</i>	569
CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Orden público internacional y reglamento sucesorio europeo» / <i>Public policy and European Succession Regulation</i>	627
ESPEJO RUIZ, Manuel: «Extinción, incumplimiento y forma de garantías del contrato de alimentos» / <i>Termination, failure to comply and ways to guarantee in food contracts</i>	689

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Estudio de la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña»/ <i>Study of the regulation of the Catalan shared ownership</i>	719
---	-----

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: «El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional» / <i>The new legal regime of international adoption</i>	763
---	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO.....	809
--	-----

COMENTARIOS A RESOLUCIONES

«Autonomía de la voluntad en la determinación del valor de las partici- paciones sociales en caso de adquisición preferente: el cambio de la doctrina registral tras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 2016», por Santiago ARAGONÉS SEJO.....	870
--	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias»/ <i>Interpretation of the will of the testator when there has been a change of circumstances</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	881
---	-----

1.2. Derecho de familia:

— «El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos. Medidas de protección» / <i>The right of rela- tionship of minors with their parents and grandparents. Protection measures</i> , por Juan José NEVADO MON- TERO	894
--	-----

1.3. Derechos reales:

— «Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda»/ <i>Stu- dy about transparency and unfairness control in the formalization expenses in mortgage loans for housing acquisition</i> , por Loreto Carmen MATE SATUÉ.....	921
--	-----

1.4. Sucesiones:

- «Redes sociales y voluntades digitales. “Historia digital” y clausurado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales» / *Social net and digital wills. Digital fingerprints and legal heritage. Privacy, protection to the honour and data protection*, por M.^a Fernanda MORETÓN SANZ 955

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «¿Condición resolutoria o pacto sobre resolución por incumplimiento? El triunfo de la autonomía de la voluntad» / *Resolatory condition or agreement on resolution for breach? The triumph of the party autonomy* por Francisco Salvador GIL GARCÍA..... 978

1.6. Responsabilidad civil:

- «Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor» / *Dynamics of the performance tort law and contract law: about some general principles of law a view compliance with the obligations assumed* por M.^a Fernanda MORETÓN SANZ..... 994

1.7. Concursal:

- «Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo» / *Brief statement of the status quaestionis of the early termination clause, pending the TJUE judgement that resolves the question referred by the Supreme Court* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1014

2. MERCANTIL:

- «Perspectivas futuras en torno a la conceptualización legal de la marca» / *Future prospects regarding the legal concept of the brand* por María Isabel CANDELARIO MACÍAS 1041

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «La cancelación registral de las declaraciones de obra nueva»/ <i>Cancellation of a declaration of new building in the Real State Registry</i> por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN	1061

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	1075
----------------------------------	------

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

Esther MUÑIZ ESPADA, «La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa», Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, por Laura ZUMAQUERO GIL	1081
Tania VÁZQUEZ MUIÑA, «La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia», de Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	1082

PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO»

Se convoca el NOVENO PREMIO «REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO» con arreglo a las siguientes BASES:

- 1.º La dotación del premio será de 2.500 euros.
- 2.º Se concederá premio al trabajo que, a juicio del Jurado, sea el mejor de los publicados en la RCDI entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2019, en cualquiera de las secciones de la revista, cuyo autor haya optado expresamente al premio y sea menor de cuarenta años en la fecha en que haya enviado el artículo a la RCDI solicitando su publicación. Podrá concederse *ex aequo* con otro autor.
- 3.º Los autores que deseen optar al premio deberán haberlo manifestado así mediante escrito dirigido al Secretario de la RCDI antes del día 31 de marzo de 2020. No podrán optar al premio los autores que formen parte del Consejo de Redacción de la RCDI en el año de la presentación del trabajo.
- 4.º El Jurado estará compuesto por el Presidente del Consejo de Redacción y los Consejeros integrados en el Comité Ejecutivo. El Secretario de la RCDI, actuará como Secretario del Jurado. Será Presidente del Jurado el Presidente del Consejo de Redacción.
- 5.º El premio será objeto de reseña en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

OCTAVO PREMIO
«REVISTA CRÍTICA DE DERECHO
INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Octavo Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2016/2018, se otorgó por unanimidad a Don Jacobo FENECH RAMOS, por su trabajo «Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles», publicado en el número 761, correspondiente a mayo-junio de 2017. El Jurado estuvo compuesto por las siguientes personas: Presidente: Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Presidente a su vez del Consejo de Redacción de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*; Don Juan Luis GÓMEZ LAFUENTE, Director del Servicio de Estudios; así como por Don Basilio J. AGUIRRE FERNÁNDEZ, Consejero-Secretario de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

ESTUDIOS

¿Traslativa u obligacional?
El problema de la operatividad
del negocio de donación
en el Código civil español*

*Translational or obligatory?
The operativeness of donation
in the Spanish civil Code*

por

JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Sevilla*

RESUMEN: La operatividad de la donación en el Derecho civil español es cosa polémica, discutiéndose si su eficacia es traslativa u obligacional. Hablar de eficacia traslativa quiere decir que la atribución patrimonial que el donante pretende realizar a favor del donatario se produce directa e inmediatamente por obra del negocio de donación, sin obligación intermedia ni necesidad de *traditio* subsiguiente. Hablar de eficacia obligacional supone que esa atribución se producirá también por obra de la donación pero de forma mediata, esto es cuando

* Trabajo realizado al amparo del Proyecto de investigación «*Sujetos e instrumentos del tráfico privado (VII): Mercado inmobiliario y crisis económica*» (DER2015-66043-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España-FEDER. Y al amparo del Grupo de investigación «*Sociedad, Mercado y Derecho*» (SEJ-584), financiado por el PAIDI Junta de Andalucía.

el donante, por medio de un acto de *traditio*, dé cumplimiento a la obligación que en ese sentido surge a su cargo como consecuencia propia e inmediata de la donación celebrada. La cuestión no cuenta con un parecer unánime en nuestra doctrina y jurisprudencia, como tampoco lo tuvo históricamente, aunque hoy predomina la idea de que la donación que el Código regula es un negocio de eficacia inmediatamente traslativa. Pero, ¿lo es, realmente? Y si es así, ¿significa esto que en nuestro Derecho actual una persona no puede obligarse a dar algo a favor de otra, por pura liberalidad? Estas son las dos cuestiones a que se trata de dar respuesta en este trabajo.

ABSTRACT: Donation is a controversial act in Spanish Law, being discussed whether its effectiveness is translational or obligational. Talking about translational efficiency means that the patrimonial attribution that the donor intends to make in favor of the donee is produced directly and immediately by the donation act, without intermediate obligation nor need of subsequent traditio. Speaking of obligational effectiveness assumes that this attribution will also occur by donation but mediately, when the donor, by means of a traditio act, gives fulfillment to the obligation that arises for him as the immediate consequence of the donation held. The issue does not have an unanimous opinion in our current doctrine and jurisprudence, nor did it historically, although the idea that prevails today is that the donation regulated in the Spanish civil Code is an act of immediate translational effectiveness. But, is it, really? And, if so, does this mean that in our current Law a person cannot assume an obligation in order to give something in favor of another person, by pure liberality? These are the two questions to which this essay aims to respond.

PALABRAS CLAVE: Donación. Eficacia. Obligacional. Traslativa. Su regulación en el Derecho español.

KEY WORDS: Donation. Effectiveness. Obligational. Translational. Its regulation in Spanish Law.

SUMARIO: I. LA DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU OPERATIVIDAD: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. TESIS QUE CONSIDERA LA DONACIÓN COMO NEGOCIO DE EFICACIA OBLIGACIONAL.—III. LA TESIS QUE ATRIBUYE A LA DONACIÓN EFICACIA TRASLATIVA: 1. LOS ARGUMENTOS EN QUE ESTA TESIS SE SUSTENTA, Y SU VALORACIÓN: A) *Los términos de la expresión «acto... por el cual una persona dispone...», del artículo 618 del Código civil.* B) *La sedes materiae en el Código civil.* C) *El sentido de la regulación dispuesta en*

el Código, globalmente considerada. D) La evolución de la donación, desde el punto de vista de su eficacia, a lo largo del tiempo. 2. NUESTRA CONCLUSIÓN SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LA DONACIÓN REGULADA EN EL TÍTULO II DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. LA DONACIÓN DE EFICACIA TRASLATIVA REGULADA EN EL CÓDIGO Y LAS VARIAS EXPLICACIONES EXISTENTES AL RESPECTO: 1. EXPOSICIÓN DE LAS MISMAS. 2. ANÁLISIS DE ESAS EXPLICACIONES: A) ¿Cabe, en nuestro Derecho, calificar como contrato a un negocio no necesitado de traditio para operar el efecto transmisivo que pretende? B) ¿Cuál es el significado de la forma, en relación con la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil? 3. NUESTRA CONCLUSIÓN EN ESTE PUNTO.—V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN NUESTRO DERECHO ACTUAL: 1. EL DEBATE AL RESPECTO: EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS: A) Argumentos contrarios a admitir la donación obligacional en nuestro Derecho. B) Argumentos a favor de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento. C) Nuestra conclusión: posible eficacia dual de la donación en el Derecho español actual. 2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL Y SU RÉGIMEN EN EL CÓDIGO CIVIL: A) Forma. B) Capacidad y objeto. C) Revocación y reducción. D) Beneficium competentiae. E) Normas aplicables, por defecto, al negocio de donación obligacional y a la obligación de dar a título gratuito generada por él. F) Donación obligacional y transmisión de la propiedad.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU OPERATIVIDAD: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Nos ocupamos en este trabajo de un tema clásico pero que no ha perdido actualidad, ya que la cuestión que con él se plantea sigue sin alcanzar entre nosotros una solución generalmente aceptada. Se trata de la discusión acerca de cuál sea la operatividad del negocio de donación tal como se encuentra regulado hoy en el Código civil español, debatiéndose si la misma es obligacional o traslativa. Lo que se plantea aquí es, por tanto, si la atribución patrimonial gratuita en que toda donación consiste se articula en nuestro Derecho hoy de forma mediata, a través de una obligación interpuesta, o si por el contrario tal resultado tiene lugar por obra directa e inmediata del negocio donatorio, sin instancia intermedia.

En la doctrina, la postura al respecto ha ido cambiando a lo largo del tiempo, pues en la etapa que va desde la promulgación del Código hasta los años cuarenta del siglo XX fue prevalente (casi indiscutida) la que propugnaba su eficacia meramente obligacional, pero luego ganó terreno la que sostiene que la donación, en el ordenamiento jurídico español actual, es un negocio de eficacia inmediatamente traslativa. A la vista de lo cual, *quid iuris*? Pretendemos nosotros, aquí, terciar en esa polémica con una explicación bien abastada de argumentos.

Antes de proceder al examen de nuestro ordenamiento en este punto, para ver qué resulta de él, conviene sin embargo hacer una precisión. Y es que, en su formulación tradicional, la cuestión se compendia en la alternativa de considerar la donación como acto o como contrato (se utilizaría el término «acto» en caso de que la donación fuera de carácter traslativo, y «contrato» si su operatividad fuera obligacional). Pero este, aunque podía servir como punto de partida, presentaba sin embargo el peligro de que «contrato» es término que lleva muy fácilmente a que el asunto de que aquí nos ocupamos —la eficacia de la donación— se mezcle con otro distinto, como es el de su génesis. Y este último no puede confundirse con el que ahora tratamos. Pues lo que nosotros aquí vamos a analizar es si la donación regulada en el del Código civil constituye un negocio dispositivo, del que resulta directa e inmediatamente la transmisión al donatario de la cosa donada —*datio*—, o si por el contrario constituye un negocio obligacional, de tal modo que la atribución patrimonial a que tiende se articula por vía de una *obligatio* interpuesta. Y en ese otro asunto, en cambio, lo que se discute es si para que la donación quede válidamente celebrada es necesario que en el negocio intervengan tanto donante como donatario (se hablaría entonces de contrato) o si por el contrario puede ser suficiente con la sola voluntad del donante (se hablaría entonces de acto). Por esta razón resulta conveniente aquí prescindir de ese binomio «acto-contrato», o, en todo caso, sustituirlo por el de título (eficacia obligacional)-modo de adquirir (eficacia traslativa).

Precisado lo cual, es tiempo ya de que nos adentremos en el tema de nuestro trabajo: ¿cuál es la operatividad de la donación que acoge nuestro Derecho actual? Dos son las tesis fundamentales que se contemplan¹.

II. TESIS QUE CONSIDERA LA DONACIÓN COMO NEGOCIO DE EFICACIA OBLIGACIONAL

Esta tesis sostiene que la donación es en nuestro Derecho un negocio de eficacia meramente obligacional, necesitado por tanto, para transmitir al donatario el dominio de la cosa donada, de un acto complementario de *traditio*, como cualquier otro contrato de finalidad traslativa². «La donación en sí misma —se ha dicho, expresando con total claridad la idea— solo es un título para pedir, crea en el donatario un derecho y acción para reclamar del donante la entrega de las cosas donadas, o sea la efectividad de la donación»³.

Este planteamiento, ahora bien, además de haberse mantenido —como se ha hecho notar agudamente— «en obras de carácter general que responden fundamentalmente a una finalidad didáctica»⁴, puede afirmarse, sin incurrir por ello en temeridad, que, más que apoyarse en una fundamentación sólida, es fruto de la premisa sobre la cual procede, de modo que constituye, hasta cierto

punto, un apriorismo: las donaciones —se viene a razonar— son contratos, «*por consiguiente*, títulos... que deben ser seguidos de la tradición...»⁵.

En apoyo de esta observación cabe añadir, además, que los autores partidarios de esta tesis han seguido en su planteamiento una vía esencialmente negativa, de crítica de lo que para su postura constituyera un obstáculo, pero sin aducir luego argumentos positivos de entidad en favor de la misma⁶. Pues en efecto, el argumento positivo con que se pretende sustentar esta tesis viene dado por la afirmación de que las donaciones son contratos, y esto, a su vez, es cosa que se apoya básicamente en la exigencia de aceptación del donatario de que hablan los artículos 618 y 629 del Código civil, y en la remisión que en el artículo 621 del mismo Código se hace, para todo lo que en el título dedicado a las donaciones no esté regulado, a las disposiciones generales del mismo Código en tema de obligaciones y contratos⁷.

Con esto, sin embargo, no basta para inclinar la balanza en favor de tal solución: se requieren argumentos contundentes, y sobre todo de signo positivo en ese sentido. El carácter disperso y poco sistemático de los fundamentos aludidos, ahora bien, creemos que permite que no nos detengamos aquí en ellos sino que dejemos su análisis para más adelante: cuando, al considerar los argumentos en que se apoya la otra tesis, estos signifiquen una postura contraria o una interpretación diversa de unos mismos datos. Esto permitirá —pensamos— agilizar el discurso.

III. LA TESIS QUE ATRIBUYE A LA DONACIÓN EFICACIA TRASLATIVA

Para esta, la donación es un modo de adquirir específico, un negocio dispositivo cuya característica fundamental es no necesitar de entrega o tradición para transmitir el dominio de la cosa donada al donatario. Se trata, como es fácil ver, de una tesis de sentido opuesto a la anterior, siendo destacable además —tal como se ha dicho, contraponiéndola a la antes vista— que resulta «acogida en estudios de carácter monográfico»⁸ y con sustento en argumentos muy elaborados. Esto es cierto, y ello creemos justifica que construyamos nosotros este trabajo a partir de estructura y los argumentos de esta tesis (lo que no significa necesariamente que los compartamos). A continuación, pasamos a exponer y analizar esto.

1. LOS ARGUMENTOS EN QUE ESTA TESIS SE SUSTENTA, Y SU VALORACIÓN

Los argumentos en que se sustenta la tesis que ahora estamos considerando, son estos⁹.

A) *Los términos de la expresión «acto... por el cual una persona dispone...», del artículo 618 del Código civil*

Se trata de un argumento de carácter literal, que procede atendiendo a los términos «acto» y «dispone» que se emplean en el artículo 618 del Código civil, cuando describe o define la donación.

Por cuanto hace al término «acto», ha sido tradicional atribuirlo al denominado «error de Napoleón», quien, según se cuenta, desechó la calificación de «contrato» que se contenía en el proyecto de Código civil francés presentado por la comisión encargada de ello al Consejo de Estado de ese país, por entender que no se acomodaba a la donación (ya que de esta solo resulta sacrificio a cargo de una de las partes: el donante), y que por esa razón hizo cambiar dicho término por el de «acto» (desconocía, suele decirse, la categoría de los contratos unilaterales, que, si bien lo son en cuanto a sus efectos, mantienen la bilateralidad en su génesis)¹⁰. Pero esto, afirma CALVO SORIANO, no puede mantenerse: «esta confusión es demasiado pueril para que prevaleciera en el Código francés, y todavía resulta más inexplicable el que ochenta y tantos años más tarde se reprodujera en el Código español. Por consiguiente... es preciso buscar alguna otra causa que pudiera haber motivado la expresión legislativa»¹¹. Causa que pasa por entender que el término «acto» empleado en el artículo 618 del Código civil español, referido a la donación, «responde a un criterio conceptual del legislador»¹².

Criterio conceptual que el propio autor encuentra considerando el otro término destacado del precepto (*dispone*): «la calificación legislativa de la donación como acto —dice— puede... obedecer a la concepción dispositiva que el Código tiene de la misma», añadiendo, a título explicativo, que «disponer implica... un concepto totalmente distinto de obligar, hasta tal punto que en la técnica jurídica se habla de negocios de ‘disposición’ para contraponerlos a los negocios ‘obligacionales’, pues mientras los primeros tienen por objeto directo e inmediato operar la transmisión patrimonial, los segundos la operan, caso de que tiendan a ella, por el rodeo necesario de una obligación interpuesta, cuyo cumplimiento o pago operará la transmisión»¹³.

A nuestro juicio, estas reflexiones que apunta CALVO SORIANO son atinadas, aunque eso no obstante pensamos que en este momento resulta conveniente emplear un criterio estricto, para no dejarnos llevar a conclusiones apresuradas. Por lo cual nos parece prudente considerar que este argumento puede no ser definitivo en el sentido pretendido, por lo siguiente. Con respecto al término «acto», porque, si lo que con él se pretende es marcar diferencia con respecto a los contratos, como negocios que en nuestro Derecho tienen eficacia fundamentalmente obligacional, y así destacar la virtualidad inmediatamente transmisiva de la donación, resulta entonces que la cuestión se puede reconducir al término «disponer». Y con respecto a este, porque, aunque sea forzando las cosas, cabe

tal vez pensar que el mismo no implica necesariamente un desprendimiento actual en el sentido más riguroso de la palabra, sino que basta con que se tienda a él en el futuro¹⁴. Consecuencia de lo cual es que, si estas consideraciones se admiten, este argumento queda relativizado, de modo que no resulta definitivo en el sentido pretendido. Aunque esto —conviene advertirlo— tampoco lleva necesariamente a admitir la tesis contraria: es, simplemente, un dato más a tener en cuenta¹⁵.

B) La sedes materiae en el Código civil

Un examen sistemático de la regulación contenida en el Código civil sobre la donación evidencia —se dice— la concepción que del conjunto se desprende, en el sentido de dar al negocio donatorio una operatividad distinta a la de aquellos otros negocios que son títulos justificativos de una atribución patrimonial pero que por sí mismos no la operan, requiriendo para ello un acto de entrega o tradición. Esto se sustenta en los dos datos siguientes. Uno, lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil; y otro, el hecho de que prácticamente toda la regulación de la donación¹⁶ se encuentra en el libro III del Código, dedicado a «*los modos de adquirir la propiedad*». Con referencia al artículo 609 del Código civil —que constituye, además, la disposición preliminar de dicho libro— se apunta que, en él, «parece el legislador preocupado... por separar... los negocios dispositivos típicos, como el testamento y la donación, de aquellos otros negocios que realizan la transmisión (...) en forma de cumplimiento de una obligación previa de dar», añadiéndose luego que esta circunstancia se confirma en cuanto que —segundo dato— «el Código desarrolla toda la reglamentación de la donación de cosa en el libro III, entre la ocupación y la sucesión, cuyo carácter de actos directamente adquisitivos no ha ofrecido nunca la menor duda»¹⁷. A la vista de lo cual, se concluye entonces, parece claro que para el Código el acto de donación basta por sí solo para producir ese resultado transmisivo, sin necesidad de tal complemento¹⁸.

Este argumento, sin embargo, no está libre de crítica. Así, por cuanto hace al artículo 609 del Código civil, un sector de la doctrina (principalmente el que defiende la operatividad obligacional de la donación, aunque no solo) le objeta la mención separada que hace de la donación como modo de adquirir, pues ello —se dice— no tiene ninguna explicación seria, y por su naturaleza ya se encuentra implícita la donación en la referencia que en aquel precepto se hace a los contratos¹⁹. Y por cuanto hace a su inclusión en el libro III del Código, se le critica que, aunque «inspirándose en las *Instituciones* de Justiniano nuestro Código considera la donación como *uno de los modos de adquirir la propiedad*, (...) esto, en realidad, solo se debe admitir como una muestra del respeto a la rúbrica romana»²⁰, pues tal ubicación sistemática no puede —se piensa— al-

terar o constituir excepción al que en nuestro Derecho es principio general en relación con los negocios de finalidad traslativa, esto es su eficacia meramente obligacional, necesitada de *traditio* para lograr la efectiva transmisión²¹.

Tampoco estas críticas, ahora bien, son decisivas. A ellas puede responderse que, aunque al tiempo de redactar el Código civil pudieran no haber estado plenamente interiorizadas y asimiladas las premisas al respecto —el paso, en caso de contratos, de un sistema de transmisión por obra del mero consenso (el que se había adoptado en el Proyecto de 1851, siguiendo las huellas del *Code* francés) a otro basado en el título y el modo (conviniendo con lo que había sido la tradición jurídica romana y patria en este punto); y el desdoblamiento del libro III del Proyecto de 1851 (relativo a los modos de adquirir la propiedad) en dos distintos en el definitivo del Código civil (III: «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*», y IV: «*De las obligaciones y contratos*») y la inclusión de la donación en uno y no en otro—, el resultado, en cualquier caso, sí se orienta de forma clara en sentido contrario a la eficacia obligacional de las donaciones pretendido por esos autores. El resultado, en efecto, es favorable a la eficacia traslativa de la donación²². Y este es un dato que no cabe despreciar, sin perjuicio de que la *mens legislatoris* al respecto al tiempo de tratar este tema pudiera no haber estado absolutamente elaborada y acabada, pero siendo así que tampoco puede considerarse refractaria a la solución dada (antes bien, existen algunos atisbos que pueden valorarse favorablemente para ello)²³.

C) *El sentido de la regulación dispuesta en el Código, globalmente considerada*

Se ha dicho, por los partidarios de la donación traslativa, que «toda la regulación contenida en el título II [del libro III] del Código es acorde con [la eficacia inmediatamente transmisiva de la donación]»²⁴, ya que «no se percibe nunca en su articulado alusión alguna a la idea de obligación, como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión»²⁵. «A diferencia de lo que sucede en la compraventa —se ha apuntado también, abundando en lo dicho—, [en la donación] no se impone al donante la obligación de poner la cosa donada ‘en poder y posesión’ del donatario»²⁶. «Por tanto —se concluye—, en ningún caso existe, por parte del donante, obligación de entregar derivada de modo inmediato de la donación. De esta se deriva la transmisión, y de la transmisión —y solo mediatamente de la donación— dimana el deber del donante de entregar al donatario lo que ya es suyo. Tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto»²⁷.

Y con esta misma orientación, aunque procediendo de modo más concreto, se han destacado también los artículos 634, 635 y 624 del Código civil²⁸. Pues

con respecto a los dos primeros —en los que se establece que objeto de las donaciones han de serlo necesariamente bienes presentes, «esto es, de los que se puede *disponer* al tiempo de la donación», y que se excluyen las donaciones de cosa futura, «es decir, de cosa en la que no cabe la disponibilidad actual»—, se plantea: «si la donación fuese un negocio obligacional, ¿qué inconveniente habría en la donación de cosa futura?»²⁹. Y con respecto al último precepto apuntado, en el que además de un requisito de capacidad en el donante que nada tiene de particular se establece también una (ahora así) singular exigencia de carácter objetivo en orden a la posibilidad de hacer donación diciendo que es necesario que el donante pueda disponer de los bienes que pretende donar, ello se entiende permite entonces considerar que «el criterio (...) es lógico si mantenemos para la donación el punto de vista dispositivo, [pero] no lo es en caso contrario»³⁰.

Estos argumentos, ahora bien, al igual que hemos ido viendo al tratar los anteriores, no están exentos de objeciones. Una primera, con base en la remisión que el artículo 621 del Código civil hace «a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, en todo lo que no se halle determinado en este título» [el II del libro III, que es el dedicado a las donaciones], plantea que esto permite considerar justificada la aproximación de la donación a los contratos también por lo que hace a su eficacia, siendo así que estos tienen en nuestro Derecho una virtualidad meramente obligacional. La otra objeción se trae de lo dispuesto en el artículo 629 del Código civil, pues de él se puede derivar, interpretándolo *a contrario*, que, desde que el donatario acepta, la donación *obliga* al donante³¹.

Aunque tales objeciones no resultan tampoco decisivas. En cuanto a los preceptos concretos señalados, porque su valor se puede poner en cuestión con los razonamientos en contrario que sobre ellos han hecho otros autores. En este sentido, en relación con el artículo 621 del Código civil se ha dicho que esta norma se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas»³², y entonces, dado que «en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición, [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...»³³. Y en relación con el artículo 629 del Código civil, se ha apuntado la impropia utilización que en él se hace del verbo ‘obligar’ en lugar de ‘vincular’: «este argumento —se ha dicho— pierde su valor si tenemos en cuenta que el mismo Código civil, en los fideicomisos testamentarios, alude a las obligaciones del fiduciario de conservar y transmitir los bienes, siendo así que la transmisión a favor del fideicomisario se opera *ipso iure*, automáticamente, haciéndose ineficaces cuantas disposiciones hubiera verificado el heredero sustituido»³⁴. Y después, en un plano más general, tales objeciones no resultan decisivas porque, si bien pueden parecer de cierta entidad consideradas aisla-

damente, su valor se relativiza sin embargo si se sitúan en su debido contexto y se aplica una visión de conjunto de los datos existentes en el tema —tanto de los que hasta ahora han sido expuestos como de los que todavía quedan por ver—, de los que se deriva que no es ese, sino el contrario, el sentido que se desprende de la regulación dispuesta en el título II del libro III del Código civil.

D) *La evolución de la donación, desde el punto de vista de su eficacia, a lo largo del tiempo*

Es, este, otro dato con el que se refuerza la tesis de una eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en el Código. Se trata de un argumento que requiere ser considerado con detalle, ya que los datos relevantes al respecto no cuentan con un entendimiento y valoración pacíficos³⁵.

Principiando por el Derecho romano, se hace necesaria ya aquí una advertencia sobre la necesidad —subrayada hoy por prácticamente todos los romanistas— de distinguir dentro de él varias etapas, en razón de la distinta naturaleza que en cada una de ellas tuvo la donación. Esas etapas fundamentales son tres: la que va desde sus orígenes hasta una ley de Constantino fechada en el año 316 d.C.; la que abarca desde esa ley hasta Justiniano; y la que se desenvuelve a partir de este último³⁶.

Hasta la promulgación de la referida ley del año 316 d.C., la donación no fue propiamente un negocio jurídico sino una simple causa, que podía por tanto informar muy variados actos jurídicos de contenido patrimonial (incluso no negociales), justificando por razón de liberalidad los efectos propios de cada uno de ellos³⁷.

A partir de esa ley de Constantino del año 316 d.C. (que ha llegado a nosotros a través de los Fragmentos Vaticanos³⁸), sin embargo, la cuestión cambia, pues la donación pasa a quedar configurada como negocio jurídico típico, en la medida en que es sometida a forma y régimen específicos³⁹. Y es que durante la etapa anterior la donación no había tenido forma propia —consecuencia lógica de considerarla como simple causa, susceptible por tanto de informar actos varios, a cuyas formas (las propias de cada uno), por consiguiente, debería ajustarse—, pero a partir de dicha ley esa situación se modifica, prescribiéndose una única forma como requisito esencial para su validez. Esa forma venía constituida por los elementos siguientes: a) redacción del acto por escrito *scientibus plurimis*; b) *traditio advocata vicinitate omnibusque arbitris, quorum post fide uti liceat, conventu plurimorum celebretur*; c) *insinuatio apud acta*⁴⁰. Elementos, esos, de entre los cuales destaca —para nuestros fines en este momento— la exigencia de la *traditio*, pues esta, además de su virtualidad formal y por ello perfeccionadora del negocio de donación, evidenciaba también transmisión inmediata del dominio de la cosa. Resultando entonces que, en esta etapa, la donación va

referida únicamente a la de cosas, constituyendo un negocio formal y traslativo del dominio.

Esta configuración limitada de la donación se amplía sin embargo en la última etapa del Derecho romano por obra de Justiniano, pues en la regulación que este dictó al respecto se pueden distinguir varias posibilidades⁴¹: a) De un lado, las «donaciones reales para las que, según su cuantía [más de 500 sueldos], se exigía el acto escrito y la *insinuatio apud acta*. La propiedad, en ellas, se transfiere por el consentimiento legítimamente prestado. No requieren la tradición para la perfección de la relación... Estas donaciones eran, pues, negocios traslativos del dominio»⁴², modos de adquirir sin necesidad de tradición; b) De otro lado, las demás donaciones reales [las de cosas que no excedieran del valor de 500 sueldos], que «solo se perfeccionaban por la *traditio*, como en el régimen de Constantino. Sin *traditio* no había donación»⁴³; y c) Y, finalmente, la donación obligacional. Esta, que en los primeros tiempos «solo había sido factible... a través del contrato formal: la *stipulatio* otorgada *donationis causa*»⁴⁴, y que con Constantino parecía haber quedado excluida del ámbito de las donaciones, recibe consagración explícita con Justiniano⁴⁵.

Pues bien, esto visto resulta entonces, por lo que a nosotros ahora nos interesa, que a partir del momento en que la donación empezó a configurarse como negocio jurídico típico y autónomo —antes no tiene sentido hablar de ello— hay que distinguir dos momentos: uno (a partir de Constantino) netamente traslativo, y otro (con Justiniano) en el que se admite que la donación puede tener tanto eficacia traslativa (en la práctica, sin duda, la más frecuente) como obligacional⁴⁶.

Por cuanto hace al Derecho Común, aunque no puede hablarse de una concepción pacífica al respecto —por causa de los distintos sentidos en que las fuentes se pronunciaban, al menos aparentemente⁴⁷—, sí resulta posible advertir en ella tres distintas orientaciones. Pues en efecto, por un lado «PLACENTINO añadió a los contratos reales, enumerados por GAYO, la *permutatio*, la *donatio* y las figuras de contrato cuyo nombre comenzara con la sílaba ‘do’. Y... significando *donatio*, *donidatio*, *datio*, *dominii traslatio*, debía deducirse que *proprie loquendo non dicitur donatio nisi cum pervenitur ad traditionem et ad dominii traslationem*»⁴⁸. En una postura intermedia, ACCURSIO pareció admitir tanto la donación traslativa como la de eficacia obligacional⁴⁹. Pero, en el extremo contrario, PAULO DE CASTRO afirmó que la donación «*olim et hodie erat et est contractus nominatus, quoniam habet specialem nomen quod alteri non convenit*, y que se perfeccionaba con el simple consenso»⁵⁰.

Por cuanto hace al Derecho histórico patrio, en él destacan el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas, cuerpos legales los dos primeros de impronta más propiamente hispana, y más romanista el tercero.

En los dos primeros, la concepción de la donación que parece seguirse es de virtualidad traslativa, dispositiva⁵¹, aunque el tenor de los textos no es tan nítido como para impedir algunas divergencias en su entendimiento⁵².

En las Partidas, en cambio, parece admitirse también la donación obligacional, aunque tampoco aquí los textos son inequívocos. Por de pronto destaca el hecho de que el legislador, en los primeros momentos en que se ocupa de la donación —proemio y ley I del título IV (*De las donaciones*), Partida V—, se refiere a ella en sentido amplio e impreciso, equivalente a acto de liberalidad, por lo que a partir de ahí no se pueden extraer conclusiones sólidas en este punto (aunque algunos atisbos parecen reflejar una eficacia dispositiva de la donación)⁵³. Es en la ley IV de ese mismo Título, en la que trata de los cuatro modos o maneras en que se puede hacer donación, cuando se hace referencia más directa al asunto de nuestro interés. Esta ley, en efecto, tras referirse a las donaciones puras y a las condicionales (*primera y segunda maneras de fazer donación*), señala: «*La tercera [manera], quando son presentes en algund lugar, el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta [manera], quando aquel que quiere fazer la donacion es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta o por mensajero cierto, en que le embie a dezir señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenuto sea de complirla aquel que la faze, o sus herederos*». Con tales premisas, entiende VALLET que en la «*quarta manera de fazer donación*» se recoge la doctrina justiniana de la posible eficacia meramente obligacional de la donación⁵⁴, mientras que en la «*tercera manera*» ha de estimarse —por un razonamiento *a contrario*— una virtualidad directa e inmediatamente transmisiva de la misma. No está de acuerdo con este planteamiento, sin embargo, DE LOS MOZOS, quien, interpretando también conjuntamente las referidas «*tercera*» y «*quarta manera*», considera que en ellas se alude, «más que a la donación obligatoria para contraponerla a la traditoria, a las que se hacen entre presentes y entre ausentes, por lo que, como en estas últimas no se efectúa la *traditio*, salvo que se haga documentalmente o por mensajero cierto, parece que funcionan completamente como *titulus acquirendi*, o como mera obligación de entregar»⁵⁵.

Resultan evidentes, así, las distintas interpretaciones que existen por cuanto hace a nuestro Derecho histórico. Pues mientras que para VALLET la donación fue, en él, figura de eficacia predominantemente traslativa, modo de adquirir *donandi animo* (salvo el resurgimiento de la obligacional justiniana que significarían las Partidas, aunque más bien parece que, en su opinión, coexistieran ambas), para DE LOS MOZOS, en cambio, la finalidad transmisiva de la donación era un resultado al que no se llegaba directamente nunca, sino por medio de la tradición, aunque esta se operara instrumentalmente y fuera concomitante con el negocio⁵⁶.

Diferencia de pareceres, esta, que además se traslada a la inteligencia de los autores clásicos más destacados en el tema.

En este sentido, afirma VALLET que «los clásicos castellanos, entendidas las normas de las Partidas y del Derecho romano como supletorias del

Derecho Real, distinguieron [las] dos formas de donación que ya habían sido diseccionadas por ACCURSIO»⁵⁷. Exponente de ello —considera VALLET, entendiendo que este autor compendia el parecer doctrinal mayoritario de la época— es Antonio GÓMEZ, quien afirma que «*talis donatio sit et celebratur dupliciter. Primo modo, 'traditione rei'. Secundo modo, 'promissione'*»⁵⁸. Y no es solo esto: los clásicos —dice además VALLET— consideraron también, contraponiéndolas, las notas características propias de cada una de esas modalidades, que cabe sintetizar así⁵⁹: a) La donación traditoria opera *per se* la transmisión del dominio, mientras que la donación promisoria solo genera una obligación de entregar a cargo del donante⁶⁰; b) La eficacia traslativa directa e inmediata propia de la primera excluye que esta pueda versar sobre bienes futuros; lo contrario ocurre, en cambio, cuando se trata de donación obligacional; c) Cuando se trata de una donación traslativa, el donante no responde por evicción ni por saneamiento, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de donación promisoria⁶¹; d) Además de por las causas comunes a ambas modalidades, la donación promisoria podía ser revocada por una causa más: el llamado beneficio de competencia (*beneficium competentiae*), esto es, por razón de un empeoramiento sustancial de la situación económica del donante con respecto a la que tenía al tiempo en que asumió la obligación, de modo tal que ahora, al haber caído en un estado de pobreza, no puede cumplirla o, al menos, le resulta extremadamente gravoso; e) Mientras que en donación traditoria se requería, por parte del donante, posibilidad material u objetiva de disponer, en la donación promisoria bastaba la capacidad de obligarse; f) Por último, señala VALLET que «la donación traditoria requería la aceptación por el donatario o bien por un nuncio o mandatario suyos. En cambio, tratándose de la donación promisoria, se afirmó que en Castilla, y en virtud de la célebre ley única título XVI del Ordenamiento de Alcalá, la promesa donatoria era obligatoria aun antes de la aceptación por el donatario»⁶². A la vista de lo cual, apunta VALLET que «las características expuestas por nuestros autores clásicos para la donación traditoria son [las] recogidas en nuestro Código civil en el título correspondiente a las donaciones. No, en cambio, las que, en contraste, se señalaron a la donación promisoria. Así —dice—, constatamos la exclusión de los bienes futuros como objeto de la donación ordinaria (art. 635); la irresponsabilidad por evicción y saneamiento, excepto en las donaciones onerosas (art. 638); la no recepción del *beneficium competentiae* (típico en las donaciones promisorias); la capacidad para disponer exigida al donante (art. 624); la necesidad de aceptación por el donatario en todas las donaciones directas de primer grado (arts. 623 y 629); y, finalmente, el automatismo de la transmisión de las donaciones de ulterior grado, por analogía a las reglas de los fideicomisos hereditarios (art. 641)»⁶³.

DE LOS MOZOS, sin embargo, discrepa de lo anterior. En efecto, disintiendo de VALLET, considera que «la forma elegante de decir [de Antonio GÓMEZ] no debe inducirnos a error, ya que [este autor], al hablar de la donación que se

realiza '*traditione rei*', no se está refiriendo a la donación manual, ni tampoco al efecto traslativo de la donación, sino a la donación que se lleva a cabo de presente y que, mediante la tradición, produce la transmisión de la propiedad»⁶⁴. Esta es, para DE LOS MOZOS, la operatividad propia que la donación tuvo en general en nuestro Derecho histórico: finalidad transmisiva, ciertamente, pero que no se producía de forma inmediata sino que precisaba para ello de *traditio*, aunque esta pudiera ser instrumental y de realización simultánea a la celebración de la donación.

Expuestos así los términos de la controversia en cuanto a la orientación de nuestro Derecho histórico en este tema, ¿cuál es el entendimiento más correcto? La cuestión es ciertamente difícil. Ocurre, sin embargo, que para nuestro propósito en este trabajo no resulta estrictamente necesario resolverla de forma definitiva (aunque, por nuestra parte, nos inclinamos a considerar que los antecedentes patrios no son tan favorables a una eficacia propiamente traslativa de la donación como en un principio pudiera creerse, esto es prescindiendo por completo de un acto de tradición, material o instrumental⁶⁵). Y no resulta estrictamente necesario resolverla definitivamente —decíamos—, porque ese Derecho histórico, aun siendo importante, está demasiado lejano como para determinar la realidad actual por sí solo. A nuestro entender, el dato más importante en este sentido lo constituye un factor más cercano en el tiempo: el Código francés y la orientación acogida en él, que es que la donación conlleva transmisión inmediata de la propiedad⁶⁶. Esta idea, en efecto, flotaba en el ambiente del siglo XIX⁶⁷, y a nuestro juicio ella tuvo una influencia trascendental en este tema en nuestro Derecho. Y es que, dado que nuestro Código se inspiró en buena medida en el francés, es plausible entonces entender que siguiera a este en cuanto al tema de la eficacia de la donación. Lo cual permite además explicar por qué nuestro Código situó la regulación de la donación en su libro III, dedicado a «*los diferentes modos de adquirir la propiedad*»; por qué el artículo 609 del Código civil la considera separadamente de los contratos que transmiten el dominio mediante *traditio*; por qué el artículo 618 del Código civil, al describir la donación, habla de acto (no de contrato) y de disponer (no de obligar); y por qué en el título II del libro III del Código no se dio acogida a las normas que en nuestro Derecho histórico había sido propias de las donaciones obligacionales y sí en cambio a las propias de las donaciones traditorias⁶⁸. Todo esto, aunque tal vez no se hiciera con plena conciencia, no deja de tener una relevancia importante.

2. NUESTRA CONCLUSIÓN SOBRE LA OPERATIVIDAD DE LA DONACIÓN REGULADA EN EL TÍTULO II DEL LIBRO III DEL CÓDIGO CIVIL

En este punto las cosas, y una vez expuesto todo lo anterior, por nuestra parte concluimos entonces que resulta mejor fundada, y por tanto más convincente,

la tesis que sostiene que la donación regulada en el Código (tít. II, lib. III) es un negocio de eficacia traslativa directa e inmediata, no precisada por tanto de un acto posterior de entrega o *traditio* para que sus efectos se operen.

Es cierto que, considerados aisladamente, los distintos argumentos en juego que hemos ido viendo —literal, sistemático, de conjunto, histórico— pueden no ser inequívocos. Pero no es menos cierto que, considerados en conjunto, esa es la conclusión que resulta. Pues la eficacia dispositiva o inmediatamente traslativa, y no la obligacional, es la solución que permite mejor armonizar todos esos datos (aunque en algunos casos ese encaje no sea perfecto: esto es debido al proceder no siempre enteramente coherente del hombre en sus obras, mucho más en tan complicada materia como esta). Por lo que entendemos que hay que inclinarse en pro de una configuración de la donación como negocio de eficacia inmediatamente traslativa.

IV. LA DONACIÓN DE EFICACIA TRASLATIVA DEL CÓDIGO Y LAS VARIAS EXPLICACIONES EXISTENTES AL RESPECTO

1. EXPOSICIÓN DE LAS MISMAS

Después de haber dejado sentada la conclusión expuesta, nos ocupamos ahora de la cuestión que en su momento quedó simplemente apuntada: que, bajo el denominador común de sostener una eficacia inmediatamente traslativa de la donación regulada en el Código civil, se agrupan sin embargo variantes que presentan explicaciones de ello no absolutamente coincidentes, ya que cada una presenta matices importantes⁶⁹.

a) Una primera explicación es la que concibe la donación regulada en el Código civil como acto de disposición en sentido propio y estricto, esto es negocio dispositivo o modo de adquirir que no necesita en modo alguno, para transmitir el dominio, de *traditio*, de la que prescinde absolutamente⁷⁰.

b) Otra explicación es la que configura la donación como un negocio singular, cuya particularidad le viene conferida porque necesita de *traditio* para que la transmisión del dominio opere efectivamente —en esto se diferencia de la explicación anterior— pero también porque esa *traditio*, por virtud de lo dispuesto en los artículos 632 y 633, y 1462 del Código civil, constituye un elemento formal esencial y siempre simultáneo a la celebración de la donación⁷¹ —esto fuerza a diferenciar, se piensa, las donaciones de los contratos—. En otras palabras: que la forma exigida imperativamente por el Código para la donación, además de otras funciones que pueda cumplir, opera también la *traditio* necesaria para que los efectos reales pretendidos se produzcan, siendo su carácter intrínseco a la donación (es requisito *ad solemnitatem*, *ad essentiam*) el que fuerza a distinguir esta de los contratos, ya que estos, en nuestro Derecho, tienen eficacia obligacional.

c) En tercer lugar, la explicación que sostiene que la nota característica de las donaciones reguladas en el título II del libro III del Código civil radica en que para operar la transmisión a que tienden no requieren de un acto complementario y conceptualmente separado de tradición, en tanto que este forma parte esencial de las donaciones por su carácter formal —en esto coinciden con la explicación anterior—, pero que ello no es óbice para poder afirmar que son contratos —en esto se diferencia de la explicación anterior—. Aunque la donación es contrato —se afirma—, en ella «la tradición no tiene ya el significado de un acto de cumplimiento o consumación del contrato que tiene, de ordinario, en los negocios traslativos de la propiedad, puesto que no pertenece a la fase de cumplimiento sino a la de formación del negocio [entiéndase, contractual] dispositivo, del cual viene a constituir un requisito o un elemento»⁷². La donación en el Código civil, se afirma también, «es... contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición [en el sentido dicho de acto conceptualmente posterior y complementario] la adquisición del derecho real»⁷³.

A nuestro juicio, sin embargo, en las variantes expuestas se mezclan dos cuestiones distintas: de un lado, la posibilidad o no de que un negocio que no necesita de *traditio* para que el traspaso real se opere efectivamente —entendida esa *traditio* en el sentido habitual, esto es como acto conceptualmente distinto del negocio al que da cumplimiento, no integrado en él a través de la forma— pueda ser calificado como contrato en nuestro Derecho; y del otro, el significado que en la operatividad de la donación, que se pretende inmediatamente transmisiva, juega la forma del negocio. A continuación pasamos a considerarlas.

2. ANÁLISIS DE ESAS EXPLICACIONES

A) *¿Cabe, en nuestro Derecho, calificar como contrato a un negocio no necesitado de traditio para operar el efecto transmisivo que pretende?*

Si atendemos a la tercera explicación referida, vemos que la esencia de la misma radica en afirmar que la donación es contrato pero que no necesita de *traditio*, como acto separado del contrato al que da cumplimiento, para operar la transmisión que pretende. Sentado lo cual, la pregunta surge inmediata: ¿es eso posible en nuestro ordenamiento? La razón de ser de la pregunta es la eficacia meramente obligacional que en principio se atribuye a los contratos en nuestro Derecho⁷⁴.

Los partidarios de la explicación que ahora estamos viendo responden a esa pregunta que sí, considerando que «el carácter dispositivo de la donación no está reñido con la noción de contrato, sino únicamente con la mecánica traslativa propia de los contratos obligacionales»⁷⁵: «aun admitiendo —se dice— que en

el libro IV [del CC]... no se contemple específicamente la figura del contrato de eficacia real, ello no significa que la adquisición de la propiedad o de los derechos reales fundada en un título contractual requiera necesariamente en todo caso el juego traditorio», ya que, en la donación, «título y modo se funden en el molde formal de un contrato de naturaleza obligatoria para realizar el fenómeno transmisivo sin necesidad de un proceder estrictamente traditorio»⁷⁶. El concepto de modo de adquirir, se ha dicho también en esta línea, «no debe oponerse al de contrato, pues no es contradictorio con él», ya que «si pretendiéramos establecer una antítesis entre las categorías de *contrato* y *modo de adquirir* resultaría que en el Derecho francés o italiano la venta de la cosa cierta propia del vendedor, por cuanto atribuye la titularidad al comprador inmediatamente, y por tanto ese modo de adquirir, no sería contrato»⁷⁷.

En este punto las cosas, ahora bien, por nuestra parte entendemos que, si bien los conceptos «contrato» y «modo de adquirir» pueden no ser contradictorios *per se* —a fin de cuentas son una creación del intelecto, y puede por lo tanto moldeárseles como se quiera—, la cuestión no debe plantearse sin embargo en el terreno abstracto de la pura teoría sino en el más concreto de nuestro Derecho, tal como es hoy. Y, en él, tenemos que el criterio que se sigue no es el mismo que en Francia o Italia. Por lo cual concluimos que resulta menos trastocadora para el sistema jurídico español, y por esto mismo más aceptable, la postura que restringe el término «contrato» al convenio generador de obligaciones. Y, por ello mismo, y correlativamente, concluimos que la donación encaja y funciona mejor en nuestro sistema calificada como negocio que como contrato.

En cualquier caso, esto dicho, no parece tampoco absolutamente necesario empeñarnos en esta discusión, que, tomada en sus estrictos límites, se reduce a una cuestión puramente nominal. En efecto, llámese o no contrato a tal negocio, lo que queda claro es que, si así se hiciera, ese término, referido a la donación, asumiría una significación singular y diversa de la que en nuestro Derecho tiene en todos los demás casos⁷⁸. Y esto es lo que interesa aquí dejar firmemente establecido: la virtualidad traslativa y no meramente obligacional de la donación regulada en nuestro Código civil, tal que para producir los efectos reales que pretende no precisa un posterior acto de tradición, entendido como comportamiento conceptualmente distinto y separado de su perfección (en esto coincide esta explicación).

B) ¿Cuál es el significado de la forma, en relación con la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil?

Pasemos ahora a la segunda cuestión apuntada, que se cifra en determinar cuál es el significado que hay que atribuir a la forma en relación con la eficacia inmediatamente transmisiva que ya hemos visto tiene la donación contemplada

en el título II del libro III del Código civil⁷⁹. Aquí las cosas, la respuesta alterna entre considerar que la forma, además de ser vehículo de expresión de la voluntad de donar, constituye también *traditio* —es lo que sostienen la segunda y la tercera explicaciones antes apuntadas—, o bien considerar que no es así, sino que la eficacia traslativa es una cualidad propia del dicho negocio de donación, siendo la forma un requisito añadido que el legislador ha querido imponer a tal negocio por otras razones, pero no por esta.

Aunque aquella opción cuenta con destacados defensores⁸⁰, es esta otra la que estimamos nosotros más correcta. Lo que no se deriva tanto del dato formal, aisladamente considerado, cuanto del sentido en que se orienta el conjunto de la regulación en este tema, tal como en las páginas anteriores se ha ido viendo. Y es que la opción que sostenemos puede resultar más o menos atractiva, pero en todo caso es coherente y cuadra con la solución a que se quiere llegar. La otra opción, en cambio, es una vía que, lógica y naturalmente desenvuelta, desemboca en unos resultados que no se avienen con lo que del planteamiento de conjunto resulta. Por lo siguiente.

De entrada, si nos fijamos en la donación de inmuebles, para la que el Código exige escritura pública (art. 633 CC), tenemos entonces que, si bien esta significa en principio tradición *ex* artículo 1462 del Código civil, cabe también que no sea así, cuando de lo consignado en la misma escritura resulte o se deduzca lo contrario⁸¹. Lo cual supone que la virtualidad inmediatamente transmisiva de la donación regulada en el Código (tít. II, lib. III), a pesar de estar sostenida firmemente por quienes sostienen la valoración de la forma que ahora estamos criticando, no tiene que ser necesariamente así, estando condicionada a la voluntad de las partes al respecto.

Mayor interés, en todo caso, presenta el supuesto de donación de bienes muebles, en relación con el cual el artículo 632 contempla una doble posibilidad formal: verbal, con entrega simultánea de la cosa donada, o por escrito (que no tiene que ser forzosamente escritura pública, sino que basta el escrito privado), en los demás casos.

La primera posibilidad contemplada en el artículo 632 del Código civil es la más clara: «la entrega de la cosa —dice CALVO SORIANO—, unida a la voluntad, es incuestionable... que opera la transmisión»⁸². Encontrando aquí su lugar más propio las reflexiones de WINDSCHEID cuando niega que en este caso quepa descomponer la donación en una declaración de voluntad y en un acto (aunque sea temporalmente coincidente) de ejecución: «la declaración de la voluntad de donar —dice—, en los casos aquí en cuestión, no precede, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al concepto, al acto de ejecución de la donación. No se transmite la propiedad porque se haya donado, sino para donar»⁸³. Y esta entrega, tal como afirma CALVO SORIANO, ha de entenderse necesariamente «en el sentido restringido de entrega manual, pues este es el sentido clásico y el de la legislación comparada, y por ello no creemos que sea sustituible...

por otros procedimientos traditorios propios de las cosas muebles», es decir, los demás previstos en el artículo 1463 del Código civil⁸⁴. Ello ha de ser así, además, porque admitir la realización de la *traditio* a través de, v.gr., las llaves del lugar donde se hallan almacenadas o guardadas las cosas, o por el solo acuerdo si la cosa no pudiera trasladarse en el momento de celebración del negocio, significaría en la práctica privar a tales donaciones de la exigencia formal que se les exige, quedando esta dependiente de las circunstancias del caso y también, en cierta medida, de la voluntad de las partes⁸⁵. Pero entonces, «si estos procedimientos genéricos de tradición no son aplicables y se exige uno determinado,... con ello se confirma nuestra tesis de que aquí la tradición o entrega tiene un específico significado (...) como elemento formal que afecta a la estructura del negocio»⁸⁶.

La segunda posibilidad contemplada en el artículo 632 del Código civil en relación con bienes muebles, es que la donación se haga por escrito. La pregunta que se plantea entonces, es la siguiente: «este escrito privado en que se consigna la donación, (...), ¿inducirá a considerar que en tal caso (...), con arreglo a los criterios traditorios de los artículos 1462 y 1463, no opera inmediatamente el traspaso real?»⁸⁷. Para VALLET la respuesta es favorable a la transmisión inmediata, pero sin renunciar a su idea de que hay tradición aunque va ínsita en el propio negocio de donación, a través de la forma⁸⁸. Esta postura, sin embargo, se enfrenta a un obstáculo difícilmente salvable: que la tradición instrumental que nuestro Código admite se refiere únicamente al caso de escritura pública, no de documento privado (art. 1462 CC); en consecuencia, si se quiere mantener el juego traditorio como algo ínsito en la forma del negocio se hace preciso revivir la *traditio per chartam* de las Partidas del rey D. Alfonso X⁸⁹, y ningún apoyo para ello puede encontrarse en nuestro Código civil actual⁹⁰. Esta explicación, por tanto, no es aceptable. Es más, precisamente esto es lo que determina que algunos autores hayan considerado que este artículo 632.2 del Código civil da acogida a la donación obligacional: habiéndose celebrado por escrito el negocio, pero sin que la cosa haya sido entregada —se viene a pensar—, los efectos que aquel surte no significan transmisión del dominio sino obligación de entregar la cosa, para así operar tal efecto real⁹¹. No estamos nosotros, sin embargo, conformes con esto, pues, como a lo largo del trabajo ya ha quedado visto, la donación regulada propiamente en el Código tiene siempre, en todo caso, virtualidad traslativa inmediata. Lo que ocurre es que ello no se produce en razón de una *traditio* ínsita en la forma, sino porque así resulta del mismo negocio de donación (sin perjuicio de tener ese negocio que someterse al cumplimiento de determinadas formas exigidas imperativamente en el mismo Código, pero que tienen otra razón de ser y finalidad)⁹². Este resultado inmediatamente transmissivo de las donaciones de bienes muebles, de hecho, no suscita polémica en el caso de la donación manual, solo la suscita cuando no hay entrega simultánea sino redacción por escrito. Se trata sin embargo —repe-

timos— de una postura errónea, conclusión, esta, que además se refuerza con consideraciones de orden lógico, pues si la donación manual tiene virtualidad traslativa (cosa, esta, no discutida por nadie), no cabe entonces pretender que la otra posibilidad contemplada en relación con los bienes muebles (documento escrito, que puede ser privado) tenga distinta operatividad, ya que se establece de manera alternativa y sin rebajarla en su eficacia con respecto a aquella. Lo cual lleva a concluir que, para el Código, también la donación de muebles tiene eficacia traslativa inmediata *per se*, y ello tanto si la forma por la que se opta para la válida celebración de esa donación es la entrega de la cosa como si es un escrito privado⁹³.

3. NUESTRA CONCLUSIÓN EN ESTE PUNTO

A nuestro juicio, y por las razones que en las páginas anteriores se han ido viendo, la donación, tal como aparece contemplada y regulada en el título II, libro III, del Código civil (arts. 618 y sigs.), constituye un negocio de eficacia directa e inmediatamente traslativa *per se*, y sin necesitar para ello de acto de tradición, ni siquiera configurado este de modo tal que resulte implícito en el mismo acto de celebración del negocio de donación, a través de la forma exigida imperativamente por el legislador. En la donación, la forma es un requisito esencial para su válida celebración, pero no tiene función traditoria sino que responde a otras razones⁹⁴. La entrega material de la cosa donada por parte del donante al donatario, por tanto, no es acto de pago o cumplimiento de una obligación previa, sino consecuencia derivada del hecho de estar el donante en una situación de tenencia o posesión de cosa ahora ya ajena, y sin título para ello⁹⁵.

V. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UNA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN NUESTRO DERECHO ACTUAL

¿Supone, lo dicho en el punto anterior, que la donación obligacional, el negocio que mira a dar a título gratuito pero no de forma inmediata sino a través de una obligación interpuesta, se encuentran impedidos en nuestro ordenamiento? Negar tal posibilidad parece ciertamente difícil, teniendo en cuenta que se trata de una idea de honda raigambre histórica⁹⁶, que se encuentra acogida con claridad en el terreno del Derecho Comparado⁹⁷, y que además no repugna a la psicología humana y a los intereses que los hombres pueden pretender, sino todo lo contrario. Pero, si es así, *quid iuris*?

Para responder a tal interrogante, conviene comenzar recordando la evolución habida a este respecto en nuestra doctrina moderna. Y en este sentido tenemos que desde la promulgación del Código civil y hasta los años cuarenta

del siglo XX fue planteamiento dominante el que sostenía que la donación que el Código contempla constituye en todos los casos un mero título —i.e., una donación de virtualidad obligacional—⁹⁸, aunque a partir de entonces se produjera una inflexión en este tema, pasando la doctrina mayoritaria al extremo opuesto, esto es a sostener que la donación contemplada en el Código tiene siempre eficacia traslativa inmediata, y por tanto que en ningún caso puede tener virtualidad simplemente obligacional.

En tiempos más recientes, sin embargo, un sector de la doctrina ha venido a dar a esta cuestión un nuevo enfoque, desplazándola del ámbito del libro III del Código —dedicado a «*los modos de adquirir la propiedad*»— al del libro IV, atinente a «*las obligaciones y contratos*». Acicate para ello debió ser la consideración de cómo las cosas se presentan en el mundo real, que, como se ha dicho, no es refractario a la posibilidad de una obligación de dar a título gratuito sino todo lo contrario. Y así, este sector de la doctrina ha venido a replantear la cuestión considerando que, si bien se puede admitir que en el título II del libro III del Código civil no tiene cabida la donación obligacional, no basta sin embargo con eso para zanjar definitivamente la cuestión, ya que esta puede todavía plantearse en el ámbito del libro IV del Código, en el que además existen algunos datos en los que cabe ver apoyo para ello⁹⁹. Este es el marco en que el debate doctrinal se encuentra situado hoy.

1. EL DEBATE AL RESPECTO: EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS

Planteada así la cuestión, consideremos entonces los diversos argumentos que se emplean en esta discusión, tanto en favor como en contra de posibilidad de admitir las donaciones obligacionales en nuestro Derecho.

A) *Argumentos contrarios a admitir la donación obligacional en nuestro Derecho*

Son varios los que se han apuntado en este sentido, que a continuación pasamos a analizar.

a) De entrada, cabe empezar apuntando la objeción que plantea NÚÑEZ LAGOS cuando pregunta, en un modo interrogativo de expresión que lleva implícita una respuesta negativa, si acaso sería posible obtener la condena a daños y perjuicios contra el promitente-donante que luego incumpliera la obligación contraída¹⁰⁰.

Esta objeción, ahora bien, en verdad no es más que una petición de principio, por lo que la respuesta a la misma ha de ir en consonancia. Y es que a esa

pregunta habrá que responder sin reparos que sí, si se admite la posibilidad de la donación obligacional¹⁰¹ (y no solo obtener condena para indemnizar daños y perjuicios sino también, en muchos casos, la prestación *in natura*, toda vez que esta se cifra en un «dare»), mientras que la solución será la contraria en el supuesto de que se rechace tal donación. En realidad, como es fácil ver, el sentido de la solución no es sino consecuencia de la postura por la que antes se haya optado acerca de la admisibilidad o no en nuestro Derecho de la donación obligacional: por esto hemos dicho que lo que hay aquí no es sino una petición de principio. Para resolver esta cuestión, por tanto, habrá que tener en consideración una serie de datos, los que se quiera, pero no este¹⁰².

b) A la posibilidad de una donación obligacional se ha objetado, además, que «si bien los créditos y los demás derechos incorporales pueden ser también objeto de donación, de la misma manera que pueden serlo de compraventa, no puede [sin embargo]... admitirse que el donante pueda crear un crédito contra sí mismo para donarlo seguidamente un instante después, [pues] una persona no puede obligarse jurídicamente en favor de sí misma, ni crear un crédito contra sí misma. Luego si no puede crearlo no podrá donarlo, puesto que para transferir algo debe tenerse previamente»¹⁰³.

Esta objeción, ahora bien, es tan inadmisble como la anterior, y para evidenciarlo basta con destacar el incorrecto entendimiento de la noción de donación obligacional que está en su base, fruto de la mezcla confusa de las nociones de donación transmisiva de créditos y de negocio generador de obligaciones. Incorrecto entendimiento, ese, que sin embargo se supera simplemente deslindando debidamente una noción de otra. En este sentido, considérese que cuando se plantea que un crédito pueda ser objeto de donación no se está haciendo referencia a una donación obligacional sino a una donación transmisiva, cuya única particularidad le viene dada por su objeto, que en el caso no es un bien corporal sino incorporal pero ya preexistente en el patrimonio del donante, nada más¹⁰⁴. Esto, sin embargo, no se ha advertido correctamente, de modo que, sin más ver que se trataba de un crédito, se ha creído estar en presencia de una donación obligacional, involucrando en el razonamiento, además, la consideración de que no es admisible crear un crédito contra uno mismo, consideración que en sí misma es correcta pero que aquí, al estar mal planteada —la creación y existencia *previa* del crédito es presupuesto de esa donación de que se habla—, ha sido determinante del rechazo a aquella con que se ha concluido. Dicho lo cual, para zanjar esta cuestión basta con transcribir las contundentes palabras de SÁNCHEZ-BLANCO al respecto: «no es necesario admitir la posibilidad de que una persona (el donante) cree un crédito contra sí misma para admitir la donación obligacional», pues lo que esta significa es, simplemente, que «el crédito nace en la persona del donatario [y que] su creación... responde a una causa gratuita»¹⁰⁵.

c) También se apunta, en contra de las donaciones obligacionales, que «es evidente el mal acomodo de la donación entre los contratos obligacionales. La

donación —se dice— es modo de adquirir, no título, en la *Instituta* de Justiniano, en las obras de los postglosadores y en el artículo 609 de nuestro Código civil. Las disputas sobre su colocación en la parte general o entre los contratos obligacionales ponen de manifiesto lo incómoda que se encuentra la donación asentada en la misma línea de la compraventa u otro contrato previo que sirva de título o justa causa a una ulterior *traditio*. (...) ¿Habrá que partir antes que nada —se pregunta NÚÑEZ LAGOS— del hecho y momento de la *datio*? (...) Creo —concluye entonces este autor— que la declaración de la voluntad de donar es inescindible de la *datio* como hecho. (...) Para el 618 del Código civil la donación es acto de disposición de cosa, no de obligación»¹⁰⁶.

Esta tajante conclusión, ahora bien, no puede obviar el hecho de que la misma se afirma pero no se demuestra suficientemente, pues, dejando ahora en segundo plano, por su lejanía en el tiempo, qué fuera de la cuestión en la *Instituta* justinianeana y en la obra de los postglosadores, el otro pilar en que tal conclusión se sustenta —el artículo 609 del Código civil— resulta que es discutido por parte de la doctrina, como ya hemos visto en un momento anterior, al que remitimos, para no repetir¹⁰⁷. Es más, hay incluso quien apunta una reinterpretación del artículo 609 del Código civil afirmando que, «cuando este precepto dice que la propiedad se adquiere y transmite *por donación*, se está refiriendo a la donación [de eficacia directa e inmediatamente dispositiva, no necesitada de acto ninguno de tradición¹⁰⁸]. Mientras que cuando dice que se transmite *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*, se refiere a una categoría de contratos (los traslativos del dominio) que no operan por sí mismos el traspaso sino que necesitan para producir este efecto la añadidura de otro elemento que es la tradición. Pues bien, una donación [... que se haga...] asumiendo el donante la obligación de entregar... será uno de esos contratos aludidos en el artículo 609»¹⁰⁹.

d) Otra objeción contra las donaciones obligacionales se ha apuntado con base a lo dispuesto en el artículo 1901 del Código civil¹¹⁰. Este artículo, se ha dicho, «señala como supuestos de *pago indebido* no repetibles los hechos 'a título de liberalidad o por otra justa causa'. Esto es, en virtud de donación o en cumplimiento de alguna de las llamadas obligaciones naturales o de un deber moral. Por tanto, si el pago hecho a título de donación es un caso de pago de lo indebido..., sin duda la obligación de dar contraída con ánimo de liberalidad no será exigible, aunque una vez pagada no pueda repetirse. Con lo cual llegaríamos a la conclusión [de que] 'la mal llamada obligación de donar, aunque parezca paradójico, solo es obligación cuando ya se ha cumplido'»¹¹¹.

Tampoco esta, sin embargo, constituye una objeción atendible, por las dos siguientes razones¹¹².

Una, porque no es correcto considerar como supuestos de *pago indebido* no repetibles los hechos a título de liberalidad. En verdad, tal como se ha dicho, «todo el argumento queda condicionado por esa afirmación de que el pago hecho

a título de donación es un caso de pago de lo indebido (no repetible). Ahora bien, ¿es ese el significado del artículo 1901? Creemos —se responde— que no; dicho artículo establece una presunción de error en el pago [si se entrega cosa que nunca se debió, o para extinguir una deuda que ya estaba pagada] que, cuando no sea destruida mediante la prueba en contrario [aduciendo que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra justa causa], implicará una presunción de pago de lo indebido. Pero si se aporta dicha prueba en contrario desaparecen o quedan sin efecto tales presunciones, de manera que ya no se podrá hablar ni de error en el pago ni de pago de lo indebido. Es decir, la prueba en contrario no se limita a excluir la repetición (dejando en pie las presunciones de error y de pago de lo indebido), sino que excluye plenamente la aplicación de las reglas del pago de lo indebido, ya que a lo que se dirige dicha prueba es a demostrar que efectivamente se pagó lo que se debía¹¹³.

Y otra, porque «es posible sostener que la excepción de que ‘la entrega se hizo a título de liberalidad’ contenida en el artículo 1901 del Código civil solo se refiere a las donaciones traditorias, sin previa promesa, y que las promisorias escapan del artículo 1901. Pues su cumplimiento no supondrá nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída»¹¹⁴.

e) Otra objeción contra las donaciones obligacionales es la formulada por NÚÑEZ LAGOS: «si la donación fuera realmente un acuerdo obligacional, la *datio* subsiguiente solo sería ejecución de un convenio previo, cumplimiento de una obligación de dar, en una palabra, pago; y la *traditio* en todo caso se verificaría *causa solvendi*»¹¹⁵, lo cual se considera un imposible lógico, por contravenir las notas de espontaneidad y liberalidad propias de la donación. Se trata de una objeción importante, pues, si se admitiera, implicaría cegar automáticamente la posibilidad de una donación obligacional, ya que vendría a constituir una *contradictio in terminis*.

También esta objeción, sin embargo, es susceptible de refutación. En este sentido, es interesante empezar reseñando una explicación que se ha apuntado en orden a rebatir «que sea incompatible el carácter gratuito de una obligación con que el cumplimiento de esa obligación (gratuita) constituya una *datio solvendi causa*»¹¹⁶. Para ello se identifica el núcleo de la dificultad considerada, que se resume en la creencia de que todo pago haya de ser forzosamente oneroso¹¹⁷, y a continuación se aduce que eso es «totalmente inexacto (porque...) atribuir al pago carácter intrínsecamente oneroso corresponde a una tendencia, dominante en otros tiempos, que consideraba la liberación del deudor como correspondencia de la prestación por el acreedor recibida», pero que hoy esa idea se ha demostrado falsa, sobre la base de que «en el pago se produce la extinción de la deuda pagada de una manera automática, y constituye un efecto ligado por la ley al pago e implícito en su concepto»¹¹⁸.

Abundando en lo cual, cabe reforzar la refutación de esta objeción con apoyo en un doble orden de consideraciones. Una, que, si se habla con rigor de

«onerosidad» y «gratuidad», hay que tener presente que el término de referencia propio de esos adjetivos viene constituido por el negocio, no por el pago, y por tanto que la idea de pago de la obligación derivada de un negocio gratuito no es un absurdo lógico¹¹⁹. Y otra, que, si se habla con rigor de *causa solvendi* y *donandi*, hay que tener en cuenta que el término de referencia propio de las mismas viene constituido principalmente por la atribución patrimonial (enfocada desde la perspectiva del fundamento objetivo que la justifica), y por tanto con una cierta independencia del negocio que la articula, resultando entonces que no hay dificultad ninguna para compatibilizar una *datio* hecha como pago o cumplimiento de una obligación o un contrato previo, con la afirmación de que esa misma *datio* responde a una *causa donandi*, ya que cada una de esas nociones hace referencia a planos distintos¹²⁰. Consecuencia de lo cual es que no se dan los presupuestos necesarios para hablar de onerosidad, y en todo caso que esta objeción no hace inviable la existencia de donaciones obligacionales.

f) Una última dificultad en este sentido, próxima a la anterior pero distinta, es la que objeta que, en las donaciones obligacionales, «la donación se produce en el momento inicial de la obligación y no en su ejecución»¹²¹, y que ello implica entonces que el *animus donandi*, la donación, se da al tiempo de constituir la obligación, no en el momento de su realización, que no sería sino pago o cumplimiento, siendo así que esto no se considera admisible, toda vez que «la esencia del crédito no consiste en la tensión dada con su existencia sino en su futura *solutio*, no en la ligadura del deudor en sí y por sí sino en la prestación por ella asegurada»¹²². De donde se colige que si alguien se compromete, *donandi animo*, a transferir una cosa, en realidad lo que hace es obligarse a donarla, cayendo así en el supuesto de la obligación de donar, que se rechaza. Esta es —se piensa—, la realidad de las cosas en este punto, «lo demás no es sino un juego de palabras. Un disfraz sofisticadamente dogmático»¹²³.

Tampoco esta, sin embargo, es una objeción válida. Para evidenciar lo cual procede hacer dos consideraciones.

Una, que cabe dar a las mismas palabras transcritas un sentido distinto y más correcto al que hemos visto se les da. Pues en efecto, si, como se dice, la esencia del crédito no viene dada por la tensión creada con su existencia (por la ligadura del deudor en sí misma considerada) sino por su futura *solutio*, por la prestación a la que se encamina, el resultado a que esto lleva es precisamente contrario al pretendido¹²⁴, ya que lo dicho no hace sino subrayar que la esencia de esa donación (obligacional) sigue cifrándose en la atribución patrimonial gratuita que se pretende realizar, con la única particularidad —pero que aquí, de forma correlativa a lo dicho, queda desdibujada en su importancia— de que esa no se produce de forma directa e inmediata sino a través de una *obligatio* interpuesta.

Y otra, que es preciso aquí distinguir entre donación obligacional y promesa u obligación de donar, que no son supuestos equivalentes. Y es que la primera

—que es la que estamos considerando en este punto— constituye en sí misma un negocio perfecto y definitivo desde que se celebra con arreglo a Derecho, aunque los efectos últimos a que tiende (la atribución patrimonial gratuita) no se produzcan de forma directa e inmediata sino a través de una obligación de dar a cargo del donante. Mientras que la segunda, en cambio, apunta a la idea del precontrato, contrato preparatorio o promesa de contrato, y con referencia al instituto de la donación¹²⁵. Hacemos esta precisión porque, mientras quienes se oponen a la primera figura lo hacen con razones varias pero susceptibles de discusión, el rechazo a la segunda se plantea sin embargo de manera rotunda y con base en argumentos que se consideran de estricta lógica: en este sentido, se ha afirmado que esa segunda hipótesis, predicada de la donación, «repugna a su mismo concepto. La donación hecha por obligación lógicamente no puede ser tal donación. (...) La obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad (...) que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerlo. Porque si a ello se obligó su otorgante, ya no es donación su cumplimiento»¹²⁶. Expuesto lo cual, por nuestra parte apuntamos que, en la medida en que se mantenga en este tema el entendimiento tradicional de la figura del precontrato (acuerdo o negocio en cuya virtud las partes del mismo se obligan a celebrar, con posterioridad, un nuevo negocio), la afirmación hecha puede tener sentido¹²⁷, pero destacamos también, en cualquier caso, la no identidad entre tal supuesto y el que aquí nos ocupa propiamente. Pues lo que aquí se trata de resolver no es si en nuestro ordenamiento cabe obligarse a donar (obligarse a celebrar un negocio de donación), sino si cabe celebrar un negocio de donación perfecto en cuanto tal pero cuya eficacia, aunque efectivamente tiende a una atribución patrimonial, se articula no inmediatamente por vía de una *datio* sino mediatamente a través de una *obligatio* interpuesta, que recae sobre el donante y en favor del donatario.

B) Argumentos a favor de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento

Con lo anterior, han quedado examinadas y rechazadas cuantas objeciones se han formulado contra la viabilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho, resultando como consecuencia que estas no son una figura ilógica ni intrínsecamente contradictoria.

No obstante lo cual, hay que reconocer que el discurso ha sido hasta ahora más de refutación de las objeciones que contra tal donación se han aducido que de aportación de datos positivos en apoyo de la misma, lo que sin embargo es sumamente importante, sobre todo teniendo en cuenta que, según ya hemos dicho, la donación contemplada en el título que el Código le dedica es exclusivamente, o cuando menos fundamentalmente, la de virtualidad traslativa. ¿Será

preciso entonces concluir que la imposibilidad de la donación obligacional en nuestro Derecho, aunque determinada por razones contingentes, es un resultado que no hay más remedio que aceptar¹²⁸, o existen datos positivos que permiten efectivamente admitir esa donación de eficacia meramente obligacional? A esta pregunta creemos que puede responderse afirmativamente, por las siguientes razones.

Partiendo de la base de que la donación regulada en el título II del libro III del Código es de eficacia inmediatamente transmisiva, y de que la cuestión ha de plantearse por tanto en el ámbito del libro IV, apunta VALLET DE GOYTISOLO que «el artículo 1274 entiende por causa en los contratos de pura beneficencia ‘la mera liberalidad del bienhechor’», y que ello permitiría pensar que en él tienen cabida las donaciones obligacionales. A pesar de lo cual la cuestión queda, sin embargo, sin respuesta explícita por parte de VALLET, que además, a reglón seguido, parece volverse atrás: «notemos —dice— que el artículo 1274 pudo no referirse a la donación al aludir a los contratos de pura beneficencia. Necesariamente gratuito es el comodato, y pueden serlo la fianza, el depósito, el mutuo, el mandato, etc»¹²⁹. A este modo de discurrir, ahora bien, creemos nosotros que puede responderse destacando, en primer lugar, que la causa de la donación es la liberalidad del donante (art. 618 CC), y que la causa de los contratos de beneficencia viene dada también por la pura liberalidad del bienhechor, por lo que hay coincidencia entre ellos en ese sentido; y, después, que el reparo indicado sería válido si lo que se pretendiera fuera la aplicación de aquella causa única y exclusivamente a la donación —«en tal caso sí sería correcto decir que el artículo 1274 pudo no referirse solo a la donación sino también aquellos otros contratos gratuitos»¹³⁰—, pero que no es esa sin embargo la intención de quienes aducen este precepto, que ciertamente propugnan incluir en él la donación pero sin excluir otros eventuales supuestos. Lo que permite afirmar entonces que el artículo 1274 del Código civil constituye en sí mismo un dato positivo con respecto a la posibilidad de la donación obligacional, aunque tal vez no resulte decisivo.

Dicho lo cual, se continúa el razonamiento del siguiente modo: «el planteamiento de la cuestión —afirma FERRANDIS— debe ser [...indagar] si entre esos contratos de pura beneficencia, cuya causa es la mera liberalidad del bienhechor, puede ser incluida la donación. Por eso,... la cuestión se desplaza... al terreno de la admisibilidad de la obligación de dar a título gratuito y, lo que viene a ser casi lo mismo, al de la posibilidad del contrato de donación. La cuestión no ha de resolverse partiendo del artículo 1274 sino con un ámbito más general»¹³¹. «Habrà que examinar —apunta en otro momento este autor— los preceptos fundamentales en orden al concepto de *obligación* y al concepto de *contrato*, para tratar de deducir si la donación pugna con uno o con otro concepto o si, por el contrario, tiene cabida en ellos, al menos virtualmente»¹³². Y para ello pasa entonces revista a los artículos 1088 y 1254 del Código civil, llegando

a la conclusión de que, «por lo que se refiere al concepto de obligación, es indiscutible que no hay inconveniente en admitir la existencia de obligaciones de dar a título gratuito, y en cuanto al concepto de contrato,... el artículo 1254 responde a una concepción lo suficientemente amplia y general como para poder ser aplicada tanto al supuesto de que el contrato engendre obligaciones recíprocas como al de que origine obligaciones para una sola de las partes, puesto que en dicho artículo no están prejuzgadas... ni la unilateralidad o la bilateralidad del contrato, ni su onerosidad o gratuidad. Es, por tanto, innegable —concluye— la admisibilidad en nuestro Derecho de un contrato que dé lugar a una obligación de dar a título gratuito»¹³³.

A nuestro juicio, este planteamiento de la cuestión es esencialmente acertado. Y así, nos encontramos entonces en una situación en la que podemos afirmar sin reparos que en nuestro Derecho actual existe la posibilidad de que los sujetos celebren un negocio en virtud del cual constituyan a cargo de uno de ellos una obligación de dar a título gratuito a favor del otro, negocio que tiende a producir una atribución patrimonial pero siendo así que esa atribución no se opera de forma directa y actual sino mediata, cuando se pague o cumpla la *obligatio* interpuesta.

Sentado lo cual conviene entonces atender, de nuevo, a FERRANDIS, quien afirma —con buen juicio, a nuestro entender— que, una vez establecido lo anterior, «lo que ya resultaría una cuestión bizantina sería indagar si tal [negocio] ha de ser considerado como un [negocio] atípico o si, por el contrario, le corresponde el esquema típico de alguna figura negocial. Indudablemente —dice—, se tratará de un [negocio] de donación, porque la finalidad económica perseguida, la causa del acto y los intereses que están en juego en tal hipótesis son exactamente los mismos que en la donación con eficacia real o inmediatamente traslativa»¹³⁴. Y buen juicio, decíamos, porque con esas palabras nos pone en la pista de una cuestión muy importante a estos efectos. Esta cuestión se puede plantear diciendo que, para determinar si cabe considerar como donación la obligación de dar a título gratuito que un sujeto asuma en favor de otro, no basta con acudir a lo dispuesto en el artículo 618 del Código civil, ya que este es solo una definición de nuestro Código, que puede expresar mal (en el sentido de una excesiva estrechez) el concepto, más amplio y elevado, de donación, con el que sin embargo no suele haber dificultades¹³⁵: negocio que produce un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos de donante y donatario, realizado con intención de liberalidad¹³⁶. Y es que la calificación de un determinado acto como donación depende fundamentalmente de «una especial finalidad de política jurídica: la de proteger intereses superiores al interés del propio donatario»¹³⁷, en razón al posible perjuicio que de ello se puede derivar para los acreedores y legitimarios del donante. Ocurre, ahora bien, que ese efecto, ese *animus* y esos intereses no se dan solo en las donaciones inmediatamente traslativas sino también en las donaciones obligacionales, esto es cuando un sujeto asume a favor de otro una

obligación de dar a título gratuito: ¿acaso no hay en la donación obligacional un empobrecimiento / enriquecimiento de donante y donatario causado por un ánimo liberal, y que puede afectar negativamente a los acreedores y legitimarios de aquel? La respuesta es inequívoca, sin perjuicio de que haya alguna diferencia según cuál sea el supuesto de que se trate (precisamente, esa diferencia es la que permite distinguir un supuesto de otro): en la donación de eficacia traslativa la disminución del activo del donante es inmediata; en la obligacional, en cambio, la consecuencia primera del negocio es el aumento del pasivo del donante, de modo que su traducción en efectiva disminución del activo solo se producirá en un momento posterior, cuando tenga lugar la entrega con que cumple esa *obligatio*¹³⁸.

C) Nuestra conclusión: posible eficacia dual de la donación en el Derecho español actual

Así las cosas, concluimos entonces que la donación obligacional constituye en nuestro Derecho actual una figura posible sin lugar a dudas, pues por un lado cuenta con el sustento de importantes argumentos a su favor, y por el otro lado los argumentos en contra de la misma ya se ha visto que no son terminantes. Siendo así además que esta figura cuenta con antecedentes históricos —en el Derecho romano justinianeo, en el Derecho común y en el Derecho patrio— y también con reflejo en una serie de preceptos concretos en nuestro ordenamiento actual¹³⁹: artículos 1340, 1341 y 1363 del Código civil, y 168.1 de la Ley Hipotecaria. Por cuanto hace a la jurisprudencia, aunque es verdad que no es inequívoca, no puede tampoco decirse que sea contraria a la admisión de esta figura¹⁴⁰.

Dicho lo cual, fijamos entonces definitivamente nuestra postura en cuanto a la eficacia de la donación en nuestro Derecho diciendo que, frente a los extremos de considerar la donación, alternativa pero excluyentemente, como mero título —i.e., negocio de eficacia obligacional— o como modo de adquirir —i.e., negocio de eficacia traslativa inmediata—, esa dicotomía puede y debe superarse admitiendo que en nuestro ordenamiento actual la donación es susceptible de tener ambos tipos de eficacia¹⁴¹.

Aunque esto no es óbice para que afirmemos, también, que la modalidad que el legislador tuvo en cuenta al redactar el Código civil fue la de virtualidad inmediatamente traslativa, que es la que contempla y regula exclusiva o cuando menos fundamentalmente en el título II del libro III de aquel. La viabilidad de la donación obligacional en nuestro Derecho es fruto de la posibilidad que en él existe —aunque situada dentro del ámbito del libro IV del Código, no en el III— de configurar una obligación de dar a título gratuito: recuérdese, en este sentido, que nos encontramos en el ámbito del Derecho privado, allí donde la autonomía de la voluntad es principio fundamental. En nuestro Derecho actual, por tanto, los

sujetos pueden configurar libremente la donación, atribuyéndole carácter directa e inmediatamente traslativo o carácter meramente obligacional, según les convenga.

2. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL Y SU RÉGIMEN EN EL CÓDIGO CIVIL

Llegados a este punto, ahora bien, resta todavía por elucidar un asunto importante. Y es que, una vez sentada la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro ordenamiento, la pregunta que surge inmediata es: ¿con arreglo a qué normas se regirán? Como ya se ha dicho, la figura que se regula en el título II, libro III, del Código es —tal vez no solo, pero sí fundamental o predominantemente— la donación traslativa, lo que lleva aparejado, por consecuencia, el problema de determinar entonces cuál será el régimen aplicable a las donaciones obligacionales.

Para salvar esta dificultad, un sector de la doctrina ha buscado cómo dar respuesta a esta cuestión. En este sentido, una primera tentativa podría ser la apuntada por CALVO SORIANO¹⁴², quien afirma que, «cuando el objeto de la donación es un *obligare*, la remisión que se hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos, en el artículo 621, cubre perfectamente su necesidad de reglamentación»¹⁴³. Se advierte pues, aquí ya, una primera concesión: la regulación del Código en el título II, libro III, no es solo (aunque sí primordialmente) la donación traslativa, y por ello se puede encontrar ahí un precepto como el artículo 621, que significa un primer punto de apoyo para la regulación de las donaciones obligacionales.

A lo cual poco tendríamos nosotros que objetar, si en ese punto quedaran las cosas. No ocurre sin embargo así, porque otros autores, espoleados por esa negativa circunstancia de falta de regulación propia aplicable a las donaciones obligacionales, pasan enseguida a escudriñar, una a una, las distintas normas que integran el título II del libro III del Código, con intención de encontrar otras que referir también a la figura en cuestión, lo que llevan a cabo con tanto afán que, al final, terminan abandonando la premisa sobre la que procedían —que el Código contempla en esa sede fundamentalmente la donación traslativa— y dando la vuelta a las cosas.

Cabe, así, destacar la referencia que algunos autores hacen al artículo 629 del Código civil —en el que se establece que «*la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación*»—, del que quieren derivar, no solo confirmación de la posibilidad de las donaciones obligacionales en nuestro Derecho sino también —por un procedimiento lógico *a contrario*— determinación del momento a partir del cual surten efecto: las donaciones obligan desde su aceptación por el donatario¹⁴⁴.

Después están quienes entienden que en el artículo 632.2 del Código civil hay también una referencia expresa a la donación obligacional: «la donación

manual [regulada en el art. 632.1 CC] —se dice— es acto de disposición, no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsiga la entrega»¹⁴⁵. Luego esta norma se considera establecida propiamente para la donación obligacional referida a bienes muebles.

Y finalmente, llevando ese camino a su término, están quienes consideran que «hay en el título que el Código dedica a la regulación de la donación normas perfectamente compatibles con la calificación de la donación como contrato [obligacional], y hasta alguna que difícilmente podría aplicarse a una configuración distinta de la donación. Están, en primer lugar, las normas que establecen (con cierta insistencia) el requisito de la aceptación; pero, además, están las reglas que fijan el momento en que la donación *se perfecciona* (art. 623), las que aluden a su efecto obligatorio (art. 629), las reglas de forma para la donación de bienes muebles no acompañada de entrega simultánea (art. 632), etc.; reglas —se dice— que permiten encontrar un principio de regulación de la donación contractual [*i.e.*, obligacional] dentro de las normas que el Código ha establecido pensando preferentemente en la donación traslativa»¹⁴⁶. En realidad, como hemos apuntado antes, esto no es sino la culminación natural del proceso comenzado al abrir brecha en la concepción que entiende que la regulación dispuesta por el legislador en el título II, libro III, del Código está destinada, exclusiva o cuando menos fundamentalmente, para la donación traslativa.

A nuestro juicio, ahora bien, este planteamiento no es correcto, pues, como ya ha quedado dicho en repetidas ocasiones a lo largo del trabajo, la regulación contenida en el título II del libro III del Código civil, tiene como término de referencia propio la donación de virtualidad inmediatamente dispositiva o traslativa, no la obligacional. Y las ideas expuestas, sin embargo, niegan esto (tal vez no de palabra, pero sí de hecho). En efecto, si consideramos la última idea señalada, lo dicho se evidencia simplemente destacando la consecuencia que de tal idea se deriva, que no es sino el verse forzado a reconocer que casi todos los preceptos importantes que en ese título II del libro III del Código se contienen hacen referencia (bien total, bien, cuando menos, parcial) a la donación obligacional. Lo que es fácilmente comprobable sin más que seguir esa última idea al pie de la letra: a) requisito de la aceptación: artículos 618, 623, 625, 626, 627, 629, 630, 631, 632 y 633 del Código civil; b) momento de perfección de la donación: artículo 623 del Código civil; c) efecto obligatorio de la donación: artículo 629 del Código civil; d) forma: 632.2 del Código civil; e) norma de remisión y cierre: artículo 621 del Código civil¹⁴⁷; f) también, entendemos nosotros que por pura lógica, el artículo 624 del Código civil, por cuanto hace a la capacidad del donante; g) artículos 634, 635 y 636 del Código civil¹⁴⁸. A la vista de lo cual hay entonces que preguntarse: ¿qué precepto queda, en el título II del libro III del Código civil, específica o predominantemente referido a la donación traslativa? Prácticamente ninguno. Por ello, entendemos

que esta interpretación no puede admitirse. Y si esto es así por cuanto hace a esa idea —la más clara, por ser la más extrema—, otro tanto cabe decir de las demás apuntadas —en particular las basadas en los artículos 621, 629 y 632.2 del Código civil, que presentan un carácter más concreto pero que coinciden en el planteamiento dicho—, cuya refutación ya ha quedado hecha en momentos anteriores: por esta razón, y para no repetir, ahora simplemente nos remitimos a ellos¹⁴⁹.

Sin perjuicio de lo cual, somos conscientes de las importantes cuestiones referentes a la regulación de las donaciones obligacionales que bajo esas pretensiones se hallan, y a las que es necesario dar respuesta. A nuestro juicio, ahora bien, la solución a ello pasa por considerar cuáles son los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer un determinado régimen a las donaciones traslativas, y, una vez hecho eso, por considerar si esos mismos intereses juegan o no también en el caso de las donaciones obligacionales. Pues, sirviéndonos de este criterio como guía, tendremos entonces que, si en una determinada cuestión se aprecia coincidencia de intereses, cabrá aplicar a las donaciones obligacionales el mismo régimen que en el Código se establece para las donaciones traslativas. Pero no porque las normas que en él se establecen sean directamente aplicables también a aquellas, sino por analogía: habiendo identidad en cuanto a la razón determinante del establecimiento de una determinada norma, y no existiendo disposición expresa que se refiera directamente a la donación obligacional, será procedente aplicarle lo dispuesto en los dichos artículos, ya que estos son las normas más cercanas¹⁵⁰. Así lo afirma VALLET, aunque con un tono excesivamente cauto: «¿se regirá —se pregunta el autor, hablando de la donación obligacional—... por las reglas generales de las obligaciones, sin perjuicio de la aplicación analógica que deba hacerse de las reglas de fondo (reducción, revocación e inoficiosidad) de las donaciones ordinarias?»¹⁵¹. Nosotros coincidimos con él en este punto.

A continuación, pasamos al examen de las distintas cuestiones que las donaciones obligacionales plantean, considerándolas separadamente.

A Forma

La primera de esas cuestiones es la relativa a la forma que las donaciones obligacionales pueden o deben adoptar.

Una postura a este respecto —consecuente con la premisa de que partía— fue la que afirmó inicialmente que esa forma será la que se prescribe en el artículo 632.2 del Código civil —norma que se entendía refleja la posibilidad de esa figura—, sin distinguir según que la obligación de dar se refiera a bienes muebles o inmuebles¹⁵², pero que luego ya desemboca en un cuadro completo, del modo siguiente: a) «Donación traslativa (con entrega inmediata) de cosa mueble: (...)

puede hacerse verbalmente o por escrito (art. 632, párrafos primero y segundo); b) Donación obligatoria... de cosa mueble: necesidad de forma escrita (no necesariamente pública), haciéndose constar también por escrito la aceptación del donatario (art. 632, párrafo segundo); c) Donación de inmuebles, tanto si es traslativa (entrega inmediata) como si es meramente obligatoria: escritura pública en la que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; la aceptación (...) puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (art. 633, párrafos primero y segundo)»¹⁵³.

Es, el expuesto, un cuadro sinóptico comprensivo de ambas clases de donación (traditoria y obligacional), conseguido además sobre la base de unos mismos preceptos. A pesar de lo cual no creemos nosotros que pueda aceptarse lo dicho, no por cuanto hace al resultado sino por lo que atañe al planteamiento conceptual previo. Y es que el núcleo esencial de nuestra postura a este respecto —ya lo hemos apuntado repetidamente— es que el término de referencia propio de los artículos 632 y 633 del Código civil (en general, del tít. II, lib. III, CC) lo constituye la donación traslativa. ¿Cómo, entonces, considerarlos referidos también a la donación obligacional, y aplicarlos a ella sin más? A nuestro juicio, la respuesta a esas preguntas pasa, no por aplicar directamente esos preceptos a la donación obligacional sino por considerar que, aunque están referidos propiamente a la donación traslativa, cabe —y procede— la aplicación analógica de los mismos a las donaciones obligacionales, en razón de la sustancial coincidencia entre aquellas y estas en cuanto a los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer a las donaciones unos determinados requisitos de forma —destacadamente, la protección del propio donante (procurándole una mayor reflexión acerca del acto que va a realizar) así como de sus acreedores y legitimarios; conseguir un mejor medio de prueba para dejar constancia clara de lo hecho; etc—. Considérese que de otro modo no sería posible someter a forma solemne las donaciones obligacionales, dada la falta de normas que así lo establezcan expresamente y dado que el principio general de nuestro Derecho es la libertad de forma, que aparece consagrado en los artículos 1278 y siguientes del Código civil, que son preceptos que se sitúan en ese libro IV del Código civil, en el que precisamente creemos que tienen su sede las donaciones obligacionales. Y esta libertad de forma en tema de donación obligacional, aunque pudiera sustentarse en la idea de que la forma solemne es exigencia establecida en norma de carácter excepcional y por tanto de aplicación restrictiva, creemos que no debe mantenerse, pues resulta de una aplicación muy formal del Derecho, sin advertir que lo excepcional en el caso no es tanto la norma cuanto los intereses en juego y la razón sustancial que subyace a ella, siendo así sin embargo que esos intereses y razón subyacente son comunes a ambos casos. Esto, a nuestro entender, permite concluir que la solución en este tema se traduce en aplicar a la donación obligacional los mismos requisitos de forma establecidos

en los artículos 632 y 633 del Código civil, aunque no porque estos preceptos sean directamente aplicables también a aquella, sino por analogía. La donación obligacional, así pues, cuando se refiera a bienes muebles habrá de hacerse necesariamente por escrito, aunque este puede ser privado; en el caso de que se trate de inmuebles, necesariamente en escritura pública¹⁵⁴.

B) *Capacidad y objeto*

En relación con estas cuestiones, entendemos que a la donación obligacional es aplicable también —pero por analogía: es importante para nosotros dejarlo claro— lo dispuesto en el artículo 624 del Código civil, aunque limitado al requisito de capacidad del donante —que tenga la necesaria para contratar: plena capacidad de obrar y estar en su sano juicio—, no al requisito de libre disposición de los bienes, que referido a una donación traslativa tiene razón de ser, pero no en el caso de una donación obligacional.

Por esto mismo, no es aplicable a la donación obligacional, por no ser compatible con su esencia, la prohibición de donar bienes futuros que establece el artículo 635 del Código civil, que hay que referir en exclusiva a la donación traslativa. El artículo 1341 del Código civil puede servir para respaldar lo dicho, ya que establece que los futuros esposos «*podrán donarse antes del matrimonio en capitulaciones bienes futuros*» (aunque solo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada)¹⁵⁵.

C) *Revocación y reducción*

Otra cuestión a considerar es la relativa a la posible aplicación analógica a las donaciones obligacionales de las reglas de fondo —revocación y reducción: artículos 644 y siguientes del Código civil— propias de las donaciones ordinarias (traslativas)¹⁵⁶. ¿Es esto posible? A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Y la razón se entiende sin dificultad, después de todo cuanto hasta este momento llevamos dicho: porque esas normas tienen su razón de ser en intereses —*v.gr.*, de los hijos, en caso de revocación por superveniencia o sobreveniencia, o de los legitimarios, en caso de reducción por inoficiosidad— que no vienen determinados por el concreto tipo de negocio donatorio empleado (esto es, por la concreta vía a través de la cual se haya llegado a ellos). En otras palabras: porque en esas normas no importa tanto el cauce o instrumento (el concreto tipo de negocio) empleado cuanto al resultado material o sustancial a que se llega. Pues bien, siendo esto así resulta evidente que esos intereses concurren igual, y por ende han de ser igualmente protegidos, tanto en caso de dación actual como en caso de que el sujeto en cuestión haya quedado obligado a ella (ya

que entonces puede exigírsele coactivamente, si cuando llega el momento no la cumple de buen grado). Por ello, las normas apuntadas serán aplicables también a la donación obligacional, aunque sin olvidar —esta es una precisión a nuestro juicio muy importante, si no queremos caer en el error que más arriba criticábamos— que mientras en el caso de las traditorias esa aplicación tiene lugar de forma propia (porque es en ella en la que el legislador pensaba y a la que se refería al dictar esos preceptos), en el de las obligacionales se hace por analogía.

D) Beneficium competentiae

Y otro tanto ha de decirse de lo dispuesto en el artículo 634 del Código civil (aunque, de nuevo, por analogía): el sujeto, aunque no dé actual y efectivamente sino que defiera esa entrega para un momento posterior, pero quedando ya jurídicamente obligado a ello, ha también de reservarse «*en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*».

E) Normas aplicables, por defecto, al negocio de donación obligacional y a la obligación de dar a título gratuito generada por él

En relación con el régimen aplicable al negocio generador de una obligación de dar a título gratuito —incluyendo aquí la cuestión de su perfeccionamiento y eficacia—, resulta también razonable entender que, estando nuestro Código falto de una regulación general del negocio jurídico, esta ha de buscarse en el libro IV, título II, del Código, tratando de extraer o inducir, del negocio más extensamente regulado en él (el contrato), normas que resulten generalizables y aplicables a todos los negocios, y así, por consecuencia, también al negocio de donación obligacional, en la medida en que sean compatibles.

Y otro tanto ocurrirá en relación con la obligación de dar a cargo del donante y a favor del donatario generada por tal negocio, de modo que la regulación general con arreglo a la cual se regirá esa obligación será la que se contiene en el libro IV del Código civil, relativo a las obligaciones. Pero siempre teniendo presente que eso será, más que por obra directa de lo dispuesto en el artículo 621 del Código civil, por analogía, porque es en ese libro, dedicado a las obligaciones y contratos, donde se encuentran las normas generales referentes a aquellas¹⁵⁷.

F) Donación obligacional y transmisión de la propiedad

Para terminar este estudio procede aquí advertir que, aunque estamos en presencia de un negocio de indiscutible finalidad transmisiva, la eficacia propia

de esta donación no es inmediatamente traslativa sino obligacional, y por tanto que el efecto que en última instancia pretende lograr —la transmisión de la propiedad (u otro derecho real) sobre una cosa— no se producirá en tanto el deudor (el donante) no dé cumplimiento a la obligación asumida, entregando efectivamente la cosa al acreedor (el donatario).

Dicho lo cual conviene añadir que, si se trata de una donación obligacional relativa a bien inmueble y la adquisición, cuando se produzca, quiere además inscribirse en el Registro de la Propiedad, la entrega del mismo puede hacerse naturalmente mediante escritura pública (art. 1462.2 CC), pero que esa entrega es un acto entitativamente distinto al acto de celebración del negocio del que nació la obligación a que ahora se quiere dar cumplimiento, por lo que tal escritura será otra, distinta a aquella en que se realizó y reflejó el negocio de donación obligacional (si no, se trataría de una donación traslativa; hay que recordar que la escritura pública puede jugar en este tema un doble papel: como forma del negocio y como forma de cumplir la obligación y realizar la entrega). En cualquier caso, hasta que no haya entrega y por tanto transmisión jurídico-real, la operación se moverá en el plano obligacional-crediticio, y no cabrá por tanto pretender su inscripción en el Registro.

VI. CONCLUSIONES

I. La operatividad de la donación en nuestro Derecho es tema polémico, discutiéndose si su eficacia es obligacional o traslativa. Una primera tesis, que arranca antes de la promulgación del Código civil y domina hasta los años cuarenta del siglo XX, considera que su eficacia es siempre obligacional, necesitada por tanto, para transmitir el dominio, de un acto de tradición. Otra tesis, que ha ido ganando respaldo hasta el punto de que hoy es prevalente, postula una eficacia de la donación regulada en el Código civil como modo específico de adquirir no necesitado de *traditio*, como acto conceptualmente separado, para efectivamente transmitir el dominio.

II. La primera tesis, más que sustentarse en una fundamentación rigurosa, es fruto de la premisa de que parte: las donaciones son contratos, por consiguiente, títulos que deben ser seguidos de la tradición, pues esta es la operatividad normal de aquellos en nuestro Derecho; premisa, esa, que a su vez se apoya más en una argumentación negativa —de crítica de los obstáculos con que se encuentra— que positiva, aduciendo razones de peso en su favor. La segunda tesis, en cambio, cuenta con una apoyatura más profunda y variada, con argumentos de índole literal, sistemática, de conjunto e histórica. Pues bien, la argumentación de esta segunda tesis, globalmente considerada, resulta convincente, sin perjuicio de que el encaje de todos los elementos no sea perfecto: esto es debido al proceder no siempre enteramente coherente del

hombre en sus cosas. La concepción de la donación que se recoge en nuestro Código (lib. III, tit. II; arts. 618 y sigs.), por tanto, hay que concluir que es la de eficacia inmediatamente dispositiva.

III. Tras esta afirmación, ahora bien, existen varias explicaciones, con matices de trascendencia entre unas y otras. De un lado, se discute si un negocio que no necesita de tradición para operar el traspaso real que pretende —entendida esa *traditio* como acto conceptualmente distinto del negocio a que da cumplimiento— puede ser calificado de contrato en nuestro Derecho; del otro, se debate el significado que en esa operatividad juega la forma de la donación. En relación con la primera cuestión, y aunque pueda ser meramente terminológica, pensamos que resulta más ajustada a nuestro Derecho la postura que restringe el término «contrato» al convenio generador de obligaciones, por lo que no conviene a la donación regulada en el Código, para la cual resulta preferible hablar de «negocio». En relación con la segunda cuestión, la solución más acertada a nuestro juicio es la que entiende que la virtualidad transmisiva de la donación no deriva de que la tradición vaya implícita en la forma propia de la misma, sino de que tal es la operatividad de ese negocio, tal como viene regulado en el Código: la forma es requisito *ad validitatem* de la donación, pero no tiene función traditoria, sino que responde a otros motivos.

IV. Lo anterior no significa sin embargo que la donación obligacional quede excluida de nuestro Derecho. La clave está en situar los datos en sus coordenadas precisas, esto es considerando que si bien en el libro III, título II del Código civil la donación obligacional no tiene cabida, otra cosa ocurre si se plantea en el libro IV. En él, en efecto, la cuestión se ve iluminada con una luz distinta, y aunque en el debate se aducen razones tanto a favor como en contra de esa posibilidad, consideradas las cosas con atención se advierte que las dificultades apuntadas terminan evidenciándose inatendibles, mientras que los datos favorables, por el contrario, mantienen su valor. Por ello, a nuestro juicio la donación obligacional es viable en nuestro Derecho —aunque situada en el lib. IV del Código, no en el III—, fruto de la posibilidad que en él existe de configurar negocialmente una obligación de dar a título gratuito.

V. En cuanto a las reglas por las que las donaciones obligacionales han de regirse, no es correcto aplicarles directamente lo dispuesto en el título II, libro III del Código civil. Lo procedente, dado que en el Código falta una regulación aplicable a ellas de forma directa —el término propio de aquel son las donaciones inmediatamente dispositivas—, es entender que la regulación a que han de someterse viene dada por lo dispuesto en el libro IV del Código civil para las obligaciones en general y, en la medida en que sea posible, por analogía con lo dispuesto en el título II, libro III del Código civil, cuando en el punto de que se trate exista identidad de razón que así lo permita (v.gr., forma, revocación, inoficiosidad, reducción, medida de lo que se puede donar...).

BIBLIOGRAFÍA

- ACCURSIO (1513). *Lectura super Institutionum, libros quattuor*.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1982). *Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*.
- (1991). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Edersa, VIII, 2, artículo 618.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013). En *Comentarios al Código civil*, (Dir.) Bercovitz, t. IV.
- ALGUER y MICO, J. (1935). Para la crítica del concepto de precontrato, *Revista de Derecho Privado*.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1945). *El problema de la causa en la tradición*.
- ARCHI, G. G. (1964). *Donazione (diritto romano)*, *Enciclopedia del Diritto*, XIII.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2017). La promesa de donación, en *Tratado de las liberalidades (Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano)*, (Dir.) Egusquiza Balmaseda y Pérez-Ontiveros Baquero, Cizur Menor.
- AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI (1959). *Successione per causa di morte e donazione*.
- BARBERO, D. (1967). *Sistema de Derecho privado*, IV.
- BELLOMO, M. (1964). *Donazione (diritto intermedio)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII.
- BIONDI, B. (1961). La donazione, en el *Trattato di Diritto civile italiano*, de Vassalli, XII t. IV.
- (1957). *Donazione (diritto civile)*, en *Novissimo Digesto italiano*, VI.
- DE BUEN, D. (1930). *Derecho civil español común*, I.
- BUSSI, E. (1937). *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune*, I, (*Diritti reali e diritti di obbligazione*).
- CALVO SORIANO, A. (1946). Tradición y donación, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. III.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1935). *Derecho civil español, común y foral*, IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*.
- CASTRESANA HERRERO, A. (2017). Donación, una experiencia jurídica singular en el Derecho romano, en *Tratado de las liberalidades (Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano)*, dir. Egusquiza Balmaseda y Pérez-Ontiveros Baquero, Cizur Menor.
- CASULLI, V. R. (1964). *Donazione (diritto civile)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XIII.
- COSSIO y CORRAL, A. (1991). *Instituciones de Derecho civil*, I (revisada y puesta al día por M. Cossío y J. León Castro).
- CRISTOBAL-MONTES, A. (1971). *La donación con reserva de disponer*.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M. D. (1985). *La promesa de donación en el Código civil y la jurisprudencia*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- DÍAZ DE MONTALVO, A. (1781). *El Fuero Real de España diligentemente hecho*, II.
- DE DIEGO, F. C. (1913): *Apuntes de Derecho civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones*.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1966). La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español, *Anuario de Derecho Civil*.
- (1974). La dación o promesa de capital para el marido y la evicción en caso de fraude, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*.

- ENNECCERUS, L. (1935). *Tratado de Derecho civil*, II.2, *Derecho de Obligaciones*, anotado por Pérez González y Alguer.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (1999). *La sucesión contractual en el Código civil*.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1957). *Manual de Derecho civil español*, III.
- FEBRERO (1825). *Febrero reformado y anotado o librería de escribanos*, t. II, cap. XXI, *De las donaciones*, y XXV, *De las promesas*.
- FERRANDIS VILELLA, J. (1960). Donación traslativa y contrato de donación, *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad de Madrid.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, II y IV.
- GIORGI, G. (1910). Teoría de las obligaciones, III, trad. esp. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- GÓMEZ, A. (1768). *Variae Resolutiones Juris Civilis, Communi et Regii*, t. II.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. (1881). *Derecho civil y penal de España*, II.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1968). *Curso de Derecho civil. Contratos en especial*.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1863 y 1869). *Códigos españoles*, III y V.
- HEDEMANN, J. W. (1958). *Tratado de Derecho civil*, III, *Derecho de Obligaciones*, trad. de Santos Briz.
- JORDANO BAREA, J. (1958). *La categoría de los contratos reales*.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1986). *Elementos de Derecho civil*, II.3, *Derecho de Obligaciones*.
- LAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1964): Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación, *Revista de Derecho Privado*.
- (1973). Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español, *Revista de Derecho Privado*.
- (1978). *Estudios de Derecho civil: obligaciones y contratos*.
- LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*, trad. de Santos Briz.
- MANRESA y NAVARRO, J. M. (1972). *Código civil español*, t. V.
- MARTY, G. et RAYNAUD, P. (1983). *Droit civil*, VII, *Les successions et les libéralités*.
- MOLINA, L. (1602). *De iustitia et de iure*, II. (*Los siete libros de la Justicia y el Derecho*, trad., estudio preliminar y notas de Fraga Iribarne, 1943, t. II, vol. I).
- DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J. L. (1971). La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica, *Revista de Derecho Privado*.
- NAVARRO AMANDI, M. (1880). *Código civil de España*, I.
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1946). Pago de lo indebido sin error, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.
- OPPO, G. (1947). *Adempimento e liberalità*.
- PICHARDO DE VINUESA, A. (1657). In *Institutiones Iustiniani Imperatoris Commentaria*, t. II.
- PUIG BRUTAU, J. (1956). *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º.
- PUIG PEÑA, F. (1966). *Compendio de Derecho civil*, III, *Obligaciones y contratos*, 2.º.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968). Donación con reserva de facultad de disponer, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVI.
- RUBIO TORRANO, E. (1981). Los artículos 623 y 629: apuntes para otra explicación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. I.

- SÁNCHEZ-BLANCO y SÁNCHEZ-BLANCO, J. (1952). *Sobre la naturaleza y la forma de la donación*, en *Información jurídica*.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1900 y 1899). *Estudios de Derecho civil*, III y IV, 2.^a ed.
- SANTOS BRIZ, J. (1975). *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, *Derecho de obligaciones*.
- SAVIGNY, F. K. von (1981, 2.^a reimp. de la ed. de 1841). *System des heutigen römischen Rechts*, Band IV.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1952). Donación, condición y conversión jurídica material, *ADC*.
- (1978). *Estudios sobre donaciones*.
- WINDSCHEID, B. (1925-26). *Diritto delle Pandette*, t. II, trad. ital. de Fadda y Bensa.

NOTAS

¹ Para el desarrollo de este trabajo contamos con importantísimos estudios dedicados al tema. Entre otros, pero destacadamente, CALVO SORIANO: 1946, 403-472, espec. 444-472; VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 323 y sigs. (antes en 1952, 1205 y sigs.); SÁNCHEZ BLANCO: 1952, 795 y sigs.; PUIG BRUTAU: 1956, 59 y sigs.; FERRANDIS VILELLA: 1960, 329-361 y 579-609; LALAGUNA: 1964, 275-299; Id.: 1973, 383-411; DE LOS MOZOS: 1971, 803-821; LACRUZ BERDEJO: 1986, 121 y sigs.

² Entre otros, GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, AGUIRRE y MONTALBÁN, y VICENTE y CARAVANTES (*cit.* por VALLET, 1978, 336), en las reformas de la obra de FEBRERO: 1825, 267; GUTIÉRREZ: 1869, 80-81, 84 y sigs.; NAVARRO AMANDI: 1880, 638-639; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380; MANRESA: 1972, 190; SÁNCHEZ ROMÁN: 1899, cap. XXII, *De la donación*, núm. 3, 5 y 48 y sigs.; DE DIEGO: 1913, 32, 45-46; DE BUEN: 1930, 592; ÁLVAREZ SUÁREZ: 1945, 118; ESPÍN: 1957, 505-507; PUIG PEÑA: 1966, 652, 654-657; ALBALADEJO: 1982, 107-108; Id.: 1991, 10 y sigs.; CASTÁN: 1993, 219 y sigs.

³ DE DIEGO: *op. et loc. cit.*

⁴ LALAGUNA: 1973, 411.

⁵ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *op. et loc. cit.* (la cursiva es nuestra).

⁶ Salvo DE LOS MOZOS: *op. cit.* Es FERRANDIS quien apunta la circunstancia reflejada en el texto, cuando dice que «las críticas al Código civil se han dirigido casi exclusivamente a su criterio sistemático (por regular la donación dentro del libro III) y a la dicción del artículo 618 (cuya inexactitud al hablar de ‘acto’ y no de ‘contrato’ se atribuye al precedente del Código francés...)» (1960, 344). A lo que habría que añadir también, según ALBALADEJO, que «la letra del artículo 609, artículo defectuoso por tantos conceptos, no corresponde a su espíritu. Habla singularmente de la donación como modo de adquirir, porque la regula entre estos (arts. 618 y sigs.) y no entre los contratos, pero siendo realmente uno de ellos, como lo es a pesar de todo (...), no se sustrae a la necesidad de tradición para transmitir el derecho (si es real y poseible) donado» (1982, 108).

⁷ *Vid.* MANRESA: 1972, 130; ESPÍN: 1957, 505-506; PUIG PEÑA: 1966, 656-657; CASTÁN: 1993, 219. Estos razonamientos eran ya sostenidos antes incluso de la promulgación del Código civil: GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380.

⁸ LALAGUNA: *op. et loc. cit.*

⁹ A este respecto, han sido CALVO SORIANO, SÁNCHEZ-BLANCO y VALLET DE GOYTISOLO quienes han elaborado la argumentación más sólida, sin perjuicio de otras voces que en esta misma dirección se habían pronunciado ya con anterioridad, pero sin ofrecer una argumentación equiparable.

¹⁰ A este respecto se ha dicho entre nosotros, y en tono tajante, que «el que la donación sea acto, y no contrato, es algo... insostenible, por más que lo diga el artículo 618 del Código

civil, pues el abolengo de la utilización de esta terminología es de sobra conocido» (DE LOS MOZOS: 1971, 816); y que «sostener que el empleo en el Código español del término *acto* en lugar del de *contrato* no es debido al conocido error de Napoleón, sino a que en el mismo la donación es negocio jurídico bilateral pero no contrato, porque contrato es tan solo el negocio jurídico bilateral obligatorio, es, aun dejando de lado toda consideración dogmática, una evidente inconsecuencia histórica» (CRISTOBAL-MONTES: 1971, 74).

¹¹ 1946, 451. Lo sigue enteramente SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806-807.

¹² CALVO SORIANO: 1946, 454.

¹³ 1946, 454; también VALLET entiende que ese término responde a la naturaleza dispositiva de la donación (1978, 344-345); semejantemente, RODRÍGUEZ ADRADOS: 1968, 442, nota 38; y ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4712-4713. Y, en este mismo orden de cosas, «se recuerda oportunamente en la doctrina —dice LALAGUNA— el paralelismo de la definición del artículo 618 con la definición del testamento del 667 —acto por el cual una persona dispone—» (1964, 284, nota 44). También LACRUZ, cuando escribe: «Obsérvese que en el artículo 618 el legislador, siguiendo el modelo francés e italiano, califica a la donación de *acto* y no de *contrato*. Históricamente se justifica esta calificación porque Napoleón...; pero es de creer que el legislador español mantuvo dicho término (...) para subrayar la condición concomitante de modo de adquirir de la clase de donación más específicamente contemplada en los artículos 618 y siguientes, es decir la de cosa cierta y determinada, cuyo dominio transfiere el donante al donatario (...) sin ayuda de tradición» (1986, 121; la cursiva es nuestra).

¹⁴ En este sentido, ALBALADEJO: 1991, 1573. Tal vez también SÁNCHEZ-BLANCO, quien afirma que «no hay inconveniente en incluir dentro del concepto de donación, y junto a la *datio* (gratuita) actual, la dación futura, es decir, la obligación de dar asumida a título gratuito» (1952, 801). Resultando entonces que dentro de los actos gratuitos solo hay donación cuando hay atribución patrimonial, pero siendo así que esa atribución puede ser efectiva de forma actual (donación traslativa) o bien tratarse de una dación futura (donación obligacional).

¹⁵ En este sentido, el mismo valor no decisivo que hemos dicho cabe tal vez dar a los argumentos expuestos por CALVO SORIANO, cabe también darlo a aquellos con los que se pretenden desvirtuarlos.

Así, por cuanto hace al término «acto» del 618 del Código civil, aparte de quienes lo justifican por la donación *mortis causa*, y aun sin negar la entidad de las razones basadas en el «error de Napoleón», creemos que las mismas no resultan incuestionables, a la vista de la respuesta que se les ha dado: si tan claro y evidente era que al decir «acto» (en el *Code*) se quería decir «contrato», ¿por qué mantener la expresión tantos años después, al redactar nuestro Código, siendo así que la pretendida razón de ser de su aparición en Francia —una imposición directa de Napoleón— no existía ni por asomo en nuestro caso? Es más, hemos visto ya que incluso algunos autores que admiten que «históricamente se justifica esta calificación... [por la razón dada relativa a Napoleón]», reconocen después que, eso no obstante, «es de creer que el legislador español mantuvo dicho término... para subrayar la condición concomitante de modo de adquirir de... la donación...» (1986, 121). A la vista de lo cual, pensamos que el mantenimiento de tal término fue debido fundamentalmente al deseo de «no remover» tan controvertida cuestión: y así, lo que hay ahora que dilucidar es el valor que a eso deba atribuirse.

Y, en relación con el término «disponer», sostiene DE LOS MOZOS que «el que [la donación] sea acto de disposición, con base igualmente en la interpretación literal del artículo 618, no tiene la importancia que se ha pretendido darle (...). Porque si el Código habla de disponer, lo hace al situarse en la misma línea de la Ordenanza francesa de 1731, es decir, reaccionando contra un concepto un tanto vacuo de la donación obligatoria, y porque la donación es un contrato de finalidad traslativa» (1971, 816). Por nuestra parte, nos parece que explicar el término «disponer» por la finalidad traslativa (mediata) de la donación no constituye un argumento de mucho peso: también la compraventa tiene esa finalidad y, sin embargo, el artículo 1445 del Código civil no dice que las partes dispongan, sino que, por esa, «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada, y el otro a pagar

por ella un precio...». Y, por cuanto hace a la otra razón, ¿por qué esa «reacción» contra la donación obligatoria si esta, al decir del propio autor en la 814, «no parece claro que subsistiera» en los tiempos previos a la redacción del Código civil? Además, téngase en cuenta la lejanía en el tiempo que separa a nuestro Código civil del francés, con el lógico cambio en los planteamientos que eso conlleva.

¹⁶ Toda, por cuanto hace a la donación 'de cosa', quedando fuera una escueta referencia a la donación liberatoria o condonación.

¹⁷ CALVO SORIANO: 1946, 455-456. También VALLET: 1978, 348-439 y SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806-807; FERRANDIS VILELLA: 1960, 344-345; LALAGUNA: 1964, 284; y LACRUZ: 1986, 126-127, entre otros. O Díez-PICAZO, quien entiende que, «en cuanto a las donaciones, puede sostenerse que el Código (art. 609) las considera como un modo de adquirir independiente y que con arreglo a esta idea basta la perfección del negocio de donación para que la propiedad de las cosas donadas se pueda entender transmitida del donante al donatario» (1966, 563). Más recientemente, ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4713.

¹⁸ Abundando en esto, PUIG BRUTAU dice que en el 609 del Código civil «la donación queda... equiparada a los contratos que transmiten la propiedad de una cosa mediante la tradición. No se afirma que también la donación transmite la propiedad de una cosa *mediante la tradición*, porque sin duda está considerada, la donación, como un acto dispositivo o, si se quiere, como un negocio de disposición. De ahí los términos literales del artículo 618, al calificar de acto dispositivo a la donación, y al quedar esta sistematizada como uno de los modos de adquirir la propiedad. / (...) Del contrato, pues, nacen obligaciones, y la tradición o entrega de una cosa significa, en definitiva, que se cumple la obligación nacida del contrato. Estos dos tiempos o fases tan claramente señalados en nuestro Código tratándose de contratos, esto es, su perfección y su consumación, no se manifiestan al regular las donaciones. Por el contrario, la separación que el artículo 609 establece entre donación y contrato permite caracterizar a la primera como un acto de disposición, en coincidencia con el artículo 618» (1956, 63-64).

¹⁹ Esta crítica es añeja, pues arranca en SÁNCHEZ ROMÁN: 1900, 204 y sigs. Más recientemente, afirma ALBALADEJO que «la letra del artículo 609... no corresponde a su espíritu. Habla singularmente de la donación como modo de adquirir porque la regula entre estos (arts. 618 y sigs.), y no entre los contratos, pero siendo realmente uno de ellos, como lo es a pesar de todo, (...) no se sustrae a la necesidad de tradición para transmitir el derecho (si es real y poseíble) donado» (1982, 108; en sentido semejante, ESPÍN: 1957, 505 y sigs.). También DE LOS MOZOS afirma que la consideración de la donación como un modo de adquirir en el artículo 609 del Código civil con toda seguridad es debida a una mera incorrección de estilo, ya que «no tiene ninguna explicación seria, dado el estado de la doctrina anterior. No lo tiene, porque ni en las fuentes del antiguo Derecho castellano (Partidas, Fuero Real), ni en la opinión de los doctores del Derecho común o de nuestros clásicos, aunque se hable de la llamada donación traditoria, para que esta transmitiera la propiedad de la cosa donada era necesaria la tradición, real o fingida...» (1971, 814); «la expresión utilizada por el artículo 609 del Código civil —continúa después DE LOS MOZOS— ... tiene su justificación en el reconocimiento de la donación manual», (816-817).

²⁰ PUIG PEÑA: 1966, 656.

²¹ Así también ESPÍN: *op. et loc. cit.*

²² Un estudio muy interesante de esta fase lo ofrece LALAGUNA (1973, 402 y sigs.), quien entiende que la interpretación cabal del artículo 609 del Código civil respalda inequívocamente la virtualidad traslativa de la donación sin necesidad de que para ello concurrea tradición, añadiendo que esta interpretación puede mantenerse tanto desde un punto de vista lógico cuanto histórico. El autor, así, procede confrontando los textos del Proyecto de Ley de Bases del Código civil redactado en 1885 por Silvela [en particular las Bases XIII y XIX —*vid.* Apéndice al número 54 del Diario de las Sesiones de Cortes (sesión 12 de enero de 1885)—] y de la definitiva Ley de Bases sobre la que se asentó el Código, de 11 de mayo de 1888 [Bases XVI y XX], y sobre tales premisas llega a la conclusión de que «con estos

antecedentes es difícil admitir la hipótesis de que los redactores del texto articulado del Código no fueran conscientes del alcance de la referencia a la donación entre los modos de adquirir en el artículo 609». Por nuestra parte, pensamos que las consecuencias que de su exposición en este punto se desprenden son favorables al carácter inmediatamente transmisivo de la donación, tal cual la regula el Código.

Sin perjuicio de lo cual, no podemos dejar de advertir las reservas que algunas de sus conclusiones nos suscitan. Y es que LALAGUNA, tras examinar la discusión parlamentaria, llega a la conclusión de que esa se limitó «al problema puramente formal del cambio de estructura, sin llegar a atisbarse siquiera el profundo cambio operado, con relación al Proyecto de 1851, en el sistema de adquisición» (que del sistema del mero consenso se pasa al del título y modo), y que por ello «cabe concluir que la inserción del régimen de las donaciones en el libro III del Código no puede convertirse en argumento favorable a la tesis de que la donación es modo de adquirir y no contrato. El tratamiento sistemático de las donaciones en el libro III ni responde a un designio claramente definido de configurar la donación como modo de adquirir (distinto de la tradición), ni tampoco al propósito de excluir su posible consideración como contrato». Esto, ahora bien, no es lógico. Pues resulta chocante admitir, por un lado, una conciencia al menos suficiente del significado que tenía la mención en un mismo precepto (el 609), pero separadamente, de la donación y de los contratos, concebidos estos, en los referidos textos de base, como «meros títulos de adquirir», y aquella como «otro de los medios de adquirir» (inmediatamente después de la ocupación, como «el primero entre los medios de adquirir»; y, por otro lado, afirmar que «el tratamiento sistemático de las donaciones en el libro III no responde a un designio claramente definido de configurar la donación como modo de adquirir (distinto de la tradición), ni... al... de excluir su posible consideración como contrato». Aunque esto último se explica posiblemente si se tiene en cuenta que el planteamiento de este autor viene condicionado por la pretensión —más adelante la trataremos con detenimiento— de desvirtuar (en nuestro Derecho) la antítesis entre la noción de contrato y la eficacia inmediatamente traslativa de un determinado negocio.

²³ Desde esta perspectiva podría contestarse al planteamiento de DE LOS MOZOS expuesto *supra* nota 19. En efecto, aun sin negar la importancia de esos (ya algo lejanos) antecedentes históricos —que, en todo caso, no parecen tener plena ni perfecta continuidad en otros datos más cercanos (*vid.* LALAGUNA: de ello tratamos en el texto *infra* sub III.1.D)—, lo que en cualquier caso parece claro es que la simple referencia a ellos no puede bastar para hacer saltar por entero la realidad resultante de la normativa actual, tal como esta aparece, y ello aun cuando esta pudiera no ser fruto de un planteamiento absolutamente elaborado al respecto por parte del legislador (que, por otra parte, y a tenor de lo dicho por LALAGUNA, tampoco parece pueda decirse que faltara por completo) [en este sentido, también LACRUZ: 1986, 126-127]. Sería preciso, en su caso, mucho más. Abundando en lo dicho, nos parece que no es tampoco de recibo, por razones semejantes, limitar lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil en relación con la donación al solo supuesto de que esta adoptara la modalidad que se conoce como «manual».

²⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 345.

²⁵ CALVO SORIANO: 1946, 456.

²⁶ VALLET: 1978, 346. En este mismo sentido ya NÚÑEZ LAGOS, tiempo antes, había escrito que «para el 618 del Código civil la donación es *acto de disposición* de cosa, no de obligación, al paso que la compraventa es contrato por el que los contratantes *se obligan*» (art. 1445)» (1946, 142).

²⁷ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 347. De esta circunstancia derivan sin embargo, quienes se oponen a la eficacia traslativa de la donación regulada en el Código civil, un apoyo para su tesis. Así, escribe ALBALADEJO que «del conjunto de la regulación de la donación resulta que esta no es necesariamente transmisiva al hacerla, ya que (...), como puede donarse por escrito sin entrega de la cosa (art. 632.2.º, al final: la donación de cosa mueble surte efecto hecha por escrito, aun sin entrega), esa donación no la transmitirá, y sin duda habrá que tradirla después para transmitirla» (1991, 11).

²⁸ CALVO SORIANO: 1946, 457 y sigs. Por su parte, hace VALLET en este punto una referencia expresa a los artículos 620, 639 y 641 del Código civil (1978, 345-346).

²⁹ CALVO SORIANO: 1946, 457. A la vista de lo dicho, incurre en contradicción DE DIEGO (1913) cuando afirma que «la razón de esta prohibición [la contenida en el art. 635 CC] es lógica:... la donación transfiere al [donatario] en el acto la propiedad de los bienes donados, lo cual no puede hacerse con los futuros» (p. 41). Incurre en contradicción, porque antes (p. 27) afirma que la donación es acto «por el que se transfiere o conviene en transferir, pues toda donación implica una enajenación (actual o futura)», advirtiendo expresamente (p. 28) de no caer «en el error... de considerar que siempre la donación es una *datio* o *traditio*, pues la promesa de donar produce acción para el donatario,... y es verdadera donación». Así pues —observamos nosotros—, si su eficacia es obligacional, aunque tienda a la transmisión del dominio, no debería haber entonces inconveniente para admitir que pueda versar sobre cosas futuras, esto es, de las que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Se han hecho, en cualquier caso, algunas tentativas para justificar lo preceptuado en esa norma desde la óptica de una eficacia obligacional de la donación. Un primer intento viene dado estimando que la mayor reflexión que todos los códigos procuran tenga el donante con respecto al acto que va a celebrar, se ve menguada cuando se trata de bienes futuros. Hipotiza esta posibilidad VALLET (a efectos dialécticos: recuérdese que él entiende este precepto en clave de eficacia traslativa), señalando que el fin de evitar liberalidades precipitadas «reclama que no se dé eficacia a la voluntad de donar hasta que se haya hecho totalmente efectiva. El desprendimiento para el futuro no puede ser medido en toda su intensidad por el que lo dispone. Para que la voluntad de donar esté suficientemente madura ha de ser simultánea al desprendimiento de su objeto» (1978, 291-292). No es, desde luego, absurda esta hipótesis, pero no nos parece tampoco suficiente para rechazar la posibilidad de la donación obligacional, ya que la idea que la fundamenta —que el hombre no es capaz de valorar suficientemente la carga que suponen las obligaciones que asume hasta que ha de cumplirlas— es excesiva.

Otra tentativa de explicación es la de FERRANDIS, quien se apoya en una doble consideración. En primer lugar aduce este autor, en favor de la aplicación del artículo 635 del Código civil a las donaciones obligacionales, que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable que en la donación inmediatamente traslativa, que lleva incorporada la tradición de la cosa donada, no habría lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrían ser entregados al hacerse la donación». Añadiendo que «si la donación fuera siempre dispositiva (actual), ¿qué sentido tendría hablar de una donación de bienes futuros? Prohibida o admitida, la donación de bienes futuros ha de referirse siempre a una obligación de entregar, es decir, a una donación obligacional». Y, en segundo término, que si «el donante se obligara a entregar bienes futuros, a lo que en realidad se obligaría sería a producir o a adquirir tales bienes para entregárselos al donatario. Con lo que resultaría asumida por su parte, no una obligación de dar, sino una obligación de hacer, que no puede constituir el objeto de una donación» (1960, 598-599). A esto sin embargo puede responderse, por cuanto hace a la segunda consideración, que esa no es, propiamente hablando, una consecuencia directa de la obligación, sino, en todo caso, indirecta, mediata, y no apta, por ello, para justificar la idea postulada. Y en relación con la primera, que la adecuada valoración de la misma exige enfocar la cuestión también desde el punto de vista histórico: por ello, nos remitimos para más adelante (texto y nota 68).

³⁰ CALVO SORIANO: 1946, 458-459. Añade a continuación el autor, en apoyo de lo dicho, que «la situación objetiva exigida en la donación es la misma requerida para el pago en el artículo 1160..., y no creemos que se pueda poner en duda el carácter dispositivo del pago». En idéntico sentido SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 807. Sigue también estos postulados, en lo fundamental, LALAGUNA, para quien «no parece dudosa la calificación de la donación como acto dispositivo. De 'disponer' habla el Código al definir la donación (art. 618), al determinar la capacidad necesaria para donar (art. 624), al excluir como objeto de la donación los bienes futuros, precisamente porque de ellos no puede disponer el donante al tiempo de

hacerla (art. 635)» (1964, 284). Acepta también este planteamiento, por cuanto hace al artículo 635, RODRÍGUEZ ADRADOS: 1968, 441-442. Lo rechaza, sin embargo, DE LOS MOZOS, que afirma [cfr. notas 15 y 19] que «el que [la donación] sea acto de disposición, con base igualmente en la interpretación literal del artículo 618, no tiene la importancia que se ha pretendido darle, ni por razón de la capacidad exigida (art. 624), ni porque se excluya del concepto de la donación *inter vivos* a la donación sobre bienes futuros (art. 635)...» (1971, 816). Por cuanto hace al artículo 635 del Código civil, rechaza asimismo este argumento CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 72 y sigs. Para nuestra opinión, cfr. lo dicho en la nota anterior.

³¹ Así, el mismo CALVO SORIANO: «La expresión del artículo 629 'la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación', hay que entenderla en el sentido de que el primer aspecto se refiere a la donación dirigida a la creación gratuita de una obligación, y el segundo a la donación de cosa, traslativa. Si así no fuera, ¿por qué agregar al 'no obliga al donante' el 'no surtirá efecto'?; bajo una consideración estrictamente obligacional, con decir que no obliga, sobra, y el añadir inmediatamente el no surtirá efecto sería una redundancia evidente» (1946, 468). También FERRANDIS: 1960, 352, nota 24.

³² CALVO SORIANO: 1946, 456.

³³ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 349.

³⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 344-345. Y, además, pueden formularse las siguientes objeciones: ¿cómo, en un mismo precepto, y sin que su letra permita distinguir, se contemplan dos tipos distintos de operatividad: traslativa y obligacional, siendo así, además, que, según dice el propio CALVO SORIANO, el legislador, en el título II, libro III, contempló y reguló fundamentalmente, por no decir exclusivamente, la donación traslativa y no la obligacional? ¿Cómo, en ese mismo precepto, se aúnan bajo una misma 'aceptación' dos tipos distintos de donaciones desde el punto de vista de su operatividad, siendo así que aquella tendría un significado distinto en cada caso: contractual en una, meramente consumativo del acto transmisivo en otra?

³⁵ Para la consideración de este argumento contamos con las aportaciones fundamentales de VALLET —quien fue el primero en sostener este argumento entre nosotros en orden a resolver la cuestión (1978, 325-338)— y de DE LOS MOZOS (1971, 806-819), a los que seguimos en líneas generales en la exposición.

³⁶ Las etapas relevantes en tema de donación, al decir de BIONDI (1961, 18-19), vienen marcadas por los hitos que en ese sentido significaron la *lex Cincia* (204 a.C.) y la ley del emperador Constantino fechada en el 316 d.C. Por nuestra parte, y sin que esto signifique discutir lo dicho por BIONDI, nos parece que, en el tema concreto que estamos ahora viendo, la *lex Cincia* no fue tan relevante, mientras que sí lo fue la regulación justiniana de la materia. Por ello, este esquema es el que seguiremos en el texto. Aunque coincide con BIONDI en marcar como hitos principales la *lex Cincia* y la ley de Constantino del año 316 d.C., es más ilustrador para nuestra investigación el trabajo de CASTRESANA HERRERO: 2017, 93-101.

³⁷ «El acto —dice BIONDI (1961, 22)— es siempre el mismo, sujeto al mismo régimen, tanto de forma como de sustancia, y produce invariablemente las mismas consecuencias jurídicas, cualquiera que sea la causa». Esa causa señala sin embargo el autor que, por razón del sistema romano, no afluía al ordenamiento ni saltaba a la vista sino que se limitaba a justificar (en la sombra, podríamos decir) los efectos propios que de cada acto particular se derivaban. Con la llegada de la ley Cincia, que prohibió las donaciones (*dona et munera*) superiores a una determinada suma (desconocida) a favor de personas no incluidas en el elenco que a ese efecto fijaba esa misma ley (*exceptae personae*), la *causa donationis* hubo sin embargo de ser estudiada con detenimiento, a fin de delinearla con claridad y poder así precisar los supuestos a que resultaba aplicable dicha prohibición. Entendiéndose entonces, en líneas generales, que tal implicaba la existencia de una atribución patrimonial gratuita (enriquecimiento y correlativo empobrecimiento para donatario y donante, respectivamente) y de un *animus donandi*. Aunque se mezclan ahí, quizá, las resultantes de dos planteamientos que, aunque coexistieron, no parece sin embargo que puedan identificarse totalmente: de un lado, la prohibición general de la ley Cincia; de otro, la (más específica) prohibición de las

donaciones entre esposos [¿establecida por la *lex Julia et Papia Poppaea (lex decimaria)*? (BIONDI, 1961, núm. 14-15; también en 1957, núm. 5, 7 y 8.

³⁸ F. V., 249, núm. 11. (C. 8, 53, 25): «*In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte, aut privatim, sed aut tabulae, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso, vel ab eo, quem sors ministraverit perscribatur: actis etiam annectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt, ubi hoc leges expostulant*».

³⁹ Para las razones de este cambio, *cfr.* BIONDI: 1961, núm. 17; también en 1957, núm. 9. Y ARCHI: 1964, núm. 19a).

⁴⁰ BIONDI: 1961, núm. 17-18; ARCHI: 1964, núm. 16.

⁴¹ BIONDI: 1961, núm. 17-18 (también en 1957, núm. 10); ARCHI: 1964, núm. 19 a). Destaca aquí, en cualquier caso, por su concisión y claridad, la magnífica exposición que de este último tramo hace VALLET: 1978, 326 y sigs.

⁴² VALLET: 1978, 329.

⁴³ VALLET: *op. et loc. cit.*

⁴⁴ «La donación *in promittendo* —dice en otra ocasión VALLET: 1978, 287— era hija y consecuencia de la *stipulatio*».

⁴⁵ VALLET: 1978, 329-330, que añade que Justiniano incluso «da al simple pacto valor de *causa donationis* y fuerza de obligar».

⁴⁶ Para una posible explicación del por qué de la colocación de las donaciones por Justiniano, en la *Instituta*, entre los *genera acquisitionum* (I. 2, 7, pr), no obstante haber establecido expresamente la posibilidad de una donación de efectos meramente obligacionales, *vid.* CASULLI (1964, núm. 19a), quien apunta que «*se è vero che le difficoltà e le dispute, che avevano seguito la riforma di Constantino, avevano potuto indurre Giustiniano a proclamare la validità del contratto di donazione indipendentemente dal manifestarsi degli effetti reali, è altrettanto vero che ai pratici la donazione si presentava pur sempre come causa e mezzo di acquisto al contempo di res: in questa prospettiva i problemi e i nessi, che la nuova struttura della donazione come pactum nudum solleva, sfuggivano ai contemporanei di Giustiniano, ancora legati alla polemica postcostantiniana*».

⁴⁷ Con seguridad debido, como razón principal, al hecho de recogerse juntos textos procedentes de distintas épocas, que no se acertaban a distinguir (BIONDI: 1961, parte 1.^a, cap. 2.^o, núm. 22).

⁴⁸ VALLET: 1978, 330, tomado de BUSSI: 1937, 234-235, 240-241. En el mismo sentido parece pronunciarse también AZON, al decir de BELLOMO: 1964, núm. 4.

⁴⁹ *Vid.* BELLOMO: *op. et loc. cit.*, quien además señala que «*questa tesi, più prudente, finiva coll'affermarsi al tempo dei commentatori: Bartolo...*». También DE LOS MOZOS: 1971, 808.

⁵⁰ VALLET: *op. et loc. cit.*, tomado también de BUSSI: 1937, 241.

⁵¹ *Vid.* Fuero Juzgo: libro V (*De las evenencias è de las compras*), título II (*De las donaciones*), ley VI (*De las cosas que son dadas por escripto*): «*Las cosas que son dadas luego de mano, en ninguna manera non las deve demandar aquel que las dió. E si avinier por aventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escripto, non deve por ende ménos valer, que estonz semeia la donación perfecta, pues que a ende el escripto daquel que ie la da. (...)*». Fuero Real: libro III, título XII (*De las donaciones*): ley I: «*Maguer que qualquier home que diere alguna cosa à otre, non gela pueda despues toller...*»; ley II (*Como después que fuere dada la cosa no se puede revocar*): «*Toda cosa que un home diere à otro, è la metiere en su poder, ò la diere dende carta, non gela pueda después toller...*»; ley X (*Como la cosa absente se puede dar, è vale*): «*Porque acaesce muchas vegadas, quie algun home quiere dar heredad à otri, ò otra cosa que no es en el lugar do están, mandamos, que la donación no sea por tal razón desfecha, si la ficiere ende carta, è gela diere (...)*».

⁵² Así, en esa misma referida ley del Fuero Juzgo se dispone que «*si alguno era enganado por falsa donacion, è fezo despensas en aquel que ie la prometiera, mandamos que ie lo entregue el donador ò sus herederos, que aquel que cuidaba aver ganancia de falsa*

promision non reciba damno». Con lo que parece de un lado darse por supuesta la hipótesis de la donación promisorio, aunque luego, del otro, resulta que el incumplimiento de esa más obliga a indemnizar los daños que a estar propiamente a lo prometido. Y, en el Fuero Real, la ley IV (del título y libro dichos) establece que «*toda cosa mueble que home mandáre a Iglesias, ò à pobres, ò en otros lugares de limosna, ò para quando se ordenáre Clerigo, ò para boda de lego, el que la mandáre sea tenuto de darla*». Prueba de esas divergencias en cuanto al entendimiento de la donación es que VALLET afirma rotundamente que «el Fuero Real recoge solamente la donación dispositiva» (1978, 331), mientras que DE LOS MOZOS sostiene que de ese cuerpo legal resulta la donación «como un negocio de disposición verificado *animus donandi* que se perfecciona... por la *traditio*, aunque sea simbólica o instrumental, en cuanto a su alcance traslativo. Con lo que está claro que se configura como un negocio traslativo, pero no como un modo de adquirir» (1971, 810). Precisamente, en su glosa a la ley II del Fuero Real decía DÍAZ DE MONTALVO: «*Nota ex hac lege quod qui dat instrumentum videtur rem donare, et tradere*» (1781), donde advierte DE LOS MOZOS un supuesto de tradición instrumental de origen germánico: la *traditio chartae*.

⁵³ Proemio: «*Dar es una manera de gracia, e de amor, que usan los omes entre sí, que es mas cumplida, e mejor, que las que diximos en el Título ante deste [De los condesijos, a que dizen en latin depositum]. Ca el que empresta, o da lo suyo en condesijo, fazelo con entencion de cobrar todo lo suyo; mas el que da, quitalo de sí del todo. (...)*». Ley I: «*Donacion es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de corazon, quando es fecha sin ninguna premia. (...)*».

⁵⁴ 1978, 330.

⁵⁵ 1971, 809. En esa disputa tercia LACRUZ diciendo que «la donación a que se refiere este texto puede ser la de una cosa cierta que no se entrega de momento, y entonces se podría pensar en que el mismo contrato transmitiera el dominio del objeto donado, quedando el donante obligado a entregar la posesión del mismo. Mas también cabría entender... que el contrato funciona entonces como *titulus adquirendi*, sin virtualidad transmisiva. En todo caso, tal virtualidad le falta cuando se dona cosa genérica no individualizada, caso al que el texto es aplicable, declarando entonces la eficacia obligacional de la donación» (1986, 123, nota 4).

⁵⁶ En apoyo de lo dicho, DE LOS MOZOS apunta además lo dispuesto en la ley LXVII, tit. XVIII, Part. III, claro exponente, a su juicio, de la concurrencia de la tradición documental: «*Donazion fazen los omes de las cosas que han, e la carta de tal donadio deue ser fecha en esta manera. Sepan quantos esta carta vieren, e oyeren, como Fulan da, e otorga por juro heredad, a Fulan recibiente por si, e por sus herederos, tal casa que es en tal lugar, e ha tales linderos. (...) E otorgo este que fizo el donadio, poderio al otro a quien lo dio, de entrar la tenencia de esta casa por si mismo, quando el quisiesse, sin otorgamiento de juez, e de otro ome qualquier*».

⁵⁷ 1978, 331.

⁵⁸ 1768, cap. IV, núm. 1. Y continúa luego el propio GÓMEZ explicando la referida alternativa, del siguiente modo: «*Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri causa donationis; quia tunc statim valet et perficitur donatio, et transit dominium et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. Quo casu nulla oritur actio vel obligatio ipsi donatario pro ipsa re, cum eam habeat (...). Promissione, quando quis se obligavit alteri ex causa donationis dare vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requiribatur solemnitas stipulatio, et talis contractus celebrabatur verbis. Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium*». También muy significativo en este sentido es PICHARDO DE VINUESA, quien además parece identificar plenamente la donación obligacional y la promesa de donar: «*dupliciter enim donatio considerari debet, aut presens, quae acquisitio est, et traditione confirmatur..., aut futura, quae est obligatio de donando..., haec obligatio vel ex stipulatione oritur, vel ex nudo pacto, et utrumque per verba futuri temporis contrahitur... Igitur donatio haec per verba futuri temporis contrahi debet, quod si contingat per verba presentis fieri, in futura resolvetur*» — 1657, lib. II, t. VII, § *Aliae*

autem, Sciendum, núm. 9—. Cita también VALLET, en apoyo de lo dicho, al jesuita LUIS DE MOLINA, 1943, t. II, vol. I), disputaciones CCLIV, núm. 14, y CCLXXXIII, núm. 2 y 3.

⁵⁹ Las elenca VALLET: 1978, 332 y sigs., que a su vez se basa, fundamentalmente, en los ya citados ANTONIO GÓMEZ (1768, II-II, núm. 35, y II-IV, núm. 3) y LUIS DE MOLINA (1943, disp. CCXLI, CCLII, CCLXIII, CCLXIX, CCLXXII, CCLXXXIII, CCLXXXIV).

⁶⁰ Diferencias estas que, señala VALLET, seguían existiendo aunque se tratara de donaciones sometidas a condición o plazo. Así, en las promisorias, la obligación de entregar (que se cumpliría mediante *traditio*) seguía recayendo sobre el donante una vez cumplidos la condición o el plazo: precisamente, a partir de ese momento se hacía posible su exigencia por parte del donatario. En las traditorias, en cambio, la llegada de ese momento suponía la transmisión del dominio o derecho real *ipso iure*, sin necesidad de un acto subsiguiente de tradición.

⁶¹ Aunque aquí existían matices entre los mismos clásicos. Así, dice VALLET (1978, 338) que «menos radical que GÓMEZ, el jesuita MOLINA distingue según la cosa prometida fuese cierta y determinada en singular o genérica e indeterminada». En el primer caso, solo admite el deber de evicción para cuando el donante, «al prometerla, tuviera la intención de obligarse a dar una cosa semejante o su valor, en el caso de que aquella no fuese suya», y cuyo ánimo estima que, en general, no puede presumirse en el promitente. En cambio, GÓMEZ, al contrario que para la donación traditoria..., estima que, en todo caso, el donante en la donación promisoria «*indistincte teneatur de evictione, modo scienter donet rem alienam, modo ignoranter, modo in genere, modo in specie*».

⁶² 1978, 334.

⁶³ 1978, 348.

⁶⁴ 1971, 810.

⁶⁵ Así también LACRUZ: 1986, 126.

⁶⁶ Esta solución, procedente del *Droit coutumier*, se había condensado en la máxima «*donner et retenir ne vaut*», y fue acogida en la Ordenanza de 1731 del canceller Daguesseau, pasando de ahí al Código de Napoleón (téngase en cuenta que la regulación de este en sede de donación es prácticamente copia, en muchas ocasiones casi literal, de aquella). Aunque la explicación de esto tiene un marcado carácter histórico. En este sentido se ha visto ya que en Roma, en los primeros momentos de su aparición como negocio jurídico autónomo, la eficacia de la donación era real, pero que con JUSTINIANO esa eficacia se amplía, admitiéndose también su virtualidad obligacional, y que esta fue la base sobre la que se procedió en adelante en los países de Europa continental que habían formado parte del Imperio. Ahora bien, eso fue así en la generalidad de esos países, pero Francia fue un punto aparte. El punto de arranque de esta desviación lo constituyó una ley del emperador Teodosio del año 415 (recogida en su Código: L. 8 *de don.*, 8, 12), por la mayor influencia que este ejerció en Francia que en otros pueblos. Esa ley, así, sobre la base del necesario requisito que para la validez de las donaciones constituía entonces la tradición (nada había en esto de novedoso), dispuso sin embargo que no pudiera estimarse esa verificada sin más en caso de que el donante hubiera establecido una reserva de usufructo sobre los bienes donados. Lo que vino a interpretarse en el sentido de que, para apreciar válidamente celebrada una donación, era necesario que el donante se despojara actual y definitivamente de la cosa donada. Esta interpretación no parece sin embargo que fuera correcta ni ortodoxa. Dice a este respecto BIONDI (1961, 61 y sigs.) que tal interpretación, aunque podía tener un cierto apoyo —pero, en sus palabras, «débil y lejano»— en la dicha ley, «*rappresenta una errata intelligenza della legge romana*»: en primer lugar, porque, aun cuando tal hubiera sido el auténtico sentido de la citada ley del 415, no sería menos cierto que tal disposición fue modificada por otra ley que el propio Teodosio dictó, dos años después, admitiendo expresamente lo que antes había vetado: L. 9 *de don.*, 8, 12; y, en segundo lugar, porque «*quella esclusione [de la ley del 415] significaba non escludere che il donante rispetto alla cosa donata potesse trattenere qualche cosa, ma soltanto negare la equivalenza della riserva alla traditio della cosa donata*». Pero en cualquier caso, fuera de esto lo que fuera, el hecho es que, por la destacada influencia que el Codex teodosiano tuvo en Francia (en detrimento de la legislación justinianeas, que no había

adoptado tal ley), ese fue el entendimiento de la cuestión que se recibió en ese territorio, consagrándose definitivamente en el Breviario de Alarico, del año 506 («*Ubi in praesenti res donata traditur, ut res, quam donat homo de praesenti, tradatur cui donat, et ita die possideat*» —lib. VIII, tit. V—), y en la llamada Centella, que no era sino un compendio o resumen del dicho Breviario (cfr. GIORGI: 1910, 23). De aquí, precisamente, surge el antes dicho conocido aforismo francés *donner et retenir ne vaut*. Y esta idea, por la escasa repercusión que la obra de los glosadores tuvo en este aspecto en Francia, fue la que pasó luego a las diversas *coûtures* [La de Orleans, por ejemplo, en su artículo 283 decía así: *Donner et retenir ne vaut. Et est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès*]; semejantemente la de París, artículo 273], hasta llegar a la famosa Ordenanza de 1731, de Daguesseau, y de ahí al Código de Napoleón [art. 894: *La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire, qui l'accepte*].

⁶⁷ Claro exponente de ello es el tenor del Proyecto de 1851, que cede al influjo francés (cfr. GARCÍA GOYENA: 1852, II, ad arts. 548 y 941). Aunque tampoco puede decirse existencia unanimidad en este tema; así, entre los autores pueden advertirse otras orientaciones: de un lado, la que sostiene que «el contrato de donación puede celebrarse de dos modos, ó con la tradición de la cosa sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente el dominio en el donatario; ó con la promesa que uno hace de dar á otro cierta cosa, por la cual queda obligado» (FEBRERO: 1825, cap. XXI, *De las donaciones*, 101); de otro lado, la que sostiene que la donación sería simple título que, para efectivamente transmitir el dominio, necesitaría de tradición (GUTIÉRREZ: 1863, 27-36, y 1869, 80-81 y 84 y sigs.; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: 1881, 380).

⁶⁸ Aunque fuera a costa de darles un sentido algo distinto del que les había sido propio, si se acepta que las traditorias se caracterizaban por darse en ellas una entrega concurrente al acto, al estar presentes las partes. Dicho esto, considérese entonces el razonamiento empleado por FERRANDIS en apoyo de su pretensión de aplicar el artículo 635 del Código civil a las donaciones obligacionales (cfr. nota 29): que es «precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable que en la donación inmediatamente traslativa... no habría lugar en ningún caso a la donación de bienes futuros, que, por esa misma circunstancia, no podrían ser entregados al hacerse la donación» (1960, 598-599). A lo cual cabe responder ahora que, aunque formalmente correcto, otro es el resultado si se considera la influencia de los precedentes: así, invirtiendo los términos, planteamos la siguiente pregunta: ¿por qué los clásicos excluían como objeto de las donaciones los bienes futuros solo en relación con aquellas que se operaban *traditione rei*, y no cuando eran del tipo *promissione*? La cuestión, ciertamente, puede ser discutible, pero, si se acepta lo dicho en el texto, la aplicación del artículo 635 del Código civil a las donaciones traditorias, y no a las obligacionales, resulta lógica.

⁶⁹ VALLET: 1978, 340.

⁷⁰ NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142; CALVO SORIANO: 1946, 450 y 471; GULLÓN: 1968, 71-72; RUBIO: 1981, 367-368.

⁷¹ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 346 y sigs. La tradición, dice VALLET, es «siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal —art. 1462— con virtualidad traditoria». Y sustancialmente igual es, como veremos, su planteamiento en relación con los bienes muebles (vid. texto y nota 88). Esta posibilidad había sido considerada ya antes como hipótesis, pero rechazada, por CALVO SORIANO: 1946, 459.

⁷² FERRANDIS: 1960, 599-600; también en 345.

⁷³ LALAGUNA: 1964, 284-285, a quien sigue casi literalmente SANTOS BRIZ: 1975, 137-138. También LACRUZ: 1986, 121, 123-124 y 126-127; y COSSÍO: 1991, 524-525: ambos admiten expresa y explícitamente la eficacia traslativa inmediata de la donación, y sin necesidad de acto posterior y conceptualmente separado de tradición, pero aun así la califican

de contrato, menos comprometidamente el segundo, que sobre todo destaca su carácter bilateral, y más tajantemente el primero. En sentido semejante, ATAZ LÓPEZ: 2017, 183-184. Abundando en lo dicho, y frente a quienes aprecian en la donación un juego traditorio ínsito en la forma, afirma LALAGUNA que «por esta vía pierde relieve la significación genuina de la donación como contrato de eficacia real» (1964, nota 56); «la donación —dice en otro momento— es... contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real» (p. 284). Y en un trabajo publicado en el año 1973, afirma LALAGUNA (p. 411) que «Para explicar con claridad la peculiar manera de presentarse en la donación el nexo entre el título y el modo, hice —dice, refiriéndose a su trabajo de 1964— un análisis comparativo con aquellos supuestos en que la adquisición se opera por virtud de un contrato de naturaleza obligatoria formalizado en escritura pública, en cuyo caso, conforme al artículo 1462, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato. En estos supuestos, el proceso de adquisición queda simplificado por un fenómeno de *coincidencia* entre el título y el modo de adquirir. En contraste con lo que ocurre en la donación común, en la que el nexo entre título y modo se presenta como una *cualidad intrínseca* del fenómeno adquisitivo, en razón de la necesaria observancia de una exigencia de forma, la unión entre título y modo que se puede dar en una compraventa formalizada en escritura pública es una *circunstancia meramente extrínseca*. El contraste apuntado queda descrito de la siguiente manera: esta simplificación, que en los contratos consensuales es solo una *posibilidad*, se presenta como un *postulado* en los contratos traslativos de naturaleza formal».

⁷⁴ Así, claramente, VALLET: 1978, 423-425.

⁷⁵ LALAGUNA: 1964, 284. La naturaleza contractual se deduce habitualmente de dos datos: uno, la exigencia de aceptación que el Código establece; otro, la remisión que hace, para todo aquello que no esté expresamente regulado en el título que el Código civil dedica a la donación, a las reglas generales de las obligaciones y contratos.

⁷⁶ LALAGUNA: 1964, 285 y 286. A este respecto, escribe en otro lugar LALAGUNA que «al caracterizar la donación como acto o negocio de naturaleza dispositiva se trata de subrayar fundamentalmente que el fenómeno adquisitivo se produce de una manera directa, es decir, sin que el efecto de la atribución patrimonial dependa del cumplimiento de una obligación de dar en el transmitente»; que «para marcar con trazo firme esta peculiar manera de producirse el efecto traslativo en la donación, se acentúa su significado como modo de adquirir»; y que «precisamente, para destacar esta peculiaridad del fenómeno adquisitivo se intenta alejar el negocio de donación del ámbito de las adquisiciones que se producen mediante tradición, como consecuencia de ‘ciertos contratos’, excluyéndose así [por un exceso dialéctico, dice él, aunque este es el núcleo de la cuestión y no basta, por tanto, solo con afirmarlo] la posible consideración de la donación como contrato». Pero, afirma entonces el autor, «este desenlace de la tesis comentada parece forzado... por una concepción estricta de la noción de contrato como fuente de obligaciones, que de aplicarse a la donación restaría claridad a la explicación que se trata de dar del fenómeno adquisitivo, en cuanto que, con la noción de contrato, se introduce en esa explicación la sombra de la ‘obligación de dar’» (1973, 409). En idéntico sentido, CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 73 y sigs.

⁷⁷ LACRUZ: *op. et loc. cit.*

⁷⁸ Así también, claramente, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 806.

⁷⁹ Destaca también esta cuestión LACRUZ: 1986, 126-127.

⁸⁰ Así, VALLET: 1978, 346-347; FERRANDIS: 1960, 345; LALAGUNA: 1964, 284-285; Id.: 1973, 411. También CRISTÓBAL-MONTES: 1971, 74.

⁸¹ Coincide en afirmar esto ALBALADEJO: 1982, 126.

⁸² 1946, 461.

⁸³ 1925-26, 415, nota 1.

⁸⁴ 1946, 460. Así también, claramente, LACRUZ: 1986, 136.

⁸⁵ En contra SÁNCHEZ-BLANCO, a quien «parece lógico admitir que la entrega simultánea que el artículo 632 exige para la eficacia de la donación ‘verbal’ pueda ser o una

entrega material o una entrega ficticia o simbólica» (1952, 811). No convenimos nosotros, sin embargo, con él, ya que tal posibilidad conduce a una reiteración absurda: la entrega puede ser tanto material como ficticia o simbólica —lo que ya cubre todas las hipótesis—, pero el efecto traslativo se puede asimismo lograr a través del escrito, y sin que este sea una forma de *traditio*.

⁸⁶ CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.* En el mismo sentido afirma JORDANO, refiriéndose a este supuesto, que «la *res* juega el mismo papel que el *documentum*» (1958, 136, 147-148).

⁸⁷ CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.*

⁸⁸ 1978, 346-347.

⁸⁹ Esta posibilidad fue hipotizada, pero no acogida, por CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.* (de admitirla resultaría, dice, que «habría que considerar que la tradición por carta tiene en el Código civil la doble modalidad, normal del instrumento público, propia de los negocios dispositivos sobre bienes inmuebles, y especial del escrito privado, para este caso singular»). Sí la acoge, sin embargo (aunque sin emplear tal expresión), VALLET: *op. et loc. cit.*

⁹⁰ Así lo afirma tajantemente FERRANDIS: 1960, 596-597.

⁹¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ENNECCERUS, 1935, 114; CASTÁN: 1993, 215; PUIG BRUTAU: 1956, 68-69; ALBALADEJO: 1991, 11; FERRANDIS: 1960, 592-593, 596-597.

⁹² Así también CALVO SORIANO: *op. et loc. cit.*

⁹³ Así, CALVO SORIANO: 1946, 461-462. «Pensar que el legislador —dice este autor— autoriza a las partes para adoptar una u otra forma, cada una de ellas con carácter solemne, [pero] que con una se opera el traspaso real y con otra no, que por una se crea una simple obligación de dar y con la otra se opera automáticamente la transferencia, sería absurdo, cuando la voluntad de transmitir sea idéntica en uno y otro caso» (p. 461). Y añade también: «el artículo 632, después de referirse a la forma normal de la donación mobiliaria, es decir, a la entrega de la cosa, admite la forma escrita, pero condiciona al escrito el que surta efecto; si el efecto de la donación, en el supuesto inmediatamente anterior en el texto legislativo, es la transmisión, el ‘no surtirá efecto’ querrá decir que no transmitirá [la propiedad de la cosa donada, u otro derecho real], y en caso de que se extienda el escrito, que sí» (p. 462). Además, si se admitieran efectos transmisivos inmediatos solo cuando haya entrega material y física, considérese lo que resultaría en casos como, por ejemplo, que el donatario estuviera ya, aunque por otro concepto, en posesión de lo donado, habiéndose entonces de recurrir al rodeo de la obligacional y de la *traditio brevi manu*, lo que no responde a la intención de los sujetos ni a la realidad de las cosas, y resulta por tanto absurdo. En tal caso, o bien se entiende que en la tradición simultánea tienen cabida no solo la entrega material sino también las otras variantes de entrega contempladas en el artículo 1463 del Código civil, o bien se entiende que la donación traslativa de bienes muebles puede tener lugar tanto a través de la entrega material como por la vía de consignar la donación por escrito, en cualquier otro supuesto. Esta segunda solución es la que nosotros consideramos acertada. Y no queda con esto dicho todo, sino que es posible seguir planteando otras objeciones a la tesis de la eficacia obligacional en este caso, como, por ejemplo, ¿por qué el legislador —que todos admiten que en el título II del libro III del Código civil atiende fundamentalmente, por no decir que exclusivamente, a la donación traslativa— habría de contemplar expresamente, y solo en relación con los bienes muebles, la posibilidad de la donación obligacional?

⁹⁴ Así también ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4714, aunque él se refiere propiamente a la escritura pública.

⁹⁵ Esta acertada precisión se la debemos a VALLET: 1978, 347.

⁹⁶ Así, ya vimos que, algún tiempo después de que la donación surgiera en el mundo del Derecho como figura jurídica autónoma (a. 316 d.C.), Justiniano, junto a la donación de eficacia traslativa inmediata concedió valor también al mero pacto animado por causa de liberalidad, del que resultaba una obligación tutelada mediante una *actio* para poder exigir al donante-promitente la entrega de la cosa prometida. Por tanto, aunque es cierto que, tal como se ha objetado (NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142), en la *Instituta* la donación es modo de

adquirir, y no título, también lo es que el mismo Justiniano reconoció la donación de eficacia meramente obligacional. El hecho de su colocación sistemática en la *Instituta* no puede llevar a desconocer esa realidad (para una posible explicación del por qué de aquella, *cfr.* nota 46). Por cuanto hace al Derecho Común, y aun siendo conscientes de las disputas doctrinales que hubo, también hemos visto ya que no faltaron importantes voces que se pronunciaron en favor de esta posibilidad (ACCURSIO, PAULO DE CASTRO). Finalmente, y por cuanto hace a nuestro Derecho histórico más propiamente dicho, hemos comprobado asimismo que a nivel de Derecho positivo la figura cuenta con manifestaciones (más claras: Partidas; menos: Fuero Juzgo y Fuero Real), y que en el plano doctrinal cuenta con apoyo por parte de importantes autores. Situación esta que se mantiene hasta los tiempos previos a la Codificación; en este sentido, claro exponente de lo dicho es FEBRERO (1825, cap. XXI, 101).

⁹⁷ Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, cuyo § 518 BGB reza del modo siguiente: «*Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich*». Sobre ello, *vid.* SAVIGNY: 1981, § 157; WINDSCHEID: 1925-26, 414-415; ENNECCERUS: 1935, 109 y sigs.; HEDEMANN: 1958, 284; LARENZ: 1958, 179-180.

En Italia, el artículo 769 Codice establece que «*La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione*». El artículo 1050 Codice italiano de 1865 disponía que «*La donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta*», lo que parecía considerar exclusivamente a las donaciones reales traslativas, pero ello no había sido obstáculo para que la doctrina hubiera llegado al reconocimiento de la donación obligacional. Sobre esto, *vid.* AZZARITI-MARTÍNEZ-AZZARITI: 1959, 665 y sigs.; BARBERO: 1967, 561-562; BIONDI: 1957, VI, núm. 14; CASULLI: 1964, 976-977.

E incluso en Francia, donde, a pesar de la dicción del *Code*, hoy se admite la posibilidad de que la donación, junto al efecto traslativo inmediato, pueda asimismo tener eficacia simplemente obligacional. Artículo 894: «*La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte*». *Vid.* MARTY y RAYNAUD: 1983, 396 y sigs. En relación con ese precepto, *vid.* las agudas consideraciones que hace FERRANDIS a propósito de la expresión 'despojo actual' que en la definición de la donación se emplea en el *Code* francés (1960, 331-333: el interés de estas consideraciones se mantiene a pesar de que en Francia la cuestión ha de plantearse forzosamente desde una perspectiva distinta que en España, ya que en ese país se sigue el sistema de transmisión de la propiedad por obra del solo consenso: *merus consensus parit proprietatem*). En este sentido, y partiendo de la peculiar configuración de la sucesión *mortis causa* que tiene ese Derecho, en el que la sucesión hereditaria solo se da en la sucesión legal o intestada —se afirma así, respecto de los herederos, que *solus Deus facere potest*—, y que por ello «a través del testamento solo se puede atribuir al favorecido por el acto de disposición la cualidad de legatario (a título universal o particular), de manera que los legatarios vendrán a ser considerados como una especie de donatarios por causa de muerte», apunta entonces FERRANDIS que consecuencia de ello es que, «en el Código civil francés, la definición de la donación va condicionada por la definición de testamento», (p. 333). Se explica, así, que «las disposiciones generales contenidas en el capítulo primero de dicho título [tit. II, lib. III: *De las donations entre-vifs et des testaments*] (comiencen) estableciendo dos únicos modos de disponer a título gratuito, que son la donación y el testamento», y que «en los dos artículos siguientes se (defina) cada una de estas dos instituciones; de ahí la preocupación del legislador por acentuar las notas peculiares de cada una de ellas, para definir las o caracterizarlas en función de contraste. En la definición de la donación se alude a un despojo actual e irrevocable (art. 894), mientras que al definir el testamento [art. 895] se ponen de relieve los caracteres contrarios». Sobre esta base, apunta entonces FERRANDIS que «es probable que de no haberse dedicado dos preceptos consecutivos a definir cada una de estas instituciones no se hubiera definido la donación en los términos en

que lo hace el artículo 894. Pero, con el designio de acentuar el contraste, se pone de relieve (...) la circunstancia de tratarse en el testamento de una disposición que ha de tener eficacia después de la muerte del disponente, frente a la eficacia actual de la disposición llevada a cabo mediante la donación» (pp. 332-333). A la vista de lo cual, la conclusión es clara: «en este sentido y con este alcance parece que ha de ser entendido el ‘despojo actual’ que, en términos del artículo 894, caracteriza a la donación. La ‘actualidad’ no tiene un sentido tan restringido como para referirla necesaria y exclusivamente a un despojo inmediato (...). La actualidad de los efectos de la donación será máxima cuando el acto vaya acompañado de la entrega inmediata del objeto o cantidad donados, pero también podrá hablarse de efectos actuales cuando de la donación surja únicamente un crédito en favor del donatario, que aplace la entrega... para un momento ulterior» (p. 333).

⁹⁸ De forma que, «salvo que por su propia celebración se realice el fin perseguido [v.gr., donación manual, o de derecho de crédito ya existente], obliga al donante, lo mismo si se trata de donación obligacional que de real... o liberatoria» (ALBALADEJO: 1982, 107, por todos).

⁹⁹ Así, más o menos claramente, CALVO SORIANO: 1946, 449-450, 468, 471; SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 803 y sigs.; FERRANDIS: 1960, *passim* (pp. 329-330, 579-580); PUIG BRUTAU: 1956, 67-69; GULLÓN: 1968, 71-72; considera la posibilidad también, pero sin decidirse, VALLET: 1978, 353-354.

¹⁰⁰ *Op. et loc. cit.*

¹⁰¹ Así también, claramente, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 809.

¹⁰² Cosa distinta es el mayor o menor rigor con que haya de valorarse por los tribunales la responsabilidad del donante (deudor) incumplidor. Pues, tal como dice FERRANDIS, «al estudiar el efecto obligatorio [de este negocio de donación] no puede dejar de tenerse en cuenta que el deber de cumplir la prestación a cargo del donante y el derecho a exigirla por parte del donatario no pueden desprenderse del especial matiz que les impone la gratuidad del negocio. Aun sin ningún apoyo en el Derecho positivo, se sentiría, por una simple consideración de equidad, la necesidad de atenuar la responsabilidad del obligado a una prestación a título gratuito, en comparación con la que incumbe a quien, a cambio de la prestación que debe cumplir, recibe o exige una contraprestación» (1960, 603). En este sentido, aunque no existe en nuestro ordenamiento una norma que con carácter general y tono explícito proclame ese principio de moderación en relación con los negocios a título gratuito, «son varios los preceptos del Código que, con referencia a supuestos concretos, aplican esta idea, y hasta en alguno de ellos se atisba la posibilidad de estimar establecido un principio de aplicación general» (FERRANDIS: *op. et loc. cit.*), cifrándose aquellos en lo dispuesto en los artículos 638, 1726, 1749, 1750 y 1776 del Código civil, y este en lo establecido en el artículo 1103, también del Código civil. La gratuidad se convierte así en un factor de moderación o atenuación de la responsabilidad (en el mismo sentido, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 810), aunque ello no significa en modo alguno «excluir la responsabilidad del obligado, porque ello significaría la negación de la obligatoriedad de los negocios jurídicos gratuitos» (FERRANDIS: *op. et loc. cit.*).

¹⁰³ Recoge este argumento, aunque sin citar su procedencia, SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 807.

¹⁰⁴ También aquí, por tanto, la transmisión pretendida se produce directa e inmediatamente por obra del mismo negocio donatorio, pero esta es la única circunstancia que ahora ha de tenerse en cuenta, sin interesar la condición corporal o incorporeal que pueda tener la cosa objeto de la misma, que en nada afecta a lo dicho.

¹⁰⁵ 1952, 809.

¹⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142.

¹⁰⁷ *Supra* III.1.B.

¹⁰⁸ Ni siquiera implícito en la forma: en esto discrepamos de FERRANDIS, que lo defiende.

¹⁰⁹ FERRANDIS: 1960, 345.

¹¹⁰ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 353-354.

¹¹¹ VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*

¹¹² Una la apunta FERRANDIS, la otra el mismo VALLET, reconociendo así la debilidad del argumento.

¹¹³ FERRANDIS: *op. cit.*, 360-361.

¹¹⁴ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 354.

¹¹⁵ 1946, 142.

¹¹⁶ SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 808.

¹¹⁷ SÁNCHEZ-BLANCO: *op. et loc. cit.*

¹¹⁸ SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 808-809, siguiendo a OPPO: 1947, 210 y sigs.

¹¹⁹ Así también SÁNCHEZ-BLANCO: una vez descartado que en el pago haya un acto intrínsecamente oneroso, dice, «todavía se discute si el pago tiene unas veces carácter oneroso y otras carácter gratuito, según sea oneroso o gratuito el contrato del cual constituye ejecución», pero a ello responde que hay que excluir «que las nociones de onerosidad y gratuidad puedan aplicarse con propiedad al pago, limitándose su aplicación al negocio del cual el pago es ejecución» (1952, 809). Aunque también reconoce el autor que «la divergencia no tiene gran trascendencia práctica, puesto que incluso si se afirma que al pago no le conviene el carácter oneroso ni el gratuito, hay que reconocer... que gratuidad y onerosidad, en cuanto informan el contrato, se reflejan también en la fase ejecutiva, aunque sea sin determinar aquí un segundo acto oneroso o gratuito».

¹²⁰ Desde otra perspectiva, considérese que, a resultas del modo en que ha cristalizado nuestro Derecho en este punto —en el que, salvo los contratos reales y la donación de virtualidad traslativa, la eficacia de los negocios es por regla general meramente obligacional—, si no nos remontamos más allá del peldaño inmediatamente anterior tendremos entonces que todas las atribuciones patrimoniales (salvo las dichas) responden a una *causa solvendi*, en razón de la obligación que las precede.

¹²¹ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 352. Esta idea había sido apuntada ya por EN-NECCERUS: 1935, 109-110.

¹²² VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*; estas palabras las trae VALLET de ALGUER (1935, 424), quien a su vez lo hace de DEGENKOLB.

¹²³ VALLET DE GOYTISOLO: *op. et loc. cit.*

¹²⁴ Así también SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 809.

¹²⁵ Aunque a veces con ambas expresiones se hace referencia a una misma realidad, de modo que las diferencias entre ellas son de orden puramente terminológico. Sobre la promesa de donación *stricto sensu*, *vid.* el interesante estudio de ATAZ LÓPEZ: 2017, 155-182.

¹²⁶ VALLET DE GOYTISOLO: 1978, 289. En sentido semejante, también NÚÑEZ LAGOS: 1946, 142.

¹²⁷ Debemos señalar aquí, en cualquier caso, los esfuerzos que se han hecho para dar cabida en nuestro Derecho a esta posibilidad, con base en construcciones del precontrato más modernas que la apuntada en el texto. En este sentido destaca DÍAZ-AMBRONA: 1985, 703-755.

¹²⁸ Así parece considerarlo ALBIEZ DOHRMANN: 2013, 4716.

¹²⁹ 1978, 353.

¹³⁰ FERRANDIS: 1960, 360.

¹³¹ *Op. et loc. cit.*

¹³² 1960, 358.

¹³³ 1960, 581.

¹³⁴ 1960, 581. Hay que advertir que las palabras transcritas las refiere él, propiamente, al contrato, y no al negocio: nosotros, sin embargo, por las razones poco más arriba dadas, creemos que pueden generalizarse, habiendo por ello empleado el término «negocio».

¹³⁵ Además de que, en opinión de una importante corriente doctrinal, el artículo 618 del Código civil se refiere solo a la que transmite la propiedad de una cosa (donación real), pero siendo así que en otros preceptos del mismo Código estarían reconocidas también la donación liberatoria (art. 1187 CC) e incluso (aunque nosotros no estamos de acuerdo en esto) la obligacional (632.2).

¹³⁶ En el mismo sentido PUIG BRUTAU, al decir que «la donación es un concepto que somete a dura prueba la capacidad de las reglas de Derecho para ordenarse sistemáticamente. [...] porque...» Su carácter unitario no descansa en una figura jurídica típica e invariable, sino que deriva de su efecto: empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario. Ese efecto es lo que obliga a considerar como un fenómeno unitario todo lo que se agita debajo de esta palabra de donación» (1956, 63). Hace referencia a él FERRANDIS: 1960, 581, nota 38.

¹³⁷ FERRANDIS: 1960, 68.

¹³⁸ En una línea semejante nos parece se pronuncia SÁNCHEZ-BLANCO. Afirma este autor que, al igual que en los negocios onerosos, también en los gratuitos es necesario diferenciar una serie de negocios específicos, o tipos, que pueden variar en función del criterio empleado, lo que determinará, cuando el criterio venga constituido por la naturaleza y el objeto de la atribución, que uno de esos tipos sea el de negocios (gratuitos) que impliquen una *datio*: a estos, conforme a su etimología (*donis datio*), habrá que calificar como donación. Pero, sobre esta base, señala después SÁNCHEZ-BLANCO que «no hay inconveniente en incluir dentro del concepto de donación, y junto a la *datio* (gratuita) actual, la dación futura, es decir, la obligación de dar asumida a título gratuito» (1952, 801). Dentro de los actos gratuitos, por tanto, solo hay donación cuando hay una atribución patrimonial, con el consiguiente enriquecimiento y empobrecimiento para donatario y donante, pero siendo así que esto puede ser efectivo de forma actual (donación traslativa) o bien tratarse de una dación futura (donación obligacional).

¹³⁹ *Vid.*, en este punto, DIAZ-AMBRONA: 1985, 726-734, aunque interpretándolas no en el sentido de donación obligacional sino en el de promesa de donación.

¹⁴⁰ Suelen citarse, en contra de su posibilidad, dos sentencias, una de ellas muy lejana —6 de junio de 1908—, la otra menos —22 de junio de 1982—. En ninguna de ellas, sin embargo, tal planteamiento fue determinante del sentido en que se resolvió el pleito, pues tales consideraciones eran simples *obiter dicta*. De esta postura negativa discrepa sin embargo la STS de 7 de diciembre de 1948, en la que se afirma expresamente (aunque también sin valor fundamentador del fallo) que «son compatibles los términos obligación y donación, pues esta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario».

¹⁴¹ FERRANDIS: 1960, 330; en el mismo sentido se pronuncia SÁNCHEZ-BLANCO: 1952, 804.

¹⁴² Así lo hace tras constatar la amplitud teórica del concepto de donación, que abarca tanto los casos del *dare* como del *obligare* o del *liberare*. Sin perjuicio de lo cual, CALVO SORIANO admite que «el caso típico que trata de regular el Código es el de donación pura dirigida directamente a la transmisión de cosa», advirtiendo que queda en el Código sin regulación propia y especifica la donación obligacional (a la liberatoria se refiere el 1187 CC) (1946, 450).

¹⁴³ 1946, 471.

¹⁴⁴ CALVO SORIANO: 1946, 468, avanzando así hasta un punto más allá de donde antes vimos; FERRANDIS: 1960, 581, nota 40; también en este sentido parece apuntar GULLÓN: 1968, 72.

¹⁴⁵ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: en sus Notas a ENNECCERUS, 1935, 114; en la misma línea CASTÁN: 1993, 215; y ALBALADEJO: 1982, 107. Estos, entre quienes consideran a la donación como simple título. Pero los sigue también, y es lo que da razón de ser a lo dicho en el texto, PUIG BRUTAU, que ya sabemos que sostiene una concepción de la donación regulada en el Código fundamentalmente transmisiva (1956, 67-68).

¹⁴⁶ FERRANDIS VILELLA (1960, 581-582), quien admite la donación obligacional en el marco del libro IV del Código, con base en los artículos 1088, 1254 y 1274. Y esto es así, no obstante haber afirmado antes FERRANDIS (p. 358) que «ciertamente, al redactar el título II del libro tercero, el legislador parece haber pensado solamente en la donación traslativa, o al menos parece haber pensado en ella de manera predominante».

¹⁴⁷ FERRANDIS: 1960, 601.

¹⁴⁸ FERRANDIS: 1960, 597-599.

¹⁴⁹ Cfr., por cuanto hace al artículo 621, *supra* texto y notas 32-33; en relación con el 629, texto y nota 34; y, para el 632.2, texto y notas 26-27 y 88-93.

¹⁵⁰ No acepta esto ALBALADEJO, que parece abogar por una aplicación directa de esas normas cuando escribe que, «además de quienes creen que donar es transmitir ya, hay quien entiende que en el artículo 618 se contempla la donación que transmite ya (que cabe denominar donación transmisiva o dispositiva o real), pero que aparte, y aunque no esté prevista en ese artículo, por la teoría general de los contratos cabe la donación obligatoria... Yo pienso —dice entonces ALBALADEJO— que tal construcción es una pérdida de tiempo, y que ¿para qué expulsar la donación obligatoria del artículo 618, si luego se la readmite por otra vía? Podrá responderse que entonces esa donación se regiría, no por las normas del artículo 618, sino por las generales de los contratos. Pero cabe replicar que a falta de reglas para una donación, la obligatoria, ¿cómo no serían las adecuadas para aplicársele, antes que otras más generales, las reglas de la donación dispositiva?» (1991, 1573-74).

¹⁵¹ 1978, 353.

¹⁵² Así, PUIG BRUTAU: 1956, 79-80, y ello a pesar incluso de que sus primeras palabras al abordar esta cuestión eran del siguiente tenor: «Está considerada como fundamental la distinción entre donación de bienes muebles y de bienes inmuebles. Sin tratar de disminuir la gran importancia de esta contraposición, creemos que late en su fondo otra distinción de mucho interés: donación efectiva o de presente y promesa de donación. Ambas diferenciaciones han de tenerse en cuenta para comprender los artículos 632 y 633 de nuestro Código civil».

¹⁵³ FERRANDIS, 1960, 593.

¹⁵⁴ Antes de cerrar esta cuestión de la forma, hacemos aquí referencia al planteamiento de SÁNCHEZ-BLANCO (1952, 811-813), quien entiende que la prescrita por los artículos 632 y 633 del Código civil «es una forma *ad solemnitatem* solo en cuanto a la donación traslativa», de manera que «la donación obligacional... se perfeccionará por el mero consentimiento...». Añadiendo (en relación con los bienes inmuebles) que «podría quizá entenderse que la donación obligacional... no requiere la forma [pública notarial, en caso de inmuebles] para su validez, porque ese [negocio] solo se diferencia de otros [negocios] de finalidad traslativa por su causa, que en este caso es gratuita, y en los demás no. Por tanto, si, conforme al artículo 1277, no es necesario expresar la causa en el [negocio] para que [este] sea plenamente eficaz, bastará no expresar la *causa donandi* para que el [negocio] de donación sea válido». «Prestado el consentimiento dispositivo [sin cumplir con las formas exigidas en esas normas] —continúa diciendo el autor—, dicho consentimiento no producirá el desplazamiento del dominio. Pero, ¿vinculará al donante? Entendemos —dice— que sí. No habrá *donación propia* o dispositiva, pero sí un *título eficaz* para producir la obligación de entregar la cosa, y para transmitir el dominio de ella mediante tradición». En resumen, si dicha forma falta, «se producirá una *conversión*, y el acto valdrá como título gratuito susceptible de producir la transmisión mediante el requisito complementario de la tradición. La donación traslativa sin la forma exigida... se convierte, pues, en donación obligacional». A nosotros, sin embargo, no nos convence esta idea de la libertad de forma de las donaciones obligacionales. En primer lugar, y por cuanto hace al argumento *ex* artículo 1277 del Código civil, por la razón que apunta FERRANDIS: «este precepto se limita a consagrar el principio de abstracción procesal de la causa; [por lo que] fácilmente se comprende que no podría obtenerse la sanción de aquella promesa en cuanto el promitente probara la verdadera causa del [negocio]» (1960, 595). Y después, porque los fines que a través del establecimiento de tal exigencia formal pretende el legislador conseguir se dan igual tanto en caso de donación traslativa como de donación obligacional. «Ante la posibilidad de que una persona se vea obligada a dar cumplimiento a una obligación que asumió a título gratuito —dice PUIG BRUTAU—, hay que extremar el rigor de los requisitos que pueden justificar semejante transformación» (1956, 68, nota 9); «la desequilibrada posición en que se encuentran el promitente y el promisorio cuando no existe reciprocidad en el beneficio exige una especial cautela por parte del ordenamiento jurídico a la hora de señalar si tal desequilibrio puede ser tomado en cuenta jurídicamente» (p. 81). Y entonces, habiendo identidad de razón en cuanto a la exigencia de forma, no cabe

otra cosa que convenir en la procedencia de su aplicación también a las donaciones obligacionales. Considérese, así, que aunque en este caso no se trata de una pérdida o disminución inmediata del patrimonio del donante, ese es sin embargo el resultado al que, aunque de un modo mediato, se ve abocado forzosamente quien asume una obligación de dar (a título gratuito). Por eso hay que convenir en la exigencia de los requisitos de forma también para los negocios de donación obligacional. Todas estas razones son las que han determinado la imposición de esos requisitos de forma, y con el máximo rigor (*ad validitatem*), por parte del legislador. Sobre esta base, la refutación de la por SÁNCHEZ-BLANCO pretendida posible conversión de la donación traslativa en obligacional, en caso de que no se den los requisitos de forma establecidos en los artículos 632 y 633 del Código civil, es fácil: como dice FERRANDIS, aquella «presupone la consideración de un negocio nulo que puede ser mantenido como negocio de tipo distinto si contiene los elementos esenciales propios de este último. El argumento solo podría ser aceptado, por lo tanto —concluye entonces este autor—, si se partiera de la idea de que la donación obligacional no requiere ningún requisito de forma, pero no en otro caso» (1960, 595).

¹⁵⁵ Así lo piensa ALBIEZ DOHRMANN (2013, 4715), aunque en un plano teórico, ya que este autor considera que la regulación que nuestro legislador ha establecido en el Código civil no permite la donación obligacional. En sentido contrario ATAZ LÓPEZ, quien considera que «incluso aunque se admita la donación de eficacia meramente obligacional, no parece que esta pueda servir para eludir la prohibición de donar bienes futuros, pues ello sería tanto como habilitar un mecanismo para defraudar la prohibición del artículo 635 del Código civil» (2017, 187).

¹⁵⁶ Apunta esta cuestión VALLET: 1978, 353.

¹⁵⁷ En relación con el artículo 621 del Código civil, ha dicho CALVO SORIANO que esta norma se comprende «por la existencia [en la donación] de declaraciones de voluntad que requieren ser reguladas por los preceptos generales sobre ellas» (1946, 456). Y VALLET, por su parte, ha dicho que, dado que «en el Código civil falta una doctrina general del negocio jurídico y de su subespecie el negocio... de disposición [por] eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraría la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico... más detenidamente regulado en el Código: el contrato...» (1978, 349).

*(Trabajo recibido el 11-7-18 y aceptado
para su publicación el 31-1-19)*

Orden público internacional y reglamento sucesorio europeo

Public policy and European Succession Regulation

por

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

RESUMEN: Este estudio aborda el funcionamiento de la llamada excepción de orden público internacional en relación con las normas de conflicto de leyes recogidas en el Reglamento sucesorio europeo 650/2012. Es este un texto legal complejo diseñado para una sociedad también compleja y fuertemente internacionalizada. El orden público internacional no solo opera como una excepción a las normas de conflicto de leyes, sino que también refleja una naturaleza nacional. Estos elementos hacen que la cláusula de orden público internacional constituya un peligro potencial para el propio Reglamento sucesorio europeo. De hecho, el orden público internacional puede conducir a la aplicación de diferentes leyes al mismo caso. Algunas áreas jurídicas se examinan con este propósito: los contratos de sucesión, las legítimas, las «*family provisions*» características del Derecho inglés, los testamentos conjuntos, los trusts sucesorios y las discriminaciones legales a la hora de heredar, propias de ciertos Derechos de inspiración musulmana. Este trabajo también aborda la distinción entre orden público internacional y normas internacionalmente imperativas (*lois de police*), así como la emergencia de un potencial orden público internacional europeo como un nuevo concepto en el fascinante mundo del Derecho internacional privado.

ABSTRACT: INTERNATIONAL PUBLIC POLICY AND THE EUROPEAN SUCCESSION REGULATION. *This study deals with the operation of the so called public policy exception to the operation of the conflict of laws rules set out in the European succession Regulation 650/2012. This is a complex legal text designed for a complex and internationalized society. Not only is public policy an exception to the standard conflict of law rules, but also it reflects a national nature. These elements make the public policy clause a potential danger to the European Succession Regulation itself. In fact, public policy may lead to the application of different laws to the same case. Some areas of law are examined with this purpose: contracts for succession, legitima portio and forced heirs, the «family provisions» under English Law, joint wills, trusts, death and legal discriminations as governed by some Muslim laws. This paper also deals with the distinction between international public policy and internationally mandatory legal rules as well as the emergence of a potential European Public policy as a new concept in the world of Private International Law.*

PALABRAS CLAVE: Sucesión hereditaria. Orden público internacional. Legítima, espacio europeo de seguridad y justicia.

KEY WORDS: *Succession, public policy. Legitima portio. European area of justice*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO Y NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES: 1. UN TEXTO JURÍDICO COMPLEJO PARA UNA SOCIEDAD COMPLEJA. 2. ENFOQUE CONFLICTUAL DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO. —II. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN ESCENARIO NORMATIVO DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO. ASPECTOS GENERALES: 1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO. 2. CARÁCTER NACIONAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. 3. CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y APRECIACIÓN EN EL CASO CONCRETO. 4. LEYES POTENCIALMENTE CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DEL FORO. 5. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN CASO DE INTERVENCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO. 6. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO ÚNICA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA. 7. DISTINCIÓN ENTRE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (ART. 35 RES) Y APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LA *LEX REI SITAE* PARA LA SUCESIÓN DE DETERMINADAS CATEGORÍAS DE BIENES (ART. 30 RES). 8. OPERATIVIDAD GENERAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN MATERIA SUCESORIA. NORMAS SUCESORIAS, INTERESES PÚBLICOS E INTERESES PRIVADOS. —III. PROYECCIÓN CONCRETA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL SECTOR SUCESORIO: 1. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LEGÍTI-

MAS: A) *Derechos estatales con legítimas y sin legítimas*. B) *El particular caso del Derecho inglés. Las «Family Provisions»*. C) *La regla sobre orden público internacional y legítimas en la Propuesta de Reglamento sucesorio europeo de 2009*. D) *El enfoque general del Reglamento sucesorio europeo en relación con las legítimas*. E) *La interpretación nacional del orden público internacional en relación con las legítimas*. F) *Regulación normativa de las legítimas y orden público internacional en España*. G) *Función notarial y legítimas*. 2. PACTOS SUCESORIOS Y TESTAMENTO MANCOMUNADO. 3. APERTURA DE LA SUCESIÓN. A) *Causas de apertura de la sucesión y aplicación de la Lex Successionis*. B) *Supuestos de muerte civil y apertura de la sucesión en vida del causante*. 4. DELACIÓN DE LA HERENCIA. A) *Aplicación de la Lex Successionis*. B) *Derechos hereditarios diferentes por razón de sexo y discriminación legal contra la mujer*. C) *Hijos no matrimoniales discriminados*. D) *Sujetos sometidos a esclavitud*. E) *Matrimonios poligámicos*. F) *Derechos hereditarios privilegiados en favor de ciertas personas en razón de su nacionalidad*. G) *Derechos hereditarios de los convivientes de hecho y parejas no casadas*. 5. DESHEREDACIÓN E INCAPACIDAD DE SUCEDER POR CAUSA DE INDIGNIDAD. 6. TIPOS DE ACTIVOS TRANSMISIBLES POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. 7. LIMITACIONES LEGALES AL MÁXIMO PATRIMONIO TRANSMISIBLE POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*. 8. DERECHOS ESTATALES QUE ADMITEN LA ACEPTACIÓN *EX LEGE* DE LA HERENCIA. 9. LEGADOS Y DERECHOS DE LOS LEGATARIOS. 10. PARTICIÓN DE LA HERENCIA. 11. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DE TESTAMENTOS. 12. ANULACIÓN DEL TESTAMENTO POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DEL CAUSANTE. 13. CAPACIDAD DEL DISPONENTE PARA OTORGAR UNA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA*. 14. TESTAMENTO POR REPRESENTANTE Y POR COMISARIO. 15. POSIBILIDAD DE UNA SUCESIÓN PARCIAL O TOTALMENTE TESTADA. 16. POSIBILIDAD DEL TESTADOR DE ESTABLECER SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS. 17. CONDICIONES QUE EL TESTADOR PUEDE ESTABLECER A LOS HEREDEROS. 18. ELECCIÓN, POR EL CAUSANTE, DE VARIAS LEYES NACIONALES REGULADORAS DE LA SUCESIÓN. 19. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y CUESTIONES RELATIVAS A LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS: A) *Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias]*. B) *Causas de no aplicación de la Ley designada por el convenio en virtud del orden público internacional*. 20. TRUST SUCESORIO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO Y NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES

1. UN TEXTO JURÍDICO COMPLEJO PARA UNA SOCIEDAD COMPLEJA

1. El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los docu-

mentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, conocido como «Reglamento sucesorio europeo», conforma el escenario central del Derecho internacional privado de la Unión Europea en la regulación de las sucesiones transfronterizas¹.

Tras una procelosa elaboración legislativa, explica de modo ilustrativo y sugerente S. MARINO, dicho Reglamento fue aprobado finalmente el 4 de julio de 2012. Se publicó en el DOUE L 201 de 27 de julio de 2012². Conveniente es recordar que el Reglamento 650/2012 constituye el texto de DIPr europeo más extenso de todos los elaborados por la UE. Consta de ochenta y tres «considerandos» y 84 artículos. Es, explica A. BONOMI, el texto legal relativo a las sucesiones *mortis causa* transfronterizas que presenta una mayor complejidad técnica en toda la Historia del Derecho internacional privado³. Sobre este Reglamento sucesorio europeo la literatura jurídica resulta, en el momento presente, totalmente inabarcable, tanto en lo que se refiere a estudios generales de dicho texto legal como en lo relativo al análisis de cuestiones particulares sucesorias en dicho instrumento jurídico⁴.

2. ENFOQUE CONFLICTUAL DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

2. El Reglamento sucesorio europeo recoge dos normas de conflicto a fin de precisar la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (arts. 21 y 22 RES). De manera muy sintética puede afirmarse que la sucesión *mortis causa* se rige por la Ley nacional del causante si este así lo ha querido y así lo ha manifestado claramente de modo expreso o tácito (*professio juris*) y en defecto de tal elección de Ley, dicha sucesión *mortis causa* queda sujeta a la Ley del país de la última residencia habitual del causante.

3. La determinación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* a través de «normas armonizadas en materia de conflicto de leyes» (Cons. [37] RES) (esto es, mediante normas de conflicto únicas y uniformes válidas y aplicables en los Estados miembro que participan en el Reglamento sucesorio europeo), comporta ventajas indudables. En primer término, como subraya A. RODRÍGUEZ BENOT, el causante puede circular libremente por toda la UE y la Ley aplicable a su sucesión no cambiará de Estado miembro a Estado miembro. El causante conoce en todo momento «cuál será la legislación aplicable a su sucesión» (Cons. [37] RES)⁵. El «cruce de frontera» de Estado miembro a Estado miembro por parte del causante no altera la Ley estatal aplicable a su sucesión. En segundo lugar, litigar en un Estado miembro o en otro Estado miembro no provoca un cambio en la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*. En tercer lugar, la respuesta legal a una cuestión material o sustantiva de carácter sucesorio, no depende ya de cuál sea el Estado miembro cuyos tribunales o autoridades públicas conocen del asunto (Cons. [37] RES).

4. Preciso resulta insistir con el énfasis más sólido en que el Reglamento sucesorio europeo no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembro participantes que regulan la sucesión *mortis causa*. Cada Estado miembro conserva, naturalmente, su Derecho sustantivo en esta materia. En tal sentido, el Cons. [6] RES recuerda que el Reglamento sucesorio europeo tiene en cuenta «los sistemas judiciales de los Estados miembro, incluido el orden público, y las tradiciones nacionales en este ámbito». Este enfoque es válido aunque el Reglamento sucesorio europeo recoja, como recuerdan A. BONOMI / P. WAU-TELET, ciertas normas materiales de DIPr para regular cuestiones sucesorias internacionales, como la conmorienencia (art. 32 RES) y el régimen jurídico de la herencia yacente (art. 33 RES)⁶. Se trata, de todos modos, de cuestiones ancillares y puramente instrumentales que, observa A. DAVÌ, era necesario abordar para que la regulación de los aspectos clásicos de DIPr, —competencia judicial, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones—, fuera eficaz en el contexto de la cooperación civil transfronteriza⁷.

5. En esta línea, el Reglamento sucesorio europeo contiene únicamente «normas de DIPr». En efecto, el Reglamento recoge: (a) Normas que determinan la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembro participantes en el mismo en relación con las sucesiones *mortis causa*; (b) Normas de conflicto que precisan la Ley estatal aplicable al fondo de la sucesión *mortis causa*; (c) Normas sobre reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas por los Estados miembro participantes relativas a sucesiones *mortis causa*.

6. También es necesario tener presente que el Reglamento solo regula las sucesiones *mortis causa* internacionales. No regula ni es aplicable a las sucesiones *mortis causa* que presentan un carácter «nacional» o meramente «interno». Ahora bien, en lo relativo a la regulación del fondo de las sucesiones *mortis causa* internacionales, el Reglamento no emplea normas materiales o sustantivas, esto es, no utiliza «normas materiales especiales de DIPr». El Reglamento solo recoge «normas de conflicto» perfectamente multilaterales. Tales normas de conflicto europeas designan la Ley estatal aplicable a las sucesiones *mortis causa* internacionales.

7. En este escenario de Derecho internacional privado, debe ponerse de relieve que el Reglamento sucesorio europeo ha seguido un enfoque conflictual y multilateral. Ha sido desechada la perspectiva material de la regulación de tales sucesiones mediante normas sustantivas de «Derecho europeo material». Y también descartada ha sido desde el principio la perspectiva unilateral, que defiende la elaboración de normas de extensión (normas unilaterales), normas que marcan el ámbito de aplicación en el espacio de cada normativa sustantiva estatal relativa a las sucesiones *mortis causa* internacionales.

8. Como ha subrayado C.F. NORDMEIER, el Reglamento ha descartado igualmente el enfoque metodológico que afirma que las normas europeas de

conflicto de leyes no son necesarias, porque la resolución dictada por una autoridad de un Estado miembro con arreglo a sus normas de conflicto nacionales, debe ser siempre reconocida y admitida en los demás Estados miembro⁸. Este enfoque sostiene que el Reglamento sucesorio europeo podría haber contenido, exclusivamente, reglas sobre el reconocimiento, en la UE, de situaciones jurídicas y de resoluciones públicas en el sector sucesorio. No hubiera sido necesario unificar las normas de conflicto de leyes en la UE. Sin embargo, esta perspectiva se revela miope y poco efectiva, indica C. HERWEG⁹. En efecto, esta visión, como ilustra de manera inmejorable P. LAGARDE, no permite aprovechar las múltiples ventajas que comporta contar con un *set* de normas de conflicto europeas desde el punto de vista de la seguridad jurídica, eliminación del *Forum Shopping*, claridad legal, certeza del DIPr, estabilidad jurídica de la sucesión *mortis causa* y libre circulación de las personas en la UE (art. 21 TFUE)¹⁰. El Reglamento sucesorio europeo no se queda anclado, pues, es la regulación del reconocimiento de sentencias sucesorias y del Certificado Sucesorio Europeo entre los Estados miembro. Todo lo contrario, las normas de conflicto sucesorias europeas recogidas en el Reglamento constituyen el *prius* necesario para una regulación armónica y completa de la sucesión *mortis causa* en la UE y operan como el corazón que mantiene el pulso narrativo de dicho Reglamento.

9. Las normas de conflicto de leyes sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* pueden conducir a la aplicación de un Derecho extranjero. Dicha aplicación es obligatoria e imperativa sea cual fuere la autoridad que conoce del asunto sucesorio. Pues bien, en dicho contexto surge la cuestión del orden público internacional, esa auténtica cimitarra vengadora, típica del Derecho internacional privado, que permite a los jueces y demás autoridades de un Estado miembro, descartar la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), principios que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país. La gran diversidad sustancial de legislaciones estatales en la regulación de las sucesiones *mortis causa* en el mundo es la semilla de unos fuertes «conflictos de Leyes» en este sector, subrayan J. CARRASCOSA GONZÁLEZ / J. J. MARTÍNEZ NAVARRO¹¹. Esa diversidad de regulaciones jurídicas sucesorias se aprecia, también, entre las legislaciones de los distintos Estados miembro de la UE que participan en el Reglamento sucesorio europeo, según apuntan S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y A. FONT I SEGURA¹².

II. LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN ESCENARIO NORMATIVO DEL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO. ASPECTOS GENERALES.

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL REGLAMENTO SUCESORIO EUROPEO

10. El artículo 35 RES indica que solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley de cualquier Estado designada por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro (*vid.* también Cons. [58] RES). Esta cláusula o excepción de «orden público internacional» (*ordre public* / *Public Policy* / *Vorbehaltsklausel*) es y opera, en todo caso, como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud, como se ha indicado *supra*, se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país¹³. Sabido es, y por ello mayor énfasis no resulta aquí necesario, que el orden público internacional es diferente en su estructura y función, de las llamadas «normas internacionalmente imperativas» o «leyes de policía» y también es diferente, como muy bien explicó G. SPERDUTI, del llamado «orden público interno» o conjunto de normas inderogables para los particulares en sus relaciones jurídicas puramente nacionales o sin elementos extranjeros¹⁴.

11. La razón de la presencia de esta excepción en el Reglamento sucesorio europeo es, recuerda A. WYSOCKA, ampliamente conocida¹⁵. Con ella, el legislador europeo protege los intereses propios del Estado miembro del foro, de su sociedad, del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. Se trata de evitar que la aplicación de una Ley extranjera produzca una «externalidad negativa», esto es, un daño a la regulación jurídica fundamental de la sociedad de dicho Estado y en definitiva, un daño a dicha sociedad (daño social o daño institucional), como explica A. BUCHER¹⁶. El orden público internacional en el sector sucesorio opera con el objetivo de tutelar «la integridad del ordenamiento jurídico», esto es, el «sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad» (SAP Alicante 17 de enero de 2013 [testamento mancomunado otorgado en Alemania])¹⁷. Se protege, no cabe duda, el «sentido de justicia material del foro», en las certeras palabras de A. FONT I SEGURA¹⁸. Por ello, el Cons. [58] RES subraya, con pleno acierto, que el orden público es una excepción cuya existencia responde a «consideraciones de interés público» como de manera inmejorable ilustra P. LOTTI¹⁹.

12. Debe recordarse, con A. MEZGHANI y F. VISCHER, que la presencia del orden público internacional siempre ha sido más relevante en el campo del

Derecho de familia que en sector del Derecho patrimonial²⁰. Y aquí debe tenerse en cuenta, advierte C. CAMPLIGLIO, que el Derecho sucesorio presenta conexiones con el Derecho de Familia, pero es, fundamentalmente, Derecho patrimonial²¹. Se trata, es cierto, de decidir el destino de los activos patrimoniales del causante. Puede existir una sucesión sin familia y una familia sin sucesión.

2. CARÁCTER NACIONAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

13. Para descartar la aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo en virtud de la cláusula de orden público internacional, es preciso que exista incompatibilidad o contradicción, en un caso concreto, entre la aplicación de ciertas disposiciones de la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* designada por el Reglamento sucesorio europeo, por un lado, y los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto, por otro lado. El Reglamento sucesorio europeo, advierte S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, no alude al orden público «de la UE» ni al orden público internacional «europeo» ni al orden público «transnacional»²². Como subraya G. DEBERNARDI, el Reglamento hace referencia, exclusivamente, al orden público internacional «del foro»²³. El orden público, comenta M. FORTEAU, sigue siendo una noción nacional, definido en términos nacionales y desarrolla una función, «nacional»²⁴. Cada Estado miembro dispone de «su» orden público internacional. Por tanto, existe un orden público internacional sucesorio español, que puede ser diferente del orden público internacional alemán, griego, italiano o polaco, en relación con aspectos concretos de la herencia: legítimas, determinación de los herederos, libertad concedida al causante, etc.

14. El orden público internacional del foro solo debe intervenir si la aplicación del Derecho extranjero designado por las normas de conflicto del Reglamento sucesorio europeo produce una vulneración clara y manifiesta de los principios fundamentales del Derecho del foro. En consecuencia, por ejemplo, para que intervenga el orden público internacional «español» es preciso que el supuesto inicialmente sujeto a un Derecho extranjero presente una clara y estrecha vinculación con el Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto, precisa A. FONT I SEGURA²⁵. En caso contrario, es decir, si el supuesto no afecta a la organización jurídica de la sociedad de ese Estado miembro, los principios fundamentales del Derecho de dicho Estado no pueden, *per definitionem*, ser vulnerados por aplicación de un Derecho extranjero, como demuestra el excelente estudio de N. JOUBERT²⁶. En realidad, apunta G. DEBERNARDI, si el caso sucesorio está fuertemente vinculado con un país, todos los particulares implicados, incluido el causante en su momento, esperan ver aplicado el Derecho de dicho país y no el Derecho del foro²⁷. Recurrir a este ordenamiento a través

de la excepción de orden público internacional supone alterar la previsibilidad de la Ley aplicable e irrogar, con ello, altos costes jurídicos a dichos particulares. En otras palabras, en dicho supuesto, el orden público internacional provoca ineficiencia, pues el sujeto que es heredero o legatario según la Ley que rige la herencia, puede ver frustrados, de modo abrupto, expone C. BALDUS, sus derechos patrimoniales en relación con el caudal relicto²⁸. Una lectura económica del orden público internacional, en la línea propuesta por I. LORENTE MARTÍNEZ para el reenvío, comporta la necesidad de restringir de la manera más extrema la posibilidad de intervención del mismo y de confinar su intervención, exclusivamente, a supuestos en los que, de manera clara y evidente, se ven gravemente perjudicados intereses colectivos, generales e institucionales del Estado del foro²⁹. Solo en tal caso, la acción del orden público internacional se revela económicamente eficiente.

Por otra parte, las autoridades que pueden activar esta excepción de orden público internacional son «los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembro», lo que incluirá, en su caso, a los notarios que operan en los Estados miembro.

15. Ahora bien, este «carácter nacional» del orden público «internacional», ese carácter relativo y camaleónico al que alude el clásico trabajo de B. DUTOIT, presenta dos matices importantes³⁰.

En primer lugar, cuando los tribunales que conocen del asunto sucesorio son los tribunales de un Estado miembro, el Derecho de la UE es Derecho vigente en dicho Estado miembro. Por ello, apunta E. RODRÍGUEZ PINEAU, los principios básicos y esenciales del Derecho de la UE son también principios básicos y esenciales del Derecho vigente y aplicable en el Estado miembro «del foro»³¹. Debe recordarse que el artículo 35 RES precisa que solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible «con el orden público del Estado miembro del foro». Esto es, el precepto defiende el «orden público del Estado miembro del foro» y no solo el orden público que se extrae del «Derecho nacional» de cada Estado miembro. En este contexto, advierte A. COLOMBI CIACCHI, el TJUE puede indicar que un principio jurídico de Derecho de la UE es «esencial» y que debe ser protegido a través de la cláusula del orden público internacional del foro³². También podría el TJUE señalar que un principio jurídico propio del Derecho de un Estado miembro no puede integrar su orden público internacional porque es incompatible con la construcción de la UE y/o con la correcta aplicación del Derecho de la UE, como subraya O. FERACI³³.

En segundo término, el Cons. [58] RES recoge un segundo «matiz internacional» que afecta al contenido de la cláusula de orden público internacional de cada Estado miembro. El citado Cons. [58] RES precisa, en efecto, que «...los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción

de orden público para descartar la ley de otro Estado (...), cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». El artículo 21.1 CDFUE 2007 indica que «[s]e prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». El artículo 21.2 CDFUE 2007 indica, igualmente, que «[s]e prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados». De este modo, por ejemplo, los tribunales de un Estado miembro no pueden descartar la aplicación de la Ley de otro Estado en virtud de la cláusula de orden público internacional si dicha Ley extranjera admite los derechos hereditarios de cónyuges o personas del mismo sexo que han sido pareja del causante por el mero hecho de su sexo o de su orientación sexual. Tampoco debería poder ser descartada la aplicación de una Ley estatal que admitiese los derechos hereditarios de sujetos adoptados por parejas del mismo sexo, siempre que se trate de una auténtica adopción, como bien indican A. DAVÌ / A. ZANOBETTI³⁴. Por tanto, cabe afirmar que, en ciertos supuestos, se puede apreciar un enfrentamiento entre el orden público internacional, «europeo» *in statu nascendi* y el orden público internacional concreto «de un Estado miembro». En tal hipótesis, afirman M. STÜRNER y I. THOMA, el Reglamento sucesorio europeo impone el respeto del primero en perjuicio del segundo³⁵.

3. CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y APRECIACIÓN EN EL CASO CONCRETO

16. El orden público internacional presenta siempre un carácter excepcional. Ello también es así en el sector sucesorio, como muestra el estudio de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. AGUILAR GRIEDER³⁶. Es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Este carácter marca la extensión del orden público internacional en la actualidad: debe ser activado, subraya A. SINAY-CYTERMANN, las menos veces posibles, solo para proteger intereses colectivos, públicos, institucionales y generales y por ello todas las técnicas para enfatizar su carácter excepcional son bienvenidas³⁷. En consecuencia, el orden público internacional debe aplicarse e interpretarse siempre de modo restrictivo. Como indica el Cons. [58] RES, la activación del orden público internacional solo procede «[e]n circunstancias excepcionales». El carácter excepcional del orden público internacional en el sector sucesorio se aprecia en varios datos.

En primer lugar, *conditio sine qua non* para la intervención del orden público internacional es que «la aplicación de esas disposiciones [de la Ley extranjera]» y no su contenido material «sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate». Esto es, el juez puede excluir la aplicación de ciertas normas jurídicas extranjeras solo cuando constate que la contradicción *in casu* de la aplicación de la Ley extranjera con los principios básicos del orden público del foro procede tras un «juicio de oportunidad» o «criterio» (*rule of discretion*). Los datos del caso concreto son relevantes. Siempre. Solo opera el orden público internacional en relación con un caso concreto porque, en ese caso concreto, la aplicación de ciertas normas jurídicas extranjeras dañaría los principios jurídicos esenciales del Derecho del foro. En tal sentido, las infracciones del principio de igualdad, uno de los principios fundamentales de los Derechos de los Estados miembro, deben comprobarse tras haber analizado el resultado al que llevaría la aplicación de un Derecho sucesorio extranjero en el caso de especie, como bien destaca G. DEBERNARDI³⁸. Así en el caso de una sucesión regida por la Ley de Marruecos, que otorga más derechos sucesorios al varón que a su hermana mujer por razón de su sexo, el orden público internacional no debe operar si todas las hijas son mujeres o todos los hijos son varones, a pesar del tenor literal del Derecho marroquí, puntualiza P. LAGARDE³⁹. No obstante, existen opiniones discrepantes a este respecto⁴⁰.

En segundo término, la aplicación de esas disposiciones legales extranjeras debe resultar «manifiestamente incompatible» con el orden público del Estado miembro de que se trate. No se puede activar el orden público internacional por el mero hecho de que una cuestión legal sucesoria se regule en un Derecho extranjero de manera distinta a como se regula en el Estado miembro en cuestión. Tampoco puede activarse si la regulación jurídica extranjera es «simplemente contraria» a los principios que conforman el orden público del Estado del foro. Se exige, para la intervención de esta excepción, que la contradicción sea manifiesta (evidente, ineludible, patente, muy clara, notaria, fuerte, inevitable), y no una contradicción solo probable, supuesta, aparente, puramente formal, anecdótica, fugaz o tangencial.

En tercer lugar, esta excepcionalidad del orden público internacional explica también que la «activación» o «puesta en marcha» de esta cláusula de orden público no sea obligatoria. Los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembro disponen de la «posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate». No están obligados a activar esta excepción, solo dispone de la posibilidad de hacerlo. En este sentido, el tribunal debe valorar si merece mayor tutela el interés público que defiende la excepción de orden público internacional o merecen mayor protección legal,

por el contrario, los intereses privados protegidos por la Ley extranjera aplicable a la sucesión *mortis causa*.

En cuarto lugar, cabe, en todo caso, poner en práctica un «orden público parcial». Este consiste en aplicar ciertas disposiciones del Derecho extranjero que no vulneran los principios fundamentales del Derecho del Estado miembro cuyas autoridades conocen del asunto, y en negar solo la aplicación de aquellas concretas disposiciones normativas extranjeras que sí producen efectos que perjudican el orden público internacional del Estado miembro cuyas autoridades conocen del litigio. En este sentido, el Cons. [58] RES alude a la intervención del orden público frente a «*determinadas disposiciones de la ley extranjera*» y no frente a la Ley extranjera considerada en su conjunto o en su globalidad.

4. LEYES POTENCIALMENTE CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DEL FORO

17. El artículo 35 RES no distingue. Cualquier Ley de cualquier Estado, ya sea un Estado miembro o un tercer Estado, designada por el Reglamento para regular una sucesión *mortis causa*, puede provocar efectos contrarios al orden público internacional del foro. En otras palabras, puede afirmarse que las Leyes de los Estados miembro no gozan de un «tratamiento especial» que impida su aplicación al contrato en virtud de la excepción de orden público internacional. Aunque ciertos autores han querido potenciar la idea de que el orden público internacional de un Estado miembro debe operar de modo más liviano, benigno, indulgente, y conciliador frente a las Leyes de otro Estado miembro que frente a las leyes de un tercer Estado, en realidad no existe ninguna razón para sostener esta errónea posición. Como ya se ha avanzado, el artículo 35 RES no distingue entre Leyes de Estados miembro y Leyes de terceros Estados. Y no lo hace porque la realidad ha demostrado que los Estados miembro disponen de normativas dispares e incluso contrarias entre sí, en términos normativos y valorativos, que obligan a activar el orden público del foro.

18. Debe recordarse, en esta línea, el famoso caso *Krombach* (2000). En este caso (STJCE de 28 de marzo de 2000, *Krombach*) se trataba de un procedimiento penal desarrollado en Francia, en el que se negó al procesado, ausente en el proceso seguido en Francia, el derecho a que sus abogados fueran oídos⁴¹. Las Leyes procesales francesas permitían un proceso penal procedimiento en rebeldía, por lo que se dictó sentencia sin permitir que fueran oídos los abogados del Sr. Krombach. Este fue condenado por el tribunal francés (homicidio por imprudencia) a quince años de prisión. Además, la sentencia también condenó en rebeldía al Sr. Krombach a pagar al Sr. Bamberski la cantidad de 350.000 francos. Cuando el Sr. Bamberski solicitó en Alemania la ejecución de la parte civil de la sentencia francesa, el TJUE se negó a ello, ya que estimó, tras cuestión prejudicial, que la ejecución en Alemania de la parte civil de la sentencia

francesa infringía el orden público internacional alemán, pues el demandado Sr. Krombach fue condenado en ausencia y no se permitió que sus abogados fueran oídos. En otras palabras: las leyes procesales francesas se consideraban como Leyes odiosas por Alemania, razón por lo que el orden público internacional alemán, en su vertiente procesal, impidió la efectividad de la sentencia francesa en Alemania. Aunque el caso *Krombach* se dictó en relación a una sentencia francesa y no en aplicación de las Leyes francesas, fácil es colegir, a partir del mismo, que un Estado miembro puede considerar, de modo perfectamente legítimo, que las leyes de otro Estado miembro producen efectos indeseables y que vulneran su orden público internacional. Por tanto, el artículo 35 RES debe proyectarse en relación con leyes de cualquier Estado, miembro o no miembro⁴².

5. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN CASO DE INTERVENCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

19. En esta hipótesis, el artículo 35 RES no señala la concreta Ley estatal que debe aplicarse a la cuestión sucesoria. Se trata de un asunto delicado, explica F. MOSCONI, que afecta a todo el sistema de Derecho internacional privado y que ha provocado el nacimiento de diversas tesis en la doctrina con el objetivo de integrar esta laguna legal⁴³.

20. Una primera línea de solución pasa por afirmar que se debe recurrir al círculo hermenéutico del Reglamento sucesorio europeo. De este modo, si la Ley extranjera contraria al orden público internacional del foro ha sido designada por una norma de conflicto contenida en el Reglamento sucesorio europeo que cuenta con otro punto de conexión subsidiario, cabe dar aplicación al Derecho estatal designado por dicho punto de conexión subsidiario. Así, como precisa A.-L. CALVO CARAVACA, en el caso de que la Ley nacional del causante resultase contraria al orden público internacional (art. 22.1 RES), deberá aplicarse la Ley de su última residencia habitual (art. 21.1 RES), que no tiene por qué ser la *Lex Fori*⁴⁴. En el caso de que esa segunda Ley (Ley de la última residencia habitual del causante) también vulnere el orden público internacional del foro, deberá entonces aplicarse la Ley del Estado que presenta vínculos más estrechos con el supuesto sucesorio mediante un «desarrollo judicial» del artículo 21.2 RES. Este precepto operaría como «cláusula de cierre» para los supuestos en los que la Ley aplicable no puede ser precisada con arreglo a las normas de conflicto generales del Reglamento sucesorio europeo (casos de personas sin nacionalidad y sin residencia habitual), expone J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, y puede ser aplicado por analogía al supuesto de intervención del orden público internacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto⁴⁵.

21. Una segunda línea, por el contrario, consiste en interpretar el silencio del artículo 35 RES como una «laguna explícita» del Reglamento sucesorio europeo

o «silencio elocuente del legislador». En tal caso, podría ser posible aplicar las normas nacionales de cada Estado miembro o el criterio jurisprudencial que se siga en cada Estado miembro en relación con las consecuencias de la intervención del orden público internacional de dicho Estado. Ello conduce, en la mayor parte de los casos, España incluida, a la aplicación de la Ley material del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Esta segunda opción resulta preferible. En efecto, si el Estado del foro rechaza la aplicación de una concreta Ley estatal porque la aplicación de la misma vulnera «su» orden público internacional, parece lógico que, ante el silencio del Reglamento sucesorio europeo, sea la Ley del Estado del foro la que indique qué solución seguir en los casos de intervención del orden público internacional. Solo así quedan definitivamente garantizados los intereses públicos que la *Lex Fori* exige preservar.

6. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO ÚNICA CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA

22. El artículo 35 RES comienza con el adverbio «solo». Ese dato gramatical no es una mera casualidad («[s]olo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro»). Ello significa que, en el contexto del Reglamento sucesorio europeo, la única causa de rechazo de la aplicación de la ley extranjera radica, precisamente, en la defensa de los principios básicos y fundamentales del Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto y que protegen intereses públicos o sociales. Ello, naturalmente, no tiene nada que ver con la imposibilidad de aplicar un Derecho extranjero por falta de prueba de su contenido y vigencia. El Reglamento no regula dicha cuestión, que queda en manos de la normativa nacional de los Estados miembro. En el supuesto de que la Ley extranjera no sea acreditada con arreglo a los *standards* exigidos por el DIPr. nacional del Estado miembro del foro (*vid.* para España, art. 281.2 LEC y art. 33 LCJIMC), no se produce, en realidad, ningún rechazo a la aplicación de dicha Ley extranjera, sino una imposibilidad de aplicación de la misma, que es algo bien diferente, como han indicado A. YBARRA BORES / A. RODRÍGUEZ BENOT⁴⁶.

7. DISTINCIÓN ENTRE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL (ART. 35 RES) Y APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LA *LEX REI SITAE* PARA LA SUCESIÓN DE DETERMINADAS CATEGORÍAS DE BIENES (ART. 30 RES).

23. El artículo 30 RES, cuyas versiones lingüísticas, destaca N.C. BARREDA, no son coincidentes en todos los idiomas oficiales, dispone que «cuando la

ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rija la sucesión»⁴⁷.

24. Este precepto, como es evidente, remite la localización de la sucesión *mortis causa* de estos bienes no a la Ley que rige la entera sucesión *mortis causa*, sino a la Ley del lugar donde se hallan sitos tales bienes (*Lex Situs Rei*). Este artículo 30 RES no constituye una cláusula específica de orden público internacional y no tiene nada que ver con el mismo. Se trata, en realidad, y como expone G. CONTALDI, más que de una norma de conflicto, de una norma habilitante en cuya virtud, la sucesión *mortis causa* de ciertos bienes queda sujeta a la Ley del Estado donde los bienes se encuentran siempre y cuando el Estado donde están situados los bienes disponga de normas imperativas aplicables a la sucesión de estos bienes también en casos internacionales⁴⁸. El artículo 30 RES opera como una excepción a las dos normas de conflicto generales del Reglamento sucesorio europeo (arts. 21 y 22 RES) y por ello debe ser interpretada de modo estricto.

25. Las razones de esta conexión especial descansan en la necesidad de que los Estados miembro conserven la posibilidad de regular el destino patrimonial-sucesorio de ciertos bienes de interés específico situados en su territorio, y ello por razones de planificación general de la economía. El legislador europeo considera que un concreto Estado debe disponer del poder de regular la sucesión de ciertos bienes específicos situados en su territorio sin interferencias por parte de legislaciones extranjeras. Este artículo 30 RES es una manifestación de la soberanía del Estado sobre su territorio. Su conexión con el interés público o general es clara. El Estado asegura, mediante este artículo 30 RES, que su regulación jurídica sobre estas categorías de bienes situados en su territorio se aplicará en todos los casos, internos o internacionales, que se puedan suscitar, cualquiera que sea la Ley que rija la sucesión *mortis causa* a tenor del Reglamento sucesorio europeo.

8. OPERATIVIDAD GENERAL DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN MATERIA SUCESORIA. NORMAS SUCESORIAS, INTERESES PÚBLICOS E INTERESES PRIVADOS

26. Ciertas disposiciones del Derecho extranjero que regulan aspectos sucesorios pueden provocar efectos contrarios al orden público internacional español: discriminaciones hereditarias por razón de sexo, filiación, religión, prohibiciones de disponer por testamento a determinadas personas, vinculación de bienes de los que no se puede disponer por testamento, etc. Y es que en el Derecho suce-

sorio internacional se revelan y toman forma todos los llamados «problemas de aplicación de la norma de conflicto»: calificación, reenvío, sistemas plurilegislativos, prueba del Derecho extranjero, cuestión previa, conflicto móvil, adaptación, y cómo no, el orden público internacional, como muestra el magnífico y exhaustivo curso de A. BONOMI⁴⁹. De todos modos, debe subrayarse que las Leyes sucesorias no son «Leyes políticas» (Leyes dictadas para favorecer al Estado o para proteger la soberanía del mismo). No son Leyes que, por tal razón, deben aplicarse guiadas por criterios de «protección del Estado», como se sostuvo en el pasado por autores como T. GIHL y R. QUADRI⁵⁰. Al Estado, escribía A. ROLIN, le resulta indiferente si el heredero es Pedro y no Federico. Sin embargo, y como no hay regla sin excepción, cuando el Estado puede ser heredero, entonces, naturalmente, al Estado sí que le interesa y sí que le importa saber quién se quedará con los bienes de la sucesión. Y puede reclamar tales bienes con los más sofisticados argumentos jurídicos, incluido el reenvío de retorno, como sucedió en el famosísimo caso *Forgo*⁵¹. La frase del gran jurista francés A. PILLET lo dice todo: el reenvío es «una doctrina inventada por la Administración para asegurar al fisco una herencia disputada»⁵². Sin embargo, en general, como se ha indicado, la regulación de la sucesión *mortis causa* de las personas físicas es un asunto de los particulares en los que los intereses políticos presentan escaso relieve.

III. PROYECCIÓN CONCRETA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL SECTOR SUCESORIO

1. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y LEGÍTIMAS

A) *Derechos estatales con legítimas y sin legítimas*

27. Numerosos Derechos sucesorios reservan ciertos bienes de la herencia o una cuota de la misma (*portio legitima*), a ciertos sujetos. Son los «herederos forzosos». Ahora bien, los Derechos sucesorios de otros Estados no contemplan ninguna legítima en favor de ningún sujeto. Es notorio, expone M. A. CUEVAS DE ALDASORO, el caso del Derecho inglés y el de otros Estados de matriz jurídica anglosajona⁵³. Además, los Derechos estatales que recogen las legítimas de los herederos forzosos, señala A. FUSARO, las admiten en cantidades y proporciones distintas y en favor de sujetos diferentes⁵⁴. En general, los Derechos de los Estados que siguen un sistema legal de *Common Law* no conocen las legítimas (*forced shares*) y son los Estados con ordenamientos jurídicos de *Civil Law* los que sí las admiten y las protegen, en cuantías variables. En palabras de A. VAQUER ALOY, las leyes sucesorias estatales que recogen algún tipo de legítima o reserva en favor de ciertos familiares del causante, constituyen una

abrumadora mayoría en el panorama jurídico mundial⁵⁵. Sin embargo, cierto es también que los Derechos sucesorios de ciertos Estados no contemplan ninguna legítima en favor de ningún sujeto.

28. Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del debate, preñado de matices intelectual y socialmente fascinantes, que cuestiona, *de lege ferenda*, la pervivencia de la legítima. Se considera, en general, y como ilustra X. O'CALLAGHAN, que la legítima es una institución decimonónica que ya no permite ayudar a la construcción de la familia del heredero (este suele tener una edad madura cuando accede a su legítima: los causantes, hoy día, fallecen con una edad muy avanzada), que no fomenta la autoresponsabilidad económica (la legítima no debe potenciar una vida sin trabajar), y que conduce a frecuentísimos litigios judiciales entre familiares, situación realmente indeseable⁵⁶.

B) El particular caso del Derecho inglés. Las «Family Provisions»

29. En Derecho inglés no existen las legítimas entendidas como *pars bonorum* ni tampoco entendidas como *pars hereditatis* ni como *pars valoris bonorum*. El Derecho inglés regula, sin embargo, las llamadas *Family Provisions*. Se trata de una institución legal desconocida en Derecho español y en general, desconocida también en todos los sistemas legales de *Civil Law*⁵⁷. Como muy correctamente explica A. VAQUER ALOY, las *Family Provisions* consisten en la acción que ciertas personas tienen para reclamar al juez que le conceda el pago de una cantidad con cargo a la herencia del causante siempre que: (a) dicha persona no sea ni heredero ni legatario ni en cualquier otro modo beneficiario de la herencia o de parte de ella en una cuantía razonable desde un punto de vista económico, ni por testamento ni por disposición legal en caso de sucesión *ab intestato*; (b) el juez, que dispone al efecto de un muy amplio margen de apreciación tenidas presentes las circunstancias del caso concreto, estime razonable la petición del solicitante. En concreto, el juez valora, a estos efectos, los «recursos y necesidades del solicitante, las obligaciones y responsabilidades del causante, la cuantía y composición de la herencia, la discapacidad del solicitante y de otras personas involucradas, la conducta del solicitante y de otras personas, las razones del causante para no efectuar atribución suficiente y su estado mental»⁵⁸. El juez valora estos elementos para otorgar la *Family Provision* solo en el caso de que el solicitante de la misma no haya visto satisfecho el conocido como «estándar de mantenimiento».

30. La finalidad de la *Family Provision* radica en proporcionar recursos a personas con las que el causante tenía, de una u otra forma, un vínculo moral y que tras el fallecimiento del causante podrían quedar en precaria situación económica (M. ANDERSON)⁵⁹; (c) el solicitante de la *Family Provision* debe ser una de estas personas: el cónyuge del causante, el excónyuge del causante

siempre que haya contraído ulterior matrimonio, la persona ligada al causante por vínculos de afectividad análogos a los del matrimonio, los hijos del fallecido, así como otras personas a las que el causante trató como hijos durante su vida y otras personas que dependían del causante. En realidad, la *Family Provision* se asemeja a una indemnización que surge por una deuda moral del causante y que debe pagarse, en su caso, tras el fallecimiento de este. Por ello, como justamente concluye M. A. CUEVAS DE ALDASORO, no puede ser considerada como una limitación a la libertad de testar ni, por tanto, como una «legítima» en el sentido español o continental del término⁶⁰. Las *family provisions* no persiguen la conservación del patrimonio del causante en manos de los herederos forzosos, que es la función de la legítima de raíz romana. Se trata, más bien del pago de deudas (morales) contraídas por el causante y que debe afrontar la herencia del mismo. Tampoco pueden calificarse, apuntan correctamente A. BONOMI / P. WAUTELET, como «prestaciones de alimentos»⁶¹. Como subraya S. CÁMARA LAPUENTE, «la equivalencia 'funcional' de las family provisions inglesas con la legítima continental no deja de ser muy relativa, pues existen múltiples diferencias con esta»⁶². En definitiva, puede afirmarse que estas *Family Provisions* no constituyen una «legítima» sino una carga o deuda de la herencia frente a un grupo indeterminado de beneficiarios que concretará, en su caso, la autoridad judicial competente.

C) *La regla sobre orden público internacional y legítimas en la Propuesta de Reglamento sucesorio europeo de 2009*

31. La propuesta de Reglamento sucesorio europeo de 2009 recogía una cláusula que negaba la posible intervención del orden público internacional con la excusa de que no respetaba los derechos de los legitimarios recogidos en la *Lex Fori* (art. 27.2 Propuesta 2009: «*l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for*»). Aunque dicha disposición desapareció en el texto final del Reglamento, ello no faculta ahora al operador jurídico para realizar una interpretación *a contrario sensu* y sostener que es posible invocar el orden público para proteger los derechos de los legitimarios tal y como se contienen en la *Lex Fori*. En efecto, esta disposición se ha suprimido, simplemente, por innecesaria, y también porque, subraya C. CAMPIGLIO, podía haber sido sometida a una «*duplice lettura*» que perjudicaba la seguridad jurídica⁶³. Y hay más. Esa disposición, expone A. BONOMI, solo impedía invocar el orden público internacional en ciertos casos, esto es, cuando la cuantía de las legítimas era distinta en la Ley que regulaba la sucesión *mortis causa* y en el Derecho del foro⁶⁴. Podía recurrirse, entonces, al orden

público internacional en el caso, por ejemplo, de que el Derecho estatal elegido no contemplase, en absoluto, derecho alguno para los legitimarios considerados como tales por la *Lex Fori*. Sin embargo, en un ejercicio de claridad jurídica, el texto actual es terminante. El orden público internacional del Estado miembro del foro no puede ser invocado para impedir la aplicación del Derecho nacional elegido por el causante para regular su sucesión *mortis causa* con el argumento de que tal Derecho no regula, no contempla, o lo hace de uno u otro modo, los derechos sucesorios de los legitimarios.

D) El enfoque general del Reglamento sucesorio europeo en relación con las legítimas

32. Aunque el Reglamento sucesorio europeo no regula la sustancia de la sucesión *mortis causa*, sino que se limita a concretar aspectos de Derecho internacional privado, es claro que el texto debilita, en general, los derechos de los legitimarios. Esta directriz de política jurídica orientada a la debilitación de los derechos de los legitimarios se observa en diversos aspectos fácilmente perceptibles en la arquitectura general del texto.

En primer término, la Ley aplicable a los derechos de los legitimarios no se designa a través de una «conexión propia» (no se rigen por su propia y exclusiva Ley estatal reguladora). Se rigen por la Ley que rige la sucesión (*Lex Successionis*). Los derechos de los legitimarios siguen la suerte que les depare la Ley de la sucesión. Los intereses de los miembros de la familia no han merecido, para el legislador europeo, una conexión propia que conduzca a una Ley estatal que salvaguarde su posición jurídica.

En segundo lugar, como expone J. M. FONTANELLAS MORELL, el causante puede elegir su Ley nacional como Ley que rige su sucesión y descartar, así, la aplicación de la Ley de su residencia habitual⁶⁵. Por ello, el causante dispone, en cierta medida, de un «poder de selección» de la Ley aplicable a la sucesión contra el que nada ha dispuesto el legislador europeo. El causante selecciona el «marco legal de su sucesión *mortis causa*» de manera inatacable siempre que, como precisa A. DAVÍ, la elección de la Ley de la sucesión sea una «elección válida» en los términos del Reglamento sucesorio europeo⁶⁶. En tal sentido, el causante puede seleccionar la aplicación de su Ley nacional para perjudicar, directa o indirectamente así, la posición de los presuntos legitimarios tal y como se recoge en la Ley de la residencia habitual del causante, como ha advertido O. FERACI⁶⁷.

En tercer término, el orden público internacional (art. 35 RES), como seguidamente se verá, no puede emplearse, al menos en España, para descartar la aplicación de una Ley estatal que no contempla la existencia de legitimarios ni de patrimonios vinculados o contra una Ley estatal que establece cuotas muy bajas en favor de los legitimarios.

33. Se ha discutido hasta la extenuación si la cláusula de orden público internacional podría intervenir para impedir la aplicación de una *Lex Successionis* que no admite las legítimas de ciertos sujetos y proteger, así, a los legitimarios mediante la aplicación subsidiaria de la Ley del foro. En efecto, el artículo 35 RES indica que solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley de cualquier Estado designada por el Reglamento sucesorio europeo si esa aplicación es «*manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro*». En este punto, diversas cautelas metodológicas resultan convenientes.

Primera. Debe afirmarse que, en general, advierte correctamente P. RODRÍGUEZ MATEOS, el Reglamento sucesorio europeo mantiene un enfoque neutro, pues la existencia o no de legítimas depende, enteramente, de lo que indique la Ley que regula la sucesión determinada con arreglo a los artículos 21 y 22 RES⁶⁸. El Cons. [50] RES indica que los legitimarios y similares están protegidos, exclusivamente, por la «*Ley aplicable a la sucesión*».

Segunda. El legislador europeo, consciente de la existencia de este debate jurídico, no ha introducido ninguna regla o precaución normativa que permita no aplicar las leyes extranjeras que no contemplan las legítimas mediante el recurso al orden público internacional o mediante cualquier otro mecanismo jurídico. Ello se percibe en los siguientes datos.

a) El Reglamento sucesorio europeo no contiene un diseño del orden público internacional específico que autorice, de modo concreto, a no aplicar las leyes extranjeras que no recogen legítimas. Ninguna indicación a este respecto se contiene en el Reglamento sucesorio europeo.

b) Tampoco recoge el reglamento, más allá del orden público internacional, una cláusula de no aplicación directa de las leyes que no contemplan legítimas, como sí contiene el Reglamento Roma III, por ejemplo, en relación con las leyes que no contemplan el divorcio (art. 10 RR-III) según expone J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁶⁹.

c) El Reglamento sucesorio europeo no autoriza a aplicar en ningún caso «leyes de policía» para proteger los derechos de los legitimarios. Como ha destacado S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, el Reglamento sucesorio europeo carece de una cláusula que permite restringir el ámbito de aplicación de la Ley de la sucesión por aplicación de las llamadas «normas de policía del foro»⁷⁰. En consecuencia, como muy bien apunta P. RODRÍGUEZ MATEOS, los Estados miembro no están autorizados a declarar que sus normas sobre legítimas son «leyes de policía» que deben ser aplicadas con preferencia a la Ley de la sucesión⁷¹.

d) El Reglamento sucesorio europeo no permite de modo expreso la activación del orden público internacional contra la aplicación de las leyes extranjeras que no contemplan legítimas. El artículo 35 RES, recuerda G. DEBERNARDI, presenta un alcance general que no menciona para nada las legítimas como

motivo de contrariedad de la Ley sucesoria con el orden público internacional del Estado del foro⁷².

e) El Cons. [54] RES explica por qué ciertos bienes deben seguir reglas especiales de sucesión *mortis causa* que hacen inaplicable la Ley de la sucesión en favor de la Ley del país de situación de los bienes en cuestión. De manera expresa, el citado Considerando indica que «*las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento*» no «*pueden considerarse normas especiales que imponen restricciones sobre la sucesión respecto de esos bienes o que afectan a la misma*».

Tercera. Aceptado lo anterior, precisa G. KHAIRALLAH que parece claro que, en general, el Reglamento sucesorio europeo arranca de una idea general: en principio, el orden público internacional no debe intervenir en los casos en los que la Ley de la sucesión no contempla las legítimas⁷³. Es ese el punto de partida.

E) La interpretación nacional del orden público internacional en relación con las legítimas

34. Debe recordarse, sin embargo, que el orden público internacional del foro es un «concepto nacional» también en el Reglamento sucesorio europeo. Cada Estado miembro dispone de «su propio Derecho sucesorio sustantivo» edificado sobre principios jurídicos que pueden ser bien diferentes los unos de los otros. Por ello, existen diferencias sustanciales y notables de Estado miembro a Estado miembro en la configuración del orden público internacional del foro. En esta línea, cabe distinguir dos situaciones.

35. En ciertos países, como es el caso de Alemania, indica A. BONOMI, podría invocarse el orden público para proteger los derechos de los legitimarios. La razón estriba en que, en Alemania, los derechos de los legitimarios se consideran un reflejo de un principio constitucional: el derecho a la herencia⁷⁴. Así parece establecerlo, recuerda sagazmente A. FONT I SEGURA, la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 19 de abril de 2005⁷⁵. Sin embargo, el enfoque alemán es una excepción en la UE.

36. En la mayor parte de los Estados miembro, España incluida, la regulación jurídica de las legítimas no dispone de regulación constitucional ni opera como elemento fundamental del sistema social y económico. Así, en Italia, debe recordarse, con E. CALÒ, que la *Corte di Cassazione* de dicho país ha hecho referencia al dato de que la Constitución italiana de 1948 no se refiere en ningún momento a la legítima, de modo que el legislador puede cambiar las disposiciones que regulan la legítima en el *codice civile* y alterar la cuantía de

la misma e incluso puede suprimirla si así lo decide el Parlamento⁷⁶. Ello significa que, para el Derecho italiano, la aplicación en Italia de una Ley sucesoria extranjera que no prevea la existencia de legítimas no vulnera el orden público internacional italiano⁷⁷. Idénticas consideraciones se pueden hacer en relación con Francia y con otros países europeos, indica H. HANISCH⁷⁸. En efecto, la sentencia de la Cour de Cassation francesa n. 1005 de 27 de septiembre de 2017 (Première Chambre civile), frente a la aplicación en Francia de la Ley de California, que no conoce legítimas, indica que (i) «*une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels*» y que (ii) «*les parties ne soutiennent pas se trouver dans une situation de précarité économique ou de besoin*». Por lo que la legítima no tiene, según la alta corte francesa, la función de proteger la estabilidad económica y social de la familia, la igualdad de los hijos y la voluntad y la libertad de los herederos. En consecuencia, la legítima no desarrolla una función institucional o social en Derecho francés y no constituye un principio de orden público internacional en Francia⁷⁹.

37. Quizás, como indican F.M. WILKE y A. BONOMI, podría intervenir el orden público internacional solo en los casos en que la Ley que rige la sucesión no contemple ninguna protección económica para ciertos individuos realmente próximos al causante, que, sin tal sustento, podrían quedar, en un caso concreto, en una situación de grave indigencia o exclusión social⁸⁰. Sin embargo, en estos casos de *injustice évidente* (P. LAGARDE), la intervención del orden público internacional no tiene lugar para defender el «sistema de legítimas» recogido en la *Lex Fori* (defensa de una institución jurídica que contribuye a la paz social y a la estabilidad de las relaciones humanas). Interviene para evitar la pobreza extrema y la carencia de recursos económicos básicos de ciertos familiares concretos del causante especialmente necesitados de protección, indica G. DEBERNARDI, con atención al caso concreto⁸¹. El principio integrante del orden público internacional del Estado miembro del foro que opera, en este caso, no es la protección de un sistema de legítimas establecido por un concreto Estado miembro, sino la solidaridad familiar con una persona específica, la cohesión económica de una concreta familia, la ayuda mutua entre miembros de una familia y, en su caso, también el interés del menor e incluso la paz social en la familia. Por tanto, puede afirmarse, como ha explicado P. LAGARDE, que «*l'ordre public ne devrait pouvoir évincer la loi étrangère normalement applicable qu'après un examen sérieux des circonstances de l'espèce*», ya que «*une loi étrangère ignorant la réserve n'est pas a priori contraire à l'ordre public, il faut examiner, cas par cas, si son application aboutit à une situation inacceptable, en laissant par exemple sans ressources des enfants en bas âge ou en cours d'études*»⁸², en este sentido se ha pronunciado, en Francia, la Sent. Cass Francia de 27 de septiembre de 2017⁸³.

38. No obstante, vista la orientación liberal del Reglamento sucesorio europeo, es muy posible que aunque el concepto de orden público internacional es un concepto nacional, el TJUE considere que existe un «límite europeo» al orden público nacional de cada Estado miembro en este punto. Como expone de manera muy rigurosa A. FONT I SEGURA, el TJUE está autorizado para indicar que el respeto de la legítima no debe considerarse un elemento integrante del orden público internacional de un Estado miembro más que en concretos casos de necesidad económica del legitimario⁸⁴.

F) *Regulación normativa de las legítimas y orden público internacional en España*

39. Las reglas legales sustantivas que regulan «reservas patrimoniales», «patrimonios vinculados», «cuotas legitimarias» y similares, no constituyen reglas básicas del orden político y socio económico de un Estado, salvo quizás, como antes se ha apuntado, —y con cautelas—, el caso alemán. En tal sentido, explica P. LAGARDE, se han pronunciado tanto la jurisprudencia suiza (caso *Hirsch c. Cohen* 1976), como la española y la francesa, singularmente representada por la citada sentencia de la cour de cassation de Francia de 27 de septiembre de 2017⁸⁵. La jurisprudencia de terceros Estados, tal y como ha apuntado J.W.MC. KNIGHT, ha considerado, en primer lugar, que las normas que fijan las legítimas en la legislación española no constituyen «normas internacionalmente imperativas», por lo que deben solo observarse en el caso de que la Ley española sea la Ley que rige el fondo de la sucesión *mortis causa*⁸⁶. Y en segundo término, la intervención e interpretación restrictiva de esta cláusula de orden público internacional impide recurrir a la misma en estos casos de defensa de los derechos de los particulares presuntos legitimarios. En efecto, en estos supuestos no son ni la sociedad ni el Estado los que están en grave peligro de frente a la aplicación de una Ley extranjera que no contempla la existencia de legitimarios.

40. En consecuencia, el orden público internacional español no debe intervenir para rechazar la aplicación de Leyes que no prevean la legítima o similar o que la regulen de modo poco generoso. La regla primera para la determinación de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* (posibilidad de elección de la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*) debe ser interpretada de manera expansiva, pues solo así se asegura la correcta implementación de la libre circulación de personas. Libre circulación que constituye un derecho subjetivo básico de los ciudadanos de la UE (art. 21 TFUE) y un verdadero *élan vital* del reglamento. Cuando un sujeto dispone de un derecho de libre elección de Ley en la legislación del país cuya nacionalidad ostenta y lo ejerce, no puede presumirse ni afirmarse sin más que el ejercicio de tal derecho sea «abusivo» o «fraudulento». El ciudadano que ejerce su derecho no abusa de él (*qui jure suo utitur neminem*

laedit), como dejó escrito PAULO (Digesto 50, 17, 151) y tenía razón. El causante que en virtud del artículo 22.1 RES elige su Ley nacional para que esta regule su sucesión *mortis causa* no abusa del sistema legal ni de su derecho. Se limita a ejercerlo. Si la ley de la residencia habitual del causante (art. 21.1 RES) o la Ley elegida por este (art. 22 RES) no contempla las legítimas o lo hace de modo distinto a como se contemplan en el Derecho del foro, ello, *a priori*, no debe ser considerado contrario al orden público internacional de dicho Estado.

41. La aplicación en España de una Ley sucesoria extranjera que no conoce la legítima (como el Derecho inglés, que no conoce las legítimas, tal y como también sucede en el Derecho de la mayor parte de los *States* norteamericanos) o que establece cuotas escasas como legítima o cuotas diferentes de legítimas respecto de las recogidas en el Derecho civil común español, no vulnera el orden público internacional español. Con una alta probabilidad, según se ha indicado antes, tampoco vulnera el orden público internacional de los demás Estados miembro (P. LAGARDE)⁸⁷. En este sentido, dos argumentos pueden resultar pertinentes.

En primer lugar, en la actualidad, debe recordarse que no existe la legítima en ciertos Derechos civiles autonómicos españoles (Navarra, Derecho vasco de la tierra de Ayala) y que las legítimas son de 4/5 de los bienes hereditarios en el Infanzonado, Llodio y Aramayona, de 1/2 en Aragón y de 1/4 en Cataluña. En España, el TS se ha pronunciado de manera terminante en tal sentido y ha declarado que la aplicación de una Ley sucesoria extranjera que no contempla las legítimas o las regula de manera distinta a como lo hace el Código civil español no vulnera el orden público internacional español (STS de 13 de octubre de 2005 [legítimas o «reservas» determinadas con arreglo a la Ley italiana, distintas a las legítimas recogidas en el Código civil español]; STS de 15 de noviembre de 1996 [Ley de Maryland, que no contempla legítima alguna]; STS de 21 de mayo de 1999 [Ley inglesa, que no contempla legítima alguna]; igualmente, SAP Málaga de 13 de marzo de 2002, SAP Alicante de 27 de febrero de 2004, SAP Tarragona de 13 de mayo de 2004, SAP Granada de 19 de julio de 2004; en contra, injustificadamente, de forma minoritaria y aislada y con doctrina superada por el mismo TS: STS de 23 de octubre de 1992)⁸⁸.

En segundo lugar, cabe recordar que las normas que regulan, en el Código civil español, el sistema y la cuantía de las legítimas, así como las personas con derecho a ellas, son normas diseñadas para supuestos meramente internos o «enteramente nacionales». En consecuencia, no se aplican a casos «internacionales» regidos por una Ley extranjera por mandato del Reglamento sucesorio europeo.

G) *Función notarial y legítimas*

42. Para los notarios que operan en la UE continental *mos latinus*, la aplicación de una Ley extranjera que admite la total libertad de testar sin

sujeción a legítimas constituye una cierta pérdida de mercado en la redacción de testamentos y demás documentos sucesorios. En efecto, si la *Lex Successionis* no establece legítimas en favor de ciertos sujetos, los notarios ya no tienen por qué vigilar el respeto del testamento y de la escritura particional a las legítimas. Ello impulsará la redacción de testamentos privados o preparados por abogados u otros expertos jurídicos. Este dato explica por qué los notarios franceses preguntaron al Ministerio de Justicia galo si las legítimas contempladas por el Derecho francés formaban parte del orden público internacional francés. El Ministerio de Justicia francés no respondió a la pregunta (A. DEVAUX)⁸⁹. Una respuesta negativa era más que probable, pero en ocasiones, los silencios son respuestas muy expresivas, son silencios elocuentes.

2. PACTOS SUCESORIOS Y TESTAMENTO MANCOMUNADO

43. Ciertos Derechos de determinados Estados miembro de la UE son muy reacios a la admisión de los pactos sucesorios, un modo complejo de articular la sucesión perfectamente descrito, en España, por I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ y A. FONT I SEGURA⁹⁰. Pues bien, como advierte P. KINDLER, la regulación normativa contenida en el Reglamento sucesorio europeo sobre dichos pactos, muy favorable a proteger la validez y eficacia de los mismos, significa que el legislador europeo ha impuesto una aceptación global de esta figura jurídica a nivel europeo, esto es, para todos los Estados miembro incluidos aquellos que no contemplan la sucesión contractual / pactos sucesorios en sus leyes⁹¹. En tal sentido, debe señalarse, con F. VISMARA, que el orden público internacional de un concreto Estado miembro no podrá intervenir contra la aplicación de las leyes extranjeras que admiten y regulan los pactos sucesorios⁹². En el caso español, era ya clarísimo bajo el artículo 9.8 del Código civil que la aplicación en España de una Ley extranjera que admite los pactos sucesorios, nombrados por el mismo precepto, no podía resultar, *per se*, contraria al orden público internacional español, como indica B. AÑOVEROS TERRADAS⁹³.

44. Por lo que se refiere al testamento mancomunado, debe subrayarse que la posibilidad de testar en mancomún es admitida por ciertos Derechos civiles autonómicos españoles. Por ello, no puede invocarse la excepción de orden público internacional español para evitar la aplicación en España de una Ley extranjera que admita estos testamentos mancomunados. La norma extranjera que impide revocar unilateralmente un testamento mancomunado tampoco vulnera el orden público internacional español, pues esta previsión legal se contempla en el Derecho de Aragón, Cataluña y Navarra (SAP Alicante de 17 de enero de 2013 [testamento mancomunado otorgado en Alemania])⁹⁴.

3. APERTURA DE LA SUCESIÓN

A) *Causas de apertura de la sucesión y aplicación de la Lex Successionis*

45. La *Lex Successionis* indica la relación de causas por las que se abre la sucesión y el momento temporal en el que se entiende abierta tal sucesión. La sucesión es, en sí misma un «conjunto normativo» que debe quedar sujeto a una misma Ley estatal por muchos que sean los contactos del caso concreto con diversos Estados, expone Y. LEQUETTE⁹⁵. La dicción del artículo 23.2.a RES está tomada literalmente del artículo 80.1 del Código belga de DIPr. 2004, como ha señalado M. REVILLARD⁹⁶.

Ahora bien, fijada la lista de causas de apertura de la sucesión por la *Lex Successionis*, el régimen jurídico de cada una de esas causas puede quedar sujeto, explican D. HENRICH y E. JAYME / H. HAACK, a otras Leyes estatales⁹⁷. El fallecimiento del sujeto y la posible extinción de su personalidad se rigen, en DIPr. español, por la Ley nacional del mismo, pues se trata de circunstancias que afectan a la misma personalidad del causante, y en último extremo, afectan al estado civil del mismo (art. 9.1 CC). El artículo 1.2.a RES excluye del ámbito material del Reglamento sucesorio europeo la cuestión del «estado civil de las personas físicas». Por tanto, las autoridades españolas aplican a la cuestión de saber si el sujeto ha fallecido, la Ley nacional del causante, como así dispone el artículo 9.1 del Código civil.

La declaración de fallecimiento del causante afecta igualmente al estado civil del mismo y es una cuestión excluida del Reglamento sucesorio europeo (art. 1.2.1 RES), como apunta nuevamente M. REVILLARD⁹⁸. La declaración de fallecimiento del causante se regula por la Ley nacional de tal sujeto (art. 9.1 CC), pues afecta a su capacidad y estado civil. La declaración de fallecimiento de un extranjero pronunciada por autoridad extranjera puede ser reconocida incidentalmente por la autoridad española, pues se trata de un acto extranjero de jurisdicción voluntaria (art. 12.1 LJV / art. 59 RES, según los casos). Problemas agudos se suscitan si el causante dado por fallecido regresa vivo, que todo es posible, como sucedió en el caso de la pareja de la actriz y cantante australiana Olivia NEWTON-JOHN⁹⁹. En tal supuesto, es la Ley personal del sujeto (art. 9.1 CC) la que indicará los efectos jurídicos del «regreso» del causante, lo que incluye, también, los efectos legales de tal regreso sobre los bienes sucesorios que han pasado ya a ser propiedad de otras personas. Ahora bien, la Ley del lugar donde los bienes se encuentran (*Lex Rei Sitae*) es aplicable para oponerse a la restitución de los bienes al inadecuadamente declarado fallecido (*Lex Situs* como límite a la *Lex Patriae*). Esta solución permite salvaguardar la buena fe de los particulares y la confianza de estos en la posición jurídica que les concede la Ley del país donde se hallan las cosas. La *Lex Successionis* nada tiene que decir en relación a esta cuestión, expone M. REVILLARD, pues se trata de

un aspecto que debe ser calificado como atinente a los derechos reales sobre bienes concretos. Por tal motivo, es aplicable el artículo 10.1 del Código civil y a través del mismo, la Ley del país de situación de los bienes en cuestión¹⁰⁰. Para la conmorienencia, el Reglamento cuenta con una regla particular en la que la incidencia del orden público internacional no debe ser relevante.

B) Supuestos de muerte civil y apertura de la sucesión en vida del causante.

46. En realidad, la sucesión *mortis causa* solo se abrirá en los casos de muerte física o declaración de fallecimiento del causante (*viventis no datur hereditas*). Cualquier otro motivo de apertura de la sucesión recogido en la *Lex Successionis*, observa H.G. PAULI, debe ser considerado contrario al orden público internacional español (art. 35 RES)¹⁰¹. Por tanto, en tales casos, dicha *Lex Successionis* extranjera resultará inaplicable en España. En efecto, no se aplicará en España una Ley extranjera que permita abrir la sucesión en virtud de cualquiera de estas causas: (a) Muerte civil del causante, sea cual fuere la causa que la provocare, como por ejemplo, un cambio de religión del sujeto o la apostasía del Islam por parte del causante, como sucede en Derecho afgano (*radd - irtidád*), o muerte civil derivada de la condena a muerte del sujeto, de su abandono del país por motivos políticos, o de otras causas similares recogidas en la *Lex Successionis*; (b) Entrada del sujeto en una orden religiosa o monástica, que en ciertos Derechos del pasado determinaba la carencia de ciertos derechos civiles de la persona en cuestión¹⁰².

4. DELACIÓN DE LA HERENCIA

A) Aplicación de la Lex Successionis

47. El llamamiento que la Ley sucesoria hace en favor de diferentes personas para que acepten o repudien la herencia se denomina «delación de la herencia»: «*delata hereditas intellegitur quam quis possit adeundo consequi*» (Digesto 50, 16, 151). La delación es, pues, el «ofrecimiento de la herencia». La delación de la herencia se rige por la *Lex Successionis* (art. 23 RES). El Cons. [47] RES explica que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el término «*beneficiarios*» (de la herencia) comprende a los herederos y legatarios, así como a los legitimarios, aunque, por ejemplo, la posición jurídica de los legatarios no sea la misma en todos los sistemas jurídicos. En efecto, en algunos ordenamientos jurídicos el legatario puede recibir una participación directa en la herencia, como ocurre en Derecho francés o polaco («*legatum per vindicationem*» / «*Vindikationslegats*»), mientras que en otros sistemas jurídi-

cos el legatario solo adquiere un derecho de reclamación contra los herederos, como sucede en el Derecho alemán, tal y como explica con todo rigor J.-P. SCHMIDT¹⁰³. La *Lex Successionis* regula, pues, la relación de las personas que disponen de derechos sucesorios, sus llamamientos por cabezas o estirpes, y sus correspondientes cuotas hereditarias (*legitima hereditas tantum proximo deferitur*). Naturalmente, si la *Lex Successionis* es una Ley extranjera, las legítimas a observar, en su caso, son las recogidas en tal *Lex Successionis*. En dicho caso, el Derecho sucesorio español es inaplicable a la cuestión (*vid.* bajo el art. 9.8 CC: STS de 13 de octubre de 2005 [legítimas o «reservas» determinadas con arreglo a la Ley italiana, distintas a las legítimas recogidas en el Código civil español]). En tanto en cuanto afectan a los beneficiarios, señala correctamente C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, la preterición, el derecho de representación y el derecho de acrecer se rigen también por la Ley de la sucesión¹⁰⁴.

48. En relación con la delación de la delación de la herencia, el ámbito operativo del orden público internacional es amplio. Diversas observaciones y puntualizaciones resultan necesarias al respecto.

B) Derechos hereditarios diferentes por razón de sexo y discriminación legal contra la mujer

49. Vulnera el orden público internacional español (art. 35 RES), y por tanto, no podrá aplicarse en España, una Ley extranjera cuya aplicación excluye de la delación hereditaria a ciertos sujetos por razones discriminatorias o que, por tales razones les atribuyen menos derechos hereditarios. Se trata de Leyes extranjeras que otorgan un trato inferior a ciertos herederos por razones de su religión, ideología, creencia, raza, sexo, etc., como con toda corrección expone A. DEVAUX¹⁰⁵. Numerosas Leyes de inspiración coránica contienen e implementan disposiciones legales discriminatorias contra la mujer y contra el no musulmán, como ha sido expuesto en numerosos estudios específicos¹⁰⁶. Son las «*discriminations successorales*», muy bien analizadas por G. DEBERNARDI¹⁰⁷.

50. El artículo 14 CEDH 1950 recoge el principio fundamental de no discriminación legal por estas circunstancias, principio que sustenta todo el Derecho Privado español (forma parte de la estructura básica del Derecho Privado español). Por ello, debe considerarse que se trata de un principio constitutivo del orden público internacional español. Se convierte así dicho principio de igualdad entre las personas y no discriminación en una «clave internacional del orden público internacional», según la célebre expresión acuñada por P. SCHOLZ¹⁰⁸.

51. Así, el artículo 332 de la *Moudawwana* marroquí de 3 de febrero de 2004 dispone que «no hay herencia entre un musulmán y un no musulmán ni entre la persona a quien la ley islámica niegue su filiación». El artículo 351 de la *Moudawwana* marroquí indica que en casos de herederos agnaticios, «la

herencia se repartirá entre ellos [los herederos agnaticios] recibiendo el varón una parte igual a la de dos mujeres». No obstante, este último supuesto debe observarse con cautela, visto el artículo 949 del Código civil: «*Si concurrieren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquellos tomarán doble porción que estos en la herencia*». Debe recordarse, en esta línea, que en ciertos Derechos de inspiración islámica, como muestra A.K. PATTAR, las mujeres heredan la mitad que los varones por razón de su sexo (Sent. Trib. Alger 3 de febrero de 1922, Sent. Trib. Blois 30 de noviembre de 1925), los sujetos infieles, no musulmanes (*Kaffir*), no pueden heredar (Sent. Cass Francia de 17 de noviembre de 1964), y los hijos extramatrimoniales, tampoco, según explica autorizada doctrina (F. BOULANGER, S. ALDEEB / A. BONOMI), y que los bienes de los causantes apóstatas del Islam pasan necesariamente a sus herederos musulmanes y en su defecto, al Estado (Kuwait, Egipto)¹⁰⁹. Del mismo modo, el artículo 907 del Código civil de la República Islámica de Irán indica que el hijo varón del causante recibe el doble que la hija por razón de su sexo («*la herencia se dividirá de la siguiente manera:...si hay varios niños, algunos son hijos e hijas algunos cada hijo toma el doble que cada hija*»).

52. Todas estas Leyes son inaplicables en España *ex* artículo 35 RES, siempre, naturalmente, que el caso aparezca vinculado suficientemente con España. En este sentido, la RDGRN de 20 de julio de 2016 [aceptación y adjudicación de la herencia y nacional iraní] indica que la Ley iraní que establece que el hijo varón del causante recibe el doble de la herencia que la hija por razón de su sexo es inaplicable en España, ya que vulnera el orden público internacional español¹¹⁰. En torno a esta importante resolución cabe anotar ciertos datos.

En primer lugar, esta contrariedad con el orden público internacional español se produce porque la aplicación en España de dichas disposiciones legales extranjeras discriminatorias dañaría la estructura básica del Derecho Privado español, en la cual ocupan lugar destacado los derechos fundamentales de las personas. La no discriminación por razón de sexo es un principio de máxima importancia en la ordenación de la sociedad española, recogido en los convenios internacionales firmados por España y de capital importancia en el Derecho Privado español.

En segundo lugar, en Derecho español, los particulares no pueden renunciar a sus derechos fundamentales. El derecho a no ser discriminado por razón de sexo es irrenunciable. Por tanto, la aplicación de una Ley extranjera sustentada en dicho criterio discriminatorio comportaría que la herencia se debe distribuir en España con arreglo a criterios inconstitucionales y lesivos de los derechos fundamentales. No es lo mismo renunciar a la herencia, vender o donar parte o toda una herencia por voluntad propia, que aceptar y permitir la aplicación de una Ley extranjera que, de modo imperativo, concede a la hija del causante la mitad de derechos hereditarios que al hijo del mismo por el solo hecho de ser mujer. En suma, aceptar la aplicación en España de la Ley iraní en este punto

supondría distribuir la herencia con arreglo a criterios discriminatorios contrarios a la Constitución, criterios a los que no puede renunciar una persona. Indica la DGRN: *«La aceptación por la hija discriminada en el otorgamiento del título que se califica, de la adjudicación de la herencia realizada conforme a los criterios discriminatorios que informan la declaración de herederos no subsana la adjudicación de la herencia ni valida el título inscribible en la medida que la adjudicación se realiza en virtud de criterios legales contrarios al orden público internacional y por tanto, inaplicables en España»*.

En tercer término, la hija del causante, si desea recibir la mitad de la herencia de su padre en beneficio de su hermano debe proceder a la renuncia total o parcial de dicha herencia o puede, una vez aceptada la herencia, vender o donar a su hermano la parte que no desee recibir.

53. Estas discriminaciones en los llamamientos a la herencia deben examinarse con máxima prudencia, pues, como expone S. TONOLO, en ciertos ordenamientos jurídicos extranjeros, la mujer, por ejemplo, percibe menos haberes como «herencia» pero dispone de ciertas prestaciones económicas que le deben satisfacer los herederos¹¹¹. En tal caso, no existe, en realidad, ninguna discriminación, sino un «modo distinto de organización familiar» (sentencia Cour Cassation Francia de 4 de mayo de 1980), según señala J. S. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ¹¹². Ahora bien: calma. Tampoco se puede afirmar que no existe discriminación, por ejemplo, en perjuicio de la mujer que hereda menos que su hermano varón, por la razón de que tendrá un derecho de alimentos contra dicho hermano y que, por tanto no existe, de hecho, discriminación.

En primer lugar, esa afirmación puede no ser cierta. Para que no exista «discriminación de hecho» debido a que la mujer dispone de un crédito o derecho contra otra persona que reequilibra su posición hereditaria, es preciso que la Ley estatal reguladora de la sucesión (que discrimina a la mujer) sea la misma que regula su crédito o derecho que reequilibra su posición jurídica. Pues bien, mientras que la primera cuestión queda sujeta a la Ley sucesoria (art. 23 RES), la segunda bien puede quedar sujeta a otra Ley bien distinta, que es la Ley estatal que regula el derecho de alimentos, puesto que dicha Ley se precisa con arreglo al Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 y no con arreglo al Reglamento sucesorio europeo¹¹³. Por tanto eso no siempre será así, porque las normas de conflicto que señalan la Ley aplicable a la sucesión y a la obligación de alimentos son diferentes y pueden no conducir a la misma ley estatal.

En segundo lugar, habría que acreditar que el crédito o derecho que la mujer obtiene es materialmente equivalente al derecho hereditario del que carece en beneficio de otras personas, lo que no siempre sucederá. Por tanto, mientras estas dos circunstancias no queden acreditadas, debe estimarse que la aplicación de una Ley sucesoria que discrimina a la mujer al concederle la mitad de derechos hereditarios que a un varón, por razón de su sexo,

vulnera el orden público internacional español y no es aplicable en España (art. 35 RES).

C) *Hijos no matrimoniales discriminados*

54. Especial mención merece el caso de la no aplicación a la sucesión *mortis causa* de una *Lex Successionis* que impide heredar a los hijos no matrimoniales por el mero hecho de ser tales (*vid.* Sent. TEDH de 1 de febrero de 2000, *Mazurek vs. France*, y sent. TEDH de 7 de febrero de 2013, *Fabris vs. France*)¹¹⁴. En este caso, la intervención del orden público internacional de los Estados miembro es clara. Se vulnera una directriz fundamental de ordenación de la sociedad, la igualdad de los hijos ante la Ley. Ello clama por la intervención del orden público internacional del foro.

D) *Sujetos sometidos a esclavitud*

55. Es contraria al orden público internacional español la aplicación en España de una Ley extranjera que impide heredar a un sujeto sometido a esclavitud. No son casos puramente teóricos o exclusivamente históricos: STEDH, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2005, *Siliadin vs. Francia* [esclavitud de ciudadana togolesa en Francia] y Sent. Cour Cass. Francia de 10 de mayo de 2006 [mujer sometida a contrato de *esclavage domestique* celebrado entre su familia y sujeto británico con residencia en Nigeria])¹¹⁵. Dicha Ley extranjera vulnera la dignidad de la persona, recogida en el artículo 10 de la Constitución española como un «*fundamento del orden político y de la paz social*».

E) *Matrimonios poligámicos*

56. En los casos de matrimonios poligámicos, y en el contexto del Derecho sucesorio europeo, el orden público internacional español debe intervenir de modo «atenuado». De tal modo, precisa P. LAGARDE, se protege la validez transfronteriza de situaciones legales creadas legalmente en el extranjero y no se dañan los principios jurídicos, sociales y económicos fundamentales sobre los que está construida la sociedad española¹¹⁶.

Significa ello que el matrimonio poligámico del causante no será considerado «válido» en España, pero la esposa superviviente podrá reclamar su parte en la herencia a título de cónyuge del fallecido ante los tribunales españoles (*vid.* STS CA de 24 de enero de 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas], así como STSJ Madrid CA de 15 de marzo de 2018 [poligamia])¹¹⁷. Esta tesis

tiene un origen teórico alemán en los escritos de L. V. BAR y una consagración francesa en la sent. Cass. Francia de 28 de febrero de 1860, *Bulkley* más tarde, en muy famosa la Sent. Cass. Francia de 17 de abril de 1953, *Rivière*¹¹⁸.

La jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva con esta teoría, como explican J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. FERNÁNDEZ ROZAS¹¹⁹. En particular, en lo relativo a los matrimonios poligámicos: los efectos nucleares de tales matrimonios no se admiten en España, pero sí se admiten los efectos jurídicos que tales matrimonios, legalmente celebrados en país extranjero, pueden producir, en España, en relación con otros aspectos, como filiación, alimentos, sucesiones, pensiones de viudedad a pagar por la seguridad social española, etc. (STS CA 24 de enero de 2018 [soldado marroquí y pensión para dos esposas]; STS de 21 de diciembre de 1963, STS de 13 de marzo de 1969, STS de 12 de junio de 1969, RDGRN de 3 de diciembre de 1996, RDGRN [3.^a] de 20 de febrero de 1997, RDGRN de 10 de octubre de 2005, RDGRN de 28 de enero de 2006)¹²⁰. La aceptación de este orden público internacional atenuado comporta varias consecuencias de envergadura.

57. En primer término, los hijos del causante y de la segunda o ulteriores esposas deben ser considerados «matrimoniales» a efectos de la sucesión y respecto de ellos deben operar las presunciones de paternidad a efectos de determinar la cuestión previa de filiación que puede ser necesario acreditar antes de proceder a la aplicación de la *Lex Successionis*.

58. En segundo lugar, si concurren diversas esposas a la sucesión, estas deben percibir su parte correspondiente con arreglo a la *Lex Successionis*. Si la *Lex Successionis* es la Ley sustantiva española, la solución más adecuada es que las esposas se repartan el usufructo viual en cuotas iguales, como enseña acreditada doctrina (M. REVILLARD, F. SAUVAGE, P. LAGARDE)¹²¹. Es el llamado «sistema del reparto» (*système de la répartition*), seguido en Francia (Sent. Cour Cass. Francia de 3 de enero de 1980)¹²². La validez del matrimonio a efectos sucesorios se rige por las Leyes a las que remite el artículo 9.1 y 49-50 del Código civil.

F) Derechos hereditarios privilegiados en favor de ciertas personas en razón de su nacionalidad

59. En el caso de una sucesión regida por Leyes extranjeras que admitan una sucesión discriminatoria en favor de sus nacionales, el orden público internacional español debe intervenir. Era el caso, hasta momentos bien recientes, de una sucesión regida por el Derecho francés, que admitió durante años, un «*droit de prélèvement*» (Ley de 14 de julio de 1819) en cuya virtud los herederos franceses recibían un tratamiento de favor en relación con los bienes sucesorios situados en Francia, para compensar las pérdidas que puedan haber sufrido

en relación con bienes sitos en otros países y cuya sucesión se regía por una Ley no francesa. Como ha analizado en profundidad S. TONOLO, el *Conseil constitutionnelle* de Francia ha declarado contraria a la Constitución francesa este «*droit de prélèvement*» que favorecía al heredero francés por razón de su nacionalidad francesa (Decisión de 5 de agosto de 2011)¹²³. Debe recordarse que el nacionalista «derecho de aubana» (*ius albinagii-droit d'aubain*) (que consistía en una prohibición para los extranjeros de disponer por testamento y el correlativo paso de sus propiedades al Estado donde estas se encontraban), no se recogía en los Fueros medievales españoles, y según parece, fue ya eliminado por el Rey Alfonso X. El Fuero Real admitió, ya en el siglo XIII, el testamento de los extranjeros. Por el contrario, en Francia este derecho de aubana (cuyo nombre deriva de la expresión latina *alibi natus*, «nacido en otro lugar») fue abolido por el artículo 2 de la ley de 14 de julio de 1819 pero se introdujo en su lugar el antes mencionado derecho de deducción-retención (*droit de prélèvement*) que beneficiaba al coheredero francés en perjuicio del coheredero extranjero.

G) *Derechos hereditarios de los convivientes de hecho y parejas no casadas*

60. Los convivientes *more uxorio*, parejas de hecho y parejas registradas, del mismo o diferente sexo, son llamados a la sucesión solo en el caso de que así lo indique la *Lex Successionis*. En este punto, las diferentes Leyes estatales, recuerda M. REVILLARD, siguen criterios muy dispares¹²⁴. Algunos ejemplos lo demuestran. En Francia, los convivientes de hecho y los convivientes que han registrado un PACs, no disponen de derechos hereditarios, aunque en mayo de 2013 el legislador galo introdujo los matrimonios entre personas del mismo sexo en su legislación. En Israel, estas parejas disponen de derechos muy similares a los del cónyuge supérstite. En otro grupo numeroso de países, los convivientes disponen de derechos sucesorios variables pero significativos (New Hampshire, Venezuela, Méjico, Suecia, Guatemala, Bolivia, Brasil, Eslovenia, Croacia, Bosnia, Serbia, Ontario, Australia del Oeste y del Sur, Nueva Zelanda, etc.). En otros países, la Ley nada dispone al respecto, como sucede en el Derecho civil común español. Por otro lado, los diferentes Derechos estatales que favorecen los derechos hereditarios de los convivientes supérstites lo hacen de manera variable. Algunos Derechos establecen una pensión. Otros, un usufructo y otros, la plena propiedad sobre ciertos bienes.

61. La Ley extranjera que concede derechos sucesorios al conviviente supérstite del causante no puede ser considerada contraria al orden público internacional español (art. 35 RES) y se aplicará sin problemas en España. Más allá del caso español, si la *Lex Fori* no admite derechos sucesorios de los sujetos convivientes de hecho porque no admite estas uniones de pareja no matrimoniales, debe entrar en acción el importante Cons. [58] RES, cuyo texto precisa que «... los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción

de orden público para descartar la ley de otro Estado (...), cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». El artículo 21.1 CDFUE 2007 indica que «[s]e prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». En consecuencia, esta «directriz de orden público internacional europeo» impide que los jueces de un Estado miembro invoquen el orden público nacional de su país para impedir la aplicación en el mismo de un Derecho extranjero que sí admite derechos sucesorios de convivientes no matrimoniales. De este modo, los tribunales de todos los Estados miembro deben considerar que el matrimonio o la unión de pareja celebrado válidamente en otro país es válido y eficaz en dicho Estado miembro a efectos de la sucesión *mortis causa* del conviviente o cónyuge.

5. DESHEREDACIÓN E INCAPACIDAD DE SUCEDER POR CAUSA DE INDIGNIDAD

62. Las incapacidades absolutas para heredar, las causas de desheredación y las causas de indignidad así como la rehabilitación del indigno por el causante, son cuestiones que, en realidad, no afectan a la «capacidad» del presunto heredero, sino al régimen jurídico de la herencia. Por tanto, tales cuestiones no se rigen por la Ley nacional del heredero (art. 9.1 CC), sino por la *Lex Successionis* determinada por el Reglamento sucesorio europeo, como ha indicado A.-L. CALVO CARAVACA¹²⁵.

63. La intervención del orden público internacional español en relación con esta cuestión exige precisar varios aspectos, bien anotados por G.A.L. DROZ¹²⁶.

En primer término, la *Lex Successionis* extranjera que considera incapaces para suceder a ciertas personas por razón de su religión, sexo o condición social, debe considerarse contraria al orden público internacional español. Así, en ciertos Derechos estatales inspirados en el Islam, la mujer no puede heredar, ni tampoco los hijos extramatrimoniales ni los infieles al Islam (*kafir*) ni los que han incurrido en apostasía contra el Islam (SAP Barcelona 28 de octubre de 2008 [Derecho sucesorio marroquí: artículo 332 *Moudawwana*]; Sent. Cass Francia de 17 de noviembre de 1964 [mujer no musulmana incapaz para heredar de su padre musulmán])¹²⁷. Otro ejemplo se extrae del Derecho cubano, en el cual no puede heredar el nacional cubano que ha abandonado definitivamente la isla de Cuba sin el correspondiente permiso político. Cosas del régimen.

En segundo lugar, la *Lex Successionis* extranjera que admite la posibilidad de heredar de «no personas», ni físicas ni jurídicas, tales como animales, robots, personajes de ficción, etc., en la medida en la que tales Leyes así lo dispongan,

debe ser considerada contraria al orden público internacional español. Es principio fundamental del Derecho sucesorio español que solo pueden heredar «sujetos de Derecho» (puesto que «suceden» a otros sujetos de Derecho), sin perjuicio de ciertas excepciones que permiten dejar bienes de la sucesión en favor de colectividades indeterminadas, como la herencia dejada por el causante «en beneficio de los pobres», por ejemplo, o de casos en los que la voluntad del testador puede interpretarse de modo que los bienes hereditarios vayan a manos de personas (sujetos de derechos). La Ley personal (art. 9.1 CC) especifica qué entes o sujetos deben ser considerados «personas» a efectos sucesorios, recuerda A. CIANNI¹²⁸.

En tercer lugar, la aplicación en España de una Ley extranjera que no contempla ciertas causas de desheredación, como los malos tratos y las injurias al causante, por ejemplo, debe considerarse contraria al orden público internacional español, siempre con atención al caso concreto, según indican A. BONOMI / P. WAUTELET¹²⁹. En todo caso, debe procederse con gran cautela y extrema prudencia en este punto. Muchas leyes nacionales, como la española, mantienen todavía una desheredación difícil de practicar, sujeta a grandes condiciones, límites y requisitos. Sin embargo, frente a estos hieráticos textos legales, la jurisprudencia española ha potenciado la desheredación para que los causantes la puedan practicar, sin excesivos obstáculos, en relación con los hijos que no se han ocupado de ellos en su ancianidad. De este modo, debe aplicarse el Derecho nacional que rija la sucesión tal y como lo reclama el Reglamento sucesorio europeo, pero en tal reclamo debe incluirse, naturalmente, esta «jurisprudencia evolutiva de la desheredación» que ha considerado que el Código civil español incluye el «maltrato psicológico» como causa de desheredación pese a la decimonónica dicción legal. En tal sentido deben leerse, como manifiesta con gran sentido común X. O'CALLAGHAN, las muy relevantes STS de 3 de junio de 2014 y STS de 30 de enero de 2015¹³⁰. En todo caso, la cuestión no resulta pacífica. Esta jurisprudencia opera con categorías generales, de modo que surgen zonas grises. Así, es dudoso que la «simple falta de interés en mantener la relación familiar con el padre o madre o la mera falta de afecto» suponga «maltrato psicológico», como muy bien ha observado L. BALLESTER AZPITARTE¹³¹.

En cuarto lugar, el hecho de que la *Lex Successionis* extranjera no contemple las mismas causas de indignidad previstas en la Ley española, no es motivo para la intervención, sin más, del orden público internacional español. En efecto, en Derecho español, tales causas pueden ser remitidas por el mismo causante, como ya puso de manifiesto hace más de cien años M. DE LASALA LLANAS¹³².

6. TIPOS DE ACTIVOS TRANSMISIBLES POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

64. La mayor parte de las legislaciones sucesorias del mundo, apunta M. A. CEBRIÁN SALVAT, solo consideran transmisibles los bienes patrimoniales

(*hereditas est pecunia*) y no las facultades personales o personalísimas¹³³. La explicación es clara: estas facultades personalísimas se extinguen con la persona (*moriuntur cum persona*) y no pasan a los herederos (*non transeunt in heredes*), salvo excepciones muy puntuales. Por ello, el orden público internacional español (art. 35 RES) no tendrá campo de actuación en relación a esta cuestión. Sin embargo, sí que deberá intervenir para evitar la aplicación en España de Leyes extranjeras que permitan transmitir, por sucesión, «bienes futuros». Y queda todavía por resolver, ante el silencio legislativo en España, el ámbito operativo del orden público internacional en el caso, explica M. J. SANTOS MORÓN, de aplicación de una Ley extranjera que permita o deniegue la herencia digital (transmisión *mortis causa* de las facultades de gestión de bienes intangibles ligados a la persona, como *webpages* y redes sociales de los que era titular el fallecido)¹³⁴. En principio, la cuestión debería ser resuelta por la *Lex Successionis* sin interferencia alguna del orden público internacional español.

7. LIMITACIONES LEGALES AL MÁXIMO PATRIMONIO TRANSMISIBLE POR SUCESIÓN *MORTIS CAUSA*

65. La Ley extranjera que limita el máximo del patrimonio hereditario puede provocar consecuencias contrarias al orden público internacional español (art. 35 RES). Así, la Sent. CA París de 13 de marzo de 1934 señaló que el Derecho soviético entonces vigente, —que limitaba el máximo del patrimonio hereditario a la suma de diez mil rublos—, vulneraba el orden público internacional francés, como explica con su habitual acierto P. LAGARDE¹³⁵.

8. DERECHOS ESTATALES QUE ADMITEN LA ACEPTACIÓN *EX LEGE* DE LA HERENCIA

66. Algunos Derechos estatales de raíz germánica consideran que los llamados a la herencia adquieren tal herencia *ipso jure*, esto es, por ministerio de la Ley, a menos que los herederos renuncien a la herencia. De igual tenor son algunos Derechos orientales, como el Derecho chino y japonés para ciertos supuestos, debido a la concepción de la familia en tales sociedades. Estos Derechos, tal y como subraya W. GOLDSCHMIDT, arrancan del principio según el cual la familia no está sujeta a la voluntad de las personas¹³⁶. Pues bien, una Ley extranjera de este tenor no vulnera el orden público internacional español (art. 35 RES). El derecho a la herencia siempre se respeta y la libertad personal también, pues el llamado siempre puede renunciar a su herencia, por lo que es libre para no heredar.

9. LEGADOS Y DERECHOS DE LOS LEGATARIOS

67. Fuertes conflictos de Leyes surgen en esta materia. La opción del Reglamento sucesorio europeo es clara y así ha sido reforzado por el TJUE. El legado y los derechos de los legatarios se rigen por la *Lex Successionis* y no por la Ley del país de situación de los bienes. No es relevante el tipo de legado del que se trate, enfatiza S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ¹³⁷. Puede ser un legado consistente en un derecho de crédito contra los herederos o un legado que consiste en la transferencia directa de la propiedad de un bien hereditario del causante al legatario. Parece claro que un Estado miembro que solo conoce el legado como derecho personal contra el heredero no puede oponer su orden público internacional para negarse a aplicar el Derecho sucesorio de otro Estado que admite un *legatum per vindicationem*, como expone J.-P. SCHMIDT¹³⁸. En el caso de Alemania, antes del Reglamento sucesorio europeo, los legados vindicatorios extranjeros eran objeto de una «adaptación», con arreglo al artículo 31 RES, de modo que pasaban a ser legados obligacionales (STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*, FD 22)¹³⁹. Sin embargo, el TJUE ha hilado fino y ha indicado que, en realidad, cuando se lega la propiedad de un bien en virtud del un legado vindicatorio, el derecho real en cuestión es el «derecho de propiedad», bien conocido en Alemania, como es natural y sabido. Por tanto, si se admite en Alemania un «legado vindicatorio» tal y como lo conoce el Derecho polaco, no se está introduciendo en el orden jurídico alemán, observa E. CASTELLANOS RUIZ, ningún derecho real nuevo y desconocido en Alemania (STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*, FD 64)¹⁴⁰. Se está admitiendo, simplemente, un derecho real (la propiedad) que se transmite tal y como ordena la Ley de la sucesión, esto es, mediante «legado vindicatorio» y no mediante «legado obligacional» o «legado damnatorio».

10. PARTICIÓN DE LA HERENCIA

68. La *Lex Successionis* rige la partición de la herencia: la formación de la masa hereditaria, sistema de valoración de los bienes hereditarios, colación de donaciones y de otros bienes que pudieran haber sido enajenados, reducción de donaciones inoficiosas, clases de partición, formación del cuaderno particional, posibilidad de partición por el testador, partición judicial o partición convencional por acuerdo entre los sucesores, las personas que pueden solicitar la partición y si esta es siempre posible (RDGRN 14 de noviembre de 2012 [causante belga y heredera italiana que solicita la partición]), orden de los legados, atribución definitiva de bienes, acción personal en garantía de evicción, acciones de rescisión por lesión e invalidez, pago de deudas y sus reglas, reducción y rescisión de la partición, y las tareas particionales¹⁴¹.

69. Bajo el régimen de DIPr. español, el TS y la DGRN subrayaron con énfasis que el entero régimen jurídico de la partición quedaba sujeto a la *Lex Successionis* y dicha solución es la misma que sigue el Reglamento sucesorio europeo (RDGRN de 30 de junio de 1956, STS de 27 de abril de 1978, STS de 11 de febrero de 1952: en contra, erróneamente: STS de 11 de febrero de 1952)¹⁴². En idéntico sentido se pronuncia la importante RDGRN de 22 de noviembre de 2006 [partición de herencia de causante dominicano realizada por notario dominicano con arreglo a la Ley de dicho país]¹⁴³. El artículo 786.1 LEC indica, con transparente claridad, que «[e]l contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante (...)».

70. Dicho lo anterior, debe subrayarse que una Ley extranjera que prohíbe la división de la herencia no vulnera el orden público internacional español (art. 35 RES) (P. MAYER / V. HEUZÉ)¹⁴⁴. El artículo 1051 del Código civil, precepto que establece que cualquier heredero puede exigir la partición de la herencia, solo es aplicable en el caso de que la *Lex Successionis* sea la Ley sustantiva española, a pesar de la opinión contraria de algunos autores en el pasado (M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, M. DE LASALA LLANAS)¹⁴⁵.

71. Del mismo modo, una Ley extranjera que establece que el legatario, ya sea legatario particular o legatario universal o legatario de parte alícuota, no debe participar en la partición, no vulnera el orden público internacional español (art. 35 RES) (RDGRN de 22 de noviembre de 2006 [escritura de partición de herencia autorizada por notario dominicano sin participación del legatario en la partición])¹⁴⁶.

11. REVOCACIÓN Y MODIFICACIÓN DE TESTAMENTOS

72. Indica el artículo 24.1 RES que las disposiciones testamentarias se regirán, «por lo que respecta a su admisibilidad y validez material», por la Ley que, en virtud del Reglamento sucesorio europeo, habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición (art. 24.1 RES). Es decir, la posibilidad de testar y la validez sustancial de las disposiciones testamentarias se rigen por la Ley del Estado cuya nacionalidad ostentaba el testador si este la hubiera elegido (art. 22.1 RES) o por la Ley de la residencia habitual del testador (art. 21.2 RES) en la fecha en la que fue realizada la disposición testamentaria.

Esta solución de base es también aplicable, indica B. BAREL, a la modificación o revocación de las disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios (art. 24.3 RES)¹⁴⁷. Resultará contraria al orden público internacional español la Ley extranjera que prohíba al testador revocar o modificar su testamento en vida (*ambulatoria est voluntas testamentis usque ad vitae supremum exitum*), como ya expuso en su momento G. BALLADORE PALLIERI¹⁴⁸.

12. ANULACIÓN DEL TESTAMENTO POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO DEL CAUSANTE

73. Es propia del Derecho inglés la curiosa pero atinada regla según la cual un testamento queda automáticamente revocado en caso de matrimonio posterior del causante. La duda calificatoria surge inmediatamente, como advierten A. BONOMI / P. WAUTELET¹⁴⁹. Si la cuestión de la nulidad del testamento se califica como un «efecto del matrimonio», escapará a la aplicación de la *Lex Successionis* y se regirá por la Ley que regula los «efectos del matrimonio» (pues la revocación del testamento es una consecuencia o efecto de la válida celebración del matrimonio). Si, por el contrario, la cuestión se califica como «sucesoria», se regirá por la *Lex Successionis* (pues la revocación del testamento es un efecto del matrimonio pero que afecta directamente a la sucesión). La jurisprudencia inglesa ha considerado tradicionalmente que se trata de una cuestión matrimonial, sujeta a la Ley estatal que regula los efectos del matrimonio (*Re Martin, Loustalan vs. Loustalan*, 1900) (J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, E. CALÒ)¹⁵⁰. Sin embargo, esta solución no parece acertada. Como han sostenido ciertos autores (D. MCCLEAN / K. BEEVERS), y tal y como indica la jurisprudencia norteamericana, la Ley aplicable a la revocación automática del testamento por matrimonio posterior debe ser la *Lex Successionis* y no la Ley personal del causante en el momento de contraer matrimonio¹⁵¹. En efecto, en estos casos, el matrimonio produce un «efecto puramente sucesorio». Por tanto, la cuestión es de naturaleza sucesoria (los efectos sucesorios de un matrimonio deben regirse por la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa*). Por otro lado, no parece posible invocar el orden público internacional para rechazar la aplicación de una *Lex Successionis* que admita la revocación automática del testamento por subsiguiente matrimonio.

13. CAPACIDAD DEL DISPONENTE PARA OTORGAR UNA DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA*

74. La Ley que regula la existencia y validez de las disposiciones *mortis causa*, determinada con arreglo a los artículos 24 y 25 RES regulará la capacidad para otorgar testamento o pactos sucesorio (*testamentifactio activa*) (art. 26.1.a RES). El Reglamento sucesorio europeo sigue en este punto, como recuerda G. J. VAN VENROOY, la tesis de los autores que habían sostenido que la capacidad para otorgar estas disposiciones *mortis causa* debe quedar sujeta a la *Lex Successionis* y no a la Ley que regula la existencia de la persona y/o su capacidad jurídica general¹⁵². Ello significa, para España, que el artículo 9.1 del Código civil es inaplicable a esta cuestión, sostiene G. BALLADORE-PALLIERI¹⁵³. En efecto, los requisitos para otorgar testamento u otras disposiciones *mortis causa* nada tienen que ver, en realidad,

con el estatuto jurídico de la «persona», sino con la disciplina jurídica de la «sucesión» (*testandi jus*).

75. Dicho lo anterior, debe subrayarse que si la *Lex Successionis* no permite de ningún modo al causante disponer por testamento o codicilo, su aplicación en España puede estimarse contraria al orden público internacional español. El ejemplo no es teórico. En efecto, el Derecho soviético vigente entre los años 1918 y 1922 prohibió testar a toda persona¹⁵⁴.

Determinadas restricciones que la Ley nacional del testador impone a la capacidad testamentaria activa pueden también resultar contrarias al orden público internacional español (art. 35 RES). Ejemplos: prohibición de testar por haber profesado un voto religioso, por muerte civil, por razones étnicas o causa similar. En tal caso, la Ley extranjera no será aplicada en España, como apunta E. VITTA para el similar caso en Italia¹⁵⁵.

14. TESTAMENTO POR REPRESENTANTE Y POR COMISARIO

76. La Ley designada por el artículo 26 RES también rige la posibilidad de otorgar un testamento por comisario o a través de representante. Una Ley extranjera que permita el testamento a través de representante, comisario u otro intermediario, no vulnera el orden público internacional español. En efecto, esta posibilidad existe en ciertos Derechos civiles autonómicos españoles (Cataluña, Vizcaya y Galicia) y, además, en Derecho civil común español existen ciertos casos que operan como excepciones al carácter personalísimo del testamento, como se aprecia en los casos de sustitución pupilar (art. 775 CC) y sustitución ejemplar (art. 776 CC).

15. POSIBILIDAD DE UNA SUCESIÓN PARCIAL O TOTALMENTE TESTADA

77. Aunque esta cuestión no aparece en la relación de aspectos contenida en el artículo 26 RES, debe estimarse que la Ley que rige la validez y admisibilidad de las disposiciones *mortis causa* indicará si la voluntad del testador puede constituir la «Ley de la sucesión» (*caput et fundamentum totius testamenti*) y si es posible que una sucesión sea testada e intestada a la vez, como sucede en Derecho civil común español o, por el contrario, si la sucesión debe ser «solo testada» o «solo intestada», como sucedía en el Derecho romano (*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*) y como todavía hoy se observa en Cataluña, Mallorca y Menorca. Vista dicha regulación legal vigente en España, el orden público internacional español no intervendrá contra la aplicación de Leyes extranjeras que admitan una sucesión solo testada, solo intestada o mixta.

16. POSIBILIDAD DEL TESTADOR DE ESTABLECER SUSTITUCIONES FIDEICOMISARIAS

78. A través de estas sustituciones, el testador nombra un sustituto o heredero fiduciario que recibe la herencia, pero con la carga de transferir el patrimonio recibido a un tercero en un momento ulterior. El Código civil español admite las sustituciones fideicomisarias, exclusivamente, hasta el segundo grado o si se hacen a favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador (art. 781 CC). La posibilidad de establecer estas sustituciones fideicomisarias se regula por la Ley designada por el artículo 26 RES y si esta permite que el testador establezca dichas sustituciones más allá del segundo grado, ello no debe estimarse contrario al orden público internacional español. Efectivamente, ciertos Derechos civiles autonómicos españoles admiten estas sustituciones con generosidad (Ley 224 Compilación Navarra: cuatro llamamientos fideicomisarios son posibles).

17. CONDICIONES QUE EL TESTADOR PUEDE ESTABLECER A LOS HEREDEROS

79. Tales condiciones se rigen por la Ley designada por el artículo 26 RES. Ahora bien, ciertas condiciones pueden producir efectos contrarios al orden público internacional español (art. 35 RES) y por dicha razón, la Ley extranjera que las admita no se aplicará en España (E. VITTA)¹⁵⁶. Así, por ejemplo, una Ley extranjera que admita la condición, para heredar, de contraer o de no contraer matrimonio en general o con determinadas personas por razón de su filiación, raza, religión u otras consideraciones, puede producir efectos contrarios a la libertad personal y vulnerar, por ello, el orden público internacional español.

18. ELECCIÓN, POR EL CAUSANTE, DE VARIAS LEYES NACIONALES REGULADORAS DE LA SUCESIÓN

80. Cuando el causante múltiple nacional elige varias Leyes nacionales como Leyes reguladoras de su sucesión *mortis causa*, sujetas a condición cada una de ellas, surgen problemas agudos, sistematizados por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁵⁷. En este caso, debe apostarse, apunta C. CAMPIGLIO, por una aplicación analógica del artículo 22.3 RES¹⁵⁸. Al fin y al cabo, lógico resulta que la validez de la elección de una Ley estatal elegida bajo condición quede sujeta a dicha Ley estatal. Se trata, en efecto, de una condición que afecta a su propia aplicación. Dicha Ley decidirá si tal condición es lícita y legal o no lo es. Ejemplo: el causante indica que elige como Ley sucesoria la Ley del Estado Z, Estado cuya nacionalidad ostenta,

pero especifica que si en el momento de su fallecimiento sus hijos tienen todos su residencia habitual en el Estado X, será aplicable la Ley de X, cuya nacionalidad también ostenta el causante. En este caso, la aplicación de la Ley Z está sujeta a la condición de que no todos sus hijos tengan su residencia habitual en X, del mismo modo que la aplicación de la Ley X está sujeta a la condición de que todos sus hijos tenga su residencia habitual en el Estado X. La Ley de Z decidirá si la condición que afecta a su propia aplicación es válida o no lo es y la Ley de X decidirá si la condición que afecta a su aplicación es admisible o no. Si solo una de tales leyes admite la validez de la condición, y esta se verifica, se aplicará dicha Ley a la sucesión *mortis causa* en cuestión. Si ambas condiciones son consideradas como válidas por las respectivas leyes elegidas, se respetará sin problemas la jerarquía y el orden aplicativo de las Leyes nacionales establecidos por el causante en cuanto a la Ley aplicable a su sucesión. Cabe también el caso de una elección doble de Ley aplicable sin jerarquía alguna. Ejemplo: causante doble nacional de los Estados V y W indica que su sucesión *mortis causa* debe quedar sujeta a la Ley de V si su hijo permanece soltero y a la Ley de X si su hijo se convierte al islamismo. En tal supuesto, la Ley V decidirá si la condición puesta para su aplicación es admisible y la Ley X hará lo mismo en relación con la condición que afecta a su aplicación. En el caso de que ambas condiciones se verifiquen, existe una doble elección de ley nacional, que no está admitida por el Reglamento sucesorio europeo. En dicho supuesto, la sucesión *mortis causa* en cuestión quedará sujeta, a falta de una válida *professio juris*, a la Ley del país de la última residencia habitual del causante (art. 21.1 RES). En definitiva, la Ley elegida bajo condición regula, en todo caso, la validez de dicha condición y sus efectos jurídicos.

81. Admitido lo anterior, pueden plantearse supuestos en los que la condición puesta a la elección de Ley nacional del causante sea considerada válida por la Ley elegida pero que provocan efectos intolerables para el ordenamiento del foro. Ejemplo: el causante, doble nacional de los Estados S y T, indica que «*deseo que mi sucesión se rija por la Ley del Estado T, salvo que mi hija contraiga matrimonio con persona de raza no blanca, caso en el cual se aplicará la Ley del Estado S*». El orden público internacional español (art. 35 RES) podrá intervenir en el caso de que la Ley elegida admita una condición contraria a los principios fundamentales del Derecho español, y especialmente, condiciones contrarias a los derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación por motivos de sexo, raza, religión, creencia, ideología y similares y la libertad personal.

19. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y CUESTIONES RELATIVAS A LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

A) *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias]*

82. Para España, la validez formal de las disposiciones testamentarias realizadas por escrito constituye una cuestión que se rige por la Ley estatal determinada con arreglo al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias] y no por el artículo 11 del Código civil¹⁵⁹. Esta «regla de supremacía» del citado convenio sobre el Reglamento 650/2012 (art. 75 RES) es operativa sea cual sea la disposición testamentaria, esto es ya se trate de testamento unilateral o mancomunado, pero no funciona en relación con la forma de los contratos sucesorios, que, advierte G. BIAGIONI, no están regulados por el citado Convenio de La Haya¹⁶⁰.

Debido a la mencionada «regla de supremacía» del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias] sobre el Reglamento sucesorio europeo, los tribunales españoles no aplicarán el artículo 27 RES a la validez formal de las disposiciones *mortis causa*. Este precepto contiene normas de conflicto con puntos de conexión alternativos para precisar la Ley reguladora de la forma de las disposiciones *mortis causa*. Tales normas de conflicto están inspiradas en las que contiene el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 [Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias] (Cons. [52] RES).

El artículo 27 RES recoge una serie de puntos de conexión estructurados en modo alternativo y directamente inspirados en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 [conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias]. Tales puntos de conexión señalan, para España, la ley aplicable a la forma de los contratos o pactos sucesorios, pues, explica G. BIAGIONI, el citado Convenio de La Haya no regula la Ley aplicable a la forma de los contratos o pactos sucesorios¹⁶¹.

B) *Causas de no aplicación de la Ley designada por el convenio en virtud del orden público internacional*

83. Diversos motivos impiden aplicar la Ley designada por las normas de conflicto del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 citado. El más relevante es la contrariedad de la Ley aplicable con el orden público internacional del Estado cuyas autoridades conocen del asunto. Así, no se aplicará la Ley extranjera designada por el convenio si su aplicación «*es manifiestamente incompatible con el orden público*» español (art. 7).

84. No será frecuente que una Ley extranjera resulte manifiestamente incompatible con el orden público internacional español en una materia como la «forma de las disposiciones testamentarias». Sin embargo, ciertos matices siempre son convenientes en relación con esta cuestión.

Así, la Sent. Trib. Belluno (Italia) de 22 de diciembre de 1997 indica que un Derecho extranjero que admite la forma oral, como es el caso del Derecho austríaco, que recoge el testamento nuncupativo hecho en forma oral, no vulnera el orden público internacional italiano. Lo mismo se podría decir en relación a España¹⁶².

Por otro lado, la forma mancomunada de testar, permitida por un Derecho extranjero, no puede nunca ser considerada contraria al orden público internacional español, ya que el testamento mancomunado se admite en el Derecho Foral aragonés, vasco, gallego (arts. 187-195 Ley 2/2006 de 14 junio 2006 de Derecho Civil de Galicia), y en Derecho navarro (STS de 8 de octubre de 2010 [testamento mancomunado otorgado por causante alemán en Alemania y posterior testamento otorgado en España])¹⁶³.

20. TRUST SUCESORIO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

85. El *trust* es una institución profusamente utilizada en Derecho anglosajón para situar los bienes sucesorios en una posición particular. La sucesión se rige por una Ley y la existencia del *trust*, aclaran M. LUPOI y J. J. V. PERRIN, se rige por otra Ley diferente (es la «doble conexión») ¹⁶⁴. Dichas leyes pueden coincidir pero no tiene por qué ser así, recuerda R. LAFUENTE SÁNCHEZ. Al ser el *trust* una institución jurídica desconocida en Derecho español, varias situaciones, y ninguna de sencilla resolución, pueden verificarse en los casos de *trusts* sucesorios conectados con España. En el caso de que la *Lex Successionis* extranjera admita la transferencia de bienes a un *trust*, subraya M. VIRGÓS SORIANO, no se plantearán graves problemas siempre que dicha *Lex Successionis* conozca y regula el *trust* ¹⁶⁵. No existe, entonces, ningún inconveniente para que dicha Ley extranjera se aplique y para que ciertos bienes del causante pasen a estar en situación de *trust*. Si la Ley de la sucesión es, por ejemplo, la Ley de Nueva York, los bienes pasarán a situación de *trust* sin mayores problemas sustantivos. Las autoridades españolas deben aplicar las leyes extranjeras que permitan esta operación y ello es así porque la Ley de la sucesión así lo dispone. Varios aspectos deben perfilarse en el caso de que la sucesión *mortis causa* esté regulada por una Ley que admita la transferencia de bienes del causante a un *trust*.

1.º) No puede rechazarse por vulnerar el orden público internacional español la aplicación de la *Lex Successionis* extranjera que permita transferir bienes al *trust* sin necesidad de respetar ningún sistema de «legítimas». En este caso,

el sistema de legítimas recogido en el Derecho civil español es, simplemente, inaplicable.

2.º) Tampoco puede rechazarse por vulnerar el orden público internacional español la aplicación de una *Lex Successionis* extranjera que permita transferir bienes del causante a un *trust* por el hecho de que el Derecho Civil común español admite la sustitución fideicomisaria solo hasta segundo grado (art. 781 CC). Esta afirmación se basa en el argumento de que, en ciertos Derechos forales españoles (Navarra), se permiten tales sustituciones fideicomisarias hasta el cuarto grado. Solo en el caso de que el *trust* comportare un efecto similar a una «vinculación perpetua», producirá efectos contrarios al orden público internacional español.

3.º) Si las normas de conflicto de la *Lex Successionis* remiten al Derecho español, puede producirse un reenvío de primer grado (art. 34 RES). Ello podría desembocar en la aplicación del Derecho sustantivo español a la posibilidad del causante de transferir bienes a un *trust* sucesorio, lo que, a tenor del Derecho civil español, no es posible. Mucha atención es necesaria en este caso.

4.º) Si la Ley aplicable al *trust* admite la existencia y validez del mismo, no deben surgir problemas de coordinación. La *Lex Successionis* transfiere los bienes a un *trust* existente y válidamente constituido con arreglo a su propia Ley estatal reguladora. Las dos leyes encajan sin fisuras, enfatiza F. SEATZU¹⁶⁶.

5.º) Muy extraño será el caso en el que la *Lex Successionis* permite la cesión de bienes al *trust* pero no se haya creado válidamente un *trust* según la Ley reguladora del mismo. En este supuesto, la *Lex Successionis* indicará si la voluntad del causante de dejar sus bienes a un *trust* puede salvarse de alguna manera mediante una institución legal que desarrolle una función análoga al *trust*.

IV. CONCLUSIONES

86. La regulación jurídica de la sucesión *mortis causa* se sitúa en el controvertido, peligroso y también fascinante cruce entre el Derecho de Familia y el Derecho patrimonial, entre la libertad del causante para ordenar el destino de sus bienes y el dirigismo estatal a la hora de decidir quiénes son los herederos y en qué medida. Por otro lado, la normativa sobre sucesión *mortis causa* de cada país refleja una idiosincrasia particular, un modo peculiar de entender la familia, la voluntad del causante y el aprovechamiento económico de los bienes. Es, una vez más, como recuerda C. CAMPLIGLIO, un producto cultural aquilatado y acrisolado¹⁶⁷.

87. Ahora bien, ese producto cultural, social y jurídico que es el Derecho sucesorio ocupa una posición definida en la ordenación jurídica de la sociedad de cada país. La Constitución española tan solo proclama el «derecho a la herencia» (art. 33.1 *in fine* CE 1978) pero nada más. No parece, por tanto, que

cuestiones como los pactos sucesorios, las legítimas, el orden de llamamiento en la sucesión abintestato y similares aspectos sucesorios regulados en las leyes civiles españolas, tal y como aparecen regulados en dichas leyes, deban impedir la aplicación de una Ley extranjera por el hecho de que dicha Ley regula tales cuestiones de modo distinto, o incluso contrario, al Derecho civil español. En esta línea, debe recordarse, con A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que cuando un principio esencial de Derecho Privado se encuentra recogido en la Constitución española, puede afirmarse que ello sucede por la importancia valorativa y estratégica fundamental de dicho principio en el Derecho español¹⁶⁸. En consecuencia, los principios jurídicos de Derecho Privado contenidos en la Constitución forman parte del orden público internacional español. Una Ley extranjera cuya aplicación en España vulnera estos principios de Derecho Privado constitucional español lesiona, de modo necesario, el orden público internacional español y por ello no puede aplicarse en España (para Italia: Sent. Cassazione Italia n. 16601 de 5 de julio de 2017 [sentencia norteamericana y daños punitivos])¹⁶⁹. El TJUE también ha indicado que una situación legal creada por autoridades de un Estado miembro vulnera el orden público de otro Estado miembro si resulta contraria a la Constitución de este segundo Estado miembro (STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, FD 82-95). En algunos países, singularmente en Italia, se ha abierto una línea de interpretación muy radical en cuya virtud se estima que un principio forma parte del orden público solo si se encuentra recogido en la Constitución, tratados de Derecho europeo y otros tratados internacionales de especial relieve, como el CEDH 1950. Así, la *Corte di Cassazione* italiana considera que si un principio no se halla recogido en tales cuerpos legales, ello significa que el legislador ordinario podría cambiar su legislación interna y acoger una disciplina legal similar a la extranjera. De ese modo, tal principio no podría considerarse como principio integrante del orden público internacional español (Sent. Cass. Italia de 30 de septiembre de 2015 [hija de dos mujeres nacida en España])¹⁷⁰. Estas afirmaciones pueden extrapolarse al Derecho sucesorio español sin especiales problemas.

88. El contexto europeo no cambia la realidad de un orden público internacional nacional, propio de cada Estado. No existe un Derecho Sucesorio sustantivo europeo y no parece que vaya a existir en los próximos años. En consecuencia, no existe un conjunto de directrices esenciales de Derecho europeo sobre los que se basan los Derechos sucesorios nacionales de cada Estado miembro. Es evidente que con tales presupuestos normativos, puede afirmarse que la aplicación de un Derecho extranjero a una sucesión *mortis causa* puede, en ciertas ocasiones, hacer saltar todas las alarmas del Estado del foro a través de la cláusula o excepción del orden público internacional. Ahora bien, el enfoque conflictual decidido que presenta el Reglamento sucesorio europeo deja pistas interesantes sobre el radio de acción del orden público internacional en este sector.

En primer término, la regla general consistente en la aplicación a la sucesión *mortis causa* de la Ley de la sucesión determinada en virtud de los artículos 21 y 22 RES debe ser respetada, observada y aplicada con la mayor amplitud posible. Solo así se alcanza una regulación eficiente (previsible) de las sucesiones internacionales.

En segundo lugar, la intervención del orden público internacional debe adquirir un sesgo muy definido. En efecto, no se trata de emplear este orden público internacional para defender el «modelo sucesorio del Estado del foro» frente al modelo sucesorio que representa la *Lex Successionis*. El Reglamento sucesorio europeo, en la línea sagazmente propuesta por P. FRANZINA, no acoge un «orden público de dirección» (que indica a los particulares el modelo de organización de sus relaciones jurídicas sucesorias) sino un «orden público de protección» (que apunta a la defensa de los derechos fundamentales de las personas)¹⁷¹. Por ello, no debe intervenir el orden público internacional para evitar la aplicación de leyes sucesorias extranjeras que regulan, de manera diferente a como lo hace la *Lex Fori*, los pactos sucesorios, el orden de llamamientos sucesorios, las legítimas, el régimen jurídico del testamento, las causas y modos de apertura de sucesión, la delación de la herencia, la desheredación, la aceptación de la herencia, los legados, la partición de la herencia, las sustituciones fideicomisarias y tantas otras cuestiones del Derecho sucesorio. Tampoco debe intervenir contra la aplicación de leyes extranjeras que contemplan, recogen e implementan modos de articular la transmisión *mortis causa* de los bienes no conocidos en la *Lex Fori*, como el *trust*.

En tercer lugar, como desarrollo de la idea anterior, el orden público internacional debe ser interpretado, en el contexto del Reglamento sucesorio europeo, como una garantía del respeto, en todo caso, de los derechos fundamentales de todo ser humano. El orden público internacional queda confinado a la importante misión de proteger a los particulares frente a discriminaciones legales que pudiera establecer la Ley de la sucesión, frente a rupturas de la igualdad de todas las personas ante la ley, frente a agresiones a la dignidad de la persona. En esta perspectiva, y por paradójico que pueda parecer, el orden público internacional no protege a una persona concreta que puede ver infringidos sus derechos fundamentales por la potencial aplicación de una Ley sucesoria extranjera, sino a la sociedad en su conjunto. En efecto, los derechos fundamentales de las personas son y operan como «*fundamento del orden político y de la paz social*», según se puede leer en el artículo 10 de la Constitución española. Al proteger estos derechos en un caso concreto a través de la excepción del orden público internacional, se está protegiendo a toda la sociedad, una idea proclamada con suma agudeza mental, ya hace muchos años, por F. GAMILLSCHEG y B. GOLDMAN¹⁷². De ese modo, el orden público internacional opera de modo eficiente, porque defiende a la sociedad, a la colectividad, frente a un daño que esta podría sufrir en un caso específico.

89. La pertinaz insistencia del Reglamento sucesorio europeo en el carácter «nacional» del orden público internacional en el sector sucesorio, aspecto inevitable visto el estado de la legislación de los Estados miembro, no es el final del camino. Y ello por varios motivos.

En primer término, el Reglamento sucesorio europeo abre la puerta a un «orden público internacional de proximidad», un orden público internacional que solo puede y debe activarse cuando los derechos fundamentales de las personas en una concreta sociedad están en peligro. En caso contrario, el orden público se vuelve ineficiente, pues conduce a la aplicación de Leyes sucesorias imprevisibles para los particulares afectados.

En segundo término, la incidencia de los textos internacionales de derechos humanos ha hecho que los distintos sistemas sucesorios nacionales, por diferentes que puedan ser, que lo son, tengan que respetar todos ellos un mismo cuadro de derechos de las personas. Numerosos Estados cuentan, así, con un orden público internacional conformado por los mismos derechos humanos. La uniformidad en el entendimiento del orden público internacional debe mucho al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (Consejo de Europa) hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, como ha destacado la doctrina¹⁷³.

90. La elaboración y puesta en funcionamiento de un Derecho internacional privado sucesorio europeo constituye un paso decidido en construcción de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que está garantizada la libre circulación de personas. La certeza del Derecho, la seguridad jurídica, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de ese espacio europeo de justicia (*European area of justice*), al que se refiere el Cons. 7 del Reglamento sucesorio europeo, son elementos perspicuos que exigen activar el orden público internacional con la exclusiva función de proteger los derechos fundamentales de las personas y evitar toda tentación de imponer el modelo sucesorio del foro sobre el modelo sucesorio reflejado en la *Lex Successionis*. El espacio europeo de justicia exige que los ciudadanos puedan organizar su sucesión en un escenario de total previsibilidad de soluciones jurídicas. En ese contexto, el orden público internacional debe ser apartado del riesgo de un estólido fundamentalismo nacionalista y de dirigismo estatalista: el fundamentalismo de las ideas no es más que es «tradición acorralada». Es hora de abrir completamente las ventanas a la justicia que proporcionan las normas de conflicto europeas en el sector sucesorio, una justicia eficiente y propia de la actualidad líquida del siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

BONOMI, A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona.

- CALVO CARAVACA, A.-L. / DAVÌ, A. / MANSEL, H.-P. (Eds.) (2016). *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CALVO CARAVACA, A.-L. (2017). Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, en *Estudios Jurídicos - Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Editorial Colegio Registradores Propiedad Mercantiles España, 203-234.
- CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Professio juris* e regolamento successorio europeo, en I. Pretelli/G.P. romano/T. Rossi (Eds.), *Tui Memores — La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève, Zurich, Schulthess Éditions Romandes, 133-153.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (Dir.) (2015). *Pronuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2.^a ed.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016). Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, *CDT*, 47-75.
- (2014). *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 102-103.
- CLERICI, R. (2016). Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über erbrechtliche Regelungen: einige allgemeine Überlegungen, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 28, 33-48.
- DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *CDT*, vol. 5-II, 5-139.
- DEIXLER-HÜBNER, A. / SCHAUER, M. (2015). *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; DÖBEREINER, C. (2016).
- DUTTA A. / HERRLER, S. (HRSG.) (2014). *Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg, München*, Beck.
- DUTTA, A. / WEBER, J. (HRSG.) (2016). *Internationales Erbrecht: EuErbVO, erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, München, C.H. Beck.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2016). *Las sucesiones «mortis causa» en Europa. Estudio del Reglamento UE núm. 650/2012*, Aranzadi, Pamplona.
- GARB, L. / WOOD, J. C. (EDS.) (2015). *International succession*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press.
- GIERL, W. et al (2017). *Internationales Erbrecht: EU-ErbVO, IntErbRV G, DurchfVO*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, Manz.
- GINEBRA MOLINS, M. / TARABAL BOSCH, J. (2016). *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*.
- GREESKE, M. (2014). *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, Bern, Wien, PL Acad. Research, 2014.
- HAGER, K. (HRSG.) (2013). *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, Nomos.
- KHAIRALLAH, G. / REVILLARD, M. (Dir.) (2013). *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013.
- LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732.

- (2004). Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures, *RabelsZ*, 225-243.
- (2013). Présentation du règlement sur les successions, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 5-16.
- LÖHNIG, M. / SCHWAB, D. / HENRICH, D. (HRSG.) (2014). *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, Giesecking.
- LORENTE MARTÍNEZ, I. (2015). La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío, *CDT*, 466-475.
- DE MELO MARINHO, C. M. G. (2015). *Sucessões europeias: o novo regime sucessório europeu*, Lisboa, Quid Juris;
- MOURA RAMOS, R. M. (2014). Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne: premières réflexions, en B. Cortese (ED.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 205-235.
- MÜLLER-LUKOSCHEK, J. (2015). *Die neue EU-Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage*, Bonn, Zerb-Verl., 2.^a ed., Dt. Notarverl.
- NORDMEIER, C. F. (2012). EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, n. 10, 513-519.
- PAMBOUKIS, H. P. (ED.) (2017). *EU Succession Regulation n.º 650/2012: a commentary*, Athens, Nomiki Bibliothiki, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos.
- PILTZ, D.J. / CORNELIUS, E. (2017). *Der Internationale Erbfall: Erbrecht, Internationales Privatrecht, Erbschaftsteuerrecht*, 3.^a ed., München, Beck; REISS, J. (2014). *Internationales Erbrecht Italien (deutsch-italienische Erbfälle)*, 3.^a ed., München, Beck.
- ROMANO, G. P. (2015). Remarks on the impact of the Regulation n.º 650/2012 on the Swiss-EU successions, *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016, 253-289.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S. (2013). *Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España)*, Cuadernos de Derecho Registral, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.
- WYSOCKA, A. (2011). The public clause in the EU Succession Regulation, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 919-936.
- ZANOBETTI PAGNETTI, A. / DAVÌ, D. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino.

NOTAS

¹ Texto oficial en *DOUE* L 201 de 27 de julio de 2012.

² MARINO, S. (2010). La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni, *Rivista di diritto internazionale*, 463-470.

³ BONOMI, A. (2013). Il regolamento europeo sulle successioni, *RDIPP*, 293-324; BONOMI, A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 40-41.

- ⁴ Vid. *inter alia*, CALVO CARAVACA, A.-L. / DAVÌ, A. / MANSEL, H.-P. (Eds.) (2016). *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press; CLERICI, R. (2016). Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über erbrechtliche Regelungen: einige allgemeine Überlegungen, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 28, 33-48; DAVÌ, A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea, *CDT*, vol. 5-II, 5-139; DEIXLER-HÜBNER, A. / SCHAUER, M. (2015). *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH; DÖBEREINER, C. (2016). *Europäische Erbrechtsverordnung: Kommentar zur Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (EuErbVO)*, München, C.H. Beck; DUTTA A. / HERRLER, S. (HRSG.) (2014). *Die Europäische Erbrechtsverordnung: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, München, Beck; DUTTA, A. / WEBER, J. (HRSG.) (2016). *Internationales Erbrecht: EuErbVO, erbrechtliche Staatsverträge, EGBGB, IntErbRVG, IntErbStR, IntSchenkungsR*, München, C.H. Beck; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2016). *Las sucesiones, «mortis causa» en Europa. Estudio del Reglamento UE núm. 650/2012*, Aranzadi, Pamplona; GARB, L. / WOOD, J.C. (Eds.) (2015). *International succession*, 4.^a ed., Oxford, Oxford University Press; GIERL, W. ET AL (2017). *Internationales Erbrecht: EUERBVO, IntErbRV G, DurchfVO*, 2.^a ed., Baden-Baden, Nomos, Wien, Manz; GIERL, W. / KÖHLER, A. / KROISS, L. (2015). *Internationales Erbrecht: EuErbVO, IntErbRVG*, Baden-Baden, Nomos; GINEBRA MOLINS, M. / TARABAL BOSCH, J. (2016). *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*; GREESKE, M. (2014). *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*, Frankfurt am Main, Bern, Wien, PL Acad. Research, 2014; HAGER, K. (HRSG.) (2013). *Die neue europäische Erbrechtsverordnung*, Baden-Baden, Nomos; KHAIRALLAH, G. / REVILLARD, M. (Dir.) (2013). *Droit européen des successions internationales: le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013; LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732; LAGARDE, P. (2013). Présentation du règlement sur les successions, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL EVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 5-16; LÖHNIG, M. / SCHWAB, D. / HENRICH, D. (HRSG.) (2014). *Erbfälle unter Geltung der Europäischen Erbrechtsverordnung*, Bielefeld, Gieseking; DE MELO MARINHO, C. M. G. (2015). *Sucessões europeias: o novo regime sucessório europeu*, Lisboa, Quid Juris; R.M. MOURA RAMOS (2014). «Le nouveau droit international privé des successions de l'Union européenne: premières réflexions», en B. CORTESE (ed.), *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, Giappichelli, 205-235; MÜLLER-LUKOSCHEK, J. (2015). *Die neue EU-Erbrechtsverordnung: Einführung in die neue Rechtslage*, Bonn, Zerb-Verl., 2.^a ed., Dt. Notarverl.; PAMBOUKIS, H.P. (ed.) (2017). *EU Succession Regulation n.º 650/2012: a commentary*, Athens, Nomiki Bibliothiki, München, Beck, Oxford, Hart, Baden-Baden, Nomos; PILTZ, D.J. / CORNELIUS, E. (2017). *Der Internationale Erbfall: Erbrecht, Internationales Privatrecht, Erbschaftsteuerrecht*, 3.^a ed., München, Beck; REISS, J. (2014). *Internationales Erbrecht Italien (deutsch-italienische Erbfälle)*, 3.^a ed., München, Beck; ROMANO, G.P. (2015). «Remarks on the impact of the Regulation no. 650/2012 on the Swiss-EU successions», *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016, 253-289; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S. (2013). Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España), *Cuadernos de Derecho Registral*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid; ZANOBETTI PAGNETTI, A. / DAVÌ, D. (2014). *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Ed. Giappichelli, Torino. Vid. número especial de *Contratto e impresa Europa*, 2015-2, «Il certificato successorio europeo», 405-478.
- ⁵ RODRÍGUEZ BENOT, A. (2008). La superación de las divergencias en los principios de solución del Derecho conflictual sucesorio, en B. CAMPUZANO DÍAZ, M. DI FILIPPO, A. RODRÍGUEZ BENOT y M.^a A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 121-150.

⁶ BONOMI, A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 47.

⁷ DAVI, A. (2016). Introduction, en *The EU Succession Regulation*, op. cit. 1-69, esp. 14.

⁸ NORDMEIER, C.F. (2012). EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, n.º 10, 513-519.

⁹ HERWEG, C. (2004). *Die Vereinheitlichung des internationalen Erbrechts im europäischen Binnenmarkt*, Baden-Baden, Nomos, 10-18.

¹⁰ LAGARDE, P. (2004). Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures, *RebelsZ*, 225-243.

¹¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. / MARTÍNEZ NAVARRO, J. J. (Dir.) (2015). *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Granada, Comares, 2.ª ed., 6-9.

¹² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2016). El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público, en M.E. Ginebra Molins / J. Tarabal Bosch (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 135-159; FONT I SEGURA, A. (2017). La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria, *Indret*, 314-365.

¹³ CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). *Derecho internacional privado*, vol. I, 18.ª edición, Ed.Comares, Granada, 327-330.

¹⁴ SPERDUTI, G. (1976). L'ordine pubblico in diritto internazionale privato, *RDI*, vol. LIX, 669-676; ID. (1976). Norme di applicazione necessaria e ordine pubblico internazionale, *RDIPP*, 473-496.

¹⁵ WYSOCKA, A. (2011). The public clause in the EU Succession Regulation, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 919-936.

¹⁶ BUCHER, A. (1993). L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, *RCADI*, vol. 239, 9-116. *Vid.* también CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008). Orden público internacional y externalidades negativas, *BIMJ*, núm. 2065, 2351-2378.

¹⁷ ECLI: ES:APA:2013:70.

¹⁸ FONT I SEGURA, A. (2017). La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria, *Indret*, 314-365, esp. 324.

¹⁹ LOTTI, P. (2005). *L'ordine pubblico internazionale (la globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli strumenti giuridici di origine estera nell'ordinamento italiano)*, Giuffrè, Milano, 12-16. También el clásico estudio de DUTOIT, B. (1985). L'ordre public: caméléon du droit international privé, en *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 455-472.

²⁰ MEZGHANI, A. (2003). Le juge français et les institutions du droit musulman, *JDI Clunet*, 723-765; VISCHER, F. (1969). Der ordre public im Familienrecht, *Zeitschrift für Zivilstandswesen*, 1969, 324-344.

²¹ CAMPLIGLIO, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar, *CDT*, 5-21; CAMPLIGLIO, C. (2011). Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato, *RDI*, 1029-1064.

²² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2016). El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público, en M. E. Ginebra Molins/J. Tarabal Bosch (Dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 135-159.

²³ DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, *Droit. Université Côte d'Azur*, (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 125-131.

²⁴ FORTEAU, M. (2011). L'ordre public transnational ou réellement international. L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international public», *Journal de droit international Clunet*, 3-49.

²⁵ FONT I SEGURA, A. (2017). La delimitación..., cit. 314-365.

²⁶ JOUBERT, N. (2008). *La notions de liens suffisants avec l'ordre juridique (inlands-beziehung) en droit international privé*, 76-77.

- ²⁷ DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, Droit. Université Côte d'Azur, (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 131-133.
- ²⁸ BALDUS, C. (2012). Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, núm. 6, 212-215.
- ²⁹ LORENTE MARTÍNEZ, I. (2015). La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío, *CDT*, 466-475.
- ³⁰ DUTOIT, B. (1985). L'ordre public: caméléon du droit international privé, en *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 455-472.
- ³¹ RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1993). European Union International Ordre Public, *Spanish yearbook of international law*, núm. 3, 43-88.
- ³² COLOMBI CIACCHI, A. (2009). *Internationales Privatrecht, ordre public européen und europäische Grundrechte*, Bremen, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, 31-33.
- ³³ FERACI, O. (2012). *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 76-77. También MARZAL, T. (2015). La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé (de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police), en *L'ordre public*, Archives de philosophie du droit, t. 58, Paris, Dalloz, 267-279.
- ³⁴ DAVÌ A. / ZANOBETTI, A. (2013). Il nuovo diritto..., *cit.*, 233-32.
- ³⁵ STÜRNER, M. (2016). Der Ordre public im europäischen Kollisionsrecht, en S. ARNOLD (HRSG.), *Grundfragen des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 87-104; THOMA, I. (2007). *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Tübingen, 22-23.
- ³⁶ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H. (2005). Orden público y sucesiones (I) y (II), *Boletín de Información. Ministerio de Justicia*, núm. 1984 de 1 de marzo de 2005 (I) y núm. 1985 de 15 de marzo de 2005 (II), 853-882 y 1123-1147.
- ³⁷ SINAY-CYTERMANN, A. (2014). Les tendances actuelles de l'ordre public international, en *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, lextenso editions Paris, 635-655.
- ³⁸ DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, Droit. Université Côte d'Azur (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 131.
- ³⁹ LAGARDE, P. (2014). Règlement N.650/2012 sur les successions, *Répertoire de droit européen Dalloz*, 1-33.
- ⁴⁰ Vid. SINDRES, D. (2012). Vers la disparition de l'ordre public de proximité?, *JDI Chûnet*, 887-901.
- ⁴¹ Vid. STJCE de 28 de marzo de 2000, C-7/98, *Dieter Krombach vs. André Bamberski*, Recopilación, 2000, I-1935. [ECLI:EU:C:2000:164].
- ⁴² IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (2015). Artículo 40, en IGLESIAS BUHIGUES J. L. / PALAO MORENO, G. (2015). *Sucesiones internacionales. Comentario al Reglamento UE 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 316-326.
- ⁴³ MOSCONI, F. (1994). Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico, *RDIPP*, 5-14.
- ⁴⁴ CALVO CARAVACA, A.-L. (2017). Residencia habitual y ley aplicable a la sucesión mortis causa, en *Estudios Jurídicos - Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 203-234.
- ⁴⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2016). Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante, *CDT*, 47-75.
- ⁴⁶ YBARRA BORES, A. / RODRÍGUEZ BENOT, A. (2017). Las nuevas reglas sobre información y prueba del Derecho extranjero en el sistema español de Derecho internacional privado, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 150, 1351-1394.
- ⁴⁷ BARREDA, N. C. (2014). Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012,

CDT, vol. 6, núm. 1, 121-146. También ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2016). El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público, en GINEBRA MOLINS M. / TARABAL BOSCH, J. *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, 135-160.

⁴⁸ CONTALDI, G. (2016). Artículo 30, en Calvo Caravaca A.-L./Davì, A./Mansel, H.-P. (Eds.), *The EU Succession Regulation... op. cit.*, 430-441.

⁴⁹ BONOMI, A. (2010). Successions internationales: conflits de lois et de juridictions, *RCADI*, vol. 350, 71-418. En España, *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. (1995). Sucesión hereditaria, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado parte especial*, Ed.CESSJ Ramón Carande, Madrid, 393-422; CALVO CARAVACA, A.-L. (1995). Artículo 9.8 del Código civil, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. I, Edersa, 2.^a ed., 350-391; CALVO CARAVACA, A.-L. (1986). La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español, *RGD*, 3103-3138.

⁵⁰ GIHL, T. (1953). Lois politiques et droit international prive, *RCADI*, vol.83, 163-254; QUADRI, R. (1958). Leggi politiche e diritto internazionale privato, *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, vol. I, Milán, Giuffrè, 363-376.

⁵¹ Sent. Cour de Cassation Francia 24 de junio de 1878, *Forgo* [Dalloz 1879, 56].

⁵² PILLET, A. (1913). Contre la théorie du renvoi, *RCDIP*, 1913, 1-14.

⁵³ CUEVAS DE ALDASORO, M. A. (2018). *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 56-57.

⁵⁴ FUSARO, A. (2012). I diritti successori dei figli: un modelli europei e proposte di riforma a confronto, *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, vol. 12, 747-760.

⁵⁵ VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, *Indret (indret.com)*, julio de 2007, 1-25.

⁵⁶ O'CALLAGHAN, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima, *Diario La Ley*, núm. 8592, 1-4. Muy ilustrativo también el magnífico trabajo de VAQUER ALOY, A. (2007)., Reflexiones..., *cit.*, 1-25.

⁵⁷ Reguladas en la *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975*, posteriormente reformada por la *Law Reform (Succession) Act 1995*.

⁵⁸ VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones..., *cit.*, 1-25.

⁵⁹ ANDERSON, M. (2006). Una aproximación al derecho de sucesiones inglés, *Anuario de Derecho Civil*, 1243-1281.

⁶⁰ CUEVAS DE ALDASORO, M. A. (2018). *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 101-106.

⁶¹ BONOMI, A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 72-73.

⁶² CÁMARA LAPUENTE, S. (2003). ¿Derecho europeo de sucesiones? Un apunte, en S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Colex, Madrid, 1185-1233, esp. 1219.

⁶³ CAMPIGLIO, C. (2016). La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria, *RDIPP*, vol. 52, núm. 4, 925-948, esp. 937-398.

⁶⁴ BONOMI, A. (2008). Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?, *TCFDIP*, 263-292; BONOMI, A. (2010). Choice-of-Law Aspects of the Future EC Regulation in Matters of Succession. A First Glance at the Commission's Proposal, en *Convergence and Divergence in Private International Law - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Eleven International Publishing / Schulthess, La Haya / Zurich, 157-172; BONOMI, A. (2010). Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 605-610.

⁶⁵ FONTANELLAS MORELL, J.-M. (2010). *La professio iuris sucesoria*, M.Pons, Madrid, 77-79.

⁶⁶ DAVÍ, A. (2004). L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne, *RDIPP*, 473-498; DAVÍ,

A. (2005). Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni, *RDI*, 297-341.

⁶⁷ FERACI, O. (2013). L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea, *RDI*, 424-491. También, en el mismo sentido, CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Professio juris* e regolamento successorio europeo, en I. Pretelli/G. P. romano/T. Rossi (ÉDS.), *Tui Memores - La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève, Zurich, Schulthess Éditions ROMANDES, 133-153.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MATEOS, P. (2014). La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea, *REEI*, 1-59.

⁶⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III, *Studi sull'integrazione europea*, núm. 2, 267-288; SEATZU F. / CARRASCOSA, J. (2010). La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III, *Studi sull'integrazione europea*, núm. 1, 49-78. *Vid.* artículo 10 Reglamento Roma III: *Artículo 10 Aplicación de la ley del foro. Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro.*

⁷⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2016). El Reglamento 650/2012: disposiciones..., *cit.*, 135-160, esp. 141.

⁷¹ RODRÍGUEZ MATEOS, P. (2014). La sucesión por causa de muerte en el derecho de la Unión Europea, *REEI*, 1-59.

⁷² DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, *Droit. Université Côte d'Azur*, (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 162-165.

⁷³ KHAIRALLAH, G. (2013). La détermination de la loi applicable à la succession, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed. Defrénois, Paris, 47-56.

⁷⁴ BONOMI, A. (2008). Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?, *TCFDIP*, 263-292; BONOMI, A. (2010). Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 605-610.

⁷⁵ FONT I SEGURA, A. (2017). La delimitación de la excepción de orden público y del fraude de ley en el Reglamento (UE) 650/2012 en materia sucesoria, *Indret*, 314-365, 332.

⁷⁶ Sent. Cass. 24 junio 1996, en *Nuova giurisprudenza commentata*, 1997, I, 167-169.

⁷⁷ CALÒ, E. (2013). La successione *mortis causa* in diritto comparato, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, Giuffrè, Milano, 2013, 209-242, esp. 253. También CUEVAS DE ALDASORO, M.A. (2018). *El título sucesorio de los ciudadanos británicos en España*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, Murcia, 57.

⁷⁸ HANISCH, H. (1985). *Professio juris, réserve légale und Pflichtteil*, *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, Payot, 473 y sigs.

⁷⁹ ECLI:FR:CCASS:2017:C101005.

⁸⁰ WILKE, F. M. (2012). «Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung», *Recht der internationalen Wirtschaft*, núm. 9, 601-609; BONOMI, A. (2013). Il regolamento europeo sulle successioni, *RDIPP*, 293-324, esp. 307.

⁸¹ LAGARDE, P. (2014). Règlement núm. 650/2012 sur les successions, *Répertoire de droit européen Dalloz*, 1-33; DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, *Droit. Université Côte d'Azur*, (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 165-169.

⁸² LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732.

⁸³ Sent. Cass Francia, 27 de septiembre de 2017 [ECLI:FR:CCASS:2017:C101004]: *Mais attendu qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels; Et attendu qu'après avoir énoncé que la loi normalement applicable à la succession est celle de l'Etat de Californie, qui ne connaît pas la réserve héréditaire, l'arrêt relève qu'il n'est pas soutenu que l'application de cette loi laisserait l'un ou l'autre des conjoints X..., tous majeurs au jour du décès de leur père, dans une situation de précarité économique ou de besoin, que Michel X... résidait depuis presque trente ans en Californie, où sont nés ses trois derniers enfants, et que tout son patrimoine immobilier et une grande partie de son patrimoine mobilier sont situés aux Etats-Unis; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et qui a procédé aux recherches prétendument omises, en a exactement déduit que la loi californienne ayant permis à Michel X... de disposer de tous ses biens en faveur d'un trust bénéficiant à son épouse, mère de leurs deux filles alors mineures, sans en réserver une part à ses autres enfants, ne heurtait pas l'ordre public international français....*

⁸⁴ FONT I SEGURA, A. (2016). Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes, en Ginebra Molins, M. E. / Tarabal Bosch, J. (Dirs.) (2016). *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Madrid, Marcial Pons, 161-192, en alusión al límite que el TJUE estableció para la intervención del orden público internacional en el caso fallado por la STJCE de 28 de marzo de 2000, C-7/98, *Dieter Krombach vs. André Bamberski*, Recopilación, 2000, I-1935. [ECLI:EU:C:2000:164].

⁸⁵ LAGARDE, P. (1969). «Successions», *E. Dalloz DI*, vol. II, 876-895; P. LAGARDE (2005). Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, en *Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, 1686-1708; LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732. *Vid.* Sent. Cass Francia 27 de septiembre de 2017 [ECLI:FR:CCASS:2017:C101004]: *Mais attendu qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels.*

⁸⁶ MC. KNIGHT, J. W. (1986). Spanish Legitim in the United States: Its survival and decline, *American Journal of Comparative Law*, 75-108.

⁸⁷ LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732; LAGARDE, P. (2013). Présentation du règlement sur les successions, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 5-16.

⁸⁸ *Vid.* STS de 23 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8280]; STS de 15 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8212 y REDI, 1997, 265-268]; STS de 21 de mayo de 1999 [R. 4580]; STS de 13 de octubre de 2005 [ECLI:ES:TS:2005:6123]; SAP Málaga 13 de marzo de 2002 [CENDOJ 29067370062002100559]; SAP Alicante 27 de febrero de 2004 [CENDOJ 03014370062004100047]; SAP Tarragona 13 de mayo de 2004 [CENDOJ 43148370012004100180]; SAP Granada 19 de julio de 2004 [CENDOJ 18087370042004100435]. *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1997). Nota a STS 15 de noviembre de 1996, *REDI*, 264-268; RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1999). Nota a STS de 21 de mayo de 1999, *REDI*, 7576-760.

⁸⁹ DEVAUX, A. (2012). The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?, accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (2014). *La Ley aplicable a los pactos sucesorios*, Univ. Santiago de Compostela, 2014; FONT I SEGURA, A. (2016). Los pactos sucesorios..., cit., 161-192. Vid. también AA. VV. (2008). *Les pactes successoriaux en droit comparé et en droit international privé: nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse: actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007*; HENRICH, D. (1996). Anordnungen für den Todesfall in Eheverträgen und das Internationale Privatrecht, en *Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag*, München, 905-917; HILBIG-LUGANI, K. (2014). Das gemeinschaftliche Testament im deutsch-französischen Rechtsverkehr - Ein Stiefkind der Erbrechtsverordnung, *IPRax*, 480-488; RIERING W. / BACHLER, F. (1995). Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 580-598.

⁹¹ KINDLER, P. (2017). La legge applicabile ai patti successori nel Regolamento (UE) núm. 650/2012, *RDIPP*, LIII, 1, 12-32.

⁹² VISMARA, F. (2014). Patti successori nel regolamento (UE) núm. 650/2012 e patti di famiglia: un'interferenza possibile?, *RDIPP*, 803-818.

⁹³ AÑOVEROS TERRADAS, B. (2009). Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en DIPr español, en Viñas R. / Garriga G. (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 157-174.

⁹⁴ ECLI: ES:APA:2013:70.

⁹⁵ LEQUETTE, Y. (1986). Ensembles législatifs et droit international privé des successions, *TCFDIP*, 1983-1984, Paris, 163-192. Ello sin perjuicio del contacto valorativo del Derecho sucesorio con el Derecho matrimonial, por ejemplo, otro, conjunto normativo», indica MARINO, S. (2012). I diritti del coniuge o del partner superstite nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea, *RDI*, 1114-1121. También IGLESIAS BUHIGUES, J. L. (2018). La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial, *CDT*, 233-247.

⁹⁶ REVILLARD, M. (2013). Portée de la loi applicable, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 67-86.

⁹⁷ HENRICH, D. (1985). Die Schenkung von Todes wegen in Fällen mit Auslandsberührung, *Festschrift für K. Firsching zum 70. Geburtstag*, München, 111-123; JAYME, E. / HAACK, H. (1985). Die Kommorientenvermutung im internationalen Erbrecht bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Verstorbenen, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 80-96; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. (1994). La comoriencia en Derecho internacional privado, *BIMJ*, núm. 1713, 15 de julio de 1994, 3935-3956.

⁹⁸ REVILLARD, M. (2006). *Droit international privé et communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.^a ed., Paris, 221-224.

⁹⁹ <http://www.20minutos.es/noticia/669364/0/marido/olivia/newton-john/>.

¹⁰⁰ REVILLARD, M. (2013)., Portée de la loi applicable», en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 67-86.

¹⁰¹ PAULI, H. G. (1994). *Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public*, Diss. München, 33-37.

¹⁰² BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. (2009). El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional, *REDI*, 441-454.

¹⁰³ SCHMIDT, J.-P. (2013). Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse, *Max Planck Private Law Research Paper No. 12/15*, también en *RabelsZ*, 1-30.

¹⁰⁴ AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. (2015). Artículo 23, en J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO, *Sucesiones internacionales. Comentario al Reglamento UE 650/2012*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 161-175.

¹⁰⁵ DEVAUX, A. (2012). «The European Regulations on Succession of July 2012: A Path Towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not?», accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2230663.

¹⁰⁶ KRONKE, H. (2001). *Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung*, Frankfurt am Main, Lang.; OHLENSCHLAGER, M. (2017). *Scharia und Grundgesetz: über die Anwendbarkeit islamischen Rechts im Geltungsbereich des Grundgesetzes*, Berlin, Münster, Lit. 2017; PAULI, H.-G. (1994). *Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public*, München, Diss.; BERNARD-MAUGIRON, N. / DUPRET, B. (Dir.) (2012). *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant.

¹⁰⁷ DEBERNARDI, G. (2017). Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux, Droit. Université Côte d'Azur, (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 143-148.

¹⁰⁸ SCHOLZ, P. (2006). *Erbrecht der maghrebischen Staaten und deutscher ordre public*, Hamburg, KOVAC, 33-38.

¹⁰⁹ Vid. PATTAR, A. K. (2007). *Islamisch inspiriertes Erbrecht und deutscher Ordre public: die Erbrechtsordnungen von Ägypten, Tunesien und Marokko und ihre Anwendbarkeit im Inland*, Berlin, 23-33; ALDEEB, S. / BONOMI, A. (1999). *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, Schulthess, *passim*; BOULANGER, F. (1981). *Les successions internationales*, Paris, 55-59; BOULANGER, F. (2012). «Révolution juridique ou compromise en trompe l'oeil? - À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales», *La semaine juridique*, 15 de octubre de 2012, 1120 y sigs. Vid. Sent. Trib. Alger 3 de febrero de 1922 [*Jurisp. Cour d'Alger*, 1922, 122]; Sent. Trib. Blois 30 de noviembre de 1925 [*RCDIP*, 1929, 614]; Sent. Cass Francia 17 de noviembre de 1964 [*JURITEXT* 000006967337].

¹¹⁰ RDGRN de 20 de julio de 2016 [Resolución 2016, 4595].

¹¹¹ TONOLO, S. (2012)., Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione, *RDI*, 1056-1073.

¹¹² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S. (2013). Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE (desde la perspectiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles y el Registro de la Propiedad en España), *Cuadernos de Derecho Registral*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 171-174. Vid. Sent. cour cassation Francia 4 de mayo de 1980, *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile*, 1 núm. 71.

¹¹³ Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (DOUE L 331 de 16 de diciembre de 2009).

¹¹⁴ Sent. TEDH de 1 de febrero de 2000, *Mazurek vs. France* [<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58456>]; Sent. TEDH de 7 de febrero de 2013, *Fabris vs. France* [<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-116715>].

¹¹⁵ STEDH de 26 de julio de 2005, *Siliadin vs. Francia* [<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69891>]; Sent. Cour Cass. Francia de 10 de mayo de 2006 [*Bulletin*, 2006 núm. 168, 163].

¹¹⁶ LAGARDE, P. (1993). La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 263-282.

¹¹⁷ STS CA de 24 de enero de 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]; STSJ Madrid CA de 15 de marzo de 2018 [ECLI:ES:TSJM:2018:4001].

¹¹⁸ Vid. Sent. Cass Francia de 28 de febrero de 1860, *Bulkley* [*Sirey*, 1860, 210]; Sent. Cass. Francia de 17 de abril de 1953, *Rivière* [*RCDIP*, 1953, 412, nota H. BATIFFOL, *JDI Clunet*, 1953, 860, nota PLAISANT, *RabelsZ*, 1955, 520, nota PH. FRANCESCAKIS].

¹¹⁹ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. / FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., (1995). «Artículo 12.3 del Código civil», *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 894-926.

¹²⁰ Vid. STS CA 24 de enero de 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]; STS de 13 de marzo de 1969 [R.1276]; STS de 12 de junio de 1969 [JC, 249]; RDGRN de 3 de diciembre de 1996 [BIMJ 1997\1808, 2244-2247]; RDGRN [3.ª] de 20 de febrero de 1997 [BIMJ de 15 de mayo

de 1998, núm. 1821, 1163-1165]; RDGRN [5.^a] de 10 de octubre de 2005 [BIMJ núm. 2011 de 15 de abril de 2006, 1720-1722]; RDGRN de 28 de enero de 2006 [BIMJ núm. 2022 de 1 de octubre de 2006, 4208-4211].

¹²¹ SAUVAGE, F. (2013). L'option et la transmission du passif dans les successions internationales au regard du règlement européen, en AA.VV. (sous la direction de GEORGES KHAIRALLAH / MARIEL REVILLARD), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 105-126; LAGARDE, P. (2012). Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions, *RCDIP*, 691-732; REVILLARD, M. (2013). Portée de la loi applicable, en AA.VV. (sous la direction de Georges Khairallah / Mariel Revillard), *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Ed.: Defrénois, Paris, 67-86.

¹²² Sentencia cour cassation Francia de 3 de enero de 1980 [*Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile*, 1 núm. 4].

¹²³ TONOLO, S. (2012). Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione, *RDI*, 1056-1073.

¹²⁴ REVILLARD, M. (2013). Portée ..., *cit.*, 67-86.

¹²⁵ CALVO CARAVACA, A.-L. (1995). Sucesión..., *cit.*, 393-422; CALVO CARAVACA, A.-L. (1995). Artículo 9.8 del Código civil, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Edersa, 2.^a ed., 350-391; CALVO CARAVACA, A.-L. (1986). La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español, *RGD*, 3103-3138.

¹²⁶ DROZ, G.A.-L. (1969). La codification du droit international privé des successions. Perspectives nouvelles, *TCFDIP*, 319-339; DROZ, G.A.-L. (1989). Sizième session et session extraordinaire de la Conférence de La Haye de droit international privé, *RDIDC*, vol. 66, 76-83; DROZ, G.A.-L. (1989). Note introductive à la convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort, *Revue de droit uniforme*, 213-216; DROZ, G.A.-L. (1970). La codification de droit international des successions, *TCFDIP*, 1966-1969, Paris, 319-339.

¹²⁷ SAP Barcelona de 28 de octubre de 2008 [*JUR* 2009, 64243]; sent. Cass Francia 17 de noviembre de 1964 [JURITEXT 000006967337].

¹²⁸ CIANNI, A. (1995). Capacità di succedere e capacità di ricevere per testamento: profili di diritto internazionale privato, *Giurisprudenza italiana*, 115-118.

¹²⁹ BONOMI A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 300.

¹³⁰ O'CALLAGHAN, X. (2015). A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima, *Diario La Ley*, núm. 8592, 1-4.

¹³¹ L. BALLESTER AZPITARTE, La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, año XXXVI, núm. 8534, 7 de mayo de 2015, 1-4.

¹³² DE LASALA LLANAS, M. (1933). *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed. Rev. Derecho privado, Madrid, 245-290.

¹³³ CEBRIAN SALVAT, M. A. (2016). Los will substitutes y el Reglamento sucesorio europeo, *CDT*, 318-333.

¹³⁴ SANTOS MORÓN, M. J. (2018). La denominada «herencia digital»: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado, *CDT*, 413-438.

¹³⁵ LAGARDE, P. (1969). Successions, *Encyclopedie Dalloz Droit international*, vol. II, Paris, 1969, 876-895; ID., Partage, *Encyclopedie Dalloz Droit international*, vol. II, Paris, 560-568.

¹³⁶ GOLDSCHMIDT, W. (1948). *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 246-264.

¹³⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Legatum per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012, *La Ley Unión Europea*, núm. 55, 31 de enero de 2018.

¹³⁸ SCHMIDT, J.-P. (2013). Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse (The foreign legatum per vindicationem and its Effects in German Territory), *Max Planck Private Law Research Paper núm. 12/15*, también en *RabelsZ*, 1-30.

- ¹³⁹ STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Aleksandra Kubicka*, [ECLI:EU:C:2017:755]. Vid. R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, Breve nota sobre la sentencia del tribunal de justicia de la Unión Europea Asunto C-218/16 (Kubicka) de 12 de octubre (testamento de un no residente en España), *La Ley*, núm. 9084, de 20 de noviembre de 2017.
- ¹⁴⁰ CASTELLANOS RUIZ, E. (2018). Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios, *CDT*, 2018, 70-93.
- ¹⁴¹ RDGRN de 14 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 1128].
- ¹⁴² STS de 27 de abril de 1978 [R. 1458], RDGRN 30 de junio de 1956 [AnDGRN, 40-48]; STS de 11 de febrero de 1952 [R. 284]. Vid. también SAT Palma de Mallorca de 17 de febrero de 1965 [texto en J. D. González Campos/J. C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado, materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, 144-145].
- ¹⁴³ RDGRN de 22 de noviembre de 2006 [*RJ* 2006, 8923].
- ¹⁴⁴ MAYER, P. / HEUZÉ, V. (2010). *Droit international privé*, París, Montchrestien, 10.^a ed., 583-610, esp. 584-589.
- ¹⁴⁵ DE ANGULO RODRÍGUEZ, M. (1977). Artículo 9.8 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 481-489; DE LASALA LLANAS, M. (1933). *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Ed.Rev.Derecho privado, Madrid, 245-290.
- ¹⁴⁶ RDGRN de 22 de noviembre de 2006 [*RJ* 2006, 8923].
- ¹⁴⁷ BAREL, B. (2013). La disciplina dei patti successori, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 105-139.
- ¹⁴⁸ BALLADORE PALLIERI, G. (1974). Diritto internazionale privato, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 263-290, esp. 285-287.
- ¹⁴⁹ BONOM, A. / WAUTELET, P. (2015). *El Derecho europeo de sucesiones*, Aranzadi, Pamplona, 70-71.
- ¹⁵⁰ FAWCETT, J. / CARRUTHERS, J. M. (2008). *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14.^a edición, Oxford University Press, 1263-1292; CALÒ, E. (2010). El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho (Reflexiones desde el derecho italiano), *indret.com*, julio de 2010.
- ¹⁵¹ MCCLEAN D. & BEEVERS, K. (2005). *Morris, The Conflict Of Laws*, 6th ed., Thomson, Sweet & Maxwell, London, 441-458.
- ¹⁵² VAN VENROOY, G. J. (1988). Die Testierfähigkeit im Internationalen Privatrecht, *Juristische Rundschau*, 485-492.
- ¹⁵³ BALLADORE PALLIERI, G. (1974). *Diritto internazionale privato*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 263-290, esp. 269-270.
- ¹⁵⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 102-103.
- ¹⁵⁵ VITTA, E. (1988). *Diritto internazionale privato e processuale*, 3.^a ed., Torino, UTET, 291-312, esp. 298-299.
- ¹⁵⁶ De nuevo, vid. VITTA, E. (1988). *Diritto internazionale, ... op. cit.*, 291-312, esp. 304-307.
- ¹⁵⁷ CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Professio juris* e regolamento successorio europeo, en I. Pretelli/G.P. Romano/T. Rossi (éds.), *Tui Memores - La dimensione culturale du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Genève, Zurich, Schulthess Éditions ROMANDES, 133-153.
- ¹⁵⁸ CAMPIGLIO, C. (2016). La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria, *RDIPP*, vol. 52, núm. 4, 925-948.
- ¹⁵⁹ BREMHAAAR, W. (1983). Das Haager Testamentsabkommen und artículo 992 des niederländischen Zivilgesetzbuches, *IPrax*, 93-94; CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRAS-

COSA GONZÁLEZ, J. (2007). Breves observaciones sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, 1771-1792.

¹⁶⁰ BIAGIONI, G. (2013). L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni, en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 25-58, esp. 34. También CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. (2016). Artículo 27, en A.-L. CALVO CARAVACA / A. DAVI / H.-P. MANSEL (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 402-411 y BALLARINO, T. (2013). Il nuovo regolamento europeo sulle successioni, *RDI*, núm. 4, 1116-1145.

¹⁶¹ BIAGIONI, G. (2013). L'ambito..., *cit.*, 25-58, esp. 34.

¹⁶² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008). El testamento ológrafo y el Derecho internacional privado, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, vol. 1, núm. 3, 181-201.

¹⁶³ ECLI: ES:TS:2010:5120.

¹⁶⁴ LUPOI, M. (1994). *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione del'Aja, Diritto Italiano*, Milán, Giuffrè, 1994; PERRIN, J.J.V. (2006). *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg : étude de droit comparé et de droit international privé*, Genève, Droz.

¹⁶⁵ VIRGÓS SORIANO, M. (2006). *El Trust y el Derecho español*, Cuadernos Civitas, Madrid, 88-89.

¹⁶⁶ SEATZU, F. (2004). Il trust testamentario e la convenzione dell'Aja del 1985 relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento: il caso Barton, *Diritto del commercio internazionale*, 269-295.

¹⁶⁷ CAMPLIGLIO, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar, *CDT*, 2012, 5-21; CAMPLIGLIO, C. (2011). Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato, *RDI*, 1029-1064.

¹⁶⁸ CALVO CARAVACA, A.-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). *Derecho internacional privado*, vol. I, 18.^a edición, Ed.Comares, Granada, 340.

¹⁶⁹ Texto en: [http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2017/07/Cass.-sez-un-5-luglio-2017-n.-16601.pdf].

¹⁷⁰ Sent. CCass Italia de 30 de septiembre de 2015 [http://www.marinacastellaneta.it].

¹⁷¹ FRANZINA, P. (2017). L'applicazione genuina del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto dell'Unione europea, en *Dialoghi con Ugo Villani*, T. II, Bari, Cacucci, 1113-1120; FRANZINA, P. (2011). The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n.º 1259/2010 of 20 december 2010, *CDT*, 85-129; FRANZINA, P. (2013). «Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionaleprivatistica europea delle successioni mortis causa», en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 1-24.

¹⁷² GAMILLSCHEG, F. (1987). Ordine pubblico e diritti fondamentali, *Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milano, Giuffrè, 89-104; GOLDMAN, B. (1969). «La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public dans le fonctionnement de la regle de conflit de lois», *Liber Amicorum R.Cassin*, vol.I, París, Pedone, 449-466.

¹⁷³ BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979. *Vid.* FOHRER, E. (1999). *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre public international français*, Bruxelles, Bruylant, 1999; HAMMJE, P. (1997). Droits fondamentaux et ordre public, *RCDIP*, 1-31; MAYER, P. (1981). La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, *RCDIP*, 651-665.

(Trabajo recibido el 11-7-18 y aceptado para su publicación el 31-1-19)

Extinción, incumplimiento y forma de garantías del contrato de alimentos

Termination, failure to comply and ways to guarantee in food contracts

por

MANUEL ESPEJO RUIZ
Prof. Contratado Doctor Derecho civil
Universidad de Córdoba

RESUMEN: El legislador español concede un importante papel al incumplimiento de la obligación de alimentos, dedicándole prácticamente la totalidad del articulado. Al fin y al cabo, la regulación de este contrato obedece al afán de proteger el crédito del alimentista o receptor de los alimentos, como consecuencia de la causa onerosa del contrato, esto es, en la medida en que ha existido una transmisión patrimonial precisamente para que a cambio se presten alimentos. Y de ahí la objetividad con que se regula esta cuestión, ya que el artículo 1795 del Código civil reconoce automáticamente el derecho del alimentista a poner fin al contrato cuando quiebra la finalidad prevista.

Además, una vez resuelto el contrato, se intenta garantizar al máximo la restitución *in natura* de los bienes o derechos que fueron transmitidos con ocasión del contrato. Así, mientras los artículos 1795 y 1796 del Código civil tratan de garantizar dicha restitución frente al alimentante, el artículo 1797 del Código civil prevé la posibilidad de hacerla valer incluso frente a terceros, a través del acceso al Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *Spanish legislators acknowledge an important role of the failure to comply in food requirements, devoting almost an entire article to it. Ultimately,*

regulations in these contracts comply with the endeavor to protect the credit of the person who receives the food or recipient, as a consequence of the burden of the contract, that is to say insofar as the transfer of an asset has occurred specifically in exchange for the food provided. Hence, that is where objectivity that regulates this issue comes into play, as article 1795 in the Civil Code automatically recognizes the right of the recipient to end the contract when the intended purpose has failed.

Moreover, once the contract has been settled, the restitution of goods and rights that were transferred in the contract are attempted to be secured to the utmost as stated in the contract. While articles 1795 and 1796 of the Civil Code attempt to guarantee said restitution facing the food provider, article 1797 of the Civil Code anticipates the possibility asserting it even to third parties, via access to the Property Registry.

PALABRAS CLAVE: Contrato de alimentos. Extinción. Resolución. Mutuo disenso. Condición resolutoria. Hipoteca.

KEY WORDS: Food contract. Termination. Resolution. Mutual dissent, Resolutive condition. Mortgage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS: 1. CAUSAS GENERALES DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES. 2. CAUSAS ESPECÍFICAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS: A) Muerte del alimentista. B) Renuncia o desistimiento unilateral por parte del alimentista. C) Mutuo disenso. D) Incumplimiento de la obligación de alimentos. E) Incumplimiento de la transmisión del capital.—III. MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS.—IV. CONSECUENCIAS EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.—V. EL ACCESO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA DE LA DEBIDA RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS: 1. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA. 2. DERECHO DE HIPOTECA. 3. OTRAS GARANTÍAS RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ALIMENTANTE.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, introduce

una serie de novedades en la legislación, que son consecuencia del mandato contenido en el artículo 49 de la Constitución española, que obliga a los poderes públicos a realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que se prestará la atención especializada que requieran y a los que se amparará especialmente para el disfrute de los derechos que el Título Primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos. Se trata de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal como establece el apartado segundo del artículo 9 de la Constitución española.

Además de lo anteriormente expuesto, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 justifica la introducción en el Código civil de un nuevo contrato de alimentos. Se indica que la regulación de este contrato amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos, y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista.

El artículo 12 de la Ley 41/2003 crea un nuevo capítulo segundo dentro del Título XII del Libro IV del Código civil. Bajo la rúbrica «*Del contrato de alimentos*» se da contenido a los artículos 1791 a 1797 del mismo cuerpo legal. El legislador ha insertado el nuevo contrato de alimentos dentro del Título dedicado a los contratos aleatorios o de suerte¹.

El contenido básico de este contrato, la obligación de prestar alimentos, se podría decir que es una deuda indeterminada en sí misma, y no solo desde un punto de vista cuantitativo, en la medida que las necesidades del alimentista y, por tanto, la atención y cuidados requeridos pueden variar de un momento a otro de la vida de una persona, sino sobre todo desde la perspectiva de su duración, ya que la vida del alimentista, y mucho más en el caso de discapacitados o ancianos, es un hecho esencialmente incierto.

El contrato de alimentos, de larga tradición histórica sobre todo en determinadas zonas geográficas de nuestro país, permite a aquellas personas, que por distintas razones (edad, enfermedad, discapacidad...) requieran de algún tipo de colaboración en su vida diaria, asegurarse la asistencia de un tercero que queda obligado a cubrir sus necesidades vitales, en la forma prevista en el contrato, cediendo a cambio la titularidad de un capital.

La utilización de este contrato, pese a aparecer en la Ley de Protección patrimonial de los discapacitados, no queda restringida a estos, ni tampoco debe identificarse con el mundo rural en el cual tuvo su origen. Debe concebirse el contrato de alimentos como un instrumento idóneo para satisfacer las

necesidades no solo económicas o materiales sino también afectivas de aquellas personas que como hemos visto requieren de la colaboración de un tercero en su vida diaria. Por lo tanto, para ser beneficiario de la obligación convencional de alimentos no es necesario estar incapacitado judicialmente, sino que a cualquier persona con algún tipo de discapacidad o dependencia le podrá resultar útil su conclusión. En este sentido, tal y como se desprende de su concepto legal en virtud del contrato de alimentos el alimentante «*se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo*», en definitiva, se obliga a cubrir las necesidades vitales del alimentista en la cuantía y con la calidad que se haya pactado en el contrato o, en caso de no haberse previsto nada, con el alcance que determine el juez. El alimentista, por su parte, se obliga a transmitir un capital, en cualquier clase de bienes y derechos, de los cuales cede la propiedad o titularidad del derecho de que se trate; en virtud de esta transmisión queda obligado a responder por evicción y saneamiento de estos.

A lo largo de este trabajo vamos a observar el importante papel que el legislador concede al incumplimiento de la obligación de alimentos —le dedica prácticamente la totalidad del articulado—. Al fin y al cabo, se trata de un contrato regulado por la Ley 41/2003, dirigida precisamente a la protección a las personas discapacitadas —personas dignas de protección, discapacitados y ancianos que necesitan de asistencia y cuidados personales—. Además, la regulación de este contrato obedece al afán de proteger el crédito del alimentista o receptor de los alimentos, como consecuencia de la causa onerosa del contrato, esto es, en la medida en que ha existido una transmisión patrimonial precisamente para que a cambio se presten alimentos². Y de ahí la objetividad con que se regula esta cuestión, ya que el artículo 1795 del Código civil reconoce automáticamente el derecho del alimentista a poner fin al contrato cuando quiebra la finalidad prevista³.

Además, una vez resuelto el contrato, como es lógico, se intenta garantizar al máximo la restitución *in natura* de los bienes o derechos que fueron transmitidos con ocasión del contrato. Así mientras los artículos 1795 y 1796 del Código civil tratan de garantizar dicha restitución frente al alimentante, el artículo 1797 del Código civil prevé la posibilidad de hacerla valer incluso frente a terceros, a través del acceso al Registro de la Propiedad.

II. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

El contrato de alimentos puede llegar a su fin por cualquiera de las causas generales de extinción de las obligaciones que contempla el artículo 1156 del Código civil, siempre que concurran los requisitos necesarios para que opere cada una de ellas. Pero a estas causas generales de extinción deben añadirse otras que son propias o específicas de este contrato en particular.

1. CAUSAS GENERALES DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

El artículo 1156 del Código civil señala que «*Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por novación*».

Si bien estas son las causas por las que se entiende extinguida una obligación, algunas de ellas no son de aplicación al contrato de alimentos; a saber, el pago o cumplimiento, la confusión de derechos, y la compensación.

Los caracteres intrínsecos del contrato de alimentos limitan la posibilidad de su extinción por algunas causas. La primera, el pago o cumplimiento, por gozar este contrato del carácter de contrato de tracto sucesivo, por lo que su cumplimiento solo podrá ser apreciado al final de este. La confusión de derechos, porque debido al carácter personalísimo de esta obligación⁴, solo se entenderá producida cuando el alimentista suceda *mortis causa* al alimentante. Por último, la compensación, por no gozar el contrato de alimentos de los caracteres de deuda determinable, vencida y líquida, que exige para la misma la extinción por esta causa el artículo 1196.3.º y 4.º del Código civil.

Sin embargo, sí entendemos como causas de extinción del contrato de alimentos la pérdida de la cosa debida, la condonación de la deuda y la novación. Se entiende extinguido el contrato de alimentos por la pérdida de la cosa debida. Así lo manifiesta el artículo 1184 del Código civil «*quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*». Igualmente se extingue por condonación de la deuda por el alimentante. Y por último por novación.

2. CAUSAS ESPECÍFICAS DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ALIMENTOS

Vamos a analizar aquí las causas de extinción del contrato de alimentos propias del mismo. El artículo 1794 del Código civil solo nos señala expresamente la primera de ellas al decir que «*La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero*», referida a la muerte del alimentista⁶. Con esta norma se impide que pongan fin al contrato de alimentos circunstancias como la de haberse reducido la fortuna del alimentante, cuando el alimentista pueda ejercer un oficio —cosa por otro lado poco probable dada la edad de este— o cuando el alimentista haya mejorado su fortuna⁷.

A) Muerte del alimentista

El alimentista es el beneficiario del contrato de alimentos, que puede coincidir o no con la persona del cedente. Así, caso de pactarse el contrato de alimentos

en atención a un alimentista discapacitado, resulta posible que el alimentista beneficiario sea una persona con capacidad judicialmente modificada, cuando el contrato se celebre a favor de tercero. En estos casos, frecuentemente, el contrato se celebrará entre los familiares del discapacitado y la persona que va a prestar los alimentos a favor de aquel, quien dependiendo de si tiene capacidad suficiente para ello podrá aceptarlo por sí mismo, o, a través de su representante legal⁸.

El fallecimiento del alimentista es causa de extinción del contrato de alimentos. Esto es la consecuencia de ser un contrato bilateral y aleatorio. Además, en el concepto del contrato de alimentos se establece que se proporcionará vivienda, manutención y asistencia a una persona «*durante su vida*». Por tanto, fallecida esta cesa la obligación del alimentante⁹.

Esto tiene su razón de ser en la propia finalidad del contrato, ya que lo que se pretende es asegurar la subsistencia y cuidado del acreedor de alimentos hasta que finalice su vida. De ahí que el legislador haya excluido del ámbito de aplicación de este contrato aquellos supuestos en que se hace depender la duración de este de la vida de una tercera persona, o de un término cierto.

Pero podría darse el caso de que sean varios los sujetos que ostenten la posición acreedora de la prestación de alimentos, pudiendo ejercitar esa titularidad plural bien de forma simultánea, bien de forma sucesiva.

Cuando la concurrencia es simultánea, es decir, los alimentistas ostentan esa titularidad al mismo tiempo, teniendo derecho a percibir alimentos a la vez, concurrentemente¹⁰, y alguno de ellos fallece, la parte que correspondía al acreedor premuerto, en principio, no acrece a los restantes, que seguirán ostentando exactamente el mismo derecho a los alimentos en lo que respecta a su cuantía. La propia naturaleza del contrato de alimentos impide la posibilidad de acrecimiento a favor de los que sobrevivan, de la misma forma que tampoco es transmisible por vía hereditaria. La obligación de alimentos con respecto al acreedor premuerto se extingue, pero se mantiene intacta en los sobrevivientes, con la misma extensión y condiciones que se hubieren convenido.

Por el contrario, en caso de que la pluralidad de sujetos alimentistas se pacte para realizarse de forma sucesiva, ello implicará que en cada momento existirá un único alimentista, de modo que cada sujeto entrará en la percepción de la prestación de alimentos cuando finalice la prestación para el anterior, y así sucesivamente. Se puede pactar que cada acreedor se beneficie de este derecho, por ejemplo, por un periodo de tiempo determinado, o bien pactar su duración hasta la muerte de cada uno de ellos. De forma que cuando uno fallezca, comience el siguiente a disfrutar del derecho. Pero siempre teniendo claro que, cuando se constituya de forma sucesiva, el beneficiario de la pensión de alimentos será solo el sujeto que corresponda en cada periodo: durante dicho tiempo, solo él puede disponer de los alimentos, y solo a él le corresponderá reclamarlos.

En cambio, la muerte del alimentante no es causa de extinción del contrato, de forma que bien subsistirá la obligación de proporcionar alimentos por parte de los herederos de este, bien podrá el alimentista o el cedente (caso de tratarse de un contrato celebrado a favor de tercera persona) pedir que la prestación se pague mediante pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados¹¹.

La primera posibilidad, transmisión de la deuda a los herederos, no figura reconocida expresamente en la regulación del Código civil. Lo que sucede es que dado que la segunda hipótesis —pedir que la prestación se pague mediante pensión por plazos—, se configura por nuestro legislador como una opción que tiene el alimentista o cedente, bien podemos entender que, no haciendo uso de esta facultad, dado que la obligación de alimentos no desaparece, deberá subsistir en los herederos del alimentante¹².

La segunda alternativa, solicitar una pensión actualizable por plazos, viene expresamente prevista en el artículo 1792 del Código civil, de la siguiente forma: «*De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos (...), —el alimentista— podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente*».

De este modo, se prevé aquí la muerte del obligado a prestar alimentos sin entenderse en ningún momento la posibilidad de que el derecho de alimentos se extinga por su fallecimiento. Efectivamente el contrato de alimentos se configura en nuestro Código civil como un contrato vitalicio, que se extingue con la muerte del que los percibe, pero en ningún caso con la muerte del obligado a satisfacerlos. Para su muerte prevé el legislador la facultad de solicitar la conversión de la prestación de alimentos por una pensión actualizable a satisfacer por plazos, plazos que han podido ser fijados en el propio contrato o que habrá de solicitarse al juez que los fije.

B) Renuncia o desistimiento unilateral por parte del alimentista

Es teoría general que, perfeccionado un contrato, quedan los contratantes vinculados por el mismo si concurren los requisitos propios para que surta su eficacia. El compromiso asumido por los contratantes los vincula, siéndoles jurídicamente exigible la observancia de la conducta debida a cada una de las partes. Por eso, no puede quedar al arbitrio de cada una de las partes determinar si el contrato celebrado produce o no sus efectos (art. 1256 CC¹³). Pero esta regla, sin embargo, es ignorada, o mejor flexibilizada por el legislador cuando consiente que una o ambas partes puedan por su sola decisión unilateral y sin necesidad de causa que lo justifique poner fin a la relación contractual en supuestos concretos¹⁴.

La doctrina científica y la jurisprudencia han reconocido la facultad de desistir como remedio por el que poner fin a una relación obligatoria de tracto sucesivo, muchas veces basada en la confianza, pero sobre todo que carece de un plazo de duración temporal, de manera que su duración sea indefinida, por no resultar su duración tampoco de la naturaleza del negocio¹⁵.

En el ámbito del contrato de alimentos, la admisibilidad del desistimiento unilateral es polémica en la doctrina¹⁶.

Con anterioridad a la regulación del contrato de alimentos introducida en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, el Tribunal Supremo admitió, en el ámbito del denominado «vitalicio», el desistimiento unilateral del alimentista (acreedor de alimentos), aunque no mediara incumplimiento imputable al alimentante (obligado a prestar los alimentos)¹⁷. En definitiva, la doctrina de estas sentencias no es ajena a la consideración de los problemas de convivencia que pueden surgir en el ámbito de una relación de cuidado en la que el alimentante (deudor de los alimentos) se obliga a tener al alimentista (acreedor de alimentos) en su compañía.

La regulación del contrato de alimentos introducida en el Código civil en el año 2003 permite a cualquiera de las partes exigir la transformación de la prestación de alimentos en una pensión cuando se haya pactado la convivencia y concurren circunstancias graves que impidan la pacífica convivencia (art. 1792 CC).

El Código civil no contempla la posibilidad de desistimiento¹⁸. El Código civil tampoco contempla que se pueda pactar un desistimiento unilateral. Sin embargo, no lo excluye y es evidente que un pacto con este contenido quedaría amparado por el principio de autonomía privada (art. 1255 CC). Este pacto no sería contrario al artículo 1256 del Código civil, dado que «no significa ni representa entregar la validez y cumplimiento de un contrato a uno de los contratantes, sino autorizar para que pueda poner fin a una situación jurídica determinada y expresamente convenida»¹⁹.

El Código civil nada dice respecto a que le asista este derecho al alimentista y al alimentante. No obstante, entiendo que el carácter íntimo, afectivo y personal que informa este contrato, legitima tanto al deudor como al acreedor de los alimentos para que puedan desistir en cualquier momento de la relación, no solo cuando esta se desarrolle en régimen de convivencia, sino también cuando ambas partes contratantes habiten en viviendas separadas, constituyendo la prestación de alimentos la asistencia del alimentista. De modo que nada impide que esta facultad se entienda concedida a ambas partes, ni en la actual regulación del contrato en el Código civil, ni en la figura anterior de contrato atípico²⁰.

Pero ¿qué ocurre una vez desistido el contrato? Las consecuencias que se produzcan serán forzosamente distintas tratándose de un desistimiento por el alimentista o por el alimentante.

Si quien desiste es el alimentante, deberá devolver al alimentista el capital que recibió, además de indemnizar a este por los daños que le comporte el no

poder seguir siendo atendido o alimentado por el alimentante, a menos que la denuncia de este último se funde en la imposibilidad de continuar desempeñando la prestación sin grave detrimento suyo (por analogía art. 1736 CC). El hecho de que el alimentista deje de percibir los cuidados o el mantenimiento que esperaba puede acarrearle serios perjuicios. Por ello, el alimentante vendrá obligado a indemnizarle siempre que se pruebe la existencia real de tales daños.

¿Y si el contrato se celebró para que desplegara sus efectos a favor de un tercero? ¿A quién devolverá el alimentante el capital que recibió, al cedente o al beneficiario del contrato? Esta cuestión deberá resolverse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias particulares, no obstante, si la situación hubiere sido prevista en el título constitutivo habrá que estar a lo allí estipulado. En caso contrario, será necesario que la solución adoptada sea capaz de preservar el derecho adquirido por el alimentista o, en su caso, se compense con una indemnización por la pérdida de dicho derecho.

Si por el contrario es el alimentista el que desiste del contrato no deberá indemnizar al alimentante dado que la cesión del capital sirve en este caso para compensar los gastos y esfuerzos que en su caso haya sufrido el alimentante hasta la extinción del contrato.

C) Mutuo disenso

Cualquier contrato supone básicamente un acuerdo de voluntades mediante el cual los contratantes se vinculan. Por ese motivo es razonable que los contratantes tengan también la posibilidad de celebrar un nuevo contrato encaminado a privar de efectos al contrato inicialmente concluido.

El contrato de alimentos es obvio que puede extinguirse por mutuo disenso, hayan o no comenzado a cumplirse las obligaciones de los contratantes. Si aún no ha sido ejecutada ninguna actuación por las partes sus efectos se limitarán a suponer la mera extinción de las obligaciones generadas por el contrato inicial. Si por el contrario se trata de una relación duradera que ha venido siendo cumplida por las partes, creo que la desvinculación debe tener efectos retroactivos, habiendo de efectuarse reintegros liquidatarios.

D) Incumplimiento de la obligación de alimentos

Si el obligado a prestar alimentos no cumple lo pactado, el alimentista estará facultado para ejercitar varias actuaciones:

- Podrá solicitar que la prestación de alimentos convenida se pague mediante pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para

- esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.
- Podrá exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, y solicitar, además, el resarcimiento de daños y el abono de intereses.
 - Podrá, asimismo, optar por la resolución del contrato de alimentos. Se aplicará aquí lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil, en cuyo caso las partes deberán restituirse las prestaciones recibidas hasta volver a la situación anterior a la conclusión del contrato como si este nunca hubiera existido. En este sentido, deberá el alimentante restituir la titularidad de los bienes y derechos integrantes del capital recibido y, de no ser esta posible, deberá restituir el equivalente pecuniario, salvo en el supuesto de que se hubiera inscrito la condición resolutoria expresa, tal y como aparece en el artículo 1797 del Código civil, en cuyo caso las sucesivas transmisiones de los bienes quedarán sin efecto. En cuanto a lo recibido por el alimentista, este no podrá proceder a la restitución *in natura* sino que deberá abonar el equivalente pecuniario de las prestaciones recibidas, pudiendo suspenderse tal restitución —*ex* artículo 1795 del Código civil— por el tiempo y con las garantías que se determinen; lo que entendemos resultará incluso necesario cuando el alimentista no tenga liquidez para afrontar la restitución. Igualmente podrá el Juez determinar que se compensen los daños y perjuicios sufridos por el alimentista con la cantidad que deba restituir al alimentante.

Estas tres posibilidades que se plantean al alimentista están expresamente sancionadas en la Ley, en particular en los artículos 1795 y 1792 del Código civil.

Artículo 1795 del Código civil: *«El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.»*

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen».

Artículo 1792 del Código civil: *«(...) podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente».*

En cualquier caso, será preciso determinar, en primer lugar y efectivamente, que se ha producido el incumplimiento, lo que puede resultar complicado si en el contrato no se han pactado claramente las prestaciones asumidas por el alimentante y, teniendo en cuenta que la ejecución del contrato se desarrollará dentro del ámbito privado que marca la convivencia, resultará difícil probar el mismo. De no resultar así, para decretar el incumplimiento, el juez deberá tener presente si las necesidades vitales del alimentista se han visto satisfechas en la cuantía y calidad que precise en cada momento, teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1167 y 1258 del Código civil²¹.

Normalmente la vía utilizada por el alimentista en el contrato de alimentos será la acción resolutoria del artículo 1124.1.º del Código civil y no la exigencia del cumplimiento, debido a la dificultad que entraña el cumplimiento forzoso en este tipo de contratos: si el deudor-alimentante se niega voluntariamente a realizar exactamente la prestación comprometida (*in natura*), el procedimiento se orientará a la obtención de la suma dineraria correspondiente al valor de la prestación misma y al de los daños. Es decir, cuando el deudor no adopta la conducta debida, ni jurisdiccionalmente es fácil obtenerse.

E) Incumplimiento de la transmisión del capital

La cuestión del incumplimiento se contempla desde la perspectiva del alimentista, pues lo normal es que el cedente cumpla inicialmente sus obligaciones. Sin embargo, aunque el artículo 1795 del Código civil se refiere exclusivamente al supuesto de incumplimiento del alimentante, en el caso de que sea el cedente de los bienes quien incumpla las conclusiones serán las mismas. En este supuesto, si el alimentista —o el cedente— incumple la obligación de entrega del bien o derecho de que se trate²², el alimentante podrá escoger entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento forzoso. En uno y otro caso, el perjudicado por el incumplimiento puede pretender el resarcimiento de daños y abono de intereses (arts. 1101, 1124 y 1911 CC).

Por otra parte, habría que diferenciar entre el incumplimiento propiamente dicho y la imposibilidad de cumplir cuando concorra cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, en cuyo caso cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se sustituya por una pensión²³.

III. MODIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL CONTRATO DE ALIMENTOS

El legislador ha querido tipificar una cláusula o circunstancia que venía siendo habitual pactarla en la práctica o aplicarla por los Tribunales a instancia

de parte²⁴, *podrá ser reemplazada por el pago de una pensión periódica* en caso de muerte del alimentante o en caso de producirse una alteración grave de las circunstancias que impida la pacífica convivencia de las partes (art. 1792 CC). No obstante, conviene destacar que, aunque el legislador se refiere a «las alteraciones graves que impidan la pacífica convivencia» debemos interpretar esta expresión en sentido amplio entendiendo que las consecuencias previstas en el artículo 1792 del Código civil serán de aplicación en cualquier supuesto que imposibilite al alimentante cumplir sus obligaciones²⁵. Excluyendo, en cualquier caso, aquellas circunstancias que impidan el cumplimiento y que sean imputables al deudor, y la circunstancia de haberse arruinado el alimentante²⁶.

Con este artículo se confirma que el contrato de alimentos no termina con la muerte del alimentante, sino que producida esta se entenderá la transmisión *mortis causa* del contrato a sus herederos, quienes deberán cumplir las obligaciones derivadas del mismo. En este sentido, parece lógico entender que, si para estos existe una razón suficientemente justificada que les impida prestar personalmente los alimentos o no pudiendo prestarlos en los términos convenidos y que satisfagan al alimentista, así como en el caso de que este justificadamente no quiera que así sea, la prestación originaria deba reemplazarse por el pago de la pensión correspondiente para que aquel pueda cubrir sus necesidades vitales, como era el fin del contrato. Igualmente, si entre las partes la convivencia resultase imposible, más acertado que poner fin al contrato, puede resultar la modificación del objeto de la prestación.

Pero junto a la muerte del alimentante, el Código civil contempla el supuesto de circunstancia grave que impida la pacífica convivencia entre las partes. Tal y como establece el artículo 1791 del Código civil la prestación del alimentista consiste en proporcionar *vivienda, manutención y asistencia*, lo que aparece como contenido mínimo del contrato, debiendo determinarse las obligaciones concretas asumidas por aquel según lo acordado en el contrato, que, en cualquier caso, deberá ser suficiente para cubrir las necesidades vitales del alimentista. No obstante, este contenido podrá y deberá alterarse según cambien las necesidades del alimentista, de manera que en cada etapa de su vida queden satisfechas en todo caso y con el alcance que corresponda sus necesidades vitales de acuerdo con su situación actual. Precisamente, la variación del contenido de la prestación durante la vida del contrato no es más que consecuencia de su condición como contrato de tracto sucesivo y de su función o finalidad, debido a que si con la celebración del contrato de alimentos el alimentista pretende ver satisfechas durante toda su vida (contrato vitalicio) sus necesidades vitales, resulta innegable que estas a lo largo de la vida de una persona van variando y en consecuencia se alterarán las prestaciones que deba cumplir el alimentante para cubrir en cada momento dichas necesidades.

No obstante, para ello será preciso que cualquiera de las partes lo solicite, correspondiendo al juez ordenar el pago de la pensión, que se corresponderá

con lo fijado en el contrato y de no haberse previsto nada con lo acordado por aquel, y que deberá pagarse por plazos anticipados. En cualquier caso, la cantidad fijada por el juez deberá ser suficiente para cubrir las necesidades vitales del alimentista en las partidas que aparecen en el artículo 1791 del Código civil, es decir, vivienda, manutención y asistencia y en la cuantía que requiera el alimentista en cada momento, por cuanto como ya hemos dicho, lo peculiar de este contrato, incluso en este supuesto de alteración de las circunstancias, es el carácter variable del contenido de la obligación del alimentante. La pensión deberá abonarse por adelantado para que aquel pueda hacer frente a sus gastos de sustento.

En cualquier caso, en el supuesto de convivencia imposible junto con la posibilidad de solicitar la sustitución de la prestación, sería posible que atendiendo a las circunstancias que se hayan producido se solicite la resolución del contrato, en los términos del artículo 1795 del Código civil.

Dice el artículo 1792 del Código civil que, concurriendo las circunstancias anteriormente mencionadas *«cualquiera de las partes podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para estos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente»*²⁷. No se trataría por tanto de causas de extinción del contrato sino de conversión de la prestación de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo al alimentista, por una *prestación de pensión*; lo que en definitiva es la conversión de un contrato de alimentos en contrato de renta vitalicia.

El contrato de alimentos ha de tener siempre por objeto la obligación de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida. Si el contrato muta su prestación para ser una obligación de pagar una pensión, no podemos encuadrarlo ya en un contrato de alimentos, sino de renta vitalicia²⁸. Lo que ocurre que esta mutación o conversión se produce de forma voluntaria unilateralmente —cuando una parte lo solicita por concurrir las circunstancias que prevé el artículo 1792 del Código civil—, pero puede que no se produzca. Obsérvese que este artículo configura esta posibilidad como una facultad concedida a las partes cuando se encuentren ante determinada situación. Cabría igualmente que, ante esta situación, por ejemplo, la imposibilidad de pacífica convivencia, las partes decidan no hacer uso de la facultad concedida por la ley, soportando la incómoda circunstancia; o que ante la muerte del obligado a prestar alimentos el que goza de derecho a los mismos decida no hacer uso de su facultad de modo que se entendería transmitida la obligación de alimentos a los herederos del deudor.

No obstante, la calificación de mutación o conversión²⁹ del contrato en uno nuevo no implicaría extinción del contrato, pues no es necesario que tenga lugar un nuevo acuerdo entre las partes para entender constituido el contrato de renta vitalicia. Es una posibilidad que concede la ley de forma automática, cuando el

legitimado para ello hace uso de su facultad de solicitar pensión vitalicia. Esto que desde el punto de vista civil no produce consecuencias relevantes, si puede producirlas en otros ámbitos del Derecho como es el Derecho fiscal o tributario.

Existen además otra serie de supuestos que si bien no son causa de extinción del contrato de alimentos, entiendo que merecen una breve mención en este apartado. Entre ellos cabría señalar los siguientes:

- Desaparición de la vida contemplada. No cabe en nuestro contrato de alimentos la posibilidad de que las partes fijen el mismo en atención a la vida de un tercero. Recordemos una vez más que estamos ante un contrato esencialmente vitalicio, cuyo módulo de referencia será *siempre* la vida del alimentante y no la del alimentista, ni la del cedente, ni la de un tercero ajeno a la relación contractual.
- Producción de un término o condición resolutoria. No es tampoco esta una causa de extinción del contrato, pues no cabe por su propia naturaleza configurar el mismo como temporal o condicional.
- Causas a que se refiere el artículo 152 del Código civil, apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º. El artículo 1794 del Código civil establece expresamente: «*La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero*». Se trata de causas que operan para la cesación del deber de alimentos entre parientes, y se basan en la reducción de la fortuna del obligado, la mejora de fortuna por el alimentista, incursión en causas de desheredación o mala conducta del alimentista descendiente respecto de sus ascendientes³⁰.

IV. CONSECUENCIAS EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como hemos tenido oportunidad de ver más arriba, todas estas medidas protectoras del alimentista que introduce el legislador solo se justificarían en cuanto intentan favorecer a la parte contractual que inicialmente cumple sus obligaciones y que queda sometido durante la vigencia del contrato a la eventualidad de que la otra parte cumpla o no y como medio para evitar que el alimentista en caso de incumplimiento del deudor se sienta forzado a continuar en el contrato ante la inseguridad o incertidumbre de cuál pueda ser su destino para el caso de resolución. De esta forma, se le trata de garantizar que, en cualquier caso, su situación patrimonial será bastante para constituir un nuevo contrato de vitalicio, con el que cubrir sus necesidades vitales y que si tuviera que restituir las prestaciones recibidas como consecuencia de la resolución esta podrá suspenderse si fuera necesario para garantizar primeramente su subsistencia.

Esto viene expresamente previsto en el artículo 1796 del Código civil, a cuyo tenor: *«De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida»*.

Luego, una vez resuelto el contrato, el alimentista habrá de quedar con una cantidad suficiente como para poder constituir un nuevo contrato de alimentos. Y además, a cambio de la devolución por parte del alimentante de los bienes que recibió, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que corresponda al alimentista (que produzca un superávit para constituir una nueva pensión) quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Además, también es frecuente en la práctica que las partes pueden acordar un pacto de retención de las prestaciones recibidas para el caso de incumplimiento del alimentante, de manera que de producirse esta el alimentista tendrá derecho a retener las prestaciones recibidas. De este modo, por una parte, se agravarían las consecuencias del incumplimiento para el alimentante con lo que se intentaría disuadirle del mismo, así como asegurar, de otra parte, al alimentista en caso de incumplimiento que no deberá asumir el abono del equivalente a las prestaciones recibidas con la dificultad que ello puede entrañar, debido a que en la mayoría de los supuestos habrá cedido todos sus bienes.

V. EL ACCESO DEL CONTRATO DE ALIMENTOS AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN GARANTÍA DE LA DEBIDA RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS

Respondiendo a la necesidad que parte de la doctrina³¹ señalaba de regular un efectivo sistema de garantías respecto de las obligaciones asumidas por el alimentante, el legislador incluye en la regulación jurídica de este contrato un último artículo, el 1797. Este artículo intenta garantizar explícitamente que en caso de incumplimiento la efectiva restitución de los bienes, sea oponible, incluso frente a terceros, tratando de arbitrar los cauces para que el contrato de alimentos tenga acceso al Registro de la Propiedad, ya que normalmente los bienes y derechos que se transmiten a cambio de alimentos son susceptibles de inscripción en el Registro, por tratarse de la transmisión del dominio o de otro derecho real limitado que recae sobre bienes inmuebles. De esta forma, el mencionado artículo indica una especialidad para el caso de que los bienes o derechos que se transmitan sean registrables: *«podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria»*³².

1. INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Este precepto garantiza frente a terceros que tenga lugar la restitución de los bienes transmitidos al alimentante con ocasión del contrato de alimentos³³. Frente a terceros, esto es que, si por cualquier causa los bienes han salido de la esfera patrimonial del alimentante, puedan ser perseguidos, *erga omnes*. Por esta razón, a pesar resulta frecuente en la práctica la inclusión en la mayoría de estos contratos de la prohibición de disponer de estos bienes o derechos, para impedir que sean objeto de cualquier tipo de transmisión, gravamen o carga, mientras viva el alimentista y sin su consentimiento³⁴.

El carácter de condición resolutoria explícita accede al Registro en virtud del artículo 9.2.º de la LH donde se indica que en toda inscripción que se haga en el Registro se expresará, entre otras circunstancias: la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, de derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título, y del artículo 51.6 RH.

Resulta de especial interés la resolución de la DGRN de 19 de mayo de 2015,³⁵ en la que señala que, pese a que para inscribir la condición resolutoria se deben cumplir los requisitos establecidos por la doctrina de la DGRN para la inscripción de las condiciones resolutorias en garantía de precio aplazado, no obstante, la naturaleza específica del contrato de alimentos y su fuerte componente personal modaliza justificadamente dichos requisitos.

En este sentido, en la cláusula tercera del otorgamiento de escritura de contrato de alimentos se estipulaba lo siguiente: «El incumplimiento por los cesionarios de la obligación de asistencia dará lugar a la resolución de pleno derecho de la transmisión operada por esta escritura, recuperando el cedente la nuda propiedad de los bienes cedidos y sin derecho por aquellos a indemnización alguna, a pesar del tiempo que pudiera haber transcurrido. El incumplimiento podrá acreditarse por cualquier medio admitido en Derecho, y especialmente por el requerimiento fehaciente de resolución por incumplimiento que haga la parte cedente a la obligada a la asistencia, si esta no se opusiere a dicha resolución en el plazo de diez días contados desde la notificación. El cedente se reserva el usufructo vitalicio de las fincas descritas»³⁶. Presentado el título en el Registro de la Propiedad, el registrador resolvió no practicar los asientos solicitados por considerar que contradecían la doctrina de la DGRN, debiendo acreditarse, no solo el cumplimiento de los requisitos del artículo 1504 del Código civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento, sino también tanto el cumplimiento por el cedente de las obligaciones que para él derivan de la propia cláusula pactada, como el consentimiento del comprador o, subsidiariamente, la pertinente resolución judicial estimatoria de la resolución.

La resolución de 2015 declara inscribible la cláusula que estipulaba la condición resolutoria en base a que no debe ser obstáculo para la inscripción el hecho de que se estipule que en caso de resolución de la transmisión por

incumplimiento de los cesionarios estos no tengan derecho a indemnización alguna. La asistencia personal, causa de la transmisión dominical, ofrece unos perfiles bien singulares, pues no en vano las partes expresamente declaran ser imposibles de traducirse en un valor económico la atención y cuidado personal a que se refiere dicha asistencia, con lo que mal puede exigirse al cedente que pretenda hacer valer la resolución que devuelva algo que no está cuantificado.

Por otro lado, debemos tener presente que, una cosa es la inscripción del pacto de resolución y otra distinta su eventual dinámica posterior, para obtener en su caso la reinscripción del bien de operar la resolución, pues será en ese momento cuando deba examinarse el cumplimiento de los requisitos necesarios.

Resulta frecuente en la práctica la inclusión en la mayoría de estos contratos de la prohibición de disponer de estos bienes o derechos, para impedir que sean objeto de cualquier tipo de transmisión, gravamen o carga, mientras viva el alimentista y sin su consentimiento. El artículo 1797 resulta operativo, precisamente en este último supuesto, es decir, cuando dicha prohibición se vulnera y los bienes o derechos transmitidos no se encuentren en poder del alimentante, sino de un tercero con independencia del título³⁷. El pacto de prohibición de disponer del bien cedido permitiría al alimentista recuperar este en caso de resolución del contrato por incumplimiento del alimentante. Sin embargo, el problema que este tipo de garantía plantea es su eficacia *inter partes*, al no tener acceso al Registro (arts. 26.3 y 27 LH³⁸), por lo que queda reducida a una obligación de no disponer cuyo incumplimiento solo se sancionaría con el deber de indemnizar los daños y perjuicios³⁹.

2. DERECHO DE HIPOTECA

Además de la garantía anterior, el artículo 1797 del Código civil dispone que, si el bien o derecho transmitido por el alimentista es registrable, se puede garantizar frente a terceros el derecho del alimentista mediante el derecho de hipoteca.

Sin embargo, la ejecución de la hipoteca no siempre es la solución más conveniente. Como señala algún autor⁴⁰ la hipoteca, si bien es la garantía máxima en aras a la satisfacción inmediata del crédito en caso de incumplimiento, no es el mecanismo más idóneo para lograr la restitución *in natura* de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento del contrato de alimentos, ya que en caso de incumplimiento, la acción resolutoria por la que normalmente suele decantarse el alimentista persigue la restitución de los mismos bienes o derechos transmitidos al alimentante y no el valor resultante de la ejecución de la hipoteca⁴¹.

El artículo 107 LH en su apartado décimo establece que pueden hipotecarse los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas de manera que quedaría extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante⁴².

Además, en el artículo 157 LH se indica que podrá constituirse hipoteca en garantía de rentas, o prestaciones periódicas, según la cual el acreedor de este tipo de rentas podrá ejecutar dicha hipoteca mediante el procedimiento sumario del art. 129 LH. En la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran constituido las rentas o prestaciones, y el que remate los bienes gravados con tal hipoteca los adquirirá con subsistencia de esta y de la obligación de pago de la pensión o prestación hasta su vencimiento⁴³. Los mismos efectos producirá la hipoteca en cuanto a tercero⁴⁴.

No obstante, respecto a las pensiones vencidas y no satisfechas, no perjudicarán a este, sino en los términos señalados en los artículos 114 y párrafo 1.º y 2.º del 115 de la Ley Hipotecaria⁴⁵.

Respecto de la cancelación de la hipoteca y salvo pacto en contrario, transcurridos seis meses desde la fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación, el titular del inmueble podrá solicitar la cancelación de la hipoteca, siempre que no conste asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación contra el deudor sobre pago de dichas pensiones o prestaciones.

Recordemos que estas medidas previstas en el artículo 1797 del Código civil solo pretenden garantizar el derecho del alimentista frente a terceras personas, por tanto, los mecanismos previstos en este precepto deben considerarse vías subsidiarias, que en cualquier caso dependen de la autonomía privada de la voluntad y que, por tanto, requieren de la constancia expresa y de la iniciativa de las partes contratantes, sobre todo en lo que respecta al acceso al Registro de la Propiedad. Y por supuesto que solo resultan operativas cuando los bienes o derechos transmitidos se hallan en poder de terceras personas.

3. OTRAS GARANTÍAS RESPECTO DE LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ALIMENTANTE

Junto a lo anteriormente referido, también podrían articularse otros mecanismos de protección de las obligaciones asumidas por el alimentante, como la prohibición de disponer de los bienes cedidos, el pacto de reserva de dominio, la reserva del usufructo vitalicio por parte del cedente de los bienes, o la cláusula penal.

Podría pactarse una prohibición de disponer de los bienes cedidos al alimentante, ligando el supuesto de resolución por incumplimiento a la enajenación contraria a tal prohibición. Se trataría de pactar una limitación que impida el ejercicio de la facultad dispositiva que normalmente corresponde al titular, sin atribuir a terceras personas un derecho subjetivo, de modo que sin implicar una falta de capacidad jurídica, opone un veto al desenvolvimiento de las atribuciones conferidas al propietario. Esta medida garantiza el derecho de crédito del alimentista porque permite que el bien o los bienes cedidos al alimentante

permanezcan en su patrimonio. De esta forma sería fácil recuperarlos en caso de eventual incumplimiento del alimentante.

Sin embargo, es cierto que esta medida resulta adecuada como garantía pues la prohibición de disponer no produce ninguno de los efectos de la garantía real, especialmente el derecho de preferencia para el cobro del precio. Igualmente, debemos tener presente que en nuestro derecho únicamente son inscribibles, a tenor del artículo 26.3.º de la Ley Hipotecaria, las prohibiciones de disponer establecidas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, gozando en tal caso de eficacia frente a terceros⁴⁶. En el mismo sentido, el artículo 27 LH señala que *«Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento»*. Por tanto, las prohibiciones establecidas en actos a título oneroso solo son válidas en virtud del artículo 1255 del Código civil, pero únicamente tienen eficacia *inter partes*, no frente a terceros⁴⁷. La doctrina critica el rechazo al Registro de la Propiedad de las prohibiciones de disponer establecidas en acto a título oneroso pues no se observa razón de fondo que lo justifique, como parece entender el propio legislador en la regulación especial de las ventas a plazos de bienes muebles⁴⁸.

En relación con el pacto de reserva de dominio, se trataría de una garantía que permite al alimentista retener en su patrimonio el dominio del bien transmitido hasta que se satisfaga completamente la obligación del alimentante. Por la propia naturaleza de la institución podemos considerar que no estamos ante un medio adecuado de protección del alimentista, toda vez que el pacto de reserva de dominio carece de regulación normativa en nuestro Derecho, lo que provoca cierta inseguridad jurídica.

En el orden registral, se ha discutido la posibilidad de inscripción de las cláusulas de reserva de dominio. La doctrina tradicional rechazaba esta posibilidad, en base a una interpretación hasta cierto punto formalista del artículo 11, que negaba efectos respecto de terceros a los aplazamientos del pago del precio que no se aseguren con condición resolutoria expresa o con hipoteca. Por el contrario, la doctrina más reciente tiende a admitir la inscripción⁴⁹. La inscripción en el Registro es el único medio por el que este pacto de reserva de dominio puede surtir efectos frente a terceros inscritos. Practicada la inscripción el adquirente carece de facultades dispositivas, sin que sus acreedores puedan instar la anotación de embargo, el transmitente, por el contrario, puede realizar actos dispositivos, aunque sin perjuicio del derecho del alimentista.

Otra medida garantista podría ser la reserva de usufructo vitalicio por parte del cedente de los bienes. Esta medida, a diferencia de la anterior, puede re-

sultar beneficiosa para el alimentista que, al reservarse el derecho de usufructo sobre los bienes transmitidos al alimentante, podrá seguir usando y disfrutando los bienes hasta el momento de su fallecimiento. Por su parte, el alimentante al adquirir la nuda propiedad, puede inscribir su titularidad en el Registro y, al extinguir el usufructo se consolidarán sus facultades⁵⁰.

Por último, mencionábamos como medida de protección la cláusula penal. Estaríamos ante un pacto en el que las partes acuerdan que el constituyente retenga las rentas pagadas, los alimentos ya recibidos. En este caso, cuando los bienes cedidos no sean fructíferos, deberá abonarse el valor que su utilización y goce tuvieron al tiempo de realizarse la prestación. Es habitual completar la condición resolutoria con una cláusula penal de retención por el alimentista de todo lo recibido hasta la fecha, ello sin perjuicio de la facultad moderadora que corresponde al juez, *ex* artículo 1154 del Código civil, que tendrá la dificultad de cuantificar algunas de las atenciones y cuidados dispensados⁵¹.

La pena puede consistir en cumplir una obligación que se impone para el caso de que no se cumpla la obligación principal, pero también puede consistir en cosa distinta de cumplir, y así puede pactarse en el contrato de alimentos que el incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista a resolver el contrato perdiendo el alimentante los alimentos ya prestados, es una pena convencional⁵². Sería deseable, en previsión de las vicisitudes que puedan afectar tanto a las partes como al objeto del contrato, que el legislador hubiera precisado la inclusión de estas garantías como contenido natural del contrato, que las partes puedan suprimir o matizar mediante pacto, sobre todo en aquellos casos en los que el bien transmitido es la vivienda habitual, en múltiples ocasiones único bien de importancia económica del cedente⁵³.

Todas estas medidas tienen la finalidad de proteger al alimentista de las obligaciones asumidas por el alimentante en el contrato de alimentos. La inscripción registral, en tanto que suponen un contenido accesorio del contrato principal, reviste a la medida de la protección que los principios registrales dispensa a todos los pronunciamientos contenidos en el Registro. El principio de legitimación registral hace referencia a la presunción de exactitud del contenido de los asientos del registro, tanto por lo que se refiere al titular, existencia del derecho y cargas y condiciones, y en este caso, medidas de garantía que refuerzan el cumplimiento de la obligación, y su publicidad respecto de terceros.

No obstante, el hecho de que se trate de una obligación compleja de dar y hacer y de marcado carácter personal, conlleva que no sea posible su ejecución contra la voluntad del alimentante, ni esta interesaría al alimentista. Con ello, lo único que se puede pretender es evitar que una posible insolvencia del alimentante frustre los derechos del alimentista, asegurando la recuperación de los bienes que transmitió en virtud del contrato independientemente de quien sea su titular⁵⁴.

CONCLUSIONES

I. La regulación detallada de la extinción del contrato de alimentos obedece al afán de proteger el crédito del alimentista o receptor de los alimentos, como consecuencia de la causa onerosa del contrato, esto es, en la medida en que ha existido una transmisión patrimonial precisamente para que a cambio se presten alimentos. Y de ahí la objetividad con que se regula esta cuestión, ya que el artículo 1795 del Código civil reconoce automáticamente el derecho del alimentista a poner fin al contrato cuando quiebra la finalidad prevista.

II. Una vez resuelto el contrato, el alimentista habrá de quedar con una cantidad suficiente como para poder constituir un nuevo contrato de alimentos. Y además, a cambio de la devolución por parte del alimentante de los bienes que recibió, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que corresponda al alimentista (que produzca un superávit para constituir una nueva pensión) quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Junto a estas medidas, también es frecuente en la práctica que las partes pueden acordar un pacto de retención de las prestaciones recibidas para el caso de incumplimiento del alimentante, de manera que de producirse esta el alimentista tendrá derecho a retener las prestaciones recibidas. De este modo, por una parte, se agravarían las consecuencias del incumplimiento para el alimentante con lo que se intentaría disuadirle del mismo, así como asegurar, de otra parte, al alimentista en caso de incumplimiento que no deberá asumir el abono del equivalente a las prestaciones recibidas con la dificultad que ello puede entrañar, debido a que en la mayoría de los supuestos habrá cedido todos sus bienes.

III. A pesar de las múltiples garantías existentes en nuestro ordenamiento, con ninguna de ellas se va a conseguir asegurar el cumplimiento de la obligación de alimentos *in natura*. El hecho de que se trate de una obligación compleja de dar y hacer y de marcado carácter personal, conlleva que no sea posible su ejecución contra la voluntad del alimentante, ni esta interesaría al alimentista. Con ello, lo único que se puede pretender es evitar que una posible insolvencia del alimentante frustre los derechos del alimentista, asegurando la recuperación de los bienes que transmitió en virtud del contrato independientemente de quien sea su titular.

BIBLIOGRAFÍA

- BERENGUER ALBALADEJO, C. (2012). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson.
- DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1988). Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: La cesión de bienes a cambio de alimentos. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V (1988). Madrid: Consejo General del Notariado, 180 y sigs.

- DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 152 del Código civil. *Comentario del Código civil*. Tomo I (1993). Madrid: Ministerio de Justicia.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2011). *El contrato de alimentos en el Código civil*. Madrid: Dykinson.
- GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (2004). Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril (2004).
- HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2013), Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismos de protección de las personas mayores, 22.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R. (1997). *El notario y la protección del discapacitado*. Madrid: Consejo General del Notariado.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2004) El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos. *Consultor Inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*. núm. 52 (2004), 3-39.
- MARTÍNEZ ORTEGA, J. C. (2007). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2015). *Estudios sobre la protección patrimonial de incapacitados y personas con discapacidad*. Navarra: Aranzadi.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2006). La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código civil, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Vol. 1 (2006). Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2003). *El contrato de alimentos vitalicio, configuración y régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona: Editor J. M. Bosch.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de mayo de 1965, RAJ 3172/1965.
- STS de 29 de mayo de 1972, RAJ 302/1972.
- STS de 6 de mayo de 1980, RAJ 1785/1980.
- STS de 13 de julio de 1985, RAJ 4321/1985.
- STS de 2 de julio de 1992, RAJ 6502/1992.
- STS de 28 de julio de 1998, RAJ 1998/6449.
- STS de 22 de septiembre de 1999, RAJ 746/1999.
- STS de 9 de julio de 2002, RAJ 5904/2002.
- STS de 1 de julio de 2003, RAJ 4045/2003.
- STS de 13 de abril de 2004, RAJ 314/2004.
- STS 18 de junio de 2010, RAJ 4894/2010.
- STS de 20 de noviembre de 2017, RAJ 4159/2017.
- RDGRN de 25 de octubre de 1979, *BOE* n.º 271 de 12 de noviembre de 1979.
- RDGRN de 26 de abril de 1991, *BOE* n.º 134 de 5 de junio de 1991.
- RDGRN de 19 de mayo de 2015, *BOE* n.º 155 de 30 de junio de 2015.

NOTAS

¹ Los artículos citados integraban el capítulo dedicado al contrato de seguro, pero quedaron derogados con la entrada en vigor de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro; ley que a su vez ha sido modificada, primero por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre y, con posterioridad, por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados. El legislador al tipificar el contrato de alimentos introduce un nuevo capítulo en el Código civil —el Capítulo II—, insertándolo dentro del Título XII del Libro IV, «De los contratos aleatorios o de suerte». Por consiguiente, a partir de la Ley 41/2003, los contratos aleatorios que regula el Código civil pasan a ser los siguientes: el juego y la apuesta, el contrato de alimentos y la renta vitalicia.

² PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona: Editor J. M. Bosch. 634.

³ Igual ocurre en el artículo 152 de la Ley de Derecho civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio.

⁴ No cabe duda de que el contrato de alimentos genera una relación jurídica *intuitu personae* entre el acreedor y el deudor de estos, basada sobre todo en la confianza existente entre ambas partes. El pacto de alimentos se lleva a cabo no solo en atención a la persona del alimentante, sino también atendiendo al propio alimentista, en la medida que las cualidades y circunstancias personales de uno y otro resultan determinantes para que se alcance un acuerdo de este tipo.

⁵ El contenido básico de este contrato, la obligación de prestar alimentos, se podría decir que es una deuda indeterminada en sí misma, y no solo desde un punto de vista cuantitativo, en la medida que las necesidades del alimentista y por tanto la atención y cuidados requeridos pueden variar de un momento a otro de la vida de una persona, sino sobre todo desde la perspectiva de su duración, ya que la vida del alimentista, y mucho más en el caso de discapacitados o ancianos, es un hecho esencialmente incierto.

⁶ Artículo 152 del Código civil: «Cesará también la obligación de dar alimentos:

1. Por muerte del alimentista.

2. Cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia.

3. Cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia.

4. Cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de la que dan lugar a la desheredación.

5. Cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos, y la necesidad de aquel provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa».

⁷ HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (2013), Principales aspectos del nuevo contrato de alimentos como mecanismos de protección de las personas mayores, 22.

⁸ Si observamos la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, que es la que introduce en el Código civil la regulación del contrato de alimentos, esta solo contempla la obligación de alimentos en beneficio de tercero cuando se trate de padres a favor de hijos discapacitados. Por su parte el articulado solo se refiere a los sujetos como dos, el que se obliga a prestar alimentos y el que los recibe a cambio de una transmisión patrimonial. De este modo, la posibilidad de estipulación de la obligación de alimentos a favor de tercero, si bien no aparece regulada en los artículos 1791 a 1797 del Código civil, sí queda contemplada en la Exposición de Motivos. Pero la citada Exposición de Motivos únicamente se refiere a un supuesto concreto: de padres a hijos, pero no de todos los padres a todos los hijos, sino únicamente de padres a hijos discapacitados. A tenor de lo expuesto cabría preguntarnos ¿puede constituirse la obligación de alimentos a favor de un discapacitado por cualquier otro pariente o por un extraño? ¿y si el beneficiario de la obligación de alimentos no fuera discapacitado? A mi

juicio, debemos hacer una interpretación amplia en este sentido, considerando que, en virtud del artículo 1255 del Código civil, cabe la posibilidad de la estipulación a favor de tercero no solo en los casos en que exista un discapacitado sino también en el resto.

⁹ La jurisprudencia, antes de la tipificación de este contrato, ya señalaba como requisito del vitalicio la incertidumbre acerca de la duración de la vida del alimentista, pues caso de existir seguridad e inminencia de la muerte, no puede calificarse de vitalicio —y por analogía, de contrato de alimentos—. *Vid.* STS de 28 de julio de 1998 (RAJ 1998/6449). También la STS de 6 de mayo de 1980 (RAJ 1980/1785) entiende que su carácter aleatorio es el que distingue este contrato de la donación onerosa.

¹⁰ Cuando las partes no han pactado el modo de distribución del crédito o de la cuantía de los alimentos, debe regir la regla general en materia de obligaciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico y que igualmente era de aplicación a la situación de cotitularidad en la posición de alimentantes; es decir, el principio de mancomunidad (art. 1138 CC): se presume dividido el crédito en tantas partes iguales como alimentistas haya. Sin embargo, esta norma puede resultar en ocasiones difícil de aplicar en la práctica si se tiene en cuenta que el tipo de prestación que tratamos implica, en la mayoría de las ocasiones, unas atenciones y cuidados personalizados que no pueden ser valorados económicamente y que, además, tienden a ser diferentes para cada acreedor, porque van a depender de sus concretas necesidades personales. Importante es, por ello, que las partes se preocupen de fijar el contenido de la prestación que va a corresponder a cada alimentista, pues en el caso de que no lo hagan, y la obligación del alimentante implique prestaciones de carácter personal, pueden surgir problemas a la hora de determinar el contenido del derecho de crédito que corresponde a cada alimentista en los supuestos de incumplimiento del alimentante. ¿Cómo dividir entonces el crédito en partes iguales? ¿Cómo saber la prestación concreta que corresponde a cada alimentista en el caso de no haberse pactado nada al respecto, y el deudor incumpla con su obligación? Las soluciones a este problema podrían ser las siguientes: de un lado, si la prestación consiste únicamente en la entrega de una suma dineraria o de cosas materiales, la división no ofrece problema: se valorará económicamente el total de la prestación entera y se distribuirá entre los acreedores-alimentistas de forma que el reparto entre ellos quede lo más igualado posible o de forma proporcional si así se pactó; de otro, si la prestación consiste en asistencia personal, la división será dificultosa. La única solución será obligar al deudor a realizar aquello que el acreedor venía percibiendo en el aspecto personal, lo cual será posible siempre que el acreedor pueda probar de alguna forma la existencia de tal derecho. En cualquier caso, la mancomunidad implica que cada acreedor tendrá derecho a reclamar tan solo la parte o cuantía de los alimentos que le corresponda.

La solidaridad entre los acreedores solo regirá cuando las partes la pacten expresamente, o bien cuando del comportamiento de estas o de sus actos inequívocos, se desprenda de dicho régimen. No solo porque así lo establece claramente nuestro legislador (art. 1137 CC), sino debido también al carácter personal que tiene este especial derecho de crédito. Efectivamente, creo que resulta de poco sentido que uno de los acreedores pueda reclamar los cuidados y atenciones que se deban a los demás. Cada acreedor recibirá el cuidado y mantenimiento adecuado a sus necesidades particulares. Por ello, la naturaleza de esta prestación es poco compatible con el régimen de la solidaridad. A no ser que la prestación de los acreedores consista únicamente en una suma de dinero o en la percepción de cosas materiales, que uno solo de ellos pueda reclamar de forma íntegra al deudor o deudores, para repartirlas posteriormente entre los demás acreedores (art. 1143.2 CC). En cualquier caso, esto es algo que las partes en el contrato deberán valorar: si les interesa o no el régimen de la solidaridad es una cuestión que debe quedar a su libre arbitrio y para ello, no tienen más que pactarla si lo desean.

Véase en este sentido, MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2015). *Estudios sobre la protección patrimonial de incapacitados y personas con discapacidad*. Navarra: Aranzadi.

¹¹ Postura contraria mantenía NÚÑEZ ZORRILLA, M. C., antes de la tipificación del contrato, al considerar que «dada la naturaleza personalísima que tienen en este contrato tanto el derecho a percibir la pensión de alimentos como la obligación de ejecutarla, la relación

obligatoria se extinguirá automáticamente cuando el cedente o bien el cesionario fallezcan sin que las partes hayan previsto en el contrato la transmisión del crédito o en su caso de la deuda a los herederos respectivos». NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2003). *El contrato de alimentos vitalicio, configuración y régimen jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 208.

¹² MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2015). *Estudios sobre la protección patrimonial de incapacitados y personas con discapacidad*. Navarra: Aranzadi.

¹³ «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

¹⁴ Así, en el artículo 1594 del Código civil permite que el dueño de la obra por su sola voluntad dé orden al contratista de cesar la construcción poniendo fin al contrato; en los artículos 1700.4.º, 1705 y 1706, se concede al socio de una sociedad civil renunciar a la sociedad poniendo así fin a la relación social; el mandante puede revocar el mandato libremente (art. 1732 CC), igualmente el mandatario puede renunciar a su cargo, pero debiendo indemnizar (art. 1736 CC); el depositante, puede reclamar la restitución de la cosa depositada en cualquier tiempo (art. 1775 CC).

¹⁵ Cfr. artículo 1705 del Código civil.

¹⁶ Véase, en este sentido, la STS de 20 de noviembre de 2017. Ponente: Excm. Sra. PARRA LUCÁN. (RAJ 4159/2017).

¹⁷ Véanse, entre otras, las SSTs de 28 de mayo de 1965 (RAJ 415/1965), de 29 de mayo de 1972 (RAJ 302/1972) y de 2 de julio de 1992 (RAJ 645/1990). Estas sentencias entendían los problemas de convivencia que pueden surgir en el ámbito de una relación de cuidado en la que el alimentante (deudor de los alimentos) se obliga a tener al alimentista (acreedor de alimentos) en su compañía. Contemplan además casos en los que la facultad de desistimiento se atribuye al acreedor de alimentos en virtud del contrato, lo que se considera lógico cuando se trata de «vitalicio» y no de renta vitalicia. Junto a ello, se tienen en cuenta los efectos del ejercicio de tal facultad, de modo que el alimentista podría recuperar «el capital» que cedió a cambio de los alimentos, sin perjudicar al alimentante, que tendría derecho al abono de los gastos (incluidos los de manutención en que hubiera incurrido antes de que se pusiera fin a la relación).

¹⁸ Sí lo hace, en cambio, para el vitalicio, la Ley gallega 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil, que permite a quien se ha comprometido a prestar alimentos hasta el fallecimiento del alimentista a desistir del contrato, pero restituyendo los bienes que haya recibido en virtud del contrato mientras que, a quien recibe los alimentos, solo le reconoce la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de la prestación alimenticia (arts. 152 y 153).

¹⁹ SSTs de 22 de septiembre de 1999, RAJ 746/1999, y de 13 de abril de 2004, RAJ 314/2004.

²⁰ Desde esta perspectiva, la regulación proyectada para el contrato de alimentos en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil recoge expresamente la extinción del contrato de alimentos por el desistimiento unilateral del contratante a quien se reconozca expresamente esta facultad en el contrato (arts. 5152-4 y 5152-6).

²¹ Artículo 1258 del Código civil: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

Artículo 1167 del Código civil: «Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada y genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior».

²² Salvo, claro está, que para la entrega del capital se hubiere señalado un momento posterior, en cuyo caso, no será exigible hasta ese momento.

²³ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2011). *El contrato de alimentos en el Código civil*. Madrid: Dykinson. 126.

²⁴ SSTs de 6 de mayo de 1980, RAJ 1785/1980; de 13 de julio de 1985, RAJ 4321/1985; de 9 de julio de 2002, RAJ 5904/2002; de 1 de julio de 2003, RAJ 4045/2003.

²⁵ GÓMEZ LAPLAZA, M. C. (2004). Consideraciones sobre la nueva regulación del contrato de alimentos, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril (2004).

²⁶ Ya que como señala el artículo 1793 del Código civil, en el contrato de alimentos, a diferencia de la obligación legal, la extensión y calidad de la pensión no depende de las vicisitudes del caudal del obligado.

²⁷ Algo parecido ocurre en el artículo 149 del Código civil: se da la posibilidad al alimentante de prestar los alimentos legales, a su elección, satisfaciéndolos con la pensión que se fije o manteniendo en su propia casa al alimentista; esa elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial.

²⁸ Precisamente, encontramos en este aspecto la principal diferencia de esta relación con el contrato de renta vitalicia, cuya prestación principal es únicamente el pago de una pensión periódica; contrato respecto al cual como ha destacado la Jurisprudencia con anterioridad a su tipificación, no constituye una modalidad, sino que el contrato de alimentos constituía ya entonces un contrato autónomo, distinto de aquel. STS de 28 de mayo de 1965, *RAJ* 3172/1965; STS de 2 de julio de 1992, *RAJ* 6502/1992; STS de 1 de julio de 2003, *RAJ* 4045/2003.

²⁹ El término «conversión» no se utiliza aquí en el sentido técnico de la palabra. La doctrina entiende por conversión el fenómeno jurídico por el que un contrato nulo que contiene sin embargo los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato válido, puede salvarse de nulidad quedando transformado en aquel contrato cuyos requisitos reúne. Sin embargo, aquí empleamos esta denominación para indicar únicamente una modificación del contenido del contrato válido desde su origen —y que sigue siendo válido— pero que conllevaría la mutación en uno nuevo sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes; mutación provocada por la facultad de una de las partes de solicitar la modificación de la prestación en otra distinta, lo que lleva de por sí a catalogarlo como un contrato diferente.

³⁰ No vamos a entrar en el análisis de estas causas de extinción de la obligación legal de alimentos por no ser objeto de este trabajo. Sobre el tema, véase DELGADO ECHEVARRÍA, J. (1993). Comentario al artículo 152 del Código civil. *Comentario del Código civil*. Tomo I (1993). Madrid: Ministerio de Justicia. 540-542.

³¹ Señalaba NÚÑEZ ZORRILLA que «Es conveniente en este tipo de relación que el alimentista cuente con un buen sistema de garantías respecto de las obligaciones asumidas por el alimentante (...). El alimentista refuerza más el cumplimiento de la obligación del cesionario, y la satisfacción de su derecho de crédito en caso de incumplimiento de este último». NÚÑEZ ZORRILLA, M. C. (2006). La nueva regulación del contrato de alimentos vitalicio en el Código civil, *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*. Vol. 1 (2006). Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. 205.

En el mismo sentido, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (1988). Perfiles jurídicos de un contrato de asistencia rural: La cesión de bienes a cambio de alimentos. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V (1988). Madrid: Consejo General del Notariado, 180 y sigs., 181-182.

³² Obsérvese la semejanza de este artículo con el artículo 11 LH que señala: «La expresión del aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. (...)».

³³ No obstante, la posibilidad de garantizar las prestaciones del contrato de alimentos con una condición resolutoria venía ya admitida antes de su regulación en el Código civil, por el Centro Directivo en resoluciones como la de 16 de octubre de 1989 y 26 de abril de 1991, *BOE* de 5 de junio de 1991. Esta última resolución, la DGRN entra a valorarla calificación del Registrador que se niega a inscribir la condición resolutoria prevista en un contrato de alimentos, porque este entiende que se aleja de lo dispuesto en el artículo 1805 del Código civil. La resolución revoca la decisión del registrador, admitiendo la inscripción del pacto resolutorio del contrato. Señala que el Registro de la Propiedad que tiene una función instrumental en cuanto se ocupa de ofrecer seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, no puede constituir obstáculo a la inscribibilidad de una cláusula como la que se examina, puesto que desde el momento en

que publica la facultad y posibilidad resolutoria que gravita sobre el inmueble inscrito, ofrece al tercero la seguridad de su conocimiento y esa finalidad se cumple mediante la inscripción.

³⁴ Véase, acerca de la aplicación de la condición resolutoria expresa convenida entre las partes, la STS de 12 de junio de 2008, Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, en la que, al referirse a la resolución del contrato extrajudicial, se alega que el contrato no fuera de alimentos o vitalicio sino una donación modal de los herederos a cambio de cuidados.

³⁵ RDGRN de 19 de mayo de 2015, *BOE* núm. 155 de 30 de junio de 2015.

³⁶ Según la escritura de la transmisión se realizaba «... a cambio de la obligación solidaria de ambos cesionarios de prestar al primero asistencia personal, acompañándolo y cuidando de él, según su posición social, en su casa y compañía, de forma permanente, salvo fuerza mayor y/o necesidad justificada de los cesionarios, para que el cedente pueda mantener una vida adecuada a dicha posición. Esta obligación se configura, esencialmente, con carácter personal, a pesar de que el cedente pueda tener bienes suficientes para su alimentación y subsistencia, ya que el deber que contrae la parte cesionaria se refiere, sobre todo, a una atención y cuidado personal, imposibles de traducirse en valor económico».

³⁷ En este sentido es frecuente la transmisión del dominio con la prohibición de disponer de los bienes hasta la muerte del alimentista.

³⁸ El artículo 26.3 LH señala que únicamente tienen acceso al Registro y, por tanto, alcance real, las prohibiciones de disponer establecidas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, idea que reitera el artículo 27 LH al establecer que no podrán inscribirse las prohibiciones que tengan su origen en actos o contratos distintos de los señalados en el artículo 26 LH. Por tanto, las prohibiciones establecidas en actos a título oneroso son válidas en virtud del artículo 1255 del Código civil, pero solo entre partes, no frente a terceros.

³⁹ MARTÍNEZ ORTEGA, J. C. (2007). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson.
48. LÓPEZ PELÁEZ, P. (2004) El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos. *Consultor Inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*. núm. 52 (2004), 3-39, 30.

⁴⁰ PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*. Barcelona: Editor J. M. Bosch. 638.

⁴¹ Además, y aunque parece evidente que el legislador está pensando en una hipoteca que grave los bienes entregados como capital, nada impide que esta hipoteca se constituya sobre otros bienes inmuebles distintos, propiedad del alimentante. ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2011). *El contrato de alimentos en el Código civil*. Madrid: Dykinson. 160.

⁴² Se refiere este número solo a los bienes sujetos a condiciones resolutorias no a las condiciones suspensivas, pues aun siendo tales bienes susceptibles de inscripción, la titularidad no la tiene todavía el que está sujeto a condición suspensiva. En este sentido, resulta interesante la RDGRN de 25 de octubre de 1979, sobre la posibilidad de posponer la condición resolutoria a la hipoteca con consentimiento de todos los interesados.

⁴³ La hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas es más eficaz y ventajosa para el constituyente de la renta que la condición resolutoria expresa, puesto que le evita la dificultad de tener que devolver las rentas ya consumidas por necesidades de subsistencia.

⁴⁴ La STS 18 de junio de 2010, RAJ 4894/2010, declara que en caso de transmisión forzosa de la finca hipotecada con hipoteca de renta, el adjudicatario no sólo adquiere la finca con la carga de la hipoteca sino también con la asunción *ope legis* de la obligación de pago de la renta, atendiendo a los términos del artículo 157.3 LH y a la doctrina de los autores, no siempre conforme, por lo que habiendo adquirido la finca la propia acreedora del pago de las pensiones por ejecución hipotecaria ante la falta de pago de dichas pensiones, se produce la consolidación con extinción de la hipoteca, al haber adquirido el derecho real pleno y también se produce la extinción de la obligación de pago de las pensiones por disposición del artículo 157 LH por confusión de derechos, pues es la acreedora la que resultaría obligada al pago de las pensiones a favor de sí misma.

⁴⁵ Respecto a la remisión a los artículos 114 y 115 LH, ha de observarse que solo se refiere a las «pensiones vencidas y no satisfechas» en relación con el momento en que surja el tercero de que habla el artículo 157 LH, a diferencia de los intereses en que se alude expresamente a las *últimas anualidades*, lo que implica referirlo no solo al momento de adquisición del tercero sino también de la ejecución de la hipoteca. En otro caso, la regulación de la hipoteca de renta caería en el absurdo, pues bastaría transmitir la finca para que el adquirente solo respondiera de tres anualidades de rentas, lo que tampoco concuerda con el precepto, que alude a la subsistencia de la hipoteca y de la obligación hasta el vencimiento. GARCÍA GARCÍA, J. M. (2014). *Código de Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*. Madrid: Cívitas. Thomson Reuters. 454.

⁴⁶ Las prohibiciones de disponer testamentarias no son objeto de inscripción en forma separada, sino conectadas a un negocio traslativo, gratuito y válido, cual es el testamento. Son condiciones del negocio y modifican el contenido normal del derecho subjetivo que se publica.

⁴⁷ La LH les da el tratamiento de obligaciones de no disponer, que carecen de trascendencia real, aunque pueda asegurarse su cumplimiento mediante hipoteca u otra garantía real, que garantizarán, lógicamente, la indemnización de daños y perjuicios a que dé lugar su incumplimiento.

El artículo 57 RH dice: «Cuando mediante hipoteca se asegure el cumplimiento de las prohibiciones de disponer a que se refiere el artículo 27 de la Ley, se inscribirán en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer».

⁴⁸ Por su parte, el Derecho navarro permite su inscripción, estableciendo que las prohibiciones de disponer establecidas en actos a título oneroso tienen eficacia obligacional por el plazo máximo de diez años, y son inscribibles cuando se convenga expresamente, en cuyo caso tienen eficacia real por un plazo máximo de cuatro años (Ley 482).

⁴⁹ Si la reserva de dominio se configura como una condición suspensiva, la interpretación literal del artículo 11 no puede ser razón suficiente para dejar de inscribir dicha condición, que resulta amparada por el artículo 23 LH y cuya constancia permite adecuar el Registro a la realidad extrarregistral. Igualmente, si se entiende que la condición es resolutoria, tampoco habría problema, puesto que la cláusula cae entonces de lleno en el supuesto de hecho del artículo 11 LH, ya que la reserva de dominio tendría el carácter de una condición resolutoria expresa.

⁵⁰ Como señala BERENGUER ALBALADEJO, esta medida presenta notables ventajas, de ahí que sea, junto con la inserción de cláusulas resolutorias expresas, la garantía que con más frecuencia aparece en los contratos de alimentos para proteger a los alimentistas. BERENGUER ALBALADEJO, C. (2012). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson. 816.

⁵¹ Véase en este sentido LEÑA FERNÁNDEZ, R. (1997). *El notario y la protección del discapacitado*. Madrid: Consejo General del Notariado. 126.

⁵² LÓPEZ PELÁEZ, P. (2004) El contrato de vitalicio: la cesión de un inmueble a cambio de alimentos. *Consultor Inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*. núm. 52 (2004), 3-39. 32. MARTÍNEZ ORTEGA, J. C. (2007). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson. 49.

⁵³ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2011). *El contrato de alimentos en el Código civil*. Madrid: Dykinson. 161, afirma que «lo cierto es que estas garantías deberían haberse establecido legalmente», algo discutible cuando, por ejemplo, en el propio préstamo bancario para adquirir una vivienda únicamente se establece la hipoteca mediante pacto y no legalmente. Consideramos necesario equilibrar las razones de las partes con la problemática que en nuestro Derecho plantean las cargas legales.

⁵⁴ Por su parte, BERENGUER ALBALADEJO, C. (2012). *El contrato de alimentos*. Madrid: Dykinson. 823 y sigs., estudia la posible incidencia del Derecho penal como medida disuasoria para evitar el incumplimiento de la obligación de alimentoso como respuesta ante dicho incumplimiento.

(Trabajo recibido el 8-5-2018 y aceptado
para su publicación el 31-1-2019)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Estudio de la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña

Study of the regulation of the Catalan shared ownership

por

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona

Profesor asociado. Departamento de Derecho Privado UAB

Colaborador académico ESADE Business School

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto el estudio de la novedosa regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña. El legislador catalán, a través de la Ley 19/2015, de 29 de julio, incorporó la propiedad temporal y la propiedad compartida en el Libro V de los derechos reales.

Se desprende del Preámbulo de dicha ley que el objetivo del legislador de Cataluña no es otro que crear nuevas tenencias que permitan acceder a una vivienda en propiedad de una forma más flexible y que no comporten un sobreendeudamiento para los particulares. Por este motivo, el legislador de Cataluña se ha inspirado en la *shared ownership* inglesa, una forma de tenencia inmobiliaria que permite adquirir cuotas graduales de dominio, en función de las posibilidades económicas, hasta adquirir el pleno dominio por el comprador.

La importación de la *shared ownership* en el Código civil de Cataluña se ha llevado a cabo mediante la creación de una comunidad especial de bienes donde coexisten, al mismo tiempo, dos comuneros que la ley denomina «propietario material» y «propietario formal», pues es el primero de ellos el que irá

adquiriendo progresivamente el dominio, en virtud del derecho de adquisición gradual, y el que tiene la posesión y el goce exclusivo del bien.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to study the regulation of the shared ownership of the Catalan Civil Code. The Catalan Lawmaker, through Act 19/2015, of July 29, incorporated the temporal ownership and the shared ownership in the fifth Book of real rights.

It follows from the Preamble of this law that the objective of the Catalan Lawmaker is to create new tenures to make housing more affordable in a more flexible way and that not entailing an over-indebtedness for people. The Catalan lawmaker has been inspired by the English shared ownership, a tenure that allows the acquisition of gradual shares of ownership, depending on the economic possibilities, until acquiring the full ownership by the buyer.

The importation of the shared ownership in the Civil Code of Catalonia has been carried out through the creation of a special community of goods where two share holders coexist which the law calls "material shareholder" and "formal shareholder". It is the first one which will progressively acquire more shares of ownership due to the right of staircasing and the one which has the exclusive possession and enjoyment of the good.

PALABRAS CLAVE: Propiedad compartida. Comunidad de bienes. Derecho civil de Cataluña. Copropiedad. Vivienda social. Vivienda accesible. Derecho de propiedad. Tenencias intermedias. Derechos reales.

KEY WORDS: Shared ownership. Condominium. Catalan Civil Law. Social housing. Affordable housing. Property law. Intermediate tenures. Real rights.

SUMARIO: ABREVIATURAS.—INTRODUCCIÓN.—I. LA PROPIEDAD COMPARTIDA: 1.1. FIGURA JURÍDICA INSPIRADORA: *1.1.1. La Shared ownership:* A) Introducción. B) Concepto. C) Naturaleza jurídica. 1.2. CONCEPTO: *1.2.1. Los elementos esenciales de la propiedad compartida:* A) La exclusión de la acción de división. B) La cuota inicialmente adquirida de dominio. C) El derecho de adquisición gradual. D) La duración. 1.3. NATURALEZA JURÍDICA: *1.3.1. La propiedad compartida como una comunidad especial de bienes. 1.3.2. La posibilidad de diseñar una comunidad similar al amparo del principio de la autonomía privada.* 1.4. RÉGIMEN JURÍDICO. 1.5. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y SU INSCRIPCIÓN: *1.5.1. Naturaleza jurídica. 1.5.2. La inscripción del título constitutivo. 1.5.3. La afección real de la contraprestación dineraria.* 1.6. LA SITUACIÓN POSESORIA EN LA PROPIEDAD COMPARTIDA. LA COPOSESIÓN. 1.7. LA EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA: *1.7.1. La liquidación del estado pose-*

sorio del propietario material. 1.7.2 La expropiación forzosa de la propiedad compartida.—II. CONCLUSIONES.—III. BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS

Art. Artículo
Arts. Artículos

I. LEGISLACIÓN

CC Código civil español
CCCat Código civil de Cataluña
LDV Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña
LEF Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación forzosa
LH Ley Hipotecaria
LPTPC Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida en el libro quinto del Código civil de Cataluña
LPH Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal
RH Reglamento hipotecario

II. REVISTAS

AC Actualidad Civil
RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
REDS Revista de Derecho, Empresa y Sociedad
RJC Revista Jurídica de Catalunya

III. JURISPRUDENCIA

SAP Sentencia Audiencia Provincial
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STS Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

La Ley 19/2015, del Parlamento de Cataluña introdujo en el Código civil de Cataluña la propiedad compartida.

Parece, *prima facie*, que el legislador ha introducido un nuevo tipo de derecho de propiedad en el Código civil de Cataluña, de la misma forma que hizo con la propiedad temporal que se incorpora en el libro V de dicho código a través de la misma ley, pero lo cierto es que, en la propiedad compartida coexisten, al mismo tiempo, varios titulares del derecho de propiedad, pero el uso y el goce del bien se asignan en exclusiva a uno de los mismos, con lo que parece que lo que en realidad ha regulado el legislador de Cataluña es una nueva comunidad especial de bienes que, si bien tiene sus propias características y elementos sustanciales que la diferencian de la comunidad ordinaria indivisa, no impide sostener que el derecho de los comuneros, en tanto que cotitulares, sea un verdadero derecho de propiedad.

La ley denomina «propietario material» y «propietario formal» a los comuneros que concurren en la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien y la ley establece una distribución de las facultades dominicales entre ambos cotitulares.

Así pues, para evitar esta confusión y alejarse de la voluntad del legislador de configurar la propiedad compartida como una comunidad especial de bienes y, por ende, evitar posibles reproches de inconstitucionalidad a la nueva comunidad especial, prefiero referirme a los propietarios «material» y «formal» como comuneros «de la menor cuota» y «de la mayor cuota» del dominio, respectivamente, y todo ello de conformidad con la naturaleza jurídica de copropiedad que el legislador ha dado a la «propiedad compartida».

En consecuencia, de acuerdo con esta premisa de partida, el encaje dogmático y constitucional de la propiedad compartida sería más fácil, toda vez que el único supuesto que admite el ordenamiento jurídico de concurrencia de titularidades dominicales es la comunidad de bienes, sin perjuicio de que, en virtud del principio democrático, los comuneros organicen del modo que consideren más conveniente el uso y el goce del bien. Así, en el caso de la propiedad compartida, los comuneros asignan el uso, el goce y la posesión en exclusiva del bien al comunero que, generalmente, es el titular de la menor cuota de dominio.

Por otro lado, el artículo 547-4 CCCat prevé que la propiedad compartida tiene que constituirse mediante el otorgamiento del correspondiente título constitutivo. En el título constitutivo son los comuneros quienes regularán el régimen jurídico de la comunidad, así como los efectos de la misma. Esta posibilidad permite comprender que la propiedad compartida no se ha configurado por la ley como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que el artículo 547-2 CCCat permite que también sea posible constituir una propiedad compartida sobre los bienes inmuebles y los muebles no fungibles e inscribibles en un registro público.

De esta forma, el otorgamiento del título constitutivo supone el ejercicio por los comuneros de la facultad de disposición del derecho del que son cotitulares,

cuando deciden constituir una comunidad de tal tipo y ordenar de esta manera sus facultades dominicales para la satisfacción de sus intereses concurrentes.

I. LA PROPIEDAD COMPARTIDA

La LPTPC añadió un capítulo, el VI, en el Título V del Libro V del Código civil de Cataluña, relativo a la propiedad compartida. Esta figura constituye la segunda figura regulada por dicha ley a través de la cual el legislador de Cataluña pretende cumplir los propósitos y finalidades que se recogen en el preámbulo de la misma que se relacionan, fundamentalmente, con facilitar el acceso a la vivienda a través de nuevas tenencias¹.

Ahora bien, antes de la entrada en vigor de la LPTPC la propiedad compartida ya estaba prevista en la LDV de Cataluña como un instrumento de la Administración para potenciar la vivienda pública. Así pues, por el artículo 162 de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica², se modificó el artículo 71 LDV e introdujo la propiedad compartida en la LDV³. Por tanto, en esta ley ya se preveía la introducción de la propiedad compartida en Cataluña.

En el artículo 54 del Decreto 75/2015, del Plan para el derecho a la vivienda en Cataluña de 2014 también se hacía referencia a la propiedad compartida como una nueva tenencia para acceder a una vivienda de protección oficial⁴.

No obstante, para la regulación de la propiedad compartida el legislador de Cataluña se ha inspirado en la *shared ownership* inglesa, por lo que paso a exponer los rasgos característicos de esta tenencia que, fundamentalmente, ha sido utilizada en el Reino Unido para impulsar la vivienda pública.

1.1. FIGURA JURÍDICA INSPIRADORA

1.1.1. La Shared ownership

A) Introducción

La *shared ownership* es una tenencia inglesa que tiene sus orígenes en las distintas políticas de vivienda adoptadas por el Gobierno británico entre 1960 y 1970, aunque su mayor estímulo fueron las políticas de vivienda impulsadas por el Gobierno conservador resultante de las elecciones estatales de 1979⁵.

La figura jurídica de la *shared ownership*, tal y como se verá a continuación, no fue implementada hasta el año 1983. Antes de su implementación existían otras tenencias asequibles para el acceso a la vivienda, como son algunas formas de copropiedad y formas de *leasehold* más asequibles, como los *community leasehold projects* de 1970⁶.

A partir de 1980 el Gobierno británico adoptó una serie de políticas de vivienda más explícitas tendentes a la potenciación de la propiedad compartida o *shared ownership*. La Housing Act 1980 contemplaba otras medidas para facilitar el acceso a una vivienda en propiedad, como eran el tipo fijo de interés para las hipotecas y la rehabilitación por renta, entre otras⁷. Al mismo tiempo, los propietarios de vivienda social, los *social landlords*, impulsaron una forma de propiedad compartida llamada «*Do-it-yourself shared ownership (DIYSO)*»⁸.

A lo largo de las siguientes décadas, los sucesivos gobiernos británicos impulsaron otras políticas de vivienda que pretendían favorecer a los colectivos con más dificultades para acceder a la plena propiedad. Particularmente, el Gobierno progresista británico impulsó en 1999 una nueva modalidad de la propiedad compartida, la *Homebuy*⁹.

Actualmente, parece que la tendencia en el sector inmobiliario inglés tiende cada vez más a potenciar formas de acceso a la vivienda más flexibles y que no supongan un sobreendeudamiento para los ciudadanos, especialmente para los más jóvenes. Sin duda alguna, la potenciación de nuevas tenencias para acceder a la vivienda en un contexto de crisis económica, como la *shared ownership*, supone un cambio en el paradigma del modelo inmobiliario, pues los datos revelan que en el futuro el acceso a la vivienda en plena propiedad va a ir disminuyendo^{10, 11, 12}.

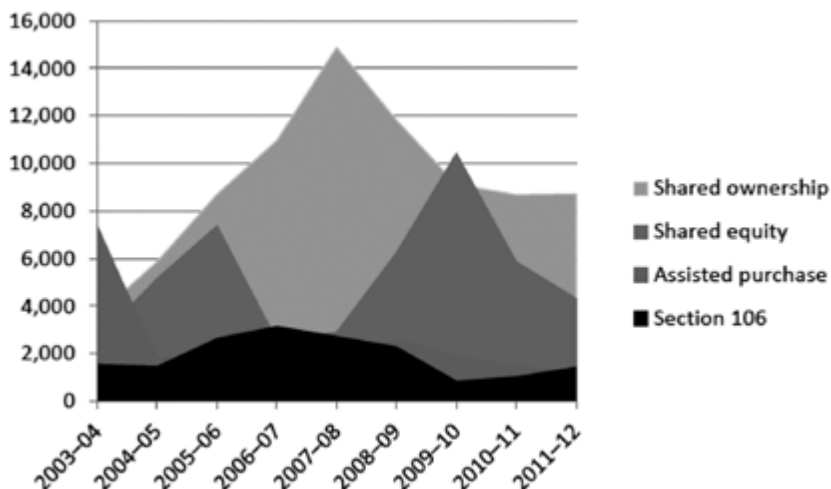


Figura 1. Tenencias asequibles de propiedad en el Reino Unido.

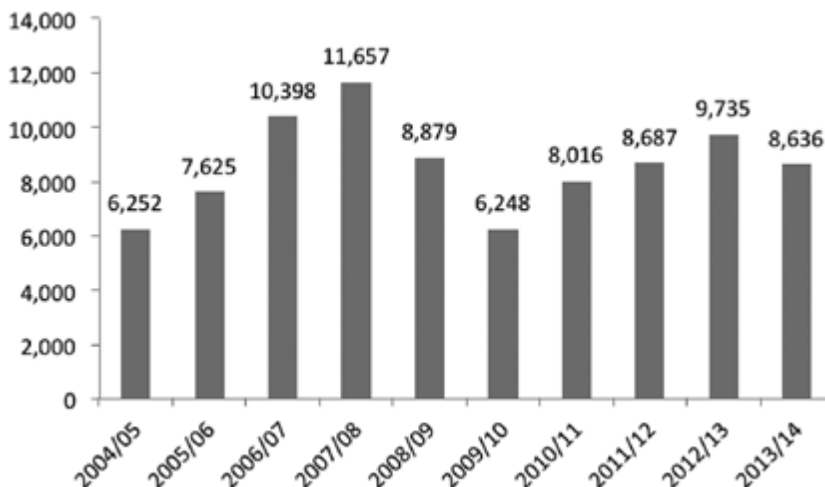


Figura 2. Ventas de *shared ownerships* por las *housing associations*.

B) Concepto

«In its simplest formulation, shared ownership enables a buyer to acquire a share in a property; the remaining share in the property is held by a social housing provider. The buyer formally acquires a long leasehold interest in the property, which represents their share. The lease also sets out the terms and conditions on which the buyer occupies the property. The buyer pays rent on the unpurchased share to the provider. If they have a mortgage on the purchased share, that will also require paying. There is also a service charge, usually payable monthly. Buyers can acquire further shares in the property, often up to 100 per cent — this process is known as «staircasing». Formally, in law, shared ownership is «social housing» (as defined by the Housing and Regeneration Act 2008)»¹³.

Del anterior párrafo se desprenden las características esenciales de la *shared ownership* inglesa. En primer lugar, se trata de una tenencia inmobiliaria que permite al adquiriente del inmueble comprar una cuota de dominio en propiedad, mientras que la cuota restante sigue perteneciendo al *social housing provider*.

En segundo lugar, el uso exclusivo del inmueble pertenece al comprador, pues por este motivo paga una renta al vendedor en función de la cuota inicial de dominio adquirida. Se trata del pago de una renta mensual por tener el

comprador el uso y el goce del inmueble en exclusiva, sin que esto sea incompatible con el pago de la hipoteca, a través de la cual se ha financiado la cuota de dominio inicial adquirida.

En tercer lugar, el comprador tiene el derecho «*staircasing*» de ir adquiriendo gradualmente cuotas de dominio, es decir, tiene el derecho de ir adquiriendo gradualmente cuotas de dominio del vendedor y, de esta forma, con el paso del tiempo, podrá adquirir la totalidad del dominio en detrimento del vendedor¹⁴.

C) Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la *shared ownership* ha sido discutida en algunos *legal cases*, aunque el más relevante es el caso *Midland Heart v. Richardson*, en el cual la Sra. Richardson adquirió en 1995 el 50% del dominio de una vivienda a la *Housing Association Midland Heart* por 29.000 libras. El caso es sumamente interesante por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la *shared ownership* y, a resultados de ello, la protección del *shared owner* en este tipo de tenencia inmobiliaria¹⁵.

Transcurridos 10 años desde la adquisición del 50% del dominio de la finca, la Sra. Richardson se vio obligada a abandonar la vivienda a causa del encarcelamiento de su marido al no poder hacer frente a la renta mensual estipulada por el uso de la totalidad del inmueble. En el caso estudiado, la Sra. Richardson alegaba que su derecho tenía la naturaleza jurídica de un *leasehold* y que, por tanto, tenía derecho a participar de la venta del *freehold* de *Midland Heart* por ostentar el 50% del dominio de la finca, es decir, que le fuera reembolsado el valor por el cual adquirió en 1995 el 50% del dominio del inmueble a través de la *shared ownership*¹⁶.

Sin embargo, el tribunal que enjuició el caso declaró que el derecho de la Sra. Richardson no tenía la naturaleza de un *leasehold*, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la *Law of Property Act 1925*, sino que se trataba de una *assured tenancy* de acuerdo con lo prevenido en la *Housing Act 1988* que legitima la recuperación de la posesión por el *landlord* ante el impago de las rentas debidas¹⁷.

Además, en el momento de la pérdida de la cuota inicial del dominio, esta había aumentado su valor hasta las 70.000 libras y, según el tribunal, no se trataba de un enriquecimiento injusto, sino que ello fue consecuencia de la naturaleza del negocio jurídico celebrado¹⁸.

1.2. CONCEPTO

El artículo 556-1 CCCat define la propiedad compartida de la siguiente forma: «*La propietat compartida confereix a un dels dos titulars, anomenat*

propietari material, una quota del domini, la possessió, l'ús i el gaudi del bé i el dret d'adquirir, de manera gradual, la quota restant de l'altre titular, anomenat propietari formal»¹⁹.

La definición de la propiedad compartida del artículo 556-1 CCCat dibuja un esquema que, a primera vista, puede resultar más complejo que el diseñado por el artículo 547-1 CCCat respecto de la propiedad temporal, la otra figura introducida en el libro V por la LPTPC.

Aun así, la regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña contiene algunos aspectos que van a ser objeto de estudio en las siguientes páginas. Concretamente, los principales interrogantes que plantea la regulación de la propiedad compartida se relacionan con los elementos esenciales de esta comunidad especial de bienes y, en consecuencia, el poder de las partes para regular sus intereses de acuerdo con el principio de la autonomía privada.

1.2.1. Los elementos esenciales de la propiedad compartida

El preámbulo de la LPTPC destaca la amplia autonomía que tienen los comuneros para regular sus intereses en la comunidad creada con la constitución de una propiedad compartida. No obstante, es evidente que no toda la regulación puede dejarse en las manos de los sujetos involucrados en esta nueva comunidad y, por tanto, la ley señala algunos elementos «tipificadores» que no pueden derogarse por la autonomía privada y que necesariamente tienen que salvaguardarse para no desnaturalizar la propia comunidad.

En los epígrafes siguientes se analizan aquellos elementos que son esenciales de la regulación de la propiedad compartida y que no pueden regularse por las partes, sin que ello impida la correspondiente crítica sobre la opción escogida por el legislador de Cataluña.

A) La exclusión de la acción de división

Después de definir la propiedad compartida, el segundo párrafo del artículo 556-1 CCCat dice que esta comunidad comporta la exclusión del ejercicio de la acción de división por los comuneros.

Se trata de una norma imperativa porque, de lo contrario, se frustraría la finalidad de la propiedad compartida, que no es otra que facilitar la adquisición gradual y progresiva del pleno dominio por el comunero titular de la menor cuota de dominio en función de su capacidad económica. De esta forma, si cualquiera de los dos comuneros pudiera pedir la división de la cosa común, en cualquier momento se frustraría el interés perseguido por el legislador de Cataluña. En

consecuencia, la solución adoptada fue la de excluir el ejercicio de la acción de división, sin que las partes puedan pactar lo contrario²⁰.

Se trata de una solución que no es extraña en el Código civil de Cataluña, pues ya existen comunidades especiales donde el legislador de Cataluña adoptó la misma opción²¹.

Comparto la opción escogida por el legislador de Cataluña, toda vez que si se hubiera permitido el ejercicio de la acción de división por cualquiera de los comuneros se podría frustrar en cualquier momento la finalidad perseguida con la regulación de la propiedad compartida, sin que esta nueva comunidad especial de bienes contribuya a alcanzar los propósitos del preámbulo de la LPTPC, que principalmente pretende facilitar el acceso a una vivienda digna y adecuada en Cataluña y reducir el «stock» de viviendas vacías del parque inmobiliario catalán.

B) La cuota inicialmente adquirida de dominio

El artículo 556-4 CCCat dice que la propiedad compartida se constituye por un negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa*, pero señala el artículo 556-4.2.a) CCCat que uno de los elementos que debe reflejarse en el título de constitución es la cuota de dominio inicialmente adquirida por el «propietario material».

Se trata de un elemento que debe constar en el título de constitución, de acuerdo con la opción de política legislativa adoptada por el legislador de Cataluña de configurar la propiedad compartida como una forma de comunidad. Si el «propietario material» no adquiere desde el inicio una cuota de dominio no podría hablarse de comunidad de bienes, de conformidad con el artículo 551-1.1 CCCat, que exige la concurrencia de más de un titular de un bien para que se constituya una comunidad²².

En el preámbulo de la LPTPC aparece el modelo ideal de propiedad compartida que se encuentra en la mente del legislador de Cataluña que, si bien no es un modelo rígido, puede ser un buen punto de partida, aunque la cuota inicialmente adquirida de dominio depende de la voluntad de las partes: *«hom creu que la proporció ideal seria d'un 5% de domini adquirit amb capital propi del propietari material, d'un 20% de domini que el propietari material adquireix amb finançament hipotecari i del 75% restant que ROMÁN en mans del propietari formal»*²³.

En este sentido, la ley parece indicar cuál debe ser la cuota de dominio inicialmente adquirida por el comunero que tiene la menor cuota del dominio, sin que ello derogue la autonomía de las partes para acordar una situación de partida diferente.

La planificación que figura en el preámbulo de la LPTPC se inspira en la guía *«Shared ownership: Joint guidance for England* de noviembre de 2012,

elaborada por el *Council of Mortgage Lenders, Homes and Communities Agency* y la *National Housing Federation*»²⁴.

La contraprestación económica que pueden acordar las partes por ceder el uso y el goce en exclusiva al «propietario material» depende de la cuota de dominio inicialmente adquirida. Sin embargo, la contraprestación dineraria, contemplada en los artículos 556-4.2.c) y 556-9 CCCat, no se establece como un elemento imperativo de la propiedad compartida, de acuerdo con el tenor literal del artículo 556-4.2.c) CCCat.

C) El derecho de adquisición gradual

Entre los elementos de la propiedad compartida que no pueden derogarse por la autonomía privada se encuentra el derecho del comunero titular de la menor cuota de dominio de adquirir más cuotas del «propietario formal», este es el derecho de adquisición gradual²⁵.

El artículo 556-4.2.b) dice que este derecho y las condiciones de su ejercicio deben regularse en el título de constitución de la propiedad compartida. Sin embargo, teniendo en cuenta la escasa regulación de este derecho en el Código civil de Cataluña, pueden plantearse algunas dudas sobre la autonomía de las partes para regular este elemento esencial del título de constitución²⁶.

Considero que se trata de un elemento imperativo o sustancial de la propiedad compartida porque es un elemento que necesariamente debe aparecer regulado en el título de constitución de esta nueva comunidad de bienes y, además, porque en defecto de pacto el artículo 556-4.2.b) CCCat dice que las cuotas de dominio sucesivamente adquiridas no podrán ser inferiores al 10%; por lo tanto, las partes tienen plena libertad para pactar en el título de constitución las cuotas de dominio que van a ser progresivamente adquiridas por el comunero titular de la menor cuota de dominio y, en defecto de pacto, el artículo 556-4.2.b) CCCat dice que las cuotas serán del 10%.

Por un lado, el artículo 556-11.1.d) CCCat parece conducir a la conclusión de que dicho derecho es un elemento esencial de la propiedad compartida que no puede derogarse porque la falta de ejercicio de este derecho por el propietario material comporta la extinción de la propiedad compartida si se había programado el ejercicio de este derecho en el título de constitución²⁷. No obstante, el mismo artículo admite un pacto en sentido contrario, de tal forma que las partes pueden acordar que la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual no conduzca a la extinción de la propiedad compartida.

Por otro lado, puede que los comuneros no acuerden el ejercicio del derecho de adquisición gradual en el título de constitución. En este caso, el comunero titular de la menor cuota del dominio podrá ir adquiriendo cuotas de dominio hasta adquirir la plena propiedad dentro del plazo de tiempo pactado, porque si

no es así la propiedad compartida se extingue por el vencimiento de su plazo de duración (art. 556-11.3 CCCat).

Considero que un pacto de las partes para evitar que la propiedad compartida se extinga por la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual no permite afirmar que dicho derecho no sea un elemento sustancial de la propiedad compartida porque, de lo contrario, también se frustraría el interés perseguido por el legislador de Cataluña de flexibilizar el dominio. Si el derecho de adquisición gradual no fuera un elemento inderogable por la autonomía privada se desvanecería la esencia de la propiedad compartida, puesto que nada impide crear una comunidad de bienes al amparo del artículo 551-2.1 CCCat donde se regule un derecho de naturaleza similar a favor de algún comunero, de conformidad con el principio de la autonomía privada²⁸.

Una vez se ha constatado que el derecho de adquisición gradual es un elemento esencial de la propiedad compartida, el artículo 556-4.2.b) CCCat permite a las partes regular los requisitos y las condiciones de su ejercicio, con lo que se admite el juego de la autonomía privada.

Los extremos que deben pactar las partes sobre el ejercicio del derecho de adquisición gradual se relacionan con el porcentaje de las cuotas de dominio gradualmente adquiridas por el comunero titular de la menor cuota de dominio y con la periodicidad del ejercicio de este derecho.

De esta forma, el artículo 556-4.2.b) CCCat establece un límite sobre el porcentaje de dominio mínimo adquirido por el comunero titular de la menor cuota de dominio, pero no establece ningún límite en cuanto a la periodicidad del ejercicio del derecho de adquisición gradual.

En este sentido, hubiera sido deseable que la ley hubiera limitado la autonomía privada, con el fin de diseñar un esquema para el ejercicio del derecho de adquisición gradual acorde con la finalidad perseguida por la ley, es decir, del mismo modo que el legislador dice que las cuotas de dominio adquiridas sucesivamente por el propietario material no podrán ser inferiores al 10%, hubiera sido deseable que, mediante el establecimiento de unos plazos mínimos para el ejercicio del derecho de adquisición gradual, el legislador hubiera planificado mínimamente la adquisición gradual del dominio a favor del comunero titular de la menor cuota de dominio, no dejando este extremo por completo en manos de la autonomía privada de las partes.

Pero también puede hacerse la misma reflexión en un sentido contrario y considerar que el establecimiento de una periodicidad mínima para el ejercicio del derecho de adquisición gradual hubiera sido perjudicial para conseguir la finalidad perseguida por el legislador, toda vez que muchas propiedades compartidas podrían frustrarse de no ejercerse el derecho de adquisición gradual en los plazos previstos por la falta de liquidez del «propietario material»²⁹.

La valoración de las cuotas y el momento de practicar la valoración también puede ser objeto de pacto por ambos propietarios³⁰.

D) Duración

El artículo 556-4.3 CCCat establece lo siguiente: «*La durada de la propietat compartida és de trenta anys, llevat que les parts fixin un termini diferent que, en cap cas, no pot superar els noranta-nou anys*».

Nuevamente, el artículo 556-4.3 CCCat admite la posibilidad de que los propietarios pacten la duración de la propiedad compartida, pero esta libertad no es plena, sino que está limitada por la ley por un plazo que no puede ser superior a los 99 años³¹.

Al contrario de lo que sucede con la regulación de la propiedad temporal, la ley no fija un plazo mínimo de duración de la propiedad compartida, puesto que en este caso no se trata de rentabilizar esta forma de propiedad y que el comunero titular de la menor cuota del dominio goce y use el bien durante un periodo mínimo. En todo caso, principalmente se trata de flexibilizar el acceso a la vivienda, poniendo al alcance de los ciudadanos nuevas tenencias que les permitan adquirir el pleno dominio sin sobreendeudarse, por lo que no tiene sentido hablar de un plazo mínimo de duración.

En consecuencia, en cuanto a la duración de la propiedad compartida, esta está limitada por un plazo máximo de 99 años si los comuneros deciden pactar este extremo en el título de constitución. En este sentido, el establecimiento de un plazo máximo de duración de 99 años para la propiedad compartida es acorde con la voluntad del legislador de facilitar la adquisición del pleno dominio por el comunero de la menor cuota de dominio a largo plazo y de conformidad con su situación económica, sin que se trate de un plazo excesivamente corto que ponga en peligro la finalidad perseguida por la ley.

Ahora bien, si las partes no pactan nada en el título de constitución sobre la duración de la propiedad compartida, el artículo 556-4.3 CCCat establece que, en defecto de pacto, la duración máxima de la propiedad compartida será de 30 años. Se trata de un plazo de duración que viene a suplir el pacto de las partes y que es adecuado para la adquisición del pleno dominio por el comunero titular de la menor cuota del dominio. Dicho plazo de duración es suficientemente largo para que el «propietario material» adquiera el pleno dominio y que no se aleja de la duración media para el pago de los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual³².

1.3. NATURALEZA JURÍDICA

1.3.1. *La propiedad compartida como una comunidad especial de bienes*

El primer párrafo del preámbulo de la LPTPC dice que la propiedad temporal y la propiedad compartida son dos nuevas formas del derecho de propiedad

que se diferencian de los derechos reales en cosa ajena y de los derechos de naturaleza personal³³:

Posteriormente, en el párrafo octavo de dicho preámbulo se afirma que la propiedad compartida se considera una comunidad indivisa: *«La regulació de la propietat compartida, no obstant això, té caràcters propis que la distancien dels censos, ja que es considera una comunitat indivisa, i no pas una de dividida com aquells, però pren dels censos la distinció jurídica entre la propietat material i la formal, per a destacar aquesta configuració»*.

Considero que ambos párrafos no se contradicen porque hay una comunidad de bienes cuando un bien que pertenece a más de un titular (arts. 392 CC y 552-1 CCCat)³⁴. Ambos titulares, estos son el «propietario material» y el «propietario formal», lo son al mismo tiempo, aunque con cuotas de propiedad diferentes.

Por esta razón, se afirma que la propiedad compartida es, en realidad, una comunidad especial de bienes porque la propiedad compartida pivota sobre una estructura comunitaria. Precisamente esto se dice en el preámbulo de la LPTPC y, además, el régimen jurídico supletorio de la propiedad compartida, en todo aquello que no estuviere previsto en el título de constitución ni tampoco entre los artículos 556-1 y 556-12 CCCat, son las normas referidas a la comunidad ordinaria indivisa, en la medida que fuera posible su aplicación³⁵.

Es cierto que la propiedad compartida tiene unos rasgos característicos propios que la dotan de una singularidad frente a la comunidad ordinaria indivisa³⁶, como es el derecho de adquisición gradual, pero la propiedad compartida se asienta sobre una comunidad de bienes por la concurrencia de varios titulares del mismo bien, hecho que no desvirtúa la condición de propietarios de los titulares de las cuotas de dominio por la razón antes apuntada.

Por lo que se refiere a la extinción de la propiedad compartida, si esta se extingue por las causas c) y d) del artículo 556-11 CCCat, se convierte en una comunidad ordinaria indivisa, lo constituye una muestra inequívoca de la naturaleza jurídica de esta nueva comunidad especial de bienes.

Se trata del mismo remedio que el Código civil de Cataluña prevé en el artículo 554-8.2 CCCat para la comunidad especial por turnos y en el artículo 553-14 CCCat para la propiedad horizontal. Con esto se quiere decir que, por el hecho de preverse un régimen jurídico supletorio, en este caso el de la comunidad ordinaria indivisa, esto no significa que la propiedad compartida pierda su singularidad respecto de la comunidad ordinaria³⁷.

Además, la ley concede a los comuneros derechos de tanteo y de retracto para el caso de que uno de ellos decida enajenar su cuota de dominio, es decir, la ley pretende facilitar la consolidación del 100% del dominio en manos de un comunero³⁸.

1.3.2. La posibilidad de diseñar una comunidad similar al amparo de la autonomía privada

La LPTPC ha institucionalizado la figura de la propiedad compartida y el legislador de Cataluña ha querido destacar precisamente la cualidad de propietarios de los comuneros para hacerla más apetecible para los consumidores y para las entidades financieras, pero una comunidad especial de bienes de este tipo o similar podría diseñarse perfectamente con base en los artículos 392.2 del Código civil y 552-2 CCCat, que prevén que las comunidades de bienes se rijan en primer lugar por lo dispuesto en el título de constitución³⁹.

La propiedad compartida tiene una estructura comunitaria donde los comuneros son titulares, al mismo tiempo, si bien con cuotas diferentes de dominio, del objeto de esta comunidad. La regulación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña implica que el ejercicio de la mayor parte de las facultades dominicales se atribuyan al comunero titular de la menor cuota del dominio pero que, sin embargo, se reconoce el derecho de disponer *inter vivos* o *mortis causa* de la cuota de dominio (art. 556-8 CCCat) al comunero de la cuota mayoritaria⁴⁰.

El hecho de que el comunero de la mayor cuota de dominio no pueda usar y gozar la cosa de su propiedad porque estas facultades se han cedido en exclusiva al «propietario material» y a cambio aquel recibe una contraprestación económica de una naturaleza similar a la de un alquiler, también se puede pactar en el seno de una comunidad de bienes indivisa, toda vez que un pacto de este tipo tendría el amparo del principio de la autonomía privada de los copropietarios, reflejada en el título constitutivo de la propiedad compartida y, además, una regla de este tipo sobre el objeto de la propiedad compartida tampoco se opondría a lo dispuesto en los artículos 394 del Código civil y 552-3 CCCat sobre el uso y el goce de la cosa común⁴¹.

El artículo 394 del Código civil establece que cada codueño podrá servirse de las cosas comunes «*de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*». Si la comunidad especial de bienes de la propiedad compartida persigue que el comunero titular de la menor cuota de propiedad vaya adquiriendo cuotas de dominio del «propietario formal», no debería haber inconveniente alguno en pactar este tipo de uso en exclusiva para el «propietario material».

Ahora bien, es necesario destacar en este punto que la cesión en exclusiva del uso a uno de los codueños en el seno de una comunidad de bienes a cambio de una contraprestación económica es considerada un arrendamiento por la doctrina y por el Tribunal Supremo. Esto extremo sí que podría ser un rasgo determinante para estimar la naturaleza jurídica propia de la propiedad compartida frente a la comunidad de bienes ordinaria indivisa. En el caso de la propiedad compartida, el «propietario material» tiene el uso en exclusiva de

la cosa a cambio de una contraprestación económica a favor del propietario formal, pero esto no implica que se trate de un arrendatario, sino que este sigue siendo propietario⁴².

En materia de inscripción de comunidades de bienes atípicas sobre bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad hay que tener muy presente la RDGRN de 18 de mayo de 1983, que admitió la inscripción de una comunidad de bienes atípica en la cual se excluía el ejercicio de la acción de división y también se excluían los derechos de tanteo y retracto de los comuneros en caso de enajenación de la cuota indivisa perteneciente a otro comunero.

Con base en esta RDGRN de 18 de mayo de 1983 hay que destacar que la DGRN admitió que las partes pudieran excluir el ejercicio de la acción de división en el título de constitución de la comunidad de bienes, concretamente en aquellas comunidades donde los comuneros quieran permanecer en comunidad de forma permanente y deseada por ellos mismos⁴³. Asimismo, otro de los rasgos característicos de la propiedad compartida es la asignación del uso en exclusiva a favor de uno de los comuneros. En este sentido, la RDGRN de 9 de diciembre de 2011 también admitió la validez de una asignación de uso en exclusiva resultante de una disolución de una comunidad de bienes, en la cual un comunero de adjudicaba el usufructo de la mitad indivisa y la nuda propiedad y otro la otra mitad indivisa⁴⁴.

1.4. RÉGIMEN JURÍDICO

En primer lugar, de acuerdo con el preámbulo de la LPTPC, la mayor parte de la regulación de la propiedad compartida es dispositiva por la autonomía privada de las partes. El «propietario material» y el formal pueden pactar la mayoría de aspectos de la propiedad compartida, excepto aquellos elementos que son esenciales de la institución. Es decir, las partes pueden pactar todos los aspectos que consideren convenientes en el título de constitución de la propiedad compartida, pero no pueden impedir el ejercicio del derecho de adquisición gradual por el «propietario material»; la posesión, el uso y el goce en exclusiva atribuidos a este comunero; y no pueden pactar el ejercicio de la acción de división ni una duración de la propiedad compartida superior a los 99 años⁴⁵.

En segundo lugar, todo lo que no se hubiere previsto en el título de constitución de la propiedad compartida se regirá por las normas contenidas en el capítulo VI del título V del libro V del Código civil de Cataluña, referentes a la propiedad compartida.

En tercer lugar, el artículo 556-3 prevé que, en último lugar, se estará a lo dispuesto en las normas relativas a la comunidad ordinaria indivisa y a los derechos de adquisición, en todo aquello que fuera compatible con la regulación

de la propiedad compartida para suplir la omisiones del título constitutivo que no puedan integrarse con las normas que el Código civil de Cataluña dedica a esta institución.

La aplicación supletoria de las normas referidas a la comunidad de bienes ordinaria indivisa se justifica por la base comunitaria de esta comunidad especial de bienes, puesto que todos los comuneros son titulares, al mismo tiempo, del bien objeto de la propiedad compartida.

Sin embargo, aunque la propiedad compartida se configure como una comunidad especial de bienes, hay que destacar que existen diferencias importantes entre ambas instituciones. Por ejemplo, la atribución de la posesión, el uso y el goce del bien de la propiedad compartida a favor del «propietario material» no se da en las comunidades ordinarias indivisas (arts. 552-1 CCCat y 552-6 CCCat); la exclusión de la acción de división en la propiedad compartida cuando su ejercicio es esencial en la comunidad de bienes ordinaria indivisa (arts. 552-9 CCCat 552-10 CCCat y 552-11 CCCat). Además, en la propiedad compartida, es el comunero de la menor cuota de dominio el que tiene que hacerse cargo de los gastos y de los impuestos (art. 556-7. c) CCCat), mientras que en la comunidad de bienes indivisa todos los comuneros tienen que contribuir en función de su cuota (art. 552-8 CCCat).

Por lo tanto, estos aspectos tendrán que ser tenidos en consideración cuando el artículo 556-3 CCCat dice que la propiedad compartida, en todo aquello que no se hubiere previsto en el título de constitución y en las normas que el Código civil de Cataluña dedica a esta institución, se regirá por las normas relativas a la comunidad de bienes indivisa y a los derechos de adquisición cuando sea compatible su aplicación.

1.5. EL TÍTULO CONSTITUTIVO DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA Y SU INSCRIPCIÓN

El artículo 556-4 CCCat prevé que la propiedad compartida se constituya a través del otorgamiento del correspondiente título constitutivo. Por tanto, es importante detenerse en el estudio de su naturaleza jurídica, pues de ello depende que el legislador de Cataluña estuviera diseñando una comunidad especial de bienes o si, en caso contrario, su intención era crear un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria.

1.5.1. Naturaleza jurídica

Según la doctrina, la constitución de la propiedad compartida se configura como un acto dispositivo del derecho de propiedad y, por tanto, solo podrá constituirla quien tenga la propiedad originaria del bien⁴⁶.

El otorgamiento del título constitutivo y la consiguiente constitución de la propiedad compartida, como consecuencia del ejercicio de la facultad de disposición⁴⁷ del propietario originario que dispone de su propiedad plena, puede equipararse a la constitución de los derechos reales en cosa ajena u otras comunidades especiales como la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña⁴⁸, o la propiedad horizontal en Cataluña⁴⁹, en virtud del cual el propietario grava su propiedad y «vende»⁵⁰ una cuota del dominio al «propietario material».

Con esta configuración del título constitutivo de la propiedad compartida, es decir, como acto dispositivo del propietario originario que vende una cuota de su propiedad, se impide que pueda hablarse de una hipotética creación del un nuevo régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, equiparable al régimen jurídico de la propiedad horizontal⁵¹.

En efecto, la propiedad compartida no puede ser configurada como un régimen de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que el otorgamiento del título constitutivo es un acto voluntario de los copropietarios y, de esta forma, mediante el necesario otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida, se impide que se creen propiedades compartidas de hecho, pues la única comunidad que se crea de hecho por la concurrencia de dos o más propietarios es la comunidad ordinaria indivisa del artículo 552-1 CCCat.

Asimismo, la previsión del artículo 556-2 CCCat de que la propiedad compartida puede constituirse sobre un bien mueble constituye una característica que sirve, precisamente, para destacar que la propiedad compartida atribuye al objeto una cualidad real específica y nueva del mismo que determinará su configuración y las relaciones entre los comuneros, pero no implica la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario, a diferencia de la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña⁵², porque aquella puede constituirse, también, sobre un bien mueble. Así pues, en la propiedad compartida no se distingue entre la constitución de la misma y la entrada en vigor de un régimen jurídico inmobiliario, a diferencia de los que sucede con la comunidad especial por turnos.

En consecuencia, el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida se configura como un negocio jurídico dispositivo realizado por quien es el propietario originario del bien, pues es el único que tiene poder de disposición sobre el mismo y, de conformidad con el artículo 556-4 CCCat, dicho negocio jurídico puede ser *inter vivos* como *mortis causa* y a título oneroso o gratuito.

La redacción de los artículos que el Código civil de Cataluña dedica al título constitutivo de la propiedad compartida induce a la conclusión de que el supuesto más habitual de constitución de la propiedad compartida es aquel en el cual el propietario originario del bien vende la «propiedad material», es decir, una cuota del dominio y le transfiere el derecho de uso exclusivo del mismo, mientras que aquel se reserva la «propiedad formal». Pero también podría ser

perfectamente posible que el propietario originario cediera la «propiedad formal» y se reservara la «propiedad material»⁵³.

Los anteriores serían supuestos de constitución de la propiedad compartida a título oneroso e *inter vivos*, pero el artículo 556-4.1 CCCat también establece que la propiedad compartida pueda constituirse por causa de muerte y a título gratuito.

El artículo 556-4 CCCat no exige una forma específica para la constitución de la propiedad compartida. Se trata de una decisión de política legislativa que no encaja con otras normas del Código civil de Cataluña para la constitución de, por ejemplo, el derecho real de usufructo (art. 561-1.1 CCCat), el derecho de prenda (art. 569-13.1 CCCat) o el derecho real de anticresis (art. 569-24.1 CCCat) que no exigen una determinada forma al título constitutivo. Es decir, se equipara la propiedad compartida con los derechos reales en cosa ajena, en lugar de exigir una forma determinada al título constitutivo como sucede con la propiedad horizontal y la comunidad especial por turnos.

De acuerdo con lo anterior, si se tiene en cuenta que la propiedad compartida es una comunidad especial de bienes, sorprende que el artículo 556-4 CCCat no exija el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la propiedad compartida, toda vez que el artículo 553-9 CCCat exige esta forma de constitución para la propiedad horizontal, y el artículo 554-4.2 CCCat exige también el otorgamiento de escritura pública para la constitución de la comunidad especial por turnos⁵⁴.

El título constitutivo es, pues, el instrumento idóneo para que los copropietarios regulen la situación de comunidad creada con la propiedad compartida y, en todo caso, deberá contener los pactos relativos a la cuota inicialmente adquirida de dominio, el derecho de adquisición gradual y la compensación dineraria (art. 556-4.2 CCCat), pues las referencias a los derechos de tanteo y de retracto de ambos copropietarios no son imperativas (art. 556-5.2 CCCat).

1.5.2. La inscripción del título constitutivo

El título constitutivo de la propiedad compartida, en virtud del artículo 556-5 CCCat, se inscribe en el registro correspondiente de conformidad con lo que establece la ley⁵⁵.

El artículo 556-5 CCCat no determina la forma del título de constitución puesto que esta será diferente en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien. En este sentido, si se constituye una propiedad compartida sobre un bien inmueble el título constitutivo tendrá que otorgarse en escritura pública (art. 3 LH), mientras que si se constituye una propiedad compartida sobre un bien mueble, el título constitutivo deberá ser un contrato privado para acceder al Registro de Bienes Muebles, de conformidad con la Orden de 19 de julio de

1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles⁵⁶.

Sin embargo, despierta mayor interés el estudio del artículo 556-5.3 CC-Cat: *«La propietat compartida, si recau sobre un bé immoble, s'ha d'inscriure, d'acord amb la legislació hipotecària, en el foli obert per a la finca matriu. La inscripció del dret del propietari material s'ha de practicar en un foli independent, el qual ha de remetre al règim de propietat compartida»*.

El Código civil de Cataluña establece que la propiedad compartida debe inscribirse en la hoja abierta de la finca matriz, en el caso que se constituya una propiedad compartida sobre un bien inmueble. Además, la inscripción del derecho del «propietario material» debe practicarse en una hoja independiente, la cual se remitirá al régimen de propiedad compartida.

Se trata, por tanto, de un remedio similar al previsto en el artículo 68 RH para la adquisición de cuotas indivisas de fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos y a trasteros, puesto que este artículo extiende la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas de este tipo de fincas.

Para que ambos folios queden conectados y, así, tener información clara sobre las cuotas de los copropietarios, la remisión se produciría a través de una nota marginal⁵⁷.

1.5.3. La afección real de la contraprestación dineraria

El artículo 556-9.1 CCCat regula la garantía de la contraprestación dineraria que puede percibir el copropietario de la mayor cuota de dominio por ceder el uso y el goce de la cosa común en exclusiva a favor del «propietario material»: *«La quota del propietari material està afectada, amb caràcter real, al pagament de la contraprestació corresponent a l'any en curs i als dos anys immediatament anteriors. El crèdit que en deriva té preferència de cobrament sobre la quota, amb la prelación que determini la llei»*.

La contraprestación dineraria que pueden acordar los comuneros que debe satisfacer aquel a favor de quien se asigna en exclusiva el uso y el goce de la cosa común es uno de los elementos que, de pactarse, debe regularse en el título constitutivo de la propiedad compartida, toda vez que el pago de la contraprestación dineraria no es un elemento sustancial de esta comunidad especial de bienes.

En este sentido, la discusión por parte de la doctrina se centra en determinar la naturaleza jurídica de dicha contraprestación y su hipotético encaje en el sistema de prelación de créditos de los artículos 1922 y 1923 del Código civil y su graduación.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida, algún autor⁵⁸ ha comparado la afección real de los elementos privativos de la propiedad horizontal que prevé el artículo 553-5.1

CCCat con la afección real de la cuota de dominio del «propietario material»: *«Els elements privatius estan afectats amb caràcter real i responen del pagament dels imports que deuen els titulars, i també els anteriors titulars, per raó de les despeses comunes, ordinàries o extraordinàries, i pel fons de reserva, que corresponguin a la part vençuda de l'any en curs i als quatre anys immediatament anteriors, comptats de l'1 de gener al 31 de desembre, sens perjudici, si escau, de la responsabilitat de qui transmet»*⁵⁹.

Por tanto, se trata de dos preceptos que tienen la misma finalidad: afectar los elementos privativos de la comunidad especial de la propiedad horizontal y la cuota del «propietario material» al pago de los créditos de la comunidad contra los propietarios y de los créditos de los acreedores del comunero de la menor cuota del dominio, respectivamente, pues el artículo 553-4.3 CCCat también dice, de la misma forma que el artículo 556-9.1 CCCat, que: *«Els crèdits de la comunitat contra els propietaris per les despeses comunes, ordinàries i extraordinàries, i pel fons de reserva corresponents a la part vençuda de l'any en curs i als quatre anys immediatament anteriors, comptats de l'1 de gener al 31 de desembre, tenen preferència de cobrament sobre l'element privatiu amb la prelación que determini la llei»*⁶⁰.

No obstante, el artículo 556-9.1 CCCat no determina cuál es la posición que ocupa el crédito derivado del impago de la contraprestación dineraria contra la cuota del «propietario material» a favor del «propietario formal» porque dicho artículo se limita a decir que tendrán la prelación que determine la ley porque no es competencia del legislador autonómico fijar la prelación de los créditos (art. 149.1.8.ª CE).

Un remedio que ha propuesto la doctrina⁶¹ sería equiparar el artículo 556-9.1 CCCat con el artículo 553-4.3 CCCat y analógicamente aplicar la solución prevista en el artículo 9.1.e) LPH, en el caso de las propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles, que dice que los créditos de la comunidad de propietarios derivados de las obligaciones de los elementos privativos preceden, para su satisfacción, a los créditos que se enumeran en los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 1923 del Código civil.

Para las propiedades compartidas constituidas sobre bienes muebles, algún autor⁶² ha propuesto aplicar el mismo remedio que un sector doctrinal⁶³ propuso para el derecho real de retención, regulado entre los artículos 569-3 y 11 CCCat, que consiste en equiparar a dicho derecho con la garantía de los créditos pignoraticios del Código civil.

En consecuencia, si se equiparara la garantía de los créditos pignoraticios a la garantía de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida sobre bienes muebles, los créditos derivados del impago de dicha contraprestación a favor del «propietario formal» en contra de la cuota de «propietario material» se colocarían, por orden de prelación, con anterioridad al número segundo del artículo 1922 del Código civil.

No obstante, las soluciones que ha propuesto la doctrina para los créditos que deriven de la contraprestación dineraria de equipararlos con los créditos de las comunidades de propietarios contra los elementos privativos y con los créditos derivados del derecho real de retención podrían no ser viables por lo prevenido en el artículo 1925 del Código civil que no admite analogías entre los privilegios que se reconocen en los artículos 1922 a 1924 del Código civil.

La doctrina⁶⁴ ha defendido el carácter de *numerus clausus* de los privilegios crediticios en el sentido de no reconocer más privilegios de los que se enumeran en los artículos 1922 y 1923 del Código civil. Por tanto, el hecho de que la propiedad compartida no esté regulada en el Código civil general podría implicar que no pudieran reconocerse privilegios crediticios a los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria y, de esta forma, se dificultaría la constitución de propiedades compartidas en Cataluña.

1.6. LA SITUACIÓN POSESORIA EN LA PROPIEDAD COMPARTIDA. LA COPOSESIÓN

Los sujetos involucrados en la propiedad compartida son los comuneros que el Código civil de Cataluña denomina genéricamente como «propietario material» y «propietario formal». Ambos, según se desprende de la propia regulación del Código civil de Cataluña, tienen la consideración de propietarios porque son cotitulares, al mismo tiempo, del bien objeto de la propiedad compartida.

Es decir, partiendo de la base de que la propiedad compartida se configura como una comunidad especial de bienes, los dos propietarios se encuentran en un plano de igualdad y ambos poseen el bien objeto de la propiedad compartida en concepto de titulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 521-1.1 CCCat.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 521-4.1 CCCat, dos sujetos pueden poseer un mismo bien si sus conceptos posesorios son compatibles. En la propiedad compartida, los comuneros poseen en concepto de titulares el bien objeto de esta propiedad y, el Código civil de Cataluña, disciplina su estatuto jurídico para que los derechos y deberes de ambos propietarios sean compatibles.

No obstante, hay que destacar que el «propietario material» posee el bien como un poseedor inmediato, toda vez que el artículo 556-6.1.a) CCCat le atribuye la posesión en exclusiva del bien, mientras que el «propietario formal» sería un poseedor mediato.

En consecuencia, si no se pierde de vista que la propiedad compartida se estructura sobre una base comunitaria, no deberían plantearse problemas relacionados con la institución de la posesión en el seno de la propiedad compartida, toda vez que de la regulación de la posesión contenida en el Código civil de Cataluña se desprende que solo es posible la concurrencia de idénticos conceptos posesorios en la comunidad de bienes⁶⁵.

En consecuencia, considero que la base comunitaria de la propiedad compartida es fundamental para que no se produzcan problemas de encaje de la propiedad compartida con el sistema de la institución de la posesión del Código civil de Cataluña.

La institución de la posesión se encuentra estrechamente vinculada con la usucapición. Por tanto, cabe plantearse si, teniendo los propietarios material y formal la consideración de poseedores inmediato y mediato, respectivamente, estos prescriben por igual y si cabe la unión de posesiones por los copropietarios en el supuesto de estar en camino de perfeccionar una usucapición.

De entrada cabe afirmar que el CCCat no contiene una regla similar a la contenida en el artículo 1933 del Código civil, según la cual la prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás. Según lo prevenido en el artículo 1933 del Código civil podría entenderse que, considerada la propiedad compartida como una comunidad especial atípica en el sistema del Código civil, la posesión de cualquier propietario podría aprovechar al resto, en beneficio de la comunidad⁶⁶. No obstante, no habiendo regulado el CCCat esta cuestión, puede acudir al artículo 521-6.1 CCCat que dispone que: *«Es presumeix que els posseïdors han posseït un bé de manera continuada des que en van adquirir la possessió i poden unir llur possessió a la dels seus causants»*. Asimismo, el artículo 531-24.4 CCCat contiene una regla específica para el supuesto de la usucapición: *«La persona que usucapeix pot unir la seva possessió a la possessió per a usucapir dels seus causants»*.

Por tanto, llegados al punto de completar una usucapición y ante la reivindicación de la cosa por un tercero, si se tiene en cuenta que ambos propietarios poseen la cosa en concepto de cotitulares y que, por tanto, sus conceptos posesorios son compatibles (art. 521-4.1 CCCat), debería poderse unir la posesión del propietario formal con la del propietario material, toda vez que aquel posee la cosa de forma mediata a través del propietario material durante la vigencia de la propiedad compartida.

Por otro lado, la posibilidad de que tanto el propietario material como el formal usucapen el bien de la propiedad compartida en su propio beneficio o favor parece que no ha de ser admitida. Por ejemplo, si una vez finalizada la propiedad compartida por el trascurso de su plazo de duración el propietario material sigue poseyendo el bien, los copropietarios lo serán en un régimen de comunidad ordinaria indivisa (art. 556-11.3 CCCat), toda vez que la propiedad compartida se extingue por la finalización de su plazo de duración [art. 556-11.1.c) CCCat], con lo que deberá producirse necesariamente la inversión del concepto posesorio para que el propietario material adquiera la totalidad del dominio⁶⁷.

1.7. LA EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD COMPARTIDA

En el artículo 556-11 CCCat se regulan las causas que conllevan la extinción de la propiedad compartida y los efectos de la misma⁶⁸. Entre las causas de

extinción de la propiedad compartida, destaca la letra a) del artículo 556-11.1 CCCat, que se refiere a la extinción por la reunión en una sola titularidad de todas las cuotas del dominio, lo que significa, generalmente, que la propiedad compartida se extinga por la consecución de todas las cuotas del dominio por el comunero titular de la menor cuota del dominio, es decir, por haberse cumplido la finalidad de esta nueva comunidad especial de bienes que no es otra que facilitar la adquisición gradual del dominio.

Además, los supuestos c) y d) del artículo 556-1.1 CCCat se refieren a la finalización del plazo de duración por el cual fue constituida la propiedad compartida y la falta de ejercicio del derecho de adquisición gradual, respectivamente. Si la propiedad compartida se extingue por alguna de estas dos causas, el artículo 556-11.3 CCCat prevé que el bien objeto de la propiedad compartida pase a una situación de comunidad de bienes ordinaria. También la letra e) del artículo 556-11.1 CCCat prevé la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria de bienes cuando los comuneros adoptan un acuerdo en este sentido.

1.7.1. La liquidación del estado posesorio del propietario material

La mayoría de las causas de extinción de la propiedad compartida implican la conversión de esta nueva comunidad especial de bienes introducida en el Código civil de Cataluña en una comunidad ordinaria de bienes, excepto las letras a⁶⁹, b, f y g del artículo 556-11.1 CCCat que conllevan la adquisición del pleno dominio por el «propietario material» o la destrucción del bien (letra b).

Ahora bien, salvo las causas de extinción de la propiedad compartida que implican la atribución del dominio en exclusiva a favor de uno de los comuneros, la propiedad compartida se transforma en una comunidad ordinaria indivisa y esto conlleva una serie de consecuencias que no han sido abordadas por el legislador de Cataluña y, en consecuencia, tendrían que haber sido reguladas por el Código civil de Cataluña.

En la propiedad compartida, el uso y el goce del bien se asignan en exclusiva al comunero titular de la menor cuota del dominio por el tiempo que se haya constituido la propiedad compartida. Si algunas causas de extinción de esta comunidad especial de bienes implican la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria de bienes, la LPTPC hubiera podido incluir una norma semejante a la contenida en el artículo 547-10.3 CCCat para la propiedad temporal en lo referido a la liquidación del estado posesorio del «propietario temporal».

Es decir, la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria indivisa implica, según el artículo 552-6.1 CCCat que: «*Cada cotitular pot fer ús de l'objecte de la comunitat d'acord amb la seva finalitat social i*

econòmica i de manera que no perjudiqui els interessos de la comunitat ni el dels altres cotitulars, als quals no pot impedir que en facin ús». De esta forma, el comunero titular de la menor cuota de dominio, que tenía el uso y el goce en exclusiva del bien común, tendría que permitir el uso del bien por los demás copropietarios.

Sin embargo, esto no impide que en el momento de constituirse la comunidad ordinaria indivisa resultante de la extinción de la propiedad compartida se pacte el uso de la cosa común y que este se siga atribuyendo al que fue el «propietario material» al amparo del principio de la autonomía privada del artículo 552-2.1 CCCat, que configura, como norma primaria de la comunidad, su título constitutivo⁷⁰.

Si los copropietarios no pactan nada sobre la liquidación del estado posesorio del «propietario material» en el título de constitución de la comunidad ordinaria de bienes y, en ausencia de una norma que regule esta cuestión en la LPTPC, entiendo que sería perfectamente aplicable la norma del artículo 552-6.2 CCCat, que prevé que los frutos y las rentas corresponden a los cotitulares en función de su cuota, de conformidad con el artículo 556-3 CCCat, que prevé la aplicación de las normas de la comunidad ordinaria de bienes en la medida que sean compatibles con la regulación de la propiedad compartida.

No obstante, el legislador de Cataluña hubiera podido regular con mayor detenimiento la conversión de la propiedad compartida en una comunidad ordinaria en los casos que la extinción de la primera comporta la constitución de la segunda a través de una norma con un contenido similar a la del artículo 547-10.3 CCCat para la propiedad temporal. Sin embargo, este extremo puede regularse por las partes en el título constitutivo de la comunidad ordinaria al amparo del principio de la autonomía privada que consagra el artículo 552-2.1 CCCat y, en defecto de esta regulación por los copropietarios, la liquidación del estado posesorio del «propietario material» podría llevarse a cabo por la vía del artículo 556-6.1 y 2 CCCat.

1.7.2. La expropiación forzosa de la propiedad compartida

La naturaleza comunitaria de la propiedad compartida hace que no plantee especiales problemas en relación con la expropiación forzosa de las cuotas de dominio de ambos propietarios.

Considero que en los casos que se expropiara un inmueble en régimen de propiedad compartida tendría que acudirse a la norma del artículo 26.2 LEF que prevé lo siguiente: *«A tal fin se abrirá un expediente individual a cada uno de los propietarios de bienes expropiables. El expediente será único en los casos en que el objeto de la expropiación pertenezca en comunidad a varias personas, o cuando varios bienes constituyan una unidad económica».*

En este sentido, la Ley de Expropiación Forzosa exige que cada finca ha de valorarse en un expediente individual. De esta forma, si sobre la finca se constituye una propiedad compartida, la Ley de Expropiación Forzosa parte del principio de singularidad de expediente cuando el bien expropiado pertenece en comunidad a varios copropietarios⁷¹.

En consecuencia, el propietario material y el formal tendrían que repartirse el justiprecio en función de las cuotas de dominio de cada uno.

CONCLUSIONES

I. La propiedad compartida se configura como una comunidad de bienes especial, puesto que se estructura o pivota sobre una comunidad de bienes ordinaria subyacente. El preámbulo de la LPTPC y el régimen jurídico supletorio conducen a esta conclusión.

Se admite la posibilidad de crear una comunidad especial de bienes similar a la propiedad compartida con base en el principio de la autonomía privada, toda vez que los artículos 392.2 del Código civil y 552-2 CCCat dicen que las comunidades ordinarias indivisas se rigen, en primer lugar, por lo dispuesto en el título de constitución.

Sin embargo, lo que ha hecho la LPTPC ha sido institucionalizar una comunidad especial de bienes donde el uso, el goce y la posesión del bien se asignan, generalmente, al comunero titular de la menor cuota del dominio y, además, se reconoce el derecho de este comunero de ir adquiriendo más cuotas del dominio. Se trata, por tanto, de una institucionalización de una comunidad especial de bienes con dichas características, pero que podría diseñarse perfectamente con base en el principio de la autonomía privada de los comuneros.

En la propiedad compartida no se produce una situación de división del dominio entre los copropietarios por la base comunitaria de esta nueva forma de propiedad. El derecho de propiedad es el mismo, aunque la mayoría de las facultades dominicales se atribuyen al copropietario que tiene una menor cuota de dominio. La peculiaridad de la propiedad compartida radica en el modo de tenerse el derecho, es decir, en comunidad con otros comuneros, y no en la creación de un nuevo tipo del derecho de propiedad.

Debe descartarse que se trate de un supuesto de dominio dividido por la terminología que utiliza la ley al referirse al comunero titular de la menor cuota del dominio como «propietario material» y al titular de la cuota restante del dominio como «propietario formal». Se trata de una denominación que sirve para diferenciar el estatuto jurídico de los comuneros, sin que con esto el legislador de Cataluña haya querido establecer una división del dominio semejante a la enfiteusis del Código civil cuando habla de «titular del dominio directo» y «titular del dominio útil».

La propiedad compartida, a diferencia de otras comunidades especiales como la propiedad horizontal y la comunidad especial por turnos, no implica la creación de un régimen jurídico inmobiliario. El artículo 556-4 CCCat exige el otorgamiento de un título constitutivo para la constitución de una propiedad compartida sobre un bien mueble o inmueble. Esta particularidad, el hecho que la propiedad compartida pueda constituirse sobre bienes muebles, impide que nazca un régimen especial de la propiedad inmobiliaria semejante al régimen jurídico inmobiliario de la propiedad horizontal que se predica de las cualidades del inmueble, de la misma forma que sucede en la comunidad especial por turnos del Código civil de Cataluña.

Respecto de la importación de la *Shared ownership* en Cataluña, a través de la introducción en el Código civil de Cataluña de una nueva comunidad especial de bienes, puede concluirse que dista la naturaleza jurídica entre ambas tenencias. Es decir, a raíz del caso *Midland Heart v. Richardson* la *Shared ownership* inglesa se configure como una *assured tenancy* que se encuentran reguladas en la Housing Act de 1988. Se trata, por tanto, de una tenencia de naturaleza personal, en lugar de tratarse de un tipo de los *property right in respect of land*, que tiene como finalidad facilitar el acceso a la vivienda a los colectivos con más dificultades para acceder a una vivienda en plena propiedad.

Por su parte, la propiedad compartida del Código civil de Cataluña se configura como una comunidad especial de bienes, es decir, como una figura jurídica de naturaleza real que, al contrario que la *Shared ownership* inglesa, puede constituirse sobre bienes muebles. A pesar que en el preámbulo de la LPTPC se diga que la propiedad compartida tiene, como principal función, facilitar el acceso a la vivienda, la previsión del artículo 556-2 CCCat hace que quede desdibujada la función social perseguida por el legislador de facilitar el acceso a la vivienda.

II. El otorgamiento del título constitutivo de la propiedad compartida se configura como un acto dispositivo del «propietario formal» que vende una cuota de su dominio y cede la exclusiva posesión, el uso y el goce del bien al «propietario material».

De esta forma, la necesaria constitución de la propiedad compartida a través del otorgamiento del título constitutivo, impide hablar de la creación de un régimen especial de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, toda vez que, precisamente, lo que se pretende mediante el otorgamiento del título constitutivo es impedir que se constituyan propiedades compartidas de hecho cuando concurren varias titularidades dominicales sobre un mismo bien, pues la única comunidad que se crea de hecho por la concurrencia de dos o más propietarios es la comunidad ordinaria indivisa del artículo 552-1 CCCat.

La forma de practicar la inscripción de la «propiedad material» en el Registro de la Propiedad, para el caso de propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles, puede equipararse a la inscripción de las cuotas indivisas de

fincas destinadas a garaje o estacionamiento de vehículos y a trasteros, puesto que el artículo 68 RH contempla la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas de este tipo de fincas, de la misma forma que prevé el artículo 556-5.3 CCCat para la «propiedad material».

Por lo que se refiere a la afección real de la contraprestación dineraria de la propiedad compartida, puede compararse la naturaleza jurídica de dicha afección con la afección real de los elementos privativos de las comunidades de propietarios que prevé el artículo 553-5.1 CCCat. En este sentido, la cuota de dominio del «propietario material» está afecta al impago de la contraprestación dineraria que debe percibir el comunero titular de la mayor cuota de dominio por ceder el uso y el goce exclusivo del bien al titular de la menor cuota de dominio, de la misma forma que los elementos privativos de los diferentes propietarios que integran la comunidad especial de la propiedad horizontal responden de las deudas de los propietarios derivadas de sus elementos privativos.

Por tanto, cabe concluir que la afección real de la «propiedad material» a los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria tiene una naturaleza jurídica parecida que la afección real de los elementos privativos de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.

Las soluciones que ha propuesto la doctrina sobre la ubicación en el sistema de prelación de créditos de los artículos 1922 y 1923 del Código civil de los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria, podrían ser incompatibles con lo prevenido en el artículo 1925 del Código civil que no admite más créditos privilegiados de los que se reconocen en los artículos antes citados.

De esta forma, la opción de equiparar los créditos derivados del impago de la contraprestación dineraria afectos a la «propiedad material» de propiedades compartidas constituidas sobre bienes inmuebles a los créditos derivados de las comunidades de propietarios contra los elementos privativos de los propietarios podría no ser una opción válida porque la propiedad compartida no se encuentra regulada en el Código civil y, por tanto, no tiene reconocido un privilegio en el sistema de prelación de créditos de los artículos 1922 y 1923 del Código civil.

Asimismo, la opción de equiparar la prelación de los créditos derivados de la contraprestación dineraria con la prelación de los créditos pignoratícios del Código civil, como un sector doctrinal propuso para los créditos derivados del derecho real de retención de Cataluña, aun parece más arriesgada, toda vez que el derecho de retención no se encuentra regulado en el Código civil, sino que más bien se trata de un derecho que se reconoce en algunas ocasiones ante el incumplimiento de pago de una de las partes, por ejemplo el artículo 1730 del Código civil contempla que: *«El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores»*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY, J. M. (1994). El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán. *RCDI*, núm. 624, 1885-1926.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil: III Derecho de bienes*, 11.^a ed. Madrid: Edisofer.
- ANDERSON, M. (2010). La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla ...en un Estado plurilegislativo. En Arroyo Amayuelas, E., (Coord.), *Crónica de Derecho Privado Europeo*. ADC, t. LXIII, 229-244.
- (2010). *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns mobles i immobles*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009). *Comentarios al Código civil*. Navarra: Aranzadi.
- (2014). Artículo 1. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Aranzadi, 23-29.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya. *RJC*, núm. 2, 343-373.
- BRIGHT, S. y HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership. *Housing, Theory and Society*, núm. 28, 377-397.
- (2013). Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England. *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, núm. 52, 1-39.
- CALDICOTT, H. (2005). Promoting shared ownership housing options for people with long-term mental health problems. *Housing, Care and Support*, núm. 8, 10-12.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). artículo 1925 del Código civil. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.). *Comentarios al Código civil*. t. IX. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). *Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting*. University of Bristol, University of Kent.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. 5.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. III.- Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*. 5.^a ed. Pamplona: Civitas.
- (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales*. 5.^a ed. Pamplona: Civitas.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M. (2014). Artículo 5. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. 5 ed., Pamplona: Aranzadi, 143-177.
- ESPÍN ALBA, I. (2010). Comentario al artículo 392 del Código civil. En Domínguez Luelmo, A. (Dir.). *Comentarios al Código civil*. Madrid: Lex Nova, 517-518.
- GALLEGO BRIZUELA, C. (2014). *Ley de Propiedad Horizontal comentada y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley.
- GETE-ALONSO, M.^a C. (2015). Una primera lectura de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña. *REDS*, núm. 7, 19-36.

- GÓMEZ CALLE, E. (2011). El derecho de retención sobre bienes muebles. *Indret* [en línea], núm. 4, disponible en <http://www.indret.com/es/>.
- GONZÁLEZ BOU, E. (2007). La comunitat especial per tornos. En *La notaria*, núm. 41, 2007, 143-162.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1984). Artículo 1925 del Código civil. En Albadalejo García, M. (Dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. XXIV, Madrid: Edersa, 777-778.
- (1991). Artículo 1925 del Código civil. En Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce De León, L., Salvador Coderch, P., Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Comentario del Código civil*. t. II Madrid: Ministerio de Justicia, 2077.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. SANCHO REBULLIDA, F. (2008). *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*. Vol. I, 3.^a ed. Madrid: Dykinson.
- LAMBEA LLOP, N. (2015). Artículo 556-1. Concepte de propietat compartida. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), 168-178.
- (2015). artículo 556-3. Règim jurídic. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Espacialitzada (Departament de Justícia), 184-188.
- (2017). Artículo 556-1. Concepto. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 221-233.
- (2017). Artículo 556-3. Régimen jurídico. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 241-246.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2015). *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y Formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código civil de Cataluña*. 2.^a ed. Madrid: Sepin.
- LUCAS ESTEVE, A. (2014). *Dret civil català. Drets reals. Drets reals limitats i Registre de la Propietat*. t. I. v. II. Barcelona: Bosch.
- MARTÍN BRICEÑO, M.^a R. (2010). La propiedad temporal y la propiedad compartida. En *AC*, núm. 10, 1-21.
- MCKEARNEY, C. (2015). Protection for lenders under shared ownership leases. *Hardwicke* [en línea], disponible en <http://www.hardwicke.co.uk/insights/archive/articles/protection-for-lenders-under-shared-ownership-leases>
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1991). Comentario al artículo 392 del Código civil. En Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L. *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1.066-1.072.
- (1991). Comentario al artículo 394 del Código civil. En Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L. *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1075-1078.
- (1991). Comentario al artículo 398 del Código civil. En Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L. *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. t. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1094.

- MULLINS, D. y MURIE, A. (2006). *Housing Policy in the UK*. New York: Palgrave Macmillan.
- NASARRE AZNAR, S. (2015). La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 776-827.
- (2015). Artículo 547-9. Contraprestació dinerària. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 251-263.
- (2017). Artículo 556-9. Contraprestación dineraria. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 327-342.
- (2012). Les tinences intermitges: combinant assequibilitat, flexibilitat i estabilitat en l'accés a l'habitatge, en *Governos locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes*, Barcelona: Observatori Local d'Habitatge.
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *RCDI*, núm. 739, 3063-3122.
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C. (2015). La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña. *AC*, núm. 12, 1-18.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 7.^a ed. Madrid: La Ley.
- PERA VERDAGUER, F. (1992). *Expropiación forzosa*, 4.^a ed. Barcelona: Bosch.
- PLAZA PENADES, J. (2011). artículo 1925 del Código civil. En Cañizares Laso, A. *et alii.*, *Código civil comentado*. t. IV. Pamplona: Civitas, 1535-1537.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2011). Artículo 9. En Miquel González, J. M. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Civitas, 255-299.
- SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O. (2008). Shared ownership leases, en *New Law Journal* [en línea], núm. 7310, disponible en <https://www.newlawjournal.co.uk/content/shared-ownership-leases>
- SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 189-206.
- (2015). Artículo 556-5. Inscripció. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 207-210.
- (2015). Artículo 556-11. Extinció. En Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 269-277.
- (2017). Artículo 556-4. Constitución. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 247-268.

- (2017). Artículo 556-5. Inscripción. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 269-272.
- (2017). Artículo 556-11. Extinció. En Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Tirant lo Blanch: Valencia, 349-359.
- SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 5, disponible en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf>
- SOSA WAGNER, F. (2003). Artículo 26. El procedimiento de determinación del justiprecio. En Sosa Wagner, F. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*. 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 98-103.
- WHITEHEAD, C. y MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project. *International Journal of Housing Market and Analysis*, núm. 4, 326-340.
- ZURILLA CARINANA, M.^a A. (2014). Artículo 9. En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. 5.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 273-352.

NOTAS

¹ NASARRE AZNAR, S. (2015). La propiedad compartida y la propiedad temporal como tenencias intermedias de acceso a la vivienda y a otros bienes en el Derecho civil de Cataluña y su extensión al resto del Estado, en S. Nasarre Aznar (dir.). *Bienes en común*, Valencia: Tirant lo Blanch, 797.

² Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica.

³ Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

«1. A los efectos de la presente ley se entiende por propiedad compartida cada una de las formas de acceso a la vivienda protegida intermedias entre el alquiler y la propiedad que implican la transmisión al adquirente del dominio de una parte de la vivienda y la retención del resto por parte de una tercera persona.

2. La figura de la propiedad compartida puede implicar o no la transmisión futura o progresiva y por fases al adquirente del pleno dominio sobre la vivienda.

3. A la parte de la vivienda no transmitida se pueden aplicar las correspondientes ayudas protegidas para el alquiler, según lo establecido por las disposiciones reguladoras de las ayudas para estas tipologías de vivienda.

4. Las administraciones públicas pueden participar en la adquisición de propiedades compartidas».

NASARRE AZNAR, S. (2012). Les tinences intermitges: combinant assequibilitat, flexibilitat i estabilitat en l'accés a l'habitatge, en *Governs locals i polítiques d'habitatge. Balanç i reptes*, Barcelona: Observatori Local d'Habitatge, 12. Esta ley fue la primera que acuñó el término de «propiedad compartida» y lo hacía abriendo paso a la Administración para que pudiera participar en el fomento de vivienda social mediante la propiedad compartida. Si bien la LPTPC no hace referencia alguna a la Administración, sin lugar a dudas esta tiene un importante papel a desarrollar en la implantación de la propiedad compartida.

⁴ Decret 75/2014, de 29 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge.

⁵ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting. University of Bristol, University of Kent,

21, 27-29. La *shared ownership* se impulsó en el Reino Unido para favorecer el acceso a la vivienda en un contexto de escasez de nuevos inmuebles y ante un endurecimiento de las condiciones para contratar un préstamo hipotecario. De esta forma, la *shared ownership* permitió comprar cuotas de propiedad a través de préstamos hipotecarios más contenidos porque no se financiaba la adquisición del 100% del dominio, sino solamente una cuota del mismo, sin perjuicio de ir adquiriendo progresivamente más cuotas de propiedad del vendedor. SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 5, disponible en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf>

SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O. (2008). Shared ownership leases, en *New Law Journal* [en línea], núm. 7310, disponible en <https://www.newlawjournal.co.uk/content/shared-ownership-leases>

⁶ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 30. WHITEHEAD, C. y MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis: England as a demonstration project. *International Journal of Housing Market and Analysis*, núm. 4, 330.

⁷ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 30.

⁸ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 30. MULLINS, D. y MURIE, A. (2006). *Housing Policy in the UK*. New York: Palgrave Macmillan, 105-106.

⁹ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 31. Teniendo en cuenta las diferentes modalidades de *shared ownership* adoptadas por los sucesivos gobiernos británicos, esta tenencia fue abriéndose un hueco en el parque inmobiliario inglés. MULLINS, D., y MURIE, A., *Housing Policy in the UK...*, *op. cit.*, 105-107. El legislador inglés incorporó la modalidad de *shared ownership* «homebuy» en 1999. Se trataba de potenciar cualquier forma de propiedad, es decir, tanto las viviendas que pertenecían a las *housing associations* como las que eran propiedad de particulares. La *shared ownership* y la *homebuy* se hicieron un lugar en el mercado inmobiliario inglés y esto permitió que las *housing associations* recuperaran la inversión realizada en estas tenencias promovidas por el gobierno británico. WHITEHEAD, C. y MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis..., *op. cit.*, 330. CALDICOTT, H. (2005). Promoting shared ownership housing options for people with long-term mental health problems. *Housing, Care and Support*, núm. 8, 10-13. Algunas *housing associations* también están promoviendo la *shared ownership* entre colectivos con diversidad funcional. Esta tenencia ha contribuido a que colectivos con riesgo de exclusión social vean en la *shared ownership* una tenencia que les permita reinsertarse socialmente y se destaca la corresponsabilidad entre ambas partes para el mantenimiento de la vivienda.

¹⁰ SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 6-7, disponible en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf>. Desde 2003 las adquisiciones de viviendas en plena propiedad han disminuido del 71% al 65% y se espera que caigan hasta el 59% en los próximos cinco años. El descenso aún es más destacable entre los menores de 35 años, que están accediendo a una vivienda a través de otras tenencias más asequibles, mientras que las adquisiciones en plena propiedad solo representan el 16% de este colectivo. El mismo estudio destaca las dificultades que tienen los jóvenes para pedir un préstamo hipotecario con una entrada suficiente.

¹¹ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 22. BRIGHT, S. HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity: Learning from The English Model of Shared Ownership. *Housing, Theory and Society*, núm. 28, 378. Aunque la *shared ownership* represente solo el 1% del parque de vivienda del Reino Unido, se puede apreciar en el gráfico que es la tenencia social más utilizada en comparación con otras formas asequibles para acceder a la propiedad.

¹² SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 10-11, disponible en [http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-](http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf)

ownership-20.pdf. Las ventas de viviendas a través de la *shared ownership* están recuperándose y están alcanzando las ventas equivalentes a los años anteriores de la crisis económica.

¹³ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 21. WHITEHEAD, C. y MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis..., *op. cit.*, 329. Se trata de un tipo de vivienda social que, según los datos que el informe de la «Homes and Communities Agency Annual Report 2009-2013», requiere de una inversión más pequeña por parte de los presupuestos públicos que el alquiler social convencional. BRIGHT, S. HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity..., *op. cit.*, 378-379.

Vid. Artículo 71 de la Housing and Regeneration Act 2008.

¹⁴ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 71-72. Según el estudio de COWAN, el derecho de adquisición gradual de cuotas de dominio de la *shared ownership* constituye el principal aliciente para los consumidores para adquirir una vivienda en propiedad con el paso del tiempo. No obstante, los datos revelan que en la práctica son pocos los *shared owners* que ejercen este derecho por causas de diversa índole, pero la mayoría se relacionan con los costes asociados al hecho de tener una mayor cuota de dominio sobre la vivienda y al sobrecoste de adquirir más cuotas de dominio cuando los compradores ya están pagando mensualmente la renta por el uso en exclusiva del inmueble. BRIGHT, S. y HOPKINS, N. (2013). Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England. *University of Oxford. Legal Research Paper Series*, núm. 52, 10, 13. SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 11, disponible en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf>. Aunque sean pocos los *shared owners* que han ejercido su derecho de adquisición de más cuotas de dominio, es importante destacar que, según este estudio, su ejercicio se ha triplicado. SEFTON, M. y RADLEY-GARDNER, O. (2008). Shared ownership leases. *New Law Journal, Journal* [en línea], núm. 40, disponible en <http://www.newlawjournal.co.uk/nlj/content/shared-ownership-leases>. BRIGHT, S. HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity..., *op. cit.*, 379.

¹⁵ COWAN, D. WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 35, 38.

¹⁶ MCKEARNNEY, C. (2015). Protection for lenders under shared ownership leases. *Hardwicke* [en línea], disponible en <http://www.hardwicke.co.uk/insights/archive/articles/protection-for-lenders-under-shared-ownership-leases>

¹⁷ WHITEHEAD, C. y MONK, S. (2011). Affordable home ownership after the crisis..., *op. cit.*, 328. Según estos autores, el hecho de que la *shared ownership* implique la coexistencia de dos propietarios significa que los derechos dominicales están distribuidos entre ambos, con lo que no se puede equiparar el estatuto jurídico del *shared owner* con el del titular de un *leasehold*. SINN, C. y DAVIS, S. (2014). Shared Ownership 2.0. Towards a fourth mainstream tenure. Interim Report. 22, disponible en <http://www.orbit.org.uk/media/447694/shared-ownership-20.pdf>.

«Another perceived risk and barrier to scale stems from the fact that shared owners are tenants in law and not home owners in the conventional sense». SEFTON, M., y RADLEY-GARDNER, O. (2008). Shared ownership leases, en *New Law Journal* [en línea], núm. 7310, disponible en [https://www.newLawjournal.co.uk/content/shared-ownership-leases](https://www.newlawjournal.co.uk/content/shared-ownership-leases). «The householder was not, it seems, the owner of a half share in the property, paying a rent on the other half share that the association still owns. There is no shared ownership at all. What the householder owns is the lease and nothing else, and once the lease has gone then so has the householder's stake in the property. It is the way these two consequences intersect that makes the result so unpalatable. Once arrears have accrued, the tenant only has a short window of opportunity to pay the debt or lose the whole investment». BRIGHT, S. HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity..., *op. cit.*, 386, 388. BRIGHT, S. y HOPKINS, N. (2013). Evaluating Legal Models of Affordable Home Ownership in England..., *op. cit.*, 13-15.

¹⁸ COWAN, D., WALLACE, A. y CARR, H. (2015). Exploring experiences of shared ownership housing: reconciling owning and renting..., *op. cit.*, 39. «I am pleased to record, however, that the housing association have offered to repay Miss Richardson's original premium, less rent arrears, costs and the cost of effecting repairs out of any sale proceeds and counsel has confirmed to the court that the housing association intend to stand by that offer. But that still means that Miss Richardson will have lost any capital appreciation between 1995 and now, worth about £45,000, which will represent, in turn, a windfall for the housing association». BRIGHT, S. HOPKINS, N. (2010). Home, Meaning and Identity..., *op. cit.*, 386.

¹⁹ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC núm. 6927, de 4 d'agost de 2015.

²⁰ LAMBEA LLOP, N. (2015). artículo 556-1. Concepte de propietat compartida, en Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 172-173. LAMBEA LLOP, N. (2017). artículo 556-1. Concepto, en Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 226-228. Se persiguen dos objetivos por parte del legislador. En primer lugar, diferenciar la propiedad compartida de la comunidad de bienes ordinaria indivisa, aunque se apliquen las normas de este tipo de comunidad a la propiedad compartida de forma supletoria. En segundo lugar, se persigue la conservación de la propiedad compartida durante el plazo de tiempo pactado por ambos propietarios o por el plazo legal supletorio.

²¹ La Dirección General de los Registros y del Notariado se pronunció en varias ocasiones sobre la posibilidad de excluir el ejercicio de la acción de división en aquellas comunidades beneficiosas para todos los comuneros y que el ejercicio de la acción de división implicaría la frustración de la finalidad perseguida. *Vid.* RDGRN de 18 de mayo de 1983 y RDGRN de 4 de marzo de 1993.

²² SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució, en Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 191-192. SIMÓN MORENO, H. (2017). artículo 556-4. Constitución, en Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 250-251.

²³ NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *RCDI*, núm. 739, 3.086. «Esta progresividad en la adquisición conlleva cierta planificación y, en definitiva, una vuelta a la cultura del ahorro. Su derecho de propiedad podría debidamente ser registrado en el Registro de la Propiedad». NASARRE AZNAR, S., La propiedad compartida y la propiedad temporal..., *op. cit.*, 801. Este modelo respeta lo prevenido en la Directiva 2014/17/UE en cuanto a la concesión de préstamos hipotecarios a consumidores para la adquisición de la vivienda habitual.

La idea es que el comprador dé una entrada suficiente para que este se sienta propietario del inmueble desde el principio, al mismo tiempo que dicha entrada no suponga un freno excesivo para acceder a esta tenencia. También se contempla que un porcentaje importante, el preámbulo dice alrededor del 20%, se adquiera desde el principio con financiación externa (préstamo hipotecario), con lo que el comprador sería propietario en un 25% del dominio total de su vivienda, mientras que el 75% restante estaría en manos del vendedor, por el que percibiría, si así lo acuerdan las partes, una renta por ceder el uso y disfrute del total del inmueble al comprador.

²⁴ SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució..., *op. cit.*, 192. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 251.

²⁵ DEL POZO CARRASCOA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*, 5.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 347.

LAMBEA LLOP, N. (2015). Artículo 556-1. Concepte de propietat compartida..., *op. cit.*, 171-172. LAMBEA LLOP, N. (2017). Artículo 556-1. Concepto..., *op. cit.*, 225-226.

²⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 347. Según estos autores hay dos formas de configurar el derecho de adquisición gradual: o bien puede fijarse en el título de constitución una planificación para su ejercicio o puede dejarse las condiciones de su ejercicio al arbitrio del propietario material.

²⁷ LAMBEA LLOP, N. (2015). Artículo 556-1. Concepte de propietat compartida..., *op. cit.*, 171-172. «Així, el propietari material té el dret, atribuït ex lege, d'adquirir més quota de propietat. Aquest dret a adquirir gradualment més quota és consubstancial a la configuració de la PC, és un element de tipificació d'aquesta, i per tant, no es pot excloure ni pactar en contrari». LAMBEA LLOP, N. (2017). Artículo 556-1. Concepto..., *op. cit.*, 225-226. SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució..., *op. cit.*, 192, 193. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 251-254.

²⁸ PUIG FERRIOL, LL. y ROCA TRIAS, E. (2007). *Institucions del Dret civil de Catalunya*, v. IV. Valencia: Tirant lo Blanch, 315-318. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 235. Las comunidades de bienes ordinarias indivisas se rigen, en primer lugar, por la autonomía privada de los comuneros y, supletoriamente, por las disposiciones contenidas en el Código civil de Cataluña.

²⁹ NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a C. (2015). La propiedad temporal y la propiedad compartida: las nuevas formas de acceso a la vivienda en Cataluña. AC, núm. 12, 11.

³⁰ SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució..., *op. cit.*, 194. SIMÓN MORENO, H. (2017). artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 253-254.

³¹ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 348. La planificación del ejercicio del derecho de adquisición gradual en el título constitutivo de la propiedad compartida es una forma tácita de fijar la duración de la propiedad compartida. De esta manera, el plazo supletorio de treinta años solamente será de aplicación si en dicha planificación no se hubiera previsto la adquisición, por el propietario material, del 100% de las cuotas de dominio.

³² SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitució..., *op. cit.*, 201. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 262.

³³ Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. DOGC núm. 6927, de 4 d'agost de 2015. «Aquesta llei delimita l'estatut jurídic propi de dues formes de propietat, la propietat temporal i la propietat compartida, i les dota d'un contingut mínim i, alhora, especifica que permet diferenciar-les clarament dels drets reals en cosa aliena i dels drets de caràcter personal, amb l'objectiu tant de facilitar l'accés a la propietat com de conferir la màxima estabilitat a la situació jurídica real de l'adquirent».

³⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1991). Comentario al artículo 392 del Código civil. en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1066-1072.

³⁵ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 341, 343. «A pesar de que la figura se la denomine "propiedad", y de que para identificar a los titulares se hable de "propietario material" y de "propietario formal", la realidad es que estamos ante una situación de comunidad, como la propia Ley reconoce al ubicar la institución dentro del título quinto del libro quinto dedicado a "las situaciones de comunidad"». BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida en el Codi civil de Catalunya. *RJC*, núm. 2, 360, 362-363. LAMBEA LLOP, N. (2015). Artículo 556-1. Concepte de propietat compartida..., *op. cit.*, 170-171. LAMBEA LLOP, N. (2017). artículo 556-1. Concepto..., *op. cit.*, 224-225. GETE-ALONSO CALERA, M.^a C. (2015). Una primera lectura de la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y la propiedad compartida

al libro quinto del Código civil de Cataluña. REDS, núm. 7, 28-29. NÚÑEZ ZORRILA, M.^a C. (2015). La propiedad temporal y la propiedad compartida..., *op. cit.*, 2. MARTÍN BRICENO, M.^a R. (2010). La propiedad temporal y la propiedad compartida. AC, núm. 10, 7-8.

³⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 343. La doctrina ha distinguido cuatro características que permiten diferenciar la propiedad compartida de la comunidad ordinaria indivisa: 1) La cesión en exclusiva del bien a favor del propietario material y el pago de una contraprestación dineraria al propietario formal por este motivo; 2) La exclusión de la acción de división; 3) Solamente pueden haber dos propietarios, el formal y el material; y 4) La cuota del propietario formal está gravada con el derecho de adquisición gradual a favor del propietario material.

³⁷ NASARRE AZNAR, S (2015). La propiedad compartida y la propiedad temporal..., *op. cit.*, 805.

³⁸ NASARRE AZNAR, S (2015). La propiedad compartida y la propiedad temporal..., *op. cit.*, 808. El artículo 556-10 CCCat atribuye a ambos propietarios los derechos de tanteo y retracto en caso de enajenación a título oneroso de sus respectivas cuotas de dominio, sin perjuicio de que en el título de constitución de la propiedad compartida se excluya también el ejercicio de estos derechos, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 552-4 CCCat.

Se trata de unos instrumentos que tienden a facilitar que la situación de comunidad sobre el bien desaparezca y que cualquier comunero pueda adquirir el 100% del dominio del bien. Esto permite que cada comunero pueda disponer libremente de su cuota de propiedad sin necesitar el consentimiento del otro para enajenar su cuota, pero esta libertad de disposición se compensa concediendo a ambos titulares derechos de tanteo y de retracto recíprocos para unificar el derecho de propiedad, aunque dichos derechos pueden excluirse en el título de constitución.

³⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1991). Comentario al artículo 392 del Código civil..., *op. cit.*, 1071. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III.- Las relaciones jurídico-reales, el registro de la propiedad, la posesión*, 5.^a ed. Pamplona: Civitas, 1027. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, 7.^a ed. Madrid: La Ley, 447. ESPÍN ALBA, I. (2010). Comentario al artículo 392 del Código civil. en Domínguez Luelmo, A. (Dir.). *Comentarios al Código civil*. Madrid: Lex Nova, 517. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, Navarra, 2009, 546-547.

⁴⁰ El estatuto jurídico del propietario formal es mucho más simple y el Código civil de Cataluña solo dedica el artículo 556-8 CCCat para enumerar las facultades de este comunero que básicamente son dos.

Tiene plenas facultades de disposición sobre su cuota [art. 556-8.a) CCCat], es decir, el propietario formal la puede hipotecar, gravar o enajenar, sin perjuicio de que comunique al propietario material quién es el nuevo propietario formal. Mientras no haga la comunicación, son eficaces los pagos y las notificaciones hechas por el propietario material al anterior propietario formal (art. 556-9.4 CCCat).

Tiene el derecho de acceder al inmueble, si el bien objeto de la propiedad compartida es un inmueble, para comprobar su estado y, en el caso que esté el peligro su subsistencia o el inmueble se devalúe en un 20% o más, puede exigir al propietario material que haga obras y que se haga cargo de ellas.

Lo normal sería que esto no sucediera porque el propietario material es propietario del bien desde buen principio, pero si se diera el caso, el propietario formal, como cotitular del bien objeto de la propiedad compartida, podría reaccionar solicitando al juez la adopción de cualquier medida cautelar [art. 556-8.b) CCCat]. NASARRE AZNAR, S. (2015). La propiedad compartida y la propiedad temporal..., *op. cit.*, 811. Según este autor, «Esa medida no debe verse necesariamente como un «control» del propietario formal sobre el material, que le impida gozar de ser un auténtico propietario. Es que un auténtico propietario ya no puede actuar con tal negligencia o dolo aunque lo fuera absoluto, tanto por las relaciones de ve-

ciudad [...]; o, incluso, por la propia función social de la propiedad». NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio..., *op. cit.*, 3087.

⁴¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1991). Comentario al artículo 394 del Código civil, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1075-1078. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Código civil comentado y con jurisprudencia...*, *op. cit.*, 450. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, *op. cit.*, 549. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial III...*, *op. cit.*, 1029. «Cada comunero o participe en la comunidad tiene la facultad de usar y disfrutar las cosas comunes. Nuestro Código respeta en este punto, [...], los pactos o acuerdos que al efecto celebren entre sí los comuneros. [...] Con carácter general, sin embargo, y para todos aquellos casos en que los comuneros no hubieran previsto un sistema de utilización o de disfrute, nuestro Código establece la norma subsidiaria que consagra la facultad de cada participe para servirse o utilizar las cosas comunes».

⁴² MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1991). Comentario al artículo 394 del Código civil..., *op. cit.*, 1076. De hecho la doctrina ha afirmado que cuando el objeto de la comunidad de bienes se cede en exclusiva a favor de un codueño a cambio de una contraprestación se está ante un arrendamiento. «El pacto por el que se cede el uso de los codueños por un precio, se duda, en ocasiones, si es o no un arrendamiento. Debe considerarse arrendamiento si se ha conferido la facultad de usar en exclusiva la parte del otro u otros, a cambio de una renta o canon». MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (1991). Artículo 398 del Código civil, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *et. alii.*, *Comentario del Código civil*. t. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, 1094. «Tampoco se puede privar a un codueño de su parte en el uso y disfrute de la cosa, pero se puede tomar acuerdos sobre el uso que sustituyan el uso directo por el indirecto o regulen el uso».

Vid. STS de 26 de enero de 1987 [Repertorio de Jurisprudencia, t. LIV, v. I, Aranzadi, Pamplona, 1987, 290-291. «[...] pues parte del hecho, no probado, de que la relación jurídica establecida entre los recurrentes y la usufructuaria fue un arrendamiento sometido a la legislación especial citada, cuando lo acreditado han sido las prestaciones recíprocas, por un lado cesión de posesión de ciertos inmuebles, y, por otro, la prestación de un indefinido servicio de asistencia a la cedente de la posesión por parte de los recurrentes, sin prueba alguna de que satisficieran un precio cierto, que es de esencia en el arrendamiento de cosas, según exige el artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código civil; de tal forma que si no se prueba esa certeza el arriendo es ineficaz».

⁴³ RDGRN de 18 de mayo de 1983 [BOE de 1 de julio de 1983]. «Considerando que la distinta naturaleza de una y otra forma de comunidad se manifiesta en que la denominada comunidad incidental pro-indiviso se caracteriza por la nota de su inestabilidad y que normalmente, se origina de un modo involuntario entre los ¡participes, y de ahí que el Derecho estimule su desaparición a través de los instrumentos jurídicos adecuados, y muy especialmente mediante la acción de división —Ley 374—, mientras que en la comunidad funcional pactada por la voluntad de quien o quienes la crean, existe un destino común que constituye la finalidad del logro a que tienden, y en tanto subsista esta situación objetiva no cabe el ejercicio de la acción de división sin el acuerdo unánime de los coparticipes, pues ello supondría la destrucción de la comunidad realmente queridas».

⁴⁴ RDGRN de 9 de diciembre de 2011 [BOE de 17 de enero de 2012].

⁴⁵ LAMBEA LLOP, N. (2015). Artículo 556-3. Règim jurídic, en Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 184-185. LAMBEA LLOP, N. (2017). Artículo 556-3. Régimen jurídico, en NASARRE AZNAR, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 241-245.

⁴⁶ BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida..., *op. cit.*, 364. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVI-

LA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op. cit., 345. «La constitución de la propiedad compartida supone la transmisión de una cuota de propiedad y el gravamen de la cuota retenida con un derecho de opción». Sobre la facultad de disposición, vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales*, 5.^a ed. Pamplona: Civitas, 38. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2010). *Derecho Civil: III Derecho de bienes*, 11.^a ed. Madrid: Edisofer, 232. LACRUZ BERDEJO, J. L. SANCHO REBULLIDA, F. (2008). *et alii., Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*. V. I, 3.^a ed. Madrid: Dykinson, 263-264.

⁴⁷ ANDERSON, M. (2010). La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla... en un Estado plurilegislativo, en Arroyo Amayuelas, E. (Coord.). *Crónica de Derecho Privado Europeo*, ADC. t. LXIII, 54. A la misma conclusión puede llegarse respecto del otorgamiento del título constitutivo de la comunidad especial por turnos.

⁴⁸ GONZÁLEZ BOU, E. (2007). La comunitat especial per torns. *La notaria*, núm. 41, 159. «es tracta d'un acte que excedeix de la pura administració per configurar-se com un negoci dispositiu».

⁴⁹ ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M. (2014). Artículo 5. en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 147. «En cuanto a la naturaleza del título constitutivo, constituye un negocio jurídico, puesto que es un acto derivado de la autonomía de la voluntad de los particulares que reglamenta una relación o situación jurídica determinada. Es, además, un negocio jurídico de carácter dispositivo, entendiendo por tal aquel acto que transmite, grava o extingue un bien o derecho, o, de modo general, produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica».

⁵⁰ Vid. 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) núm. 1093/2010. En la Directiva 2014/17/UE de crédito inmobiliario se regula un tipo de contrato de financiación de bienes inmuebles de uso residencial que podría servir para la financiación de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña. Se trata del «contrato de crédito sobre capital compartido» que se define en el apartado 25 del artículo 4 de dicha Directiva como: «un contrato de crédito en el que el capital que se ha de reembolsar está determinado por un porcentaje, establecido en el contrato, del valor del bien inmueble en el momento del reembolso o de los reembolsos del capital». Se trata de un tipo de contratos de financiación para la adquisición de un inmueble que se contrata cuando dos personas compran una vivienda destinada a ser la residencia de una de ellas, que, generalmente, es la que no puede comprarla por sí sola por carecer de recursos económicos suficientes. En este contrato, la parte que tiene capacidad financiera, interviene tan solo como financiador, mientras que la otra parte será la que tenga el uso y el goce del inmueble en exclusiva.

⁵¹ En Cataluña, la propiedad horizontal se configura como una situación de comunidad. Vid. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, op. cit., 257-258. PUIG FERRIOL, LL. y ROCA TRÍAS, E. (2007). *Instituciones...*, op. cit., 373.

Por su parte, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal regula el régimen de la propiedad horizontal que, principalmente, se configura como un régimen especial de propiedad, sin olvidar que, de conformidad con la evolución histórica de la institución, la propiedad horizontal también implica un régimen especial de comunidad de bienes.

Vid. Exposición de motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. «La propiedad horizontal hizo su irrupción en los ordenamientos jurídicos como una modalidad de la comunidad de bienes. El progresivo desenvolvimiento de la institución ha tendido principalmente a subrayar los perfiles que la independizan de la comunidad». Por lo que respecta a su naturaleza comunitaria, vid. RDGRN de 30 de agosto de 2013.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. VI Derechos reales...*, op. cit., 99, «la propiedad horizontal aparece como una suma de las dos situaciones, propiedad exclusiva y comunidad, que se suman o yuxtaponen».

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2014). Artículo 1, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Pamplona: Aranzadi, 23-25.

⁵² Sobre la distinción entre la constitución de la comunidad especial por turnos y el nacimiento de esta comunidad especial, *vid.* ANDERSON, M. (2010). *El dret civil català davant la transposició de la directiva 2008/122, relativa a certs aspectes contractuals de l'aprofitament per torns de béns mobles i immobles*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics s i de Formació Especialitzada, 56-69.

⁵³ BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida..., *op. cit.*, 364. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 346.

⁵⁴ BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida..., *op. cit.*, 364. SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 190-191. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-4. Constitución..., *op. cit.*, 248-250. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 346.

⁵⁵ BOSCH CAPDEVILA, E. (2016). La propietat temporal i la propietat compartida..., *op. cit.*, 365. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 348. SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-5. Inscripció, en Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 207. La inscripción del título constitutivo de la propiedad compartida en el registro correspondiente es, según estos autores, voluntaria. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-5. Inscripción, en NASARRE AZNAR, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 270.

⁵⁶ Orden de 19 de julio de 1999, por la que se aprueba la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes muebles.

⁵⁷ SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-5. Inscripció..., *op. cit.*, 209. La inscripción en el registro correspondiente del título constitutivo de la propiedad compartida es, según estos autores, voluntaria. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-5. Inscripción..., *op. cit.*, 271.

⁵⁸ NASARRE AZNAR, S. Artículo 547-9. Contraprestació dinerària. en Nasarre Aznar, S. (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 253. NASARRE AZNAR, S. Artículo 556-9. Contraprestación dineraria, en Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 329-330.

⁵⁹ *Vid.* LOSCERTALES FUERTES, D. (2015). *Propiedad Horizontal de Cataluña. Comentarios y Formularios. Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del Libro Quinto del Código civil de Cataluña*, 2.^a ed., Madrid: Sepin, 77-79.

⁶⁰ Por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, se introdujo el artículo 553-4.3 CCCat, pero con anterioridad a dicha modificación la jurisprudencia trató de aplicar el remedio del artículo 9.1.e) LPH para las propiedades horizontales catalanas. Sobre el artículo 9.1.e) LPH, *vid.* ZURILLA CARINANA, M. A. (2014). Artículo 9, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, 5.^a ed. Pamplona: Aranzadi, 302. RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2011). Artículo 9, en Miquel González, J. M. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*. Pamplona: Civitas, 275-282. GALLEGU BRIZUELA, C. (2014). *Ley de Propiedad Horizontal comentada y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 678. Sobre la naturaleza jurídica de la preferencia, se descarta por la doctrina que se trate de un derecho real de garantía inmobiliaria con la naturaleza propia de una hipoteca legal tácita. En el mismo sentido se pronuncio la Dirección General de los Registros y del Notariado en la RDGRN de 22 de enero de 2013. «*Pero, a efectos registrales, la configuración de la preferencia como hipoteca legal tácita requeriría un precepto legal que lo estableciera así,*

o bien una resolución judicial en la que siendo partes todos los interesados en esa configuración estableciera expresamente esa configuración o el carácter real de la preferencia y su constancia registral de modo expreso y claro».

Vid. SAP de Girona de 15 de abril de 2011. «Pues bien, en aras a dar cumplimiento al deber de “non liquet”, entiende la Sala que resuelve, que la norma catalana regula la afección real de manera prácticamente igual que lo hacía la norma estatal (LPH) y si bien, es cierto que el catalán no contiene de manera expresa la mención del artículo 1923 del Código civil estatal, lo es por una mera razón competencial, dicho de otro modo, y compartiendo opiniones emitidas desde la dogmática, el legislador catalán no podía regular el contenido de dicho artículo estatal, por no ser de su competencia, como tampoco lo es la regulación concursal y de ahí que la preferencia y prelación de créditos que se recoge en los artículos 1923 a 1927 del Código civil estatal, por su incidencia con las obligaciones y contratos, es aplicable en Cataluña, por tratarse, además, de materia legislativa exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE). Dicho de otra manera, la Sala entiende que el apartado 2.º del artículo 9 de la LPH, en el concreto apartado que remite a lo dispuesto en el artículo 1923 del Código civil estatal, está vigente en Cataluña por deseo, si no expreso, tácito del legislador catalán, que por lo expuesto anteriormente, decidió no mencionar dicho contenido en el Código civil catalán». En el mismo sentido, Vid. STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2013.

LOS CERTALES FUERTES, D. (2015). *Propiedad Horizontal de Cataluña...*, op. cit., 74-75.

⁶¹ NASARRE AZNAR, S. Artículo 547-9. Contraprestació dinerària..., op. cit., 253-256. NASARRE AZNAR, S. Artículo 556-9. Contraprestación dineraria..., op. cit., 329-333.

⁶² NASARRE AZNAR, S. Artículo 547-9. Contraprestació dinerària..., op. cit., 256-257. NASARRE AZNAR, S. Artículo 556-9. Contraprestación dineraria..., op. cit., 333-334.

⁶³ La doctrina catalana ya propuso equiparar el derecho de retención con la prenda ante la regulación del derecho de retención en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble. Vid. ABRIL CAMPOY, J. M. (1994). El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán. *RCDI*, núm. 624, 1923-1924: «concebido en la Ley tanto el derecho de retención como la prenda como derechos de contenido idénticos, aunque con origen distinto, es consecuente con ello la atribución de la misma preferencia. Por consiguiente, la remisión a las normas generales sobre prelación de créditos se entiende efectuada a las normas que establecen la preferencia del crédito pignoraticio». En el mismo sentido, vid. GÓMEZ CALLE, E. (2011). El derecho de retención sobre bienes muebles. *Indret* [en línea], núm. 4, 9-10, disponible en <http://www.indret.com/es/>. LUCAS ESTEVE, A. (2014). *Dret civil català. Drets reals. Drets reals limitats i Registre de la Propietat*. t. I, v. II. Barcelona: Bosch, 205. En contra de esta tesis se posiciona LUCAS ESTEVE quien argumenta que: «La preferència en el cobrament està regulada en l'article 569-2.4 CCC, que estableix que “el crèdit, tant en la imputació dels fruits com en l'atribució del preu obtingut en la realització del valor del bé, se sotmet a les regles sobre prelació de crèdits”. Aquest precepte remet a la legislació vigent sobre prelació de crèdits que, en absència d'una llei catalana, està regulada per la legislació estatal (art. 1921 a 1929 CCE, entre altres), i la legislació estatal no confereix preferència al dret de retenció».

⁶⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Código civil comentado...*, op. cit., 2082. Algunos autores consideran que el artículo 1925 del Código civil ha sido desbordado con el reconocimiento de privilegios crediticios de leyes especiales. En este sentido, vid. PLAZA PENADES, J. (2011). Artículo 1925 del Código civil, en CAÑIZARES LASO, A. et. alii., *Código civil comentado*, t. IV, Pamplona: Civitas, 1.535-1.537. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código civil...*, op. cit., 2206. GULLÓN BALLESTEROS, A. (1984). Artículo 1925 del Código civil, en Albadalejo García, M. (Dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXIV, Madrid: Edersa, 777-778. GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991). Artículo 1925 del Código civil, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. SALVADOR CODERCH, P., BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentario del Código civil*. t. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 2077. Sin embargo, un

sector doctrinal ha interpretado que la finalidad del artículo 1925 del Código civil es impedir que, los particulares, alteren la prelación de los créditos que regula el Código civil, sin que esto impida que el legislador cree otros privilegios en leyes espaciales, como, por ejemplo, los créditos derivados de los elementos privativos de las comunidades de propietarios del artículo 9.1.e) LPH. En este sentido, *vid.* CORDERO LOBATO, E. (2013). Artículo 1925 del Código civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Dir.). *Comentarios al Código civil*. t. IX, Valencia: Tirant lo Blanch, 13101. «*La finalidad de la norma es limitar la posibilidad de que por convenio las partes puedan alterar el grado de preferencia de los créditos que les corresponda conforme la ley*».

⁶⁵ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 40. «*En efecto, dos o más personas pueden poseer un mismo bien en concepto de copropietarios, pues sus conceptos posesorios son perfectamente compatibles entre sí*».

⁶⁶ En este sentido parece que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 1958: «*se define una situación jurídica de propiedad en mano común que un sector considerable de la doctrina española y algunas resoluciones de la Dirección General de los Registros ha aceptado, precisamente con referencia a las llamadas comunidades de utilización, por lo cual, los titulares sucesivos del derecho pueden, pese a las mutaciones personales que el transcurso del tiempo determine, ganar por prescripción el dominio de la cosa poseída en interés común, con la posibilidad aneja a esa declaración, de vindicar la cosa frente a los que, sin título alguno eficaz, se apropian ilícitamente de ella o perturban la posesión en que se hallan los poseedores legítimos*».

⁶⁷ SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63780).

⁶⁸ SIMÓN MORENO, H. (2015). Artículo 556-11. Extinció, en Nasarre Aznar, S., (Coord.). *Comentaris a la nova regulació de les tinences intermèdies. Llei 19/2015 i d'altres normes*. Barcelona: Centre d'Estudis Jurídic i Formació Especialitzada (Departament de Justícia), 269-277. SIMÓN MORENO, H. (2017). Artículo 556-11. Extinción, en Nasarre Aznar, S. (Dir.). *La propiedad compartida y la propiedad temporal (Ley 19/2015). Aspectos legales y económicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 350-358.

⁶⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 354. «*Ahora bien, cuando la propiedad compartida haya tenido acceso al Registro de la Propiedad, puede ser interesante para el propietario (único) mantener en el Registro la situación de propiedad compartida. La propiedad material y la propiedad formal estarán inscritas en distintos folios a nombre de la misma persona, y a esta persona puede convenirle que subsista la propiedad compartida, si por ejemplo quiere hipotecar una de ellas, o enajenarla*».

⁷⁰ PUIG FERRIOL, LL. y ROCA TRIAS, E. (2007). *Institucions...*, *op. cit.*, 334. DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2015). *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales...*, *op. cit.*, 240-241.

⁷¹ SOSA WAGNER, F. (2003). Artículo 26. El procedimiento de determinación del justiprecio, en Sosa Wagner, F. (Dir.). *Comentarios a la Ley de Expropiación forzosa*, 2.^a ed., Pamplona: Aranzadi, 102. PERA VERDAGUER, F. (1992). Expropiación forzosa, 4.^a ed., Barcelona: Bosch, 151.

(Trabajo recibido el 26-7-2018 y aceptado
para su publicación el 31-1-2019)

DICTÁMENES Y NOTAS

El nuevo régimen jurídico de la adopción internacional

The new legal regime of international adoption

por

DRA. MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada como Profesora Titular
Universidad de Jaén

RESUMEN: En España el número de adopciones internacionales supera con creces el número de adopciones internas, siendo esta una figura de raíces muy antiguas que se ha visto en la actualidad influida por numerosos factores que la han llevado a colocarse en el punto de mira del legislador, siendo objeto de una sucesiva y premiosa reforma legislativa cuyos ejes centrales se encuentran en la actualidad en el Código civil, LOPJ, LEC, LAI, legislación de las comunidades autónomas y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Todo ello aderezado con los principios básicos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989 y el Convenio de La Haya sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional de 1993.

Es por ello el objeto de este estudio fijar nuestra atención en la legislación española en relación a dos aspectos: de un lado, señalar los itinerarios legales para la constitución de la adopción internacional, destacando el papel y funciones de los diferentes órganos, administrativos y judiciales que intervienen; y de otro lado, de manera práctica y sintética, indagar en los requisitos necesarios para llevarla a cabo, sin perder de vista que nos encontramos ante una materia extraordinariamente jurídica pero sobre todo extraordinariamente humana.

ABSTRACT: *In Spain the number of international adoptions outweighs clearly the number of domestic adoptions, being these a very old-rooted concept which has been currently influenced by numerous factors which have led it to become the target of the law-maker. Thus, international adoptions are the objective of a consecutive and laboured amendment whose main axes can be found nowadays in the Spanish Civil Code and the Acts LOPJ, LEC, LAI, legislation from the Autonomous Communities and the act Ley 26/2015 de 28 de julio, which modifies the children and adolescents protection scheme. All of which seasoned with the basic principles of the Convention of the United Nations on the children rights 1989 and the Hague Convention on children protection and cooperation with regard to international adoption, 1993.*

Therefore, the aim of this study is to focus our attention on the Spanish legislation considering two aspects. On the one hand, to point out the legal paths to establish an international adoption and to highlight the roles and functions of the various administrative and judicial authorities. On the other hand, in a practical and synthetic way, to investigate the necessary requirements, without forgetting that we are in front of extraordinarily legal matters, but above all, extraordinarily human matters.

PALABRAS CLAVE: Adopción internacional. Protección del menor. Filiación. Interés del menor.

KEY WORDS: *International adoption. Child protection. Filiation. The interests of the underage.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN LEGAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—II. ITINERARIOS LEGALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: 1. ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDAD ESPAÑOLA. 2. ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDAD EXTRANJERA.—III. CAPACIDAD Y REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—IV. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.—V. INSCRIPCIÓN Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN.—VI. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA: ¿EMBOSCADA JURÍDICA?—VII. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 26/2015: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA: 1. EXPEDIENTES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL YA INICIADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 26/2015. 2. VIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DE LAS ECAIS.—VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN LEGAL DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

España se encuentra en posición de cabeza en la estadística mundial sobre adopciones internacionales en las últimas décadas tras Estados Unidos. La adopción internacional ha adquirido en España una dimensión e importancia social tales que hace que se le preste una creciente atención y apoyo tanto por parte de las Administraciones públicas competentes como de instituciones privadas comprometidas con el bienestar de la infancia¹. Esto se debe a varias razones pero tal vez fundamentalmente al invierno demográfico que vive nuestro país en el que el crecimiento negativo de la población es una realidad, lo que ha hecho disminuir el número de menores adoptables en España. A ello se une el incremento de solicitantes de adopción y la relación inversamente proporcional entre el índice de natalidad y la riqueza de los países; por decirlo de algún modo, en los países pobres el índice de natalidad es elevado mientras que en los ricos, sigue disminuyendo. La pobreza incide en la desprotección en la que se encuentra inmersa la infancia en muchos lugares, a lo que se une la ausencia de políticas de apoyo a las familias que les permitan tener alternativas que favorezcan el cuidado de sus hijos. Por otro lado, la adopción ha dejado de ser un tabú, se tiene de ella una visión optimista por su carácter solidario, en ocasiones, aunque quizá excesivamente simplista, destacando actualmente por su visibilidad, siendo ya numerosas las adopciones interracionales, lo que es una manifestación más de cómo la multiculturalidad se encuentra presente en nuestra sociedad, incluso en la célula básica de esta que es la familia (DURÁN AYAGO, 2009, 543)². A ello ha colaborado también la variación en el perfil del adoptante, pues si bien se mantiene el modelo tradicional, se amplía el abanico a familias que ya tienen hijos, familias monoparentales, parejas homosexuales, etc.

Quizá por esto también, el número de adopciones nacionales ha sido insignificante durante mucho tiempo en relación a las internacionales³, siendo lo más común que los trámites se inicien en España aún cuando la misma se constituya en el país de origen del menor y de acuerdo con sus normas, solicitándose posteriormente el reconocimiento de tal adopción en nuestro país.

La adopción será internacional cuando alguna de las partes intervinientes, adoptante o adoptado, bien por su nacionalidad o en razón de su residencia habitual, o el lugar donde se lleve a cabo estén impregnados del elemento extranjero (GÓMEZ CAMPELO, 2009, 8)⁴. No obstante lo anterior, al igual que en la adopción nacional se crea un vínculo de parentesco que pretende sobre todo, la protección de los menores que se encuentran en situación de desamparo y de abandono.

En la actualidad, el marco normativo en el Derecho español viene determinado, de un lado, por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que ha sido modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio

de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La modificación se lleva a cabo con varias intenciones⁵: de un lado, para clarificar su ámbito de aplicación; de otro, para deslindar las competencias de las diversas Administraciones públicas, diferenciando qué funciones corresponden a la Administración General del Estado y cuáles a las comunidades autónomas, a quienes se encomienda la inspección, el control y el seguimiento de los organismos acreditados en cuanto a sus actuaciones en su territorio, si bien se prevé que la Administración General lo sea para el control y seguimiento respecto a la intermediación que el organismo acreditado lleve a cabo en el extranjero, además de, por supuesto, tomar la decisión de iniciar, suspender o paralizar la tramitación de las adopciones con los países de origen de los menores.

De igual modo, se subraya la importancia del principio de interés superior del menor reforzándose las medidas de garantía desde el punto de vista de que solo podrá llevarse a cabo la adopción a través de organismos acreditados y en el caso de países firmantes del Convenio de La Haya de 1993, por la intermediación directa de las Entidades públicas bajo determinados supuestos. En igual sentido, y si no existiera tratado internacional aplicable, supedita el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero a que no vayan en contra del orden público español lo que requiere el escrupuloso respeto del interés superior de los menores; denegándose la constitución de la adopción de menores cuya ley nacional las prohíba o no las regule,⁶ excepto para el caso de menores en situación de desamparo y tutelados por la Administración española. Invocando este mismo principio de interés del menor, no se tramitarán ofrecimientos para la adopción de menores de otro país o con residencia habitual en otro Estado, cuando este esté inmerso en un conflicto bélico o desastre natural; si no existe en el país una autoridad concreta que controle y garantice todo el procedimiento de adopción o no se respetan los principios éticos y jurídicos internacionales. Es importante, asimismo, el carácter obligatorio de la inscripción del nacimiento del menor y su adopción en el Registro Civil para que tenga plenos efectos. Se regulan, por último, de manera detallada las obligaciones preadoptivas y postadoptivas de las personas que se ofrecen para adoptar.

Junto a esta normativa de carácter nacional se debe mencionar también la abundante regulación autonómica en relación, sobre todo, a los organismos acreditados para la adopción internacional y a la declaración de idoneidad de los adoptantes. Además, se han de tener en cuenta determinados Instrumentos internacionales en vigor para España, tales como el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 o el Convenio europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, que entró en vigor para España el 1 de septiembre de 2011.

A todas las novedades indicadas y a los itinerarios para la constitución de la adopción internacional se dedican las siguientes páginas.

II. ITINERARIOS LEGALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción del menor puede constituirse por dos vías diferentes: a) Ante la autoridad española; b) Ante una autoridad extranjera.

1. ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR LA AUTORIDAD ESPAÑOLA

Se puede tratar bien de una adopción instada ante la autoridad judicial española y constituida por ella misma o puede tratarse de la conocida como adopción consular.

Para el primer caso, al igual que en los supuestos de adopción nacional debemos distinguir una doble fase, primero administrativa y después judicial. En la fase administrativa se valorará la idoneidad de los adoptantes para realizar la propuesta previa de adopción, constituyéndose la misma por el juez y presentándose la resolución en cuestión en el Registro Civil para su inscripción.

Siempre que la adopción se constituya ante los tribunales españoles se ha de llevar a cabo esta fase administrativa previa que lógicamente tendrá lugar ante la autoridad administrativa española, generalmente de las comunidades autónomas, cuyas normas habrán de tenerse en cuenta, tanto para realizar la propuesta previa de adopción como para llevar a cabo el control de la idoneidad de los adoptantes.

Llevados a cabo estos trámites, la adopción se constituye por el juez español competente. Según el artículo 14 LAI, los tribunales españoles serán competentes para constituir la adopción siempre que: a) El adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España; b) El adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España⁷. Tanto la nacionalidad como la residencia en España se aprecian al tiempo de presentación del ofrecimiento para adoptar ante la Entidad pública. Para determinar el concreto órgano jurisdiccional competente objetiva y territorialmente se tendrán en cuenta las normas de jurisdicción voluntaria. Si no fuera posible determinarla de acuerdo con ellas, esta se atribuirá al órgano jurisdiccional que los adoptantes elijan.

Se observa que las posibilidades son amplias y de hecho los foros referidos operan con carácter alternativo en base al artículo 14 y aparecen inspirados en el *principio de conexión mínima*, si bien es muy importante que sean reducidos teleológicamente a través de un desarrollo judicial si en el caso concreto operan de manera exorbitante porque el caso específico no presente vinculaciones *reales*

con España dando lugar a una adopción internacional *claudicante*, válida en España pero sin efectos legales en otros países conectados estrechamente con el caso (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 791)⁸.

Al constituirse la adopción por autoridad competente española, se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los dos supuestos que recoge el artículo 18 LAI: a) El adoptado tiene su residencia habitual en España en el momento de constituirse la adopción; b) El adoptado ha sido o va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual.

El punto de conexión contemplado por el legislador es la residencia habitual por lo que la ley española correspondiente a la misma, tanto si es presente como futura⁹, es la que regulará los requisitos de la adopción; así, los presupuestos de capacidad de adoptantes y adoptado; los consentimientos, asentimientos y audiencias que deban llevarse a cabo; y todos los trámites necesarios. En el caso de que el menor vaya a ser trasladado a España para establecer aquí su residencia habitual, que por lo demás será lo más común, corresponderá a la autoridad judicial cerciorarse de que dicho traslado se realiza con la mencionada intención, pues de lo contrario, la ley aplicable no sería la española sino la de la residencia actual del adoptado.

La LAI realiza una conexión anticipada, aún no existe esa residencia pero va a verificarse en el futuro, pues el menor que tiene su residencia habitual en el extranjero va a ver trasladada su residencia habitual a España, integrándose en una familia que forma parte de la sociedad española. Esta anticipación es necesaria para evitar la aplicación de la ley del país en el que tiene una residencia habitual que va a abandonar y en la que dejará pronto de estar integrado.

Evidentemente, la aplicación de este precepto exige al juez una exploración de futuro, que debe llevarle a evaluar las circunstancias de hecho y de derecho presentes en el caso concreto. El artículo 18 le otorga absoluta autonomía para valorar cualesquiera datos, elementos o circunstancias que puedan resultar provechosas para acreditar dicho extremo y quizá sobre todo, los vínculos actuales del adoptado con España de los que se deduzca que su vinculación con nuestro país existe y cada vez será más cercana. De la ponderación de todos esos datos debe concluir de la manera más cierta posible la residencia habitual futura en nuestro país¹⁰.

No obstante lo anterior, debemos destacar dos excepciones previstas en los artículos 19 y 20 LAI. La primera de ellas, hace referencia a la aplicación de la ley nacional del adoptado en cuanto a su capacidad y los consentimientos necesarios de los que intervienen en la adopción, no para otros aspectos, en los siguientes casos: a) El adoptado tiene su residencia habitual fuera de España en el momento de constitución de la adopción; b) Si el adoptado no adquiere en virtud de la adopción, la nacionalidad española aunque resida en España.

Esto implica que se aplicará la ley española a la hora de constituir la adopción pero no en materia de capacidad del adoptado y consentimientos necesarios

que se regirán por la ley nacional del adoptado. Hay una especie de distribución de normativas aplicables, que solo se llevará a cabo cuando la autoridad española considere que con ello se facilita la validez de la adopción en el país del adoptado, que es donde interesa que quede plenamente reconocida. No se aplicará esta distribución legislativa cuando se trate de apátridas o menores que no tengan su nacionalidad determinada; lo que es lógico, pues es imposible aplicar la ley nacional de quien carece de nacionalidad, pero además estos menores en muchas ocasiones carecen incluso de residencia habitual en algún Estado en concreto, por lo que carecería de sentido aplicar la ley del país donde el menor *está sin más*, lugar con el que no presenta una conexión relevante.

En cuanto a la segunda excepción, el artículo 20 establece que la autoridad española podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o de residencia habitual del adoptante o del adoptado, siempre que: a) Ello repercuta en interés del adoptado, porque facilite la validez de la adopción en otros países; b) Ello sea solicitado por el adoptante o por el Ministerio Fiscal.

A modo de conclusión podemos decir que los espacios de aplicación que tales preceptos conceden a otras leyes estatales no tienen como objetivo localizar ciertos aspectos de la adopción en otros países y declarar en consecuencia la aplicación de tales leyes, sino potenciar la validez internacional de la adopción constituida en España. Solo con esa finalidad se aplicarán o tendrán en cuenta otras leyes estatales. Cuando la LAI da entrada a leyes de otros países distintas a la ley que rige la adopción, evita con exquisito cuidado que se produzca una aplicación cumulativa de leyes, que supondría una enorme complicación en el proceso de constitución de la adopción, pues incrementaría los costes legales asociados a la misma, perjudicando al menor pues la constitución sería más compleja e incluso, en ocasiones imposible. Por otra parte, la toma en consideración de las mismas es facultativa para el juez siempre que entienda que repercuta en interés del adoptado, lo que ocurrirá cuando ello facilite la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2008, 4)¹¹.

En su caso, la adopción consular queda circunscrita a los supuestos en los que no es necesaria la propuesta previa de la Entidad pública de protección de menores¹², pero además siempre que el Estado receptor permita que el cónsul español realice tales funciones; que el adoptante sea español y que el adoptado tenga su residencia habitual en la demarcación consular correspondiente. En este caso, el cónsul tendrá que aplicar las mismas normas de conflicto que el juez español para la constitución de la adopción. Se puede valorar esta posibilidad como una injerencia de los cónsules en funciones que corresponden a los jueces, si bien puede ser útil para constituir la cuando el menor no puede abandonar su país de origen ni tampoco puede ser constituida ante autoridades locales (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 795)¹³.

En cualquier caso, y siempre que la adopción se rija por el Derecho español y sea necesario tomar en consideración alguna norma extranjera, esta nunca podrá aplicarse si resultara manifiestamente contraria al orden público internacional español; lo que supone una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente en cuanto es manifiestamente incompatible con los principios y valores que se consideran fundamentales para nuestro ordenamiento jurídico.

2. ADOPCIÓN CONSTITUIDA POR AUTORIDAD EXTRANJERA

Al tratarse de una adopción internacional ante autoridad extranjera, el procedimiento puede parecer más complejo debido a la intervención de otro país que tiene sus propias normas en relación a esta materia y a la presencia de los organismos de intervención acreditados que ayudan en la gestión del proceso. En relación a este punto, la adopción podría ser iniciada en España y constituida en el extranjero o bien en el caso de no existir convenios internacionales con nuestro país constituiría íntegramente por autoridad extranjera.

La adopción normalmente se constituirá ante un juez si bien también podría serlo ante otra autoridad administrativa o notario según la legislación del Estado en cuestión, debiendo solicitarse el reconocimiento de la misma en España o en el Consulado español. Tras ello se inscribirá en el Registro Civil español. En ambos casos, será requisito imprescindible la obtención de la declaración de idoneidad ante las autoridades administrativas españolas.

En este aspecto, el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero se ha simplificado con la Ley 26/2015 pues de un lado, se aligera el control de la competencia internacional de la autoridad extranjera que constituye la adopción y por otro lado, se suprime la necesidad de tener que controlar la ley aplicada a la adopción por aquella. Se aligera el control de la competencia internacional a través de la determinación de los vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido, lo cual puede valorarse a través de la bilateralización de las normas españolas de competencia recogidas en los artículos 14 y 15 de la ley, lo que permite a la autoridad española que reconoce la adopción no tener que probar el Derecho extranjero¹⁴. Por su parte, el control de la ley aplicada se sustituye por el control de la no contrariedad con el orden público español.

La adopción constituida por autoridad extranjera será reconocida en España según el artículo 25 LAI con arreglo a: 1. Tratados y Convenios internacionales en vigor para España; 2. Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993; 3. Capítulo III de la LAI, artículos 26 a 31, con carácter supletorio.

1. España ha firmado numerosos tratados bilaterales en materia de cooperación procesal y en relación al reconocimiento y ejecución de resoluciones

extranjeras. Estos Convenios son de gran ayuda para organizar la cooperación entre las autoridades del país de origen del menor y del país de recepción, puesto que suelen distribuir responsabilidades, clarificar aspectos importantes, como, por ejemplo, si las adopciones deben llevarse a cabo a través de organismos acreditados, y sobre todo, se establece un compromiso para garantizar en todo momento el interés superior del menor en la adopción internacional en el más escrupuloso respeto de sus derechos fundamentales (DURÁN AYAGO, 2009, 546)¹⁵. Así se pueden destacar los acuerdos con Alemania de 19 de febrero de 1984, con Bulgaria de 23 de mayo de 1993, con las Repúblicas Checa y Eslovaca de 4 de mayo de 1987, con Francia de 28 de mayo de 1969, con Italia de 22 de mayo de 1973, con México de 17 de abril de 1989, con Uruguay de 4 de noviembre de 1987, con Brasil de 14 de noviembre de 1989, con China de 2 de mayo de 1992, con Túnez de 24 de septiembre de 2001 y con Rusia de 9 de julio de 2014, entre otros.

Además de estos convenios bilaterales, existen otros instrumentos legales, otros acuerdos o protocolos suscritos por España con otros países que si bien no tienen consecuencias jurídicas entre los Estados pues no son tratados sino cartas de intenciones, es claro que quienes lo firman tienen la absoluta voluntad de exigir la intervención de la administración española en los expedientes de adopción. Así, los acuerdos firmados con Rumanía, Ecuador, Perú, Bolivia o Colombia permiten establecer una cooperación administrativa que facilita la constitución de adopciones internacionales entre los Estados parte, pues son acuerdos de naturaleza administrativa entre órganos de las administraciones respectivas que prácticamente se limitan a fijar el procedimiento a seguir para la adopción¹⁶.

2. El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional es un instrumento fundamental en materia de adopción internacional, que si bien se centra fundamentalmente en regular las relaciones de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes como mecanismo más idóneo para asegurar las garantías preconizadas en el mismo y evitar todo tipo de abusos en las adopciones internacionales, establece un sistema privilegiado de reconocimiento de las adopciones constituidas según dicho Convenio¹⁷.

Este Convenio solo se aplica a los Estados parte en el mismo. En la actualidad son 115 los países firmantes del acuerdo¹⁸. Regula exclusivamente la fase administrativa previa a la constitución de la adopción por la autoridad estatal competente y la validez extraterritorial de las adopciones constituidas con arreglo al Convenio de La Haya; teniendo en cuenta que se aplica únicamente en relación a las adopciones que constituyen un vínculo de filiación y siempre y cuando se produzca el desplazamiento del menor entre dos Estados parte, además el adoptante y el adoptado menor de dieciocho años deben tener

su residencia habitual en alguno de los Estados parte en el Convenio, si bien ha de tratarse de Estados distintos¹⁹.

Por otra parte, se declara aplicable a todas las adopciones tanto las plenas como las simples o menos plenas tomando en consideración todos los intereses presentes, así de los menores que se van a adoptar, de la familia que va a adoptarlos, de la familia biológica, del Estado origen del menor o del Estado de recepción; si bien se acoge como eje de todo el proceso el principio del interés superior del menor al que se refiere en muchas ocasiones a lo largo de su articulado y que a pesar de no ser una noción uniforme y estar consagrado como un concepto jurídico indeterminado, es un criterio fundamental que debe ser apreciado y concretado en cada caso particular. No obstante, la Convención de los derechos del niño establece unos principios tendentes a su concreción en materia de adopción internacional a pesar de la diversidad jurídica existente reflejo del conflicto de civilizaciones que subyace en la regulación jurídica de la adopción en las distintas partes del mundo²⁰.

Por último, establece un sistema de reconocimiento de pleno derecho de las adopciones constituidas con arreglo al Convenio. De este modo, y según su artículo 23, los países firmantes del Convenio aceptan que las adopciones constituidas en otro Estado parte son válidas sin que sea necesario ningún reconocimiento, procedimiento u homologación posterior.

Como paso previo, el Convenio establece una fase administrativa cuya finalidad es controlar la adopción de manera exhaustiva y en el marco de relaciones de cooperación entre las autoridades de los distintos Estados parte, para evitar el tráfico de menores. Se regula en el capítulo III, artículos 14 a 22, de los que brevemente podemos extraer las siguientes ideas: de un lado, los Estados parte determinan quiénes son sus autoridades competentes, las autoridades *centrales* a quienes corresponden las funciones de preparación de informes, envío de los mismos, control, vigilancia y cooperación con las autoridades centrales del otro Estado²¹.

Se abre una fase inicial de solicitud, elaboración y transmisión de informes. El Estado receptor recibe la solicitud de adopción internacional, elabora un informe sobre los solicitantes de adopción y transmite el informe al Estado de origen. Por su parte, el Estado de origen, elabora un informe sobre el adoptado, lo envía al Estado de recepción y realizará una propuesta motivada de colocación que obedezca al interés superior del adoptado en base fundamentalmente a todos los informes expedidos. Tras ello, las Autoridades centrales de ambos Estados deben estar de acuerdo en que la adopción entre en la etapa siguiente, que es la fase judicial constitutiva hacia su finalización, que ya no se encuentra regulada en el Convenio de La Haya. Existiendo tal acuerdo de continuidad, se confía el menor a los padres adoptivos y se permite su salida del Estado de origen, por lo que debe ser objeto de comprobación que el menor ha sido o será autorizado a entrar y residir permanentemente en el Estado receptor.

Finalmente, que el procedimiento finalice o no y se constituya la adopción depende de la autoridad competente y será su *lex fori* la que determine tal extremo. En la mayoría de los ordenamientos y entre ellos, el español, la propuesta de la autoridad central no vincula a la autoridad, en nuestro caso judicial. El juez constituirá la adopción solo si se cumplen las condiciones exigidas por la ley aplicable a la misma según las normas de Derecho internacional privado vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Tras la fase administrativa y la fase constitutiva de la adopción en el Estado en cuestión, se llevará a cabo el *reconocimiento de pleno derecho* de la adopción al tratarse de Estados parte en el Convenio de La Haya. De este modo, si la adopción es certificada como *conforme* al Convenio según la autoridad competente del Estado donde haya tenido lugar, será reconocida de pleno derecho en los demás Estados contratantes sin que sea necesario ningún procedimiento específico como el exequátur para que sea considerada existente y válida²².

Cuando la adopción se certifica como conforme al Convenio únicamente podrá ser denegado el reconocimiento de pleno derecho si dicha adopción es manifiestamente contraria a su orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor²³. Por otra parte, pueden existir acuerdos adoptados por los Estados a los que se otorgue carácter preferente respecto del Convenio de La Haya, que les lleven a no reconocer las adopciones concluidas²⁴.

El reconocimiento de pleno derecho de la adopción produce importantes efectos jurídicos según el artículo 26; así, reconocer el vínculo de filiación entre el menor y sus padres adoptivos; la existencia de responsabilidad parental respecto del mismo y la ruptura del vínculo de filiación anterior si la adopción produce este efecto en el Estado en que ha tenido lugar.

3. El Capítulo III de la LAI establece un régimen supletorio aplicable en defecto de otras normas internacionales, al amparo de todo lo explicado con anterioridad. Siguiendo lo dispuesto en estos artículos, para obtener el reconocimiento de la adopción en España en ausencia de convenio internacional aplicable, se deben tener en cuenta los siguientes presupuestos:

a) Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente. Esta lo será cuando el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se tratará de autoridades judiciales o administrativas próximas a la adopción, como medida para garantizar que sea constituida por una autoridad que no tenga ningún vínculo con la adopción, en particular autoridades que operan a través de foros exorbitantes asentados en criterios débiles²⁵.

b) Que la adopción no vulnere el orden público internacional español, lo que ocurrirá, lo especifica el precepto, si no se respeta el interés superior del

menor, si se prescinde de los consentimientos y audiencias necesarios o se acredita que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

c) Si el adoptante o el adoptado son españoles y supuesto que la adopción accederá al Registro Civil español y que el menor adquirirá la nacionalidad española, los efectos de la adopción en el extranjero deben ser sustancialmente los mismos efectos que contempla nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de la denominación que se utilice y sobre todos ellos, que se produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior y que surgen unos vínculos de filiación irrevocable entre adoptantes y adoptado. Tanto es así, que si en aquel país se pudiera revocar por el adoptante²⁶, será requisito ineludible antes del traslado del menor a España que el adoptante renuncie al ejercicio de dicha posibilidad en documento público o mediante comparecencia ante el encargado del Registro Civil²⁷.

d) Si el adoptante fuera español y residente en España, se debe declarar su idoneidad por la Entidad pública española competente *antes de* la constitución de la adopción por autoridad extranjera. Este certificado se expedirá en la correspondiente comunidad autónoma y en caso de denegación podría recurrirse ante los tribunales civiles.

e) Si el adoptado fuera español al tiempo de constitución de la adopción, será necesario el consentimiento de la Entidad pública correspondiente a la última residencia del mismo en España, si esta circunstancia se hubiera dado, con el ánimo de evitar traslados fraudulentos.

f) En cuanto al documento en el que conste la adopción debe reunir los requisitos formales de traducción a idioma oficial español y legalización o apostilla. Como ya sabemos, con la finalidad de evitar que entren en territorio español documentos falsos, la legalización la realizará el cónsul español acreditado en aquel país o el cónsul de dicho país en España.

Todos estos requisitos serán exigibles tanto a las adopciones constituidas en el extranjero como a las decisiones de la autoridad pública extranjera en virtud de las cuales se establezca la conversión o nulidad de una adopción.

Si todos estos presupuestos existen, la autoridad pública española ante la que se suscita la validez de la adopción constituida por la autoridad extranjera, especialmente el Encargado del Registro Civil, controlará incidentalmente la validez de dicha adopción en España y nada más. Y ello lo hará por alguna de las vías previstas en el artículo 27, bien a través de la presentación del certificado de conformidad previsto en el artículo 23 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 y de que no se ha incurrido en causa de no reconocimiento previstas en el artículo 24 del mismo; o para el caso de menores que procedan de países que no lo hayan firmado, verificando que la adopción reúne las condiciones previstas en los artículos 5.1 e), 5.1 f) y 26.

III. CAPACIDAD Y REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Las personas que se ofrecen para la adopción deben tener la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental. De ahí la necesidad de una declaración de idoneidad que acredite su capacidad para asumir las responsabilidades que conlleva la adopción. Para ello se llevará a cabo una valoración psicosocial de su situación personal y familiar, de sus habilidades y aptitudes educativas para atender al menor de acuerdo con sus circunstancias. Si el o los adoptantes tuviesen otros hijos se les debe escuchar. Obtenida la declaración, su vigencia será para un periodo de tres años desde que se emite, siempre que no se produzcan modificaciones sustanciales en las circunstancias personales y familiares de los adoptantes que aconsejen su revocación. Se trata en definitiva de constatar que los adoptantes reúnen condiciones jurídicas y psicosociales adecuadas. Dicha declaración corresponde realizarla a las Entidades públicas correspondientes, siendo posible que un mismo certificado tenga validez en el doble ámbito de adopción nacional e internacional²⁸.

El concepto de idoneidad, como tal, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley de Protección Jurídica del Menor, en cuya Exposición de Motivos, se establece como exigencia el requisito de idoneidad de los adoptantes que había de ser apreciado por la Entidad pública o por el juez, según el caso. Se añade que si bien este requisito no estaba expresamente impuesto por el legislador, se tenía en cuenta en la práctica habitual a la hora de la selección de las familias adoptantes.

Es relevante tener en cuenta el importante papel que en relación a la idoneidad juega la regulación por parte de las comunidades autónomas, en atención a la competencia en materia de asistencia social que les atribuye la Constitución en el artículo 148.1.º 20.^a. Por poner algún ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, en Andalucía²⁹ el procedimiento de declaración de idoneidad comprende la realización de entrevistas a través de las cuales se exploran en relación a las familias los siguientes aspectos: capacidad afectiva, existencia de motivaciones adecuadas y compartidas para la adopción, salud física y mental, estabilidad familiar y madurez emocional, capacidad para aceptar la historia personal del menor y sus necesidades especiales, habilidades personales, apoyo que puedan recibir de la familia extensa, actitud positiva y flexible para la educación, disponibilidad de tiempo, condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda, nivel de integración social de la familia, en casos de infertilidad tener una vivencia madura de esta circunstancia, capacidad para revelar al menor la condición de adoptado y el apoyo en la búsqueda de sus orígenes, capacidad económica para cubrir sus necesidades básicas, capacidad de aceptación de las diferencias étnicas, culturales y sociales.

Todos estos elementos se valorarán de forma que exista una adecuada ponderación de los mismos, salvo que haya algún factor excluyente por sí mismo.

Tras el estudio y análisis de todos ellos se elaborará un informe por los trabajadores sociales y psicólogos, en el que recogerán todos los aspectos que consideren relevantes. Incluirá una conclusión y la propuesta sobre la idoneidad de la familia y el perfil del menor que se va a adoptar.

Todo ello debe llevar a la demostración de la capacidad, aptitud y motivación adecuadas de los adoptantes tanto para ejercer las funciones como progenitores como para, en su caso, asumir las consecuencias previsibles o no, que se deriven de la integración del menor en su familia. Podríamos hablar de una *idoneidad continuada* que debe existir en el momento de la constitución y conservarse para el futuro. En atención a lo anterior, podemos definir los conceptos mencionados del siguiente modo³⁰:

La capacidad, entendida como el conjunto de condiciones, de cualidades y de aptitudes de los adoptantes que les permitirán el desarrollo correcto y adecuado de las obligaciones derivadas de la patria potestad.

La aptitud, considerada como habilidad natural en los adoptantes para adquirir cierto tipo de conocimientos o para desenvolverse de forma adecuada en su relación con los menores que van a quedar bajo su cuidado y sometidos a su protección.

La motivación, evalúa el interés, el motivo o la razón que mueve a los adoptantes a establecer este vínculo irrevocable con el adoptado.

En atención a estas circunstancias, el Código civil considera que nunca podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad, tengan suspendido su ejercicio o tengan confiada la guarda de su descendencia a la Entidad pública.

Una vez que se dicta la resolución por la Comisión correspondiente será notificada a los interesados. Si fuera desestimatoria, podrán impugnarla ante la jurisdicción competente y no podrán solicitar nuevamente la adopción hasta que transcurra, al menos, un año desde la notificación de la misma. Si fuera positiva, se les inscribirá en el Registro de solicitantes de acogimiento y adopción de Andalucía. Esta inscripción supone el reconocimiento de la idoneidad por la Administración pero no conlleva el derecho de la familia a la adopción³¹.

Como se ha indicado, la resolución de idoneidad tiene una validez de tres años desde la fecha de notificación y deberá actualizarse cuando transcurra dicho plazo, o cuando existan en la familia acontecimientos o circunstancias susceptibles de modificarla. En tal caso, la familia está obligada a comunicarlos a la Delegación Territorial, que no obstante, actuará de oficio, si tiene conocimiento de las mismas.

Así, se iniciará el procedimiento para actualizar la idoneidad³² de los expedientes que se encuentren próximos a cumplir su vigencia o bien cuando se hayan producido cambios en las circunstancias familiares y sociales que puedan afectar a la idoneidad. Transcurridos tres meses, si la familia no comparece para la actualización, se les tendrá por decaídos en su derecho y se producirá la

pérdida de vigencia de su declaración de idoneidad, cancelándose la inscripción en el Registro.

Si la familia comparece y se aprecia que ha dejado de reunir los requisitos que determinaron la idoneidad, la Comisión previa audiencia de la familia, acordará la extinción y cancelación de la inscripción en el Registro. Tanto si se declara a la familia no idónea, como si no comparece y decae en su derecho, transcurridos los dos meses desde la notificación de la resolución y constatado que la familia no ha formulado oposición ante el Juzgado de Primera Instancia competente o si formulada, esta ha sido desestimada, teniendo dicha estimación el carácter de firme, se comunicará al país en cuestión el archivo del expediente y se solicitará la devolución del mismo. En caso de recurso, se suspenderá el expediente hasta la resolución judicial. Si por el contrario, tras la valoración se considera que la familia continúa siendo idónea, se dictará nueva resolución con una vigencia de tres años y se remitirán al país los correspondientes documentos de actualización.

En conclusión, y haciendo extensible este contenido a todas las comunidades autónomas con las peculiaridades que puedan encontrarse en las respectivas legislaciones, la declaración de idoneidad se puede definir como el documento público que emite la Entidad pública competente con la finalidad de habilitar a quienes se ofrecen para la adopción con el objetivo de conseguir el éxito de la misma y que la integración del menor sea plena, efectiva y total en la familia a la que se incorpora, garantizando en la medida de lo posible que los adoptantes serán adecuados para el menor y llevarán a cabo las labores paternales de manera apropiada en términos equiparables a lo que sería si fueran hijos biológicos.

Todo lo anterior nos debe llevar a reflexionar en la necesaria búsqueda del equilibrio, en el sentido de que, a pesar de necesario, ser excesivamente rigurosos con el requisito de la idoneidad nos podría llevar a la desatención de menores que lo necesiten, una vez que el mantenimiento del mismo en su medio de origen no le sea beneficioso, porque así lo estime la autoridad competente o porque sea la propia familia biológica la que de *motu proprio* lo entregue en adopción, en aras del principio de subsidiariedad. Es decir, la idoneidad no debiera ser interpretada de forma tan restrictiva que nos llevara a dejar de lado posibles adopciones que pudieran resultar beneficiosas para los menores que se encuentran desamparados, pues en estos casos el interés del menor en permanecer en su familia de origen se transforma en el interés de ser integrado en una nueva familia³³.

A los adoptantes se les encomiendan una serie de obligaciones pre y post adopción. Así, deben asistir a las sesiones informativas y de preparación que organice la Entidad pública o el Organismo acreditado con carácter previo y obligatorio a la solicitud de esta declaración de idoneidad; debiendo además facilitar cuando se les reclame, información y documentación y llevar a cabo entrevistas que permitan la elaboración de los informes de seguimiento post-

adoptivo exigidos en el país de origen³⁴. De no ser así o de existir falta de colaboración se podrán imponer las sanciones administrativas que exija la legislación autonómica, y entre ellas, el considerarse como causa de no idoneidad en un posible posterior proceso de adopción³⁵. En cualquier caso, los adoptantes recibirán para todos estos trámites la ayuda y asesoramiento necesarios por parte de las Entidades públicas y de los organismos acreditados.

No obstante lo anterior, se debe insistir en que la capacidad del adoptado y los consentimientos necesarios de todos los sujetos que intervienen en la adopción se rigen por la ley nacional del adoptado³⁶ y no por la ley sustantiva española si se da alguno de los siguientes casos: a) El adoptado tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción; b) Si el adoptado no adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción aunque resida en España; y que no se tendrá en cuenta esta determinación cuando se trate de menores apátridas o cuya nacionalidad no esté determinada.

Por otra parte, es relevante la novedad que introduce el párrafo 4 del artículo 19 LAI, en base al cual, las autoridades españolas denegarán la constitución de adopciones de menores cuando su ley nacional las prohíba o no las contemple, salvo si se tratare de menores en situación de desamparo tutelados por la Administración española. Y esto es así porque el propio concepto de adopción exige la existencia de un vínculo jurídico de filiación entre adoptantes y adoptados. Por ello y completando esta idea, el artículo 34 LAI explica que si las instituciones de protección de menores constituidas por autoridad extranjera no determinan ningún vínculo de filiación se equiparán al acogimiento familiar, o a una tutela, siempre que: 1. Sus efectos sean equivalentes a los previstos en nuestra legislación; 2. Haya sido acordada por autoridad extranjera competente, judicial o administrativa; 3. Sus efectos no vulneren el orden público español atendiendo al interés superior del menor; 4. Se formalice en documento que reúna los requisitos formales de autenticidad: traducción al español y legalización o apostilla.

En esta materia es necesario hacer una breve referencia a la *Kafala*, pues con la previsión del artículo 34 LAI se respeta la legislación de los países que no contemplan ni admiten la figura de la adopción, cerrando el paso al uso fraudulento de que han sido objeto ciertas instituciones extranjeras de protección de menores³⁷. Con ello se trata de evitar adopciones claudicantes, esto es, menores adoptados en España pero no en su país, favoreciendo el principio de seguridad jurídica. No obstante ello, si el menor nacional de un país que no contempla la adopción, reside habitualmente en España, puede adquirir la nacionalidad española, lo que facilitaría la adopción en nuestro país de acuerdo con la ley española.

Si es posible, sin embargo, en los supuestos de adopción simple su transformación en adopción plena a través del expediente de jurisdicción voluntaria que se tramitará conforme a lo previsto en el artículo 42 de la Ley de Jurisdicción

Voluntaria, que señala que son competentes los tribunales españoles siempre que se dé alguna de estas circunstancias: el adoptado tenga su residencia habitual en España cuando se constituye la adopción; el adoptado haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual; el adoptante tenga nacionalidad española o su residencia habitual en España³⁸.

Para que esto sea posible tanto los adoptantes como el menor han de ser asesorados e informados sobre los efectos de la adopción en España, máxime en cuanto la misma supone la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen. Así deberán dar su consentimiento libremente sin mediar pago o compensación de ningún tipo. El menor de 12 años será tratado en función de su edad y madurez y debe ser oído. Se requiere además el asentimiento del cónyuge del adoptante o persona unida a él por análoga relación de afectividad. El testimonio del auto que declare la conversión de la adopción simple a plena se remitirá al Registro civil correspondiente donde se inscribirá.

Por último, en relación al elemento subjetivo que estamos tratando, debemos mencionar que el concepto de adopción internacional comprende tanto la adopción de menores como la de mayores, más escasas pero no inexistentes. Ello significa que, en estos casos, la LAI debe ser depurada de los preceptos y/o incisos que contiene y que son relativos a menores, política similar a la que se aprecia en la regulación sustantiva de la adopción en el Código civil³⁹.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el artículo 8 LAI prevé que quienes se ofrecen para la adopción puedan contratar los servicios de intermediación de cualquier organismo que se encuentre acreditado por la Administración General del Estado. Se formalizará un contrato referido exclusivamente a las mencionadas funciones de intermediación. Se trata de un contrato tipo cuyo contenido ha de ser previamente homologado por la Administración General del Estado. Se trata de una obligación de medios y no de resultado, por lo que el precio debe pagarse aunque la adopción no alcance un final feliz, pues en este ámbito el resultado final no depende de la gestión de los intermediarios sino que depende, con mucha frecuencia de la decisión de autoridades administrativas y judiciales extranjeras (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 785)⁴⁰.

IV. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Con el ánimo de garantizar que los derechos de los menores están debidamente protegidos se regulan detalladamente las competencias de las Entidades públicas en relación con la adopción transfronteriza en el artículo 5 LAI y la actividad de intermediación en la adopción internacional de las Entidades públicas españolas pero fundamentalmente de los organismos acreditados para

la adopción internacional⁴¹ en el artículo 6. De igual modo en el artículo 7 se regula el procedimiento de acreditación, seguimiento y control de estos organismos acreditados.

Siguiendo el guión anterior, en relación a las competencias de las Entidades públicas destacan fundamentalmente:

- Organizar y facilitar la información sobre legislación, requisitos y trámites necesarios en España y en los países de origen de los menores, tanto a las familias como a los organismos acreditados.
- Facilitar a las familias la formación necesaria que les permita comprender y afrontar el proceso.
- Recibir y tramitar, directamente o a través de Organismos acreditados, los ofrecimientos para la adopción.
- Expedir los certificados de idoneidad.
- Recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de origen. Debe figurar la información sobre su identidad, adoptabilidad, historia médica y necesidades particulares. También la información relativa a los consentimientos requeridos en el país de origen.
- Dar la conformidad respecto a la adecuación de las características del menor asignado por el organismo competente del país de origen con las que figuran en el informe psicosocial que acompaña al certificado de idoneidad.
- Ofrecer apoyo técnico a los menores y a los adoptantes; sobre todo cuando se trate de menores con características o necesidades especiales.
- Realizar los informes de seguimiento postadoptivo.
- Establecer recursos de apoyo postadoptivo y de mediación para la búsqueda de orígenes.

El artículo 12 regula el derecho de las personas adoptadas a conocer los datos que sobre sus orígenes tengan las Entidades públicas, una vez que sean mayores de edad o aún siendo menores a través de sus representantes legales; sin perjuicio de las limitaciones que puedan encontrarse en los países de procedencia de los menores. Para ello se cuenta con el asesoramiento, la ayuda y la mediación de los servicios especializados de la Entidad pública, los organismos acreditados y entidades autorizadas para tal fin. Para ello se impone a las Entidades públicas la obligación de conservar la información de la que dispongan en relación al menor, su historia médica, identidad de sus progenitores y de su familia. De igual modo, los organismos acreditados que hubieran intermediado deberán informar de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor⁴².

Cobra especial importancia en la actualidad esta posibilidad por su relación con la protección de los datos de carácter personal. Por ello se regula

en el artículo 13 LAI, el tratamiento y la cesión de los mismos indicando su sometimiento a la normativa vigente, pudiendo ser tratados únicamente para los fines recientemente expuestos. En caso de transferencia internacional de datos a autoridades extranjeras, únicamente se efectuará en los supuestos expresamente previstos en la LAI y en el Convenio de La Haya de 1993.

- Informar preceptivamente a la Administración General del Estado sobre la acreditación de los organismos.
- Promover medidas para lograr la máxima coordinación y colaboración entre las Entidades públicas, procurando la homogeneización de procedimientos, plazos y costes.
- Facilitar información estadística sobre la tramitación de expedientes de adopción internacional.

La actividad de intermediación conlleva poner en contacto o en relación a los adoptantes con las autoridades y organizaciones del país de origen del menor y prestar la asistencia necesaria para que la adopción se lleve a cabo. Estas tareas las pueden llevar a cabo las Entidades públicas directamente o los organismos acreditados. Las realizarán las Entidades públicas con las autoridades de los países de origen cuando estos hayan ratificado el Convenio de La Haya de 1993 y siempre que en la fase de tramitación administrativa en el país de origen no intervenga persona física o jurídica y organismo que no haya sido debidamente acreditado. Al margen de estas dos posibilidades nadie más puede intervenir en funciones de intermediación; siendo posible que la Administración General del Estado establezca que, con respecto a un Estado determinado, se puedan tramitar ofrecimientos de adopción internacional a través de organismos acreditados o autorizados por las autoridades de ambos Estados.

En cuanto a las funciones que deben realizarse por los intermediadores destacan las siguientes: a) Información a los interesados; b) Asesoramiento, formación y apoyo a los adoptantes en el significado y alcance de la adopción, en los aspectos culturales de mayor trascendencia, en relación a los trámites que han de realizarse en España o en el país de origen; c) Intervención en la tramitación de los expedientes en ambos países; d) Colaboración en la tramitación de las gestiones correspondientes para el cumplimiento de las obligaciones postadoptivas según la legislación del país de origen.

Se establece en el artículo 6 apartado 6 de la LAI una limitación importante y es que nunca se deben producir beneficios económicos y que el gasto debe ser el preciso para cubrir el desembolso necesario por la intermediación, estando este aprobado por la Administración General del Estado y por las Entidades públicas⁴³.

Teniendo en cuenta lo anterior es preciso explicar los requerimientos necesarios para la acreditación, seguimiento y control de los organismos acreditados. En primer lugar es necesario que se trate de entidades sin ánimo de lucro y que estén inscritas en el registro correspondiente, que tengan como finalidad la protección de los menores y dispongan de los medios materiales y equipo necesarios para el desarrollo de sus funciones, estando dirigidas por personas cualificadas por su integridad moral, y avaladas por su formación y experiencia en este ámbito.

La acreditación será llevada a cabo por la Administración General del Estado, previo informe de la Entidad pública en cuyo territorio tengan su sede. De igual modo, se realizará su control y seguimiento en el país de origen de los menores⁴⁴. Ahora bien, el control y seguimiento en relación a las actividades llevadas a cabo en el territorio de cada comunidad autónoma corresponde a la Entidad pública competente en cada una de ellas, en función de la legislación autonómica aplicable.

El Organismo acreditado designará quién actuará como su representante y de la familia en cuestión ante la autoridad del país de origen del menor; teniendo en cuenta que todos los profesionales empleados por los mismos se consideran personal adscrito al organismo siendo este responsable de los actos de aquellos en el ejercicio de sus funciones.

Si en el país de origen se fijara un número limitado de organismos acreditados, corresponderá a la Administración estatal, en colaboración con la autonómica y la de aquel país determinar cuáles son los que deben ser acreditados para actuar en el mismo⁴⁵. De igual modo, si el límite se estableciera en cuanto a los expedientes objeto de tramitación por cada organismo acreditado, la Administración estatal podrá autorizar que sea llevado a cabo por otro organismo acreditado, siempre con el consentimiento de los adoptantes.

Además es posible que en función de las necesidades de adopción internacional de un país en concreto, sea la propia Administración estatal la que en colaboración con las comunidades autónomas, establezca un número máximo de organismos acreditados para ese país; pudiendo incluso, suspender o retirar, mediante expediente contradictorio, la acreditación concedida a los organismos que dejen de cumplir las condiciones impuestas o que contravengan con su actuación la normativa vigente; bien con carácter general para cualquier país o con carácter particular para un país en concreto.

Para que todo esto sea posible, los organismos acreditados deben facilitar a la Administración estatal información estadística sobre los expedientes de adopción internacional que tramiten y se requiere, evidentemente, que exista una importante y necesaria coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas. De igual modo, es aconsejable que los propios organismos acreditados establezcan entre ellos acuerdos de cooperación para solventar situaciones sobrevenidas y mejorar el cumplimiento de sus fines.

V. INSCRIPCIÓN Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN

Una vez constituida la adopción por las vías y con los requisitos contemplados en las páginas anteriores, y siendo esta válida en España, es necesario determinar los efectos jurídicos que la misma produce para lo que es fundamental tener en cuenta que la ley que rige los efectos jurídicos de la adopción se fija con arreglo al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996⁴⁶ en base al cual se ha de tener en cuenta la ley del país de la residencia habitual del niño adoptado.

Como se ha señalado, el encargado del Registro Civil español, antes de proceder a la inscripción de la adopción constituida por la autoridad extranjera competente, debe asegurarse de que concurren todas las condiciones legales necesarias para que la adopción surta efectos en España de acuerdo con el artículo 26 LAI. No se trata de un mecanismo previo de control de la legalidad, sino de un reconocimiento incidental al efecto de poder llevar a cabo la inscripción.

Ahora bien, solo las adopciones plenas podrán ser objeto de inscripción en el Registro Civil español pues solo a ellas se puede atribuir la correspondencia sustancial de efectos jurídicos a la que nos hemos referido en otro lugar. No ocurre igual con las adopciones simples. Estas pueden ser consideradas existentes y válidas en España si superan el control material recogido en el artículo 30 LAI que exige el ajuste de la adopción a la ley nacional del hijo, y surtirán los efectos previstos en la ley del país de residencia habitual del menor, pero no pueden acceder al Registro Civil español pues no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 26.2 LAI que exige la correspondencia sustancial de efectos con la adopción regulada en nuestro Derecho. Todo ello sin perjuicio de que la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente se convierta en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través del expediente de jurisdicción voluntaria.

A efectos de la inscripción, el artículo 29 LAI establece que los adoptantes deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de la adopción de acuerdo con las normas de la Ley del Registro Civil. Llama la atención que tras la reforma operada por la Ley 26/2015, el artículo sustituya la posibilidad de la inscripción, *podrán*, por la obligación de hacerlo, *deberán*; de lo que se deduce que mientras esta no se haya llevado a cabo la adopción no será reconocida en España; por lo que siempre que los adoptantes tengan su residencia habitual en España y sean españoles, la inscripción de la adopción tiene carácter constitutivo y supone limitar la posibilidad del reconocimiento incidental por autoridad distinta del encargado del Registro Civil (GARAU JUANEDA, 2018, 890)⁴⁷.

Por otra parte, se ha de mencionar que en la actualidad este mismo artículo sustituye la referencia que antes se hacía a los artículos 12 y 16.3 de la Ley del Registro Civil por una referencia más genérica a las normas contenidas en dicha ley, probablemente a la espera de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, del Registro Civil, la cual se ha visto pospuesta en reiteradas ocasiones⁴⁸.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 27 LAI menciona que el encargado del Registro Civil español antes de proceder a la inscripción de la adopción que se haya constituido ante autoridad competente extranjera debe asegurarse de que concurren todas las condiciones legales necesarias para que la adopción surta efecto en España de acuerdo con el artículo anterior, el 26 LAI, no siendo preciso por tanto, como ya se ha apuntado, ningún mecanismo previo de control de la legalidad, ni un *exequátur*. Se trata pues, de un reconocimiento incidental registral que varía en función de si se trata de adopción plena o simple.

Por ello, tratándose de una adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código civil, al no existir el ajuste ni la correspondencia sustancial de efectos antes mencionada, lo que no significa que sean ignoradas absolutamente por el Ordenamiento jurídico español, siendo en esta materia muy importante la modificación experimentada por los artículos 30 LAI y 9.4 del Código civil, de los que no obstante su complejidad, se puede concluir que es la residencia habitual del menor al constituirse esta adopción simple la que determina la ley aplicable en lo que se refiere a los efectos en España de la misma con independencia de la nacionalidad del menor. De cualquier forma, y en relación al tema que nos ocupa, si bien la adopción simple válidamente constituida en país extranjero no puede inscribirse en los registros españoles, si es posible una anotación de la misma a través del artículo 38.3 de la Ley del Registro Civil, si bien con un valor simplemente informativo⁴⁹. En otro orden de cosas, es posible la conversión de una adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera en una adopción plena regulada por el Derecho español de acuerdo con lo expuesto en el artículo 30.4 LAI.

En cualquier caso, debemos destacar que para poder inscribir la adopción, debe estar previamente inscrito en el Registro Civil el nacimiento del adoptado; lo normal será utilizar como base la certificación de nacimiento del país del que viene el menor teniendo en cuenta que si este documento llega al registro español por conducto oficial y va referido a cuestiones relacionadas con el estado civil, capacidad, domicilio, nacionalidad, residencia y situación familiar de las personas, está exento de legalización cualquiera que sea el uso al que esté destinado⁵⁰.

En relación a la problemática que puede plantear el requerimiento de que en la inscripción de nacimiento española conste la identidad de los progenitores biológicos del adoptado, si esta no se incluye en el certificado extranjero en cuestión, de todas formas será posible inscribir el nacimiento a través de dos vías (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 855)⁵¹ bien incoando expediente para la inscripción fuera de plazo del nacimiento en el que se hará constar la filiación que corresponda según la ley; y no siendo ello posible, se inscribirá el nacimiento del adoptado con filiación por naturaleza desconocida.

Reflejado el nacimiento, se anotará al margen del mismo la resolución por la que se constituye la adopción, lo que puede hacerse en el Consulado o ya en España en el Registro Civil Central o en el Registro Civil del domicilio. Parece más adecuado hacerlo en el Consulado (GÓMEZ BENGOCHEA, 2016, 459)⁵² para evitar problemas de extranjería pues, en caso contrario, el menor tendría que entrar en España como extranjero y después hacer los trámites aquí⁵³.

No obstante ello, en los supuestos en los que es posible y obligatoria la inscripción, el artículo 20.1 de la Ley del Registro Civil⁵⁴, permite en los casos de adopción internacional que los adoptantes soliciten que en la nueva inscripción conste su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado, y no el lugar real en el que tuvo lugar dicho nacimiento según la certificación local del mismo. Por tanto, la solicitud se lleva a cabo en el Registro civil correspondiente al domicilio de los adoptantes. De igual modo, según el artículo 16.3⁵⁵, pueden solicitar en el Registro civil de su domicilio que se extienda la inscripción principal de nacimiento y la marginal de adopción, así como la extensión en el folio que corresponda, de una nueva inscripción de nacimiento en la que constarán solamente, además de los datos de nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos, la oportuna referencia al matrimonio de estos y la constancia de su domicilio como lugar de nacimiento del adoptado.

Así pues, se trata de un *fuero registral preferente*, lo que constituye una importante excepción a la *territorialidad* que es la regla básica y general de competencia de los registros civiles españoles según el artículo 16.1 de la Ley del Registro Civil, teniendo en cuenta que si en el Estado donde se ha constituido la adopción los cónsules de otros países no pueden desplegar funciones en relación con la adopción, esta no podrá inscribirse en el Registro Civil consular español (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2017, 853)⁵⁶. En lo que respecta a la fecha de nacimiento y en aras de la concordancia entre la realidad y lo que publica el registro, esta debe ser la real en la que se produjo el nacimiento y de la que aquel da fe⁵⁷.

Una vez llevada a cabo, la inscripción en el Registro Civil opera como habilitadora de la eficacia en España de tal adopción y es medio de prueba del hecho inscrito.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez que la adopción internacional se ha reconocido e inscrito en nuestro Registro Civil, sus efectos van a ser los mismos que se producen en las adopciones nacionales. Así, quedarán extinguidos todos los vínculos que el adoptado tenía con su familia biológica, pues este se va a integrar plenamente en la familia que lo adopta y no solo en la nuclear sino en la familia extensa, generándose todos los efectos que provoca la filiación por naturaleza. Así, el adoptante adquiere la patria potestad sobre el adoptado y se obliga a velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo, procurarle una formación integral, representarlo y administrar sus bienes. En otro orden

de cosas, el adoptado pasa a ser heredero forzoso del adoptante y heredero abintestato del mismo, como un hijo más. Ambos, al igual que los derechos sucesorios, tendrán el recíproco derecho de alimentos. Con relación a los apellidos, el adoptado adquiere los de los adoptantes, en el orden que estos decidan o hayan ya decidido, si tenían otros hijos⁵⁸. Además de lo anterior, adquirirá si es menor la vecindad civil de los adoptantes y la nacionalidad española de origen, y podrá optar por ella si es mayor de edad, en el plazo de dos años a partir de su constitución. Si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen, el menor adoptado mantiene su nacionalidad, esta será reconocida también en España.

VI. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA MATERNIDAD SUBROGADA: ¿EMBOSCADA JURÍDICA?

Unas líneas más para tratar brevemente la problemática que puede plantear, que de hecho plantea, la relación existente entre la maternidad subrogada y la adopción internacional.

Maternidad subrogada, gestación por sustitución o vientres de alquiler son las distintas denominaciones que se utilizan para contener una misma situación de hecho que consiste en que una mujer lleva a cabo la gestación de un niño que será posteriormente entregado a otra o a otras personas que se encargarán de su cuidado y crianza y que quieren convertirse en los progenitores legales del mismo.

Razones de toda índole llevan a que personas o parejas, casadas o no, intenten a toda costa conseguir la ansiada paternidad, sobre todo porque en la actualidad la búsqueda de hijos en edades avanzadas y la existencia de importantes novedades en la manera de procrear se erigen como causas suficientes en la búsqueda de alternativas a la infertilidad, a lo que se une el cambio vertiginoso experimentado en el concepto de familia e incluso la crisis global de la institución familiar.

La maternidad por subrogación está prohibida en España por ser contraria al orden público⁵⁹. Los contratos que se realizan con esta intención son nulos en nuestro país y fuera del mismo si son realizados por españoles. No obstante, se trata de una técnica cada vez más utilizada pues son numerosos los menores fruto de la misma en detrimento de la adopción internacional o incluso utilizando esta última posibilidad para encubrir aquella pues son muchos los países donde sí está permitida⁶⁰, a cambio de una contraprestación económica o de manera altruista. En cualquier caso, la realidad demuestra que ciudadanos españoles llevan a cabo este tipo de contratos en el extranjero y además la tendencia es creciente en este sentido.

La conexión entre maternidad subrogada y adopción internacional se reivindicó en la Comisión Especial de seguimiento de la de adopción internacional

de 2010 (GONZÁLEZ MARTÍN, 2012, 172)⁶¹ que puso de manifiesto que la controversia arranca fundamentalmente de las evidentes diferencias entre las legislaciones de los países en torno a la subrogación y el *escape* que supone cruzar una frontera buscando un hijo a través de técnicas de reproducción asistida. La cuestión principal radica en que la disparidad de las legislaciones provoca el no poder atribuir una nacionalidad a los menores cuando no es posible la inscripción del nacimiento y de la filiación, por lo que para evitar la situación de apatridia y todo lo que ella conlleva, se pretende acudir subsidiariamente o de manera encubierta a la adopción internacional de manera privada e independiente y por tanto no compatible con el Convenio, lo que crea riesgos evidentes para los menores, pues la adopción internacional no puede tratarse como un asunto privado sino que como procedimiento precisa del control público para evitar las odiosas redes de tráfico internacional de menores donde hay una clara oportunidad para el lucro, como se explicó al comienzo de estas páginas⁶².

La polémica y polarización de posiciones está servida con toda la reflexión ética y jurídica que ello conlleva pues al no coincidir las legislaciones, de la madre subrogada y los padres contratantes, se invalida en muchas ocasiones la posibilidad de determinar la filiación, los niños pueden nacer sin padres y apátridas y quedan en lo que algunos llaman el *limbo jurídico*, pues se produce una evidente laguna legal.

En nuestro marco jurídico, la *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010* favoreció el registro de filiación en casos de embarazo subrogado para proteger el interés superior del menor y el interés de la mujer que da a luz y renuncia a su derecho como madre, estableciendo un prerequisite consistente en presentar ante el responsable del Registro Civil español una resolución judicial de la autoridad competente del país donde ocurre el embarazo que determine la filiación del nacido⁶³.

La instrucción establece los criterios para que puedan acceder al Registro Civil los nacimientos producidos mediante esta técnica de reproducción asistida. Ello comporta tres aspectos importantes: de un lado, determinar los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; de otro, evitar que dicha inscripción registral dote de apariencia de legalidad los supuestos de tráfico internacional de menores; y por último, evitar que se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene como finalidad controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato dentro del marco jurídico del país en cuestión. Se distingue, además, si se trata de un procedimiento contencioso o análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, para en el primer caso instar el *exequátur* de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia y en el segundo considerar suficiente el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a la inscripción. En

dicho control incidental debe constar: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se han garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Si no se está ante ninguno de estos supuestos, se denegará la inscripción. Además, en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Impugnada la resolución de 18 de febrero de 2009 por parte del Ministerio Fiscal y estimada la misma, se deja sin efecto la inscripción realizada y tras el correspondiente recurso de casación se dicta por el *Tribunal Supremo la sentencia de 6 de febrero de 2014* que de acuerdo con las resoluciones de instancia anteriores deniega la inscripción en base fundamentalmente al siguiente razonamiento: el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución española y en los convenios sobre derechos humanos ratificados por España. El orden público actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. Al ser el contrato de gestación por sustitución nulo hay una vulneración del orden público español, no pudiéndose admitir la disociación entre el contrato y la filiación.

Se expone rotundamente que en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso la internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al menor, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes dispongan de elevados recursos económicos puedan establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Fruto de esta preocupación, prosigue la sentencia, es la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los Estados establezcan con carácter prioritario medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente después de su nacimiento y sin pago o contraprestación de clase alguna.

Será después la *sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014*⁶⁴, donde se alega la vulneración del derecho de los menores y de los padres al respeto de su vida privada y familiar, cuando se concluya que no existe tal conculcación en relación al matrimonio aunque sí en relación a los menores pues el derecho a la vida privada exige poder establecer los detalles de identidad como seres humanos individuales, lo que incluye la relación padre-hijo, lo que les genera una situación de inseguridad jurídica en atención a la legislación francesa pues no les garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, elemento de la identidad de la persona. Por ello respalda la inscripción registral de la filiación en Francia aunque esté prohibida la maternidad subrogada.

Dado el carácter vinculante de las sentencias de este Tribunal en nuestro país, el matrimonio afectado por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, interpone un incidente de nulidad de actuaciones frente a la misma por vulneración de tres derechos: la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, derecho a la igualdad de los menores y de los padres que no pueden ser discriminados por razón de su nacimiento los primeros y por su orientación sexual, los segundos y el derecho a la intimidad familiar relacionado con la posibilidad de elegir la procreación médica asistida.

El *auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*, no estima las alegaciones presentadas y se deniega de nuevo la posibilidad de inscripción de la filiación pues los casos contemplados, el francés y el español, no guardan relación y en su caso, habría vías jurídicas en nuestro Derecho para dar solución a lo acontecido en el asunto francés alegado. No obstante lo anterior, existe un voto particular conforme con la declaración de nulidad de la sentencia pues considera que tratan intereses similares.

Entiendo que el Tribunal Supremo ha pretendido conjugar la protección de unos menores nacidos mediante una innegable realidad con el respeto a las leyes españolas, para dar coherencia y credibilidad al propio sistema jurídico en su conjunto. En este sentido (GARCÍA ABURUZA, 2015, 10)⁶⁵, plantear el debate sobre la premisa de que no se discute la existencia en España de la prohibición de la maternidad subrogada, sino que lo que se pretende es analizar si se reconoce o no una decisión extranjera con las normas vigentes implica retorcer el derecho para conseguir que resulte válida una realidad

consecuencia de otra que no lo es, en base a malabares jurídicos para sortear la legislación española.

Por su parte, la *sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017* en el caso *Paradiso y Campanelli*⁶⁶, se pronuncia anulando la patria potestad de los progenitores afirmando que el principio del interés superior del menor aconsejaba que este fuera separado de los mismos y puesto bajo la custodia de los servicios sociales. Resultan especialmente interesantes los puntos 202, 203 y 204. En el primero de ellos se afirma que al prohibir la adopción privada basada en una relación contractual entre individuos y restringir el derecho de los padres adoptivos a introducir a menores extranjeros en Italia a los casos en los que se han respetado las normas sobre adopción internacional se está tratando de proteger a los niños contra las prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden dar lugar al tráfico de personas. En conclusión, solo una adopción legalmente ejecutada y reconocida permite la validación de una paternidad no genética.

En este sentido, el Convenio de 29 de mayo de 1993 exige que el consentimiento de la madre haya sido prestado después del nacimiento del niño y que no se haya obtenido mediante pago o compensación de ningún tipo. De igual modo, la Ley 54/2007 considera que vulnera el orden público español y no respeta el interés superior del menor la adopción cuando los consentimientos y audiencias se hayan obtenido mediante pago o contraprestación⁶⁷.

En cualquier caso y a pesar de todas las resoluciones mencionadas, en el caso de España la DGRN emitió en 2014 una circular de 11 de julio autorizando a los encargados de los registros civiles consulares a inscribir este tipo de filiaciones de acuerdo con los requisitos señalados en su instrucción de 5 de octubre de 2010⁶⁸, lo que ha sido criticado duramente por algunos autores⁶⁹.

Puede observarse que cuando se relaciona la maternidad subrogada con la adopción internacional la prioridad es evitar el tráfico internacional de menores, proteger sus derechos y buscar y priorizar el interés superior del menor⁷⁰. Ahora bien, son fenómenos que aún estando relacionados requieren, a mi juicio, una atención individualizada, concreta y específica y una regulación concienzuda al respecto capaz de dar respuestas coherentes, equitativas y razonables en aras de la protección de los niños. No se debe abusar del Convenio de La Haya de 1993, por parte del órgano jurisdiccional para salir de esta emboscada jurídica emitiendo sentencias de adopción internacional cuando en realidad son casos de maternidad subrogada, lo que supone un evidente fraude de ley⁷¹ (GONZÁLEZ MARTÍN, 2012, 191-192).

Por todo lo anterior, considero que ahora mismo solo es posible una interpretación casuística y que es muy complicado hacer una declaración genérica en esta materia. Se ha de abordar, si se considera necesario, una reforma de la legislación que admitiendo la validez de la maternidad subrogada elimine la problemática que genera la determinación de la filiación con todas las garantías necesarias o

bien, en caso contrario, mantener la prohibición, la nulidad del contrato y por tanto la imposibilidad de acceso al Registro Civil de la misma, en aras también del interés del menor, interés que debiera ser protegido antes y después de la gestación y que si de verdad se estima y valora por los progenitores de intención, deben ser los primeros en hacerlo valer antes de iniciar un procedimiento que no es válido forzando la filiación por la vía de los hechos consumados.

VII. RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 26/2015: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

1. EXPEDIENTES DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL YA INICIADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 26/2015

Como ya se ha explicado, en materia de adopción, antes de entrar en la fase judicial es preciso llevar a cabo una fase administrativa previa, preparatoria, decisiva y además probablemente más larga que la que se lleva a cabo ante las autoridades judiciales.

La disposición transitoria tercera de la Ley 26/2015 indica que cuando el expediente de adopción internacional ya esté iniciado a la entrada en vigor de esta norma, se continuará tramitando de acuerdo con la legislación vigente en el momento en cuestión. Por ello para este breve análisis debemos tener en cuenta el Convenio de La Haya de 1993 y ponerlo en relación con la Ley de Adopción Internacional de 29 de diciembre de 2007⁷².

En la tramitación de la adopción internacional podrían distinguirse una serie de etapas que se inician con la presentación de la solicitud de los interesados en la adopción y finaliza con el reconocimiento de la misma en España.

Esquemáticamente por tratarse de una situación transitoria, podemos destacar los siguientes pasos en la tramitación del expediente de acuerdo con la legislación anterior, que por etapas detalla con profundidad (GÓMEZ CAMPELO, 2009, 46-60)⁷³.

- Los interesados se dirigirán al centro competente de su comunidad autónoma para recibir la información que necesiten sobre la adopción internacional.
- Presentarán la solicitud para proceder a la apertura del expediente dirigida a un Estado concreto y acompañada de la documentación pertinente.
- Valoración por la Entidad pública española con carácter previo a la constitución de la adopción, de la idoneidad de los solicitantes para adoptar, cuando el adoptante sea español y residente en España.
- Emisión del Certificado de idoneidad por la Entidad pública competente de la comunidad autónoma. Estos certificados se tramitan para la

adopción en un país determinado con una vigencia máxima de tres años desde la fecha de su emisión.

- Tramitación del expediente en función del país que se haya elegido para la adopción; bien a través de la Administración española o a través de la mediación de una Entidad colaboradora de adopción internacional⁷⁴.
- Para preparar el expediente se recopilarán los documentos exigidos en el país de origen del menor. Si la lengua oficial fuera diferente a la de los adoptantes, deben ser traducidos por traductor jurado.
- Toda la documentación ha de ser legalizada por el Ministerio de Asuntos Exteriores⁷⁵, enviándose el expediente bien vía valija diplomática bien a través de la Entidad colaboradora elegida, al organismo acreditado del país de origen de los menores.
- Recibida la documentación en el país de origen y ampliada la información si ello fuera solicitado, transcurrirá un periodo de tiempo variable en función del país y la situación de los menores, hasta que se recibe la propuesta de asignación del menor.
- Realizada la asignación, las administraciones de ambos países deben manifestar su acuerdo sobre la continuación del procedimiento; no siendo pues suficiente con la aceptación de los solicitantes⁷⁶.
- La propuesta de asignación se comunica a los solicitantes. Con ella se les proporciona la máxima información sobre el menor. El documento de aceptación (o de rechazo) debe ser remitido a la autoridad central del país del menor.
- Los solicitantes de adopción se trasladan al país de origen para constituir la adopción ante la autoridad competente.
- Una vez constituida, los adoptantes deben dirigirse al Consulado español en el país en cuestión para tras examinar el contenido del expediente proceder si se desea a la inscripción de la adopción en el Registro Civil consular. De igual modo y tras verificar el cumplimiento de la normativa⁷⁷ se expedirá el visado a favor del menor.
- En caso de no haberlo hecho en el Consulado, y cuando la familia llegue a España deberá, tras ponerlo en conocimiento del Servicio de protección de menores de su comunidad autónoma, solicitar la inscripción de la adopción en el Registro Civil del lugar donde tengan fijado su domicilio.
- Por último, ambos Estados harán un seguimiento postadoptivo en el que se valore la adaptación del menor a su nueva familia y entorno y para poder conocer el desarrollo y evolución del mismo a todos los niveles.

Tras esta fase administrativa previa y necesaria para que la constitución de la adopción sea posible, se abre una segunda fase de naturaleza judicial que puede abarcar tres modalidades: que se lleve a cabo en España ante autoridad

española; que tenga lugar en el extranjero ante el cónsul español y que se realice en el extranjero ante la autoridad extranjera⁷⁸.

2. VIGENCIA DE LA ACREDITACIÓN DE LAS ECAIS

El sistema de adopción internacional previsto en España permite que junto a las Entidades públicas, intervengan organismos colaboradores. Son las llamadas Entidades de colaboración de la adopción internacional o ECAIS. Se trata de organismos debidamente acreditados de acuerdo a la normativa interna de cada Estado para proceder a la adopción de menores de dicho país. Generalmente, se recurre a ellas como mediadoras en el proceso de adopción, como ayuda al control de la regularidad de todo el proceso y para garantizar el éxito final del mismo. Es por ello que una vez elegida una ECAI concreta, la comunidad autónoma en cuestión debe remitirle el certificado de idoneidad de los adoptantes y esta ponerse en contacto con ellos para continuar con el expediente y el procedimiento.

Es pues la vía de comunicación oficial entre el país extranjero de origen del menor que va a ser adoptado y el país de recepción, en nuestro caso España. De ahí la importancia de saber con carácter previo si el país elegido admite en su legislación la existencia de estos organismos acreditados y de ahí también, la trascendencia de elegir oportunamente una u otra agencia en función del país que haya sido elegido por los futuros padres ya que, en definitiva, son las que van a ayudar, apoyar y asesorar a estos con el fin de que el proceso de adopción llegue a feliz término⁷⁹.

Para su ordenación, cada comunidad autónoma dispone de los oportunos decretos reguladores de las ECAI en los que se establecerán las bases para su acreditación en un determinado país⁸⁰, si bien con carácter general deben carecer de ánimo de lucro y estar legalmente constituidas e inscritas en el registro correspondiente.

De estos decretos reguladores se pueden extraer los requisitos básicos para que una ECAI sea acreditada en España⁸¹, las obligaciones, actuaciones y funciones de las mismas. En concreto y resumidamente se exige que sea una asociación, fundación u otra persona jurídica sin ánimo de lucro, constituida legalmente e inscrita en el registro correspondiente; que tenga su sede social en el territorio de una comunidad autónoma y representación en el país extranjero para el que se solicita la acreditación; que disponga de una oficina de atención al público; que tenga como finalidad en sus Estatutos la protección de menores; que disponga de un programa independiente del resto de actividades de la asociación o fundación, con su presupuesto y gestión; que esté dirigida por personas cualificadas; que cuente con un equipo multidisciplinar con competencia profesional y experiencia en los ámbitos de la infancia, la adopción y la familia.

Conseguida la acreditación, esta puede quedar sin efecto temporal o definitivamente, y parcial o totalmente, mediante resolución motivada y previa tramitación del correspondiente expediente contradictorio en cualquiera de los siguientes supuestos (CARRILLO CARRILLO, 2003, 103)⁸²: a) si la entidad colaboradora deja de reunir los requisitos y condiciones exigidas; b) si incumple alguna normativa que sea de aplicación a la adopción o las condiciones contenidas en las bases de la convocatoria y en la resolución de acreditación; c) si se trata de un incumplimiento grave o que haya ocasionado daños y perjuicios importantes; d) si no hubiera conseguido la autorización por la autoridades competentes del país de origen del menor o el documento en el que se constate que las autoridades no se oponen a esa intervención en el periodo de un año; e) si no ha tramitado ningún expediente durante el mismo periodo.

Se debe dejar claro, para finalizar, que de igual modo que las ECAI deben ser reacreditadas en España⁸³, en función de la normativa de cada comunidad autónoma⁸⁴; en la mayor parte de los casos, las acreditaciones otorgadas en el país de origen del menor están sujetas a renovaciones anuales y no siempre se consigue renovar dicha acreditación. Esta situación, en ocasiones ha planteado problemas pues inmersos en el proceso de adopción, una ECAI acreditada para actuar en un determinado país podía perder la acreditación en el mismo pero seguir manteniéndola en España, lo que ponía en peligro la culminación final del proceso, generando gran inseguridad y desasosiego en los adoptantes.

A estos efectos, todos los decretos autonómicos establecen la supervisión de las ECAI por parte de los Servicios de Inspección de la Entidad pública autonómica, y precisan el régimen sancionador de las mismas, estableciendo cauces de comunicación e información con las autoridades y órganos competentes del país extranjero donde esté autorizada a actuar.

VIII. CONCLUSIONES

I. Se precisa y subraya el concepto del interés superior del menor que es considerado como primordial en todas las decisiones que le conciernan y no solo en el ámbito de los derechos que le sean reconocidos, sino también como guía de interpretación y aplicación de las normas. Este principio debería servir como estímulo que propiciara una avenencia legislativa razonable y cabal pues nos encontramos ante una materia que por su especial sensibilidad debe compeler al legislador español a un mayor compromiso y congruencia. Sería positiva una labor de coordinación por parte del Estado de las normativas autonómicas en general en materia de menores y en particular en materia de adopción internacional.

II. Se refuerzan la autoridad y competencia del Estado español como Estado central al considerar como competencias de la Administración General del

Estado la decisión de iniciar, suspender o limitar la tramitación de adopciones con determinados países y al corresponderle expedir la acreditación de los Organismos que actuarán como intermediarios en las adopciones internacionales siendo también competente para el control y seguimiento de su actividad en el extranjero.

III. Se simplifica el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero.

IV. El control judicial de la adopción es más patente para las adopciones que se verifican entre países firmantes del Convenio de La Haya de 1993, pues el juez constituirá la adopción solo si se cumplen las condiciones exigidas por la ley aplicable a la misma según las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en nuestro Ordenamiento jurídico, ya que la propuesta de la autoridad central no vincula a la autoridad judicial.

V. La adopción consular queda limitada a los supuestos en los que no se necesita propuesta de la Entidad pública; lo que es favorable pues una materia tan sensible como es la protección de menores debe quedar garantizada con la intervención de la autoridad judicial competente.

VI. Como regla general, se establece la imposibilidad de adoptar menores cuya ley nacional prohíba la adopción para evitar adopciones claudicantes que perjudican gravemente al menor.

VII. El punto de conexión residencia habitual del adoptado es adecuado pues a través del mismo se asegura la aplicación efectiva de la ley del Estado en cuya sociedad se integra el menor.

VIII. Las normas de conflicto que recoge la LAI respetan los espacios de aplicación del Derecho extranjero al no imponer de manera absolutista el Derecho material español a cualquier adopción constituida por tribunales españoles, buscando la protección del menor en todo caso a través de la completa integración del mismo en una familia apropiada.

IX. Es necesario clarificar y detallar el procedimiento de seguimiento post adoptivo para que las familias estén al corriente desde el principio de cuál será el protocolo que se seguirá en las actuaciones, su regularidad, el lugar, las entidades autorizadas para llevarlos a cabo, los costes y tarifas que deben asumir, la obligatoriedad de remisión de copias de todas las actuaciones a las familias, etc. Conocida toda la información de manera exhaustiva se debe requerir el compromiso expreso de aceptación de la misma, como paso previo al compromiso de adopción.

X. Puede observarse que cuando se relaciona la maternidad subrogada con la adopción internacional la prioridad es evitar el tráfico internacional de menores, proteger sus derechos y buscar y priorizar el interés superior del menor. Ahora bien, son fenómenos que aún estando relacionados requieren, a mi juicio, una atención individualizada, concreta y específica y una regulación concienzuda al respecto capaz de dar respuestas coherentes, equitativas y razonables en aras

de la protección de los niños. No se debe abusar del Convenio de La Haya de 1993, por parte del órgano jurisdiccional para salir de esta emboscada jurídica emitiendo sentencias de adopción internacional cuando en realidad son casos de maternidad subrogada, lo que supone un evidente fraude de ley.

BIBLIOGRAFÍA

- ADROHER BIOSCA, S. (2018). La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor. *RCDI*, núm. 769, 2429-2463.
- ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, M.^a M. (2015). Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *La Ley. Derecho de Familia*, 13 de octubre, 1-10.
- BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016). Algunos retos pendientes en la protección de los derechos de los niños. El derecho a la identidad. En C. Martínez García (coord.). *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Aranzadi, 726-742.
- CALVO BABÍO, F.- OUALD ALI, K.- DELGADO FERNÁNDEZ, A.- RODRÍGUEZ BENOT, A.- ESPÍNOSA CALABUIG, R.- SAGHIR, T.- GÓMEZ VALENZUELA, E. (2007). *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Coord. Esteban de la Rosa. 1.º ed. Pamplona: Aranzadi.
- CALVO CARAVACA, A., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 759-882.
- (2008). Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española. *Diario La Ley*, núm. 6953, 1-19.
- CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2004). *La adopción internacional en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.
- CARRILLO CARRILLO, B. (2003). *Adopción internacional y convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Comares.
- DURÁN AYAGO, A. (2009). La nueva regulación de la adopción internacional. En E. Llamas Pombo (coord.). *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: La Ley, 543-566.
- GARAU JUANEDA, L. (2018). Comentario del artículo 27. En O. Monje Balmaseda (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado, 888-890.
- GARCÍA ABURUZA, M. P. (2015). A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 1-11.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016). El sistema de protección de menores en España. En C. Martínez GARCÍA (coord.). *Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Aranzadi, 435-462.
- GÓMEZ CAMPELO, E. (2009). *La ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*. Madrid: Reus.

- GONZÁLEZ MARÍN, N. (2005). Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/120/180>
- (2012). *Maternidad subrogada y adopción internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 163-193. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>
- LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 1-89.
- LÓPEZ AZCONA, A. (2013). La problemática de los menores en situación de desamparo en Derecho español y marroquí. *ADC*, núm.3, 1087-1093.
- MARCHAL ESCALONA, N. (2013). La *kafala* islámica: problemática y efectos. *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos para los menores y jóvenes del siglo XXI*. Granada, 237-270.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. (2018). El notario ante la gestación por sustitución. *El Notario del siglo XXI*, núm. 82. Disponible en: <http://www.elnotario.es/practica-juridica/8651-el-notario-ante-la-gestacion-por-sustitucion>
- PÉREZ GIMÉNEZ, M. T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción. *Revista Derecho, empresa y sociedad*, núm. 12, Dykinson, 64-81.
- PERTUSA RODRÍGUEZ, L. (2018). Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 597-614.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017). La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida: El caso de la maternidad subrogada. *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 99, 49-78.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). La declaración de idoneidad en la adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre). *Actualidad Civil*, núm. 10, 1134-1160.

NOTAS

¹ Vid preámbulo del RD 521/2005, de 13 de mayo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Adopción internacional.

² DURÁN AYAGO, A. (2009). La nueva regulación de la adopción internacional. En E. Llamas Pombo (coord.). *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: La Ley. 543.

³ Las adopciones internacionales tocaron techo en 2005. Se hablaba entonces del *boom de la adopción internacional* en España. Actualmente se encuentra en descenso, fundamentalmente por razón de la crisis económica pero también por el alargamiento de los plazos que se equiparan a los de la adopción nacional que además es menos costosa. También existe una mayor conciencia de su complejidad.

⁴ GÓMEZ CAMPELO, E. (2009). *La ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*. Madrid: Reus, 8. Según CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 772, no debe confundirse con el concepto de adopción *transfronteriza* que implica

bien el traslado internacional del menor después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España. Por tanto, toda adopción transfronteriza es internacional pero no toda adopción internacional es transfronteriza.

⁵ Vid Preámbulo de la Ley 26/2015.

⁶ Dice LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 79, que así se cierra el paso al uso fraudulento, no generalizado ciertamente, de que han sido objeto ciertas instituciones extranjeras de protección de menores y en particular, la *kafala*, con el único objeto de lograr la posterior adopción del menor en España.

⁷ El artículo 40 del Código civil dispone que para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual.

⁸ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 791.

⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 797, explican que en estos casos la conexión se anticipa. Todavía no se tiene la residencia habitual en España, pero se tendrá en el futuro. Esta conexión anticipada es necesaria para evitar la aplicación de la ley de un país en cuya sociedad el adoptado muy pronto dejará de estar integrado.

¹⁰ Para GÓMEZ CAMPELO, E. (2009). *La ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*. Madrid: Reus, p.136, es desafortunada la introducción de condiciones *ad futurum* en la determinación de la ley aplicable, pues se impregna la regulación de subjetivismo. Entiende que los posibles lazos que vaya a crear el adoptado en España son posibles y altamente probables, pero al igual que la competencia judicial se fija mediante conexiones reales, considera que la misma exigencia debe darse para determinar la ley aplicable.

¹¹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008). Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española. *Diario La Ley*, núm. 6953, 4.

¹² Vid artículo 17 LAI y 176. 2.º, 1.ª, 2.ª y 4.ª del Código civil.

¹³ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 795. Por otra parte, según el artículo 24 LAI, cuando la autoridad extranjera que va a constituir la adopción, siendo el adoptante español y residente en dicho país, solicite información sobre él a las autoridades españolas, el cónsul podrá recabarla de las autoridades del último lugar de residencia en España, o facilitar la información que obre en poder del Consulado o pueda obtener por otros medios.

¹⁴ Vid Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Apartado IV.

¹⁵ DURÁN AYAGO, A. (2009). La nueva regulación de la adopción internacional. En E. Llamas Pombo (coord.). *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*. Madrid: La Ley, p.546.

¹⁶ Los estudia con detalle GONZÁLEZ MARÍN, N. (2005). Los acuerdos bilaterales en materia de adopción internacional firmados entre España y Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia y Filipinas. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. 2005. [En línea], disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/120/180>

¹⁷ Vid al respecto, CARRILLO CARRILLO, B. (2003). *Adopción internacional y convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Comares, 40 y sigs.

¹⁸ El listado actualizado a fecha 8 de mayo de 2018, [En línea] disponible en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/SiEstasEnElExtranjero/Documents/ConveniodelaHaya.pdf>

¹⁹ El artículo 3 del Convenio de La Haya hace referencia al *niño*, entendiendo por tal al que no ha alcanzado la edad de 18 años. En relación al adoptante no se establecen limitaciones, por lo que pueden ser matrimonios ó parejas de hecho de distinto o igual sexo y personas solteras.

²⁰ CARRILLO CARRILLO, B. (2003). *Adopción internacional y convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Comares, 33 y sigs., enumera y desarrolla los principios que se desprenden de la Convención de derechos del niño y que sintetiza en: Principio de subsidiariedad de la adopción, principio de subsidiariedad de la adopción transnacional, principio de autoridad competente, principio de cooperación de autoridades, prohibición de obtener beneficios financieros indebidos, principios relativos a los requisitos para la constitución de la adopción y principio de equivalencia de garantías.

²¹ El artículo 22 permite adopciones en las que no intervengan estas autoridades centrales, sino organismos acreditados e incluso sin acreditar si cumplen las condiciones de integridad, competencia profesional, experiencia y responsabilidad exigidas por dicho Estado y están capacitadas por su calificación ética y por su formación o experiencia para trabajar en este ámbito. De cualquier forma, cualquier Estado parte puede declarar que cuando la adopción sea de menores con residencia habitual en su territorio solo podrá llevarse a cabo si intervienen autoridades centrales y no por tanto para este supuesto.

²² En nuestro caso, se exige que venga acompañada de la correspondiente traducción a idioma oficial español y la correspondiente legalización como la apostilla, según los artículos 144 y 323 LEC, respectivamente.

²³ En relación al ordenamiento jurídico español, atentaría contra el orden público, por ejemplo, la adopción de descendientes que permiten algunos Estados; si se prueba que el consentimiento se ha obtenido mediante pago, o está viciado por error, coacción o miedo; si el menor ha sido secuestrado para alejarlo de sus padres biológicos, etc.

²⁴ Vid artículos 25 y 39 del Convenio de La Haya.

²⁵ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 812, explican que tampoco se admitiría si la adopción es constituida por un mero contrato entre las partes afectadas en país extranjero, aunque allí fuera válida; ni la intervención de una autoridad extranjera que actuase como un mero fedatario.

²⁶ En Vietnam o en Nepal, por ejemplo.

²⁷ A estos requisitos ha añadido en numerosas resoluciones la DGRN que la adopción sea referida a menores de edad, salvo en casos muy específicos en los que el adoptado hubiera estado en situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que hubiera cumplido los 14 años, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 175.2 *in fine* del Código civil.

²⁸ Se puede considerar que el requisito de la idoneidad tiene su origen en el Convenio de La Haya de 1993, en sus artículos 5 y 15. La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de adopción, acogimiento familiar y otras formas de protección, no contenía ningún precepto que exigiese la idoneidad de los adoptantes en las adopciones internacionales.

²⁹ Vid Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor y el Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento familiar y adopción. De este último, interesa el Título III, artículos 14 y 16.

³⁰ Vid PÉREZ GIMÉNEZ, M.T. (2018). El control ¿judicial? de la adopción. *Revista Derecho, empresa y sociedad*, núm. 12, Dykinson, 69 y sigs.

³¹ Como dice VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). La declaración de idoneidad en la adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre). *Actualidad Civil*, núm. 10, 1152, aún se debe pasar por una última garantía, como es la denominada por la normativa autonómica, *selección o asignación* de los adoptantes, entre los que ya han sido declarados idóneos, por lo que con tal tamiz se terminará de amparar el interés superior del menor

como principio presente en todo el proceso. Así, por ejemplo, en Andalucía, el artículo 18 del Decreto 282/2002, hace referencia al orden cronológico de iniciación del procedimiento, con excepciones.

³² Sobre esta materia es interesante la STS de 24 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 138). Hace referencia a la necesidad de dar explicaciones razonables cuando se entiende que hay circunstancias relevantes que han cambiado y que ponderadas de manera objetiva ponen en evidencia la inidoneidad.

³³ En este sentido, ALBERRUCHE DÍAZ FLORES, M.^a M. (2015). Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *La Ley. Derecho de Familia*, 3.

³⁴ En adopción internacional, antes de llevar a cabo la valoración psico-social que determine la idoneidad de quienes se ofrecen para la adopción es necesario tener claro a qué país quieren dirigir su ofrecimiento, pues los requisitos que se piden no son siempre los mismos. Por ello, es necesario confirmar que además de cumplir con la ley española, se cumple también con la del país de origen del menor. Por ejemplo, no en todos los países de origen se permite que adopten personas solteras o parejas homosexuales.

³⁵ Se trata de una materia sensible, pues aún partiendo de que nos encontramos ante un requisito que exigen los países de origen de los menores, que es positivo para ellos porque ayuda a detectar posibles dificultades de integración familiar y social y que al mismo es un compromiso adquirido por las familias solicitantes; no es menos cierto que las condiciones para desarrollar estos seguimientos son poco conocidas por las mismas, no son uniformes en las diferentes comunidades autónomas y plantean muchas dudas en cuanto a procedimiento, costes y rigurosidad en cuanto al tratamiento de la información de carácter personal que contienen. Por esta razón, existen numerosas quejas de las familias que en ocasiones han declarado sentirse indefensas e impotentes ante seguimientos que consideran abusivos en lo económico e intrusivos en lo personal y familiar; siendo, en su caso, las sanciones que conllevan multa, desproporcionadas. Es interesante leer el *Manifiesto Cora* de octubre de 2013, sobre los seguimientos postadoptionarios. Cora es la coordinadora de asociaciones de adopción y acogimiento y miembro del Consejo Consultivo de Adopción Internacional en representación de las familias. [En línea], disponible en: <https://www.coraenlared.org/2014/01/10/manifiesto-cora-sobre-los-seguimientos-post-adoptionarios/>

³⁶ La aplicación de la ley nacional del adoptado prevista en el artículo 19.1 LAI procederá únicamente cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptado.

³⁷ En relación a la *Kafala*, vid. LÓPEZ AZCONA, A. (2013). La problemática de los menores en situación de desamparo en Derecho español y marroquí. *ADC*, núm. 3, 1087-1093. Explica esta misma autora en Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia. *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2016, núm. 2185, 79 y 80, que se trata de una institución singular de Derecho islámico que no resulta asimilable a ninguno de los mecanismos de protección de menores que contempla la legislación española aunque presenta similitudes con la tutela ordinaria y sobre todo, con el acogimiento familiar pues la adopción está expresamente prohibida en la religión musulmana. La *kafala* no genera un vínculo de filiación ni de parentesco entre el menor y quienes lo cuidan que se obligan personalmente a asumir, no obstante, su educación, también en la fe del Islam y su manutención. Por ello, el titular de la *kafala* no tiene la patria potestad respecto del menor que queda a su cuidado y bajo su protección, no asumiendo su representación legal. La *kafala* y el acogimiento tienen atribuidas funciones coincidentes como son las derivadas del ejercicio de la guarda, si bien la *kafala* genera otros efectos adicionales en materia de nacionalidad y régimen de los apellidos. Resulta obvio que no es una tutela en cuanto que su contenido se restringe al ámbito personal y permite la concordancia de apellidos entre el *kafil* y el *makful*. Por su parte, MARCHAL ESCALONA, N. (2013). La *kafala* islámica: problemática y efectos. *Actas del I Congreso sobre retos sociales y jurídicos*

para los menores y jóvenes del siglo XXI. Granada, 239-241, explica que existen dos modalidades de *kafala*, la judicial y la notarial. La primera en relación a los menores declarados en abandono y la segunda, en relación a progenitores que entregan a sus hijos al *kafil* de manera privada. Solo a la judicial se le reconocen efectos jurídicos en España equiparándola a la tutela ordinaria o al acogimiento pero nunca a la adopción.

³⁸ Vid también el artículo 15. 2 y 3 LAI.

³⁹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008). Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la ley española. *Diario La Ley*, núm. 6953, 2.

⁴⁰ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 785.

⁴¹ Tradicionalmente conocidas como ECAIS.

⁴² Según BARTOLOMÉ TUTOR, A. (2016). Algunos retos pendientes en la protección de los derechos de los niños. En C. Martínez GARCÍA (coord.). *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Aranzadi, p.732, la búsqueda viene motivada por una sensación de pérdida de origen. Las personas adoptadas sienten su identidad incompleta y necesitan saber de dónde vienen, quiénes eran sus parientes y por qué fueron abandonados. Se trata de un deseo más de índole moral o psicológica, que no siempre pretende un encuentro con sus padres biológicos sino el encontrarse uno mismo y obtener información sobre cuestiones genéticas o de salud. Se trata de un hito en nuestra legislación, incorporado por la LAI, atendiendo al principio de libre desarrollo de la personalidad de las personas adoptadas.

⁴³ Evidentemente los organismos acreditados, antes ECAIS, cobran por sus servicios y el precio en cuestión depende del país de origen del menor. Así, por ejemplo, una adopción en Rusia puede importar 20.000 euros; en China 17.000 euros o en Colombia 15.000 euros, aproximadamente. Vid al respecto, entre otras, <https://www.tuabogadodefensor.com/coste-la-adopcion-internacional/>

⁴⁴ En ocasiones, la acreditación es doble pues estos organismos acreditados también tienen que obtenerla en el Estado de origen.

⁴⁵ El artículo 9 LAI hace referencia a la comunicación entre las autoridades centrales españolas y las de otros Estados, que debe coordinarse de acuerdo con lo previsto en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, aunque no sean parte del mismo.

⁴⁶ Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Ver artículos 15 y 16. De igual modo, el Reglamento CE núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Además, se han de tener en cuenta otras disposiciones, por ejemplo, el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, o el Reglamento 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesión *mortis causa*.

⁴⁷ GARAU JUANEDA, L. (2018). Comentario del artículo 27. En O. Monje Balmaseda (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado, 890.

⁴⁸ Actualmente prevista para el 30 de junio de 2020. Sobre los efectos de la Ley 20/2011 en relación con la inscripción de adopciones constituidas en el extranjero por autoridades extranjeras, vid, GARAU JUANEDA, L. (2017). La Ley 20/2011, del Registro Civil, y sus efectos en el Derecho Internacional Privado español». *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 69/2, epígrafe 3.

⁴⁹ Vid RDGRN de 15 de julio de 2006. En este sentido, CALVO CARAVACA, A y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 785.

⁵⁰ Vid artículo 2.1 del Instrumento de ratificación de 27 de enero de 1981 del convenio núm. 17 de la Comisión Internacional del Estado civil, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977.

⁵¹ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 855. Recuerdan estos autores que la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, obliga a practicar la inscripción registral aunque no puedan averiguarse los datos de filiación natural.

⁵² GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016). El sistema de protección de menores en España. En C. Martínez GARCÍA (coord.). *Tratado del menor. La protección jurídica de la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Aranzadi, 459-460.

⁵³ Las circulares e instrucciones más significativas en relación a la inscripción de la adopción y adopción internacional son las siguientes: Instrucción de 1 de julio de 2004, de DGRN, por la que se modifica la regla primera de la Instrucción de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción.; Resolución-Circular de 31 de octubre de 2005, de DGRN, en materia de adopciones internacionales; Instrucción de 28 de febrero de 2006, de DGRN, sobre competencia de los Registros civiles municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales; Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de DGRN, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

⁵⁴ Redactado por la Disposición final segunda de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio.

⁵⁵ Introducido por la Disposición adicional séptima de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad.

⁵⁶ CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). La adopción internacional. En M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. V. Las relaciones paterno filiales I. Pamplona: Aranzadi, 853-854.

⁵⁷ Vid., artículo 41 de la Ley del Registro Civil.

⁵⁸ Explica CALZADILLA MEDINA, M.^a A. (2004). *La adopción internacional en el Derecho español*. Madrid: Dykinson, 315, que el momento exacto en que el adoptado adquiere los apellidos de los adoptantes cuando la adopción se lleva a cabo en el extranjero dependerá de lo previsto en la legislación del país de origen, siendo posible que se plantee el reconocimiento de la adopción en nuestro país y que ya el adoptado disfrute de los apellidos de los adoptantes porque la autoridad extranjera que constituyó la adopción ya se los otorgó. Incluso, si fuera mayor de edad, podría mantener los de origen si fuera para él un trastorno importante cambiarlos.

⁵⁹ Artículo 10 LTRHA: 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del otro contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por esta vía será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

⁶⁰ Así, Grecia, Portugal, Georgia, Kazajistán, Rusia, Ucrania, Canadá, USA, entre otros. ADROHER BIOSCA, S. (2018). La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor. *RCDI*, núm. 769, 429, explica que el descenso mundial de la adopción internacional, junto con los serios interrogantes que la maternidad subrogada plantea, hacen que la adopción y el acogimiento familiar nacionales vuelvan al primer plano como una alternativa de formación de familias, pero sobre todo como el mejor modo de cuidado para los menores que viven en residencias en España.

⁶¹ GONZÁLEZ MARÍN, N. (2012). *Maternidad subrogada y adopción internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 171 y sigs. La autora hace referencia a la Comisión Especial de seguimiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia

de adopción internacional, convocada por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado, celebrada del 17 al 25 de junio de 2010, donde se presentó el epígrafe «Maternidad subrogada y adopción internacional: conexión y problemas planteados», con el siguiente orden del día: 1. Ejemplos de situaciones que han producido problemas; 2. Situaciones en que la madre portadora y los padres solicitantes residen en países distintos, incertidumbre sobre la situación del niño; 3. Alcance del Convenio de La Haya sobre Adopción internacional.

⁶² *Vid.*, en este sentido, el caso *Paradiso y Campanelli*.

⁶³ Previamente en 2009, se había resuelto un recurso de alzada y la resolución correspondiente ordenaba la inscripción de la filiación llevada a cabo tras una gestación por sustitución en USA. (R. DGRN de 18 de febrero. *RJ* 2009, 1735). Dice PERTUSA RODRÍGUEZ, L. (2018). Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 603, que la Dirección General utilizó para ello las herramientas de Derecho internacional privado en el ámbito de reconocimiento de documentos públicos extranjeros, sin entrar a valorar el fondo del asunto, apoyándose en el artículo 81 RRC y con base en los principios de interés superior del menor y de tutela judicial efectiva.

⁶⁴ Caso *Mennesson v. Francia*.

⁶⁵ GARCÍA ABURUZA, M. P. (2015). A vueltas con los efectos civiles de la maternidad subrogada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 10.

⁶⁶ Esta sentencia de la Gran Sala (*JUR* 2017, 25806) revoca otra anterior de 27 de enero de 2017, sección 2.^a (TEDH 2015/17), en la que se consideran los vínculos familiares de facto, al tener en cuenta que los demandantes habían pasado con el niño los seis primeros meses de su vida comportándose como sus padres.

⁶⁷ La proposición de ley reguladora de la gestación por subrogación presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos propone que la gestación por subrogación no tenga carácter lucrativo o comercial.

⁶⁸ PERTUSA RODRÍGUEZ, L. (2018). Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, núm. 2, 607 y sigs., explica la forma de materializar la inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular, de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

⁶⁹ MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F. (2018). El notario ante la gestación por sustitución. *El Notario del siglo XXI*, núm. 82, [En línea] disponible: <http://www.elnotario.es/practica-juridica/8651-el-notario-ante-la-gestacion-por-sustitucion>, explica que la DGRN lleva obstinada desde 2009 en inscribir las filiaciones de los nacidos en Estados que autorizan esta práctica sin importarle las decisiones de los tribunales, dando por conforme con el orden público español la gestación por sustitución. Se trata de una *concepción formal* del orden público internacional español, pues la inscripción solo se rechaza cuando lo presentado es una certificación registral extranjera no atendiendo al fondo material del asunto.

⁷⁰ Para RUIZ-RICO RUIZ, G. (2017). La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida: El caso de la maternidad subrogada. *Revista de Derecho Político. UNED*, núm. 99, 62, indudablemente una de las claves, si no la principal se centra en el alcance y límites del principio convencional y constitucional del interés del menor, que debe ser un criterio prevalente y hegemónico a la hora de autorizar la inscripción de la filiación, pues el rechazo de la legalidad de esta última provoca inevitablemente un perjuicio y desprotección en el hijo gestado por subrogación. A mi juicio es muy interesante como en el caso *Paradiso y Campanelli v. Italia*, el TEDH considera que el principio del interés superior del menor aconsejaba en ese supuesto concreto que el menor fuera separado de la familia de intención, poniendo de relieve la primacía de su interés y derechos sobre los de los padres de intención, lo que en este caso concreto se traduce en respetar el cauce marcado por el ordenamiento jurídico para la inscripción de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución.

⁷¹ GONZÁLEZ MARÍN, N. (2012). *Maternidad subrogada y adopción internacional*. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 191-192.

⁷² Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993. Instrumento de ratificación del 30 de junio de 1995 y Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

⁷³ GÓMEZ CAMPELO, E. (2009). *La ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*. Madrid: Reus, 46-60.

⁷⁴ El artículo 22.2 del Convenio de La Haya recoge las llamadas *adopciones independientes* permitiendo que una persona u organismo gestione la tramitación de la adopción con determinados límites que evidencien su formalidad y funcionamiento adecuado. No obstante, la nueva legislación de protección de menores limita la posibilidad de tramitar adopciones en el extranjero sin intervención de organismos intermediadores a los casos en los que el país de origen del niño sea miembro del Convenio de La Haya, y con ciertas condiciones. *Vid.*, al respecto, GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016). El sistema de protección de menores en España: La adopción. En C. Martínez García (coord.). *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*. Pamplona: Aranzadi, 435-462.

⁷⁵ El Convenio de la Haya exime de este trámite a los Estados parte en el mismo, entre ellos.

⁷⁶ *Vid.* artículo 17 c) del Convenio de La Haya y artículo 5 f) de la Ley de adopción internacional.

⁷⁷ *Vid.* Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁷⁸ Las explica detalladamente, GÓMEZ CAMPELO, E. (2009). *La ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate*. Madrid: Reus, pp.73 y sigs.

⁷⁹ En este sentido, CALVO BABÍO, F., OUALD ALI, K., DELGADO FERNÁNDEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., ESPÍNOSA CALABUIG, R., SAGHIR, T., y GÓMEZ VALENZUELA, E. (2007). En G. Esteban de la Rosa (coord.). *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. 1.º ed., Pamplona, 182.

⁸⁰ Las Comunidades Autónomas deben desarrollar la normativa del Convenio de La Haya de 1993 y el artículo 25 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor, directamente inspirada en él, al tener asumidas en sus Estatutos de Autonomía las competencias legislativas en materia de bienestar y asistencia a menores.

⁸¹ Hacen un estudio detallado de los requisitos para la acreditación de una ECAI, CALVO BABÍO, F., OUALD ALI, K., DELGADO FERNÁNDEZ, A., RODRÍGUEZ BENOT, A., ESPÍNOSA CALABUIG, R., SAGHIR, T., GÓMEZ VALENZUELA, E. (2007). En G. Esteban de la Rosa (coord.). *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. 1.º ed., Pamplona, 187-199.

⁸² *Vid.* CARRILLO CARRILLO, B. (2003). *Adopción internacional y convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993*. Granada: Comares, 103.

⁸³ Actualmente, serán acreditadas por el Estado previo informe de la Entidad pública del territorio en el que quieran actuar; siendo las Entidades públicas de las distintas Comunidades Autónomas quienes hagan las funciones de control, inspección y seguimiento de sus actuaciones en su territorio, y el Estado quien las realice respecto de sus actuaciones en el extranjero.

⁸⁴ Por poner un ejemplo, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones de integración familiar y acreditación de Entidades colaboradoras de adopción internacional, se refiere en sus artículos 11, 12 y 13 a la duración, revocación y limitación en los siguientes términos. Por un lado, la acreditación tendrá una duración de dos años, quedando prorrogada automáticamente por periodos anuales, salvo que la entidad colaboradora formulara renuncia con un plazo de antelación de seis meses a la fecha del vencimiento, en cuyo caso deberá finalizar la tramitación de todos los expedientes iniciados con anterioridad a dicha solicitud. Por otra parte, la propia Consejería de Asuntos Sociales, mediante resolución motivada y previa tramitación de expediente contradictorio, podrá dejar sin efecto la acreditación si la entidad colaboradora deja de

reunir las condiciones y requisitos exigidos, infringe el Ordenamiento jurídico, incumple los términos fijados por el órgano habilitante o no hubiera tramitado ningún expediente durante el periodo de dos años. Por último, podrá ser causa de revocación de la acreditación, el que alguno de los Estados de origen de los menores, establezca un límite en el número de entidades colaboradoras que puedan actuar en su territorio. En este caso, la Consejería de Asuntos Sociales puede celebrar una convocatoria pública para la obtención de las correspondientes acreditaciones, de acuerdo con los criterios objetivos que a tal efecto se dicten.

*(Trabajo recibido el 26-7-2018 y aceptado
para su publicación el 31-1-2019)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 15-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Mojácar.

SENTENCIA DECLARATIVA DE LA RESOLUCIÓN DE UN DERECHO INSCRITO: NO PUEDEN CANCELARSE ASIENTOS POSTERIORES SI SUS TITULARES NO HAN SIDO DEMANDADOS.

La cuestión planteada ya ha sido tratada anteriormente por esta Dirección General (*vid.*, por todas, las resoluciones de 21 de junio y 26 de noviembre de 2012 y 23 de mayo de 2014). Según esta doctrina ya reiterada, la sentencia declarativa de una resolución de permuta dictada en pleito entablado solo contra uno de los permutantes, no permite —ni siquiera aunque se hubiera pactado condición resolutoria explícita— la cancelación automática de los asientos posteriores que traigan causa de este último.

Por el contrario, es necesario tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; d) que se canceló por caducidad la anotación preventiva de demanda practicada, y e) que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución.

Resolución de 17-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2.

ANOTACIONES PREVENTIVAS: PRÓRROGA.

Según el mencionado artículo 86 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas pueden prorrogarse a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, siempre que la prórroga sea anotada antes de que caduque el asiento. Como ya afirmó este Centro Directivo en resolución de 22 de octubre de 1980, es indudable que la alternativa a que se refiere dicha norma legal no tiene un carácter indiscriminado que permita utilizar cualquiera de los dos medios indistintamente, sino que debe utilizarse el adecuado a la anotación que se desea prorrogar, por lo que siempre que se trate de una anotación ordenada por la autoridad judicial es a ella a quien corresponde ordenar igualmente la prórroga, según se deduce del propio texto literal del referido artículo 86 y lo confirma el artículo 199 del Reglamento Hipotecario al reiterar la expresión «decretadas». La misma conclusión se desprende de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La eficacia de las medidas cautelares no puede quedar al arbitrio de una de las partes litigantes, sino que corresponde al juzgado o tribunal ante el que se esté sustanciando el procedimiento en cuestión, como resulta de los artículos 5.1 y 723 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e igualmente del artículo 726.2 de la misma Ley, que extiende la competencia del tribunal a la duración temporal de la medida cautelar.

Resolución de 18-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: POSIBLE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Es doctrina reiterada y consolidada que la protección que el Registro de la Propiedad brinda al dominio público no debe referirse únicamente a aquel que conste inscrito, tutela que se hace más evidente a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, que prevé en varios preceptos que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público; protección que también resulta de lo dispuesto en distintas leyes especiales (resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016 y 4 de septiembre de 2017).

En caso de dudas de invasión del dominio público resulta, por tanto, esencial la comunicación a la Administración titular del inmueble afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión, y tal intervención solo puede producirse durante la tramitación del procedimiento correspondiente. El mero indicio o sospecha del registrador acerca de la titularidad pública del camino no puede ser determinante para mantener la calificación sin que la Administración y los titulares de fincas colindantes hayan tenido la oportunidad de pronunciarse en el procedimiento correspondiente.

Por tanto, tal y como se ha indicado, será una vez tramitado el procedimiento cuando, a la vista de la intervención de la Administración supuesta-

mente titular de lo que a juicio del registrador constituye dominio público que pudiera resultar perjudicado, pueda calificarse si efectivamente existe invasión de dicho dominio público. Por todo lo expuesto, debe entenderse que lo procedente es iniciar la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Tías.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: CALIFICACIÓN URBANÍSTICA DEL SUELO.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Las sucesivas redacciones legales en la materia serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción.

En el caso de la inscripción de escrituras de declaración de obra nueva, como recuerda la resolución de 30 de mayo de 2016, resulta con claridad la existencia en nuestra legislación de dos vías para su lograr su registración, la ordinaria del apartado primero del artículo 28 de la actual Ley de Suelo y la prevista con carácter excepcional en el apartado cuarto, que trata de adecuarse a la realidad de edificaciones consolidadas de hecho por el transcurso de los plazos legales para reaccionar, por parte de la Administración, en orden a la restauración de la legalidad urbanística infringida.

Respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística, cuya definitiva apreciación debe quedar al ámbito procedimental administrativo o contencioso administrativo. Cumpliendo tales requisitos, ciertamente, puede resultar muy conveniente, pero legalmente no es imprescindible, aportar una prueba documental que certifique por parte del Ayuntamiento, como órgano competente en sede de disciplina urbanística, la efectiva prescripción de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir.

Es decir, a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Precisamente, entre las razones por las que la nueva ley exige la georreferenciación precisa de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación que se pretenda inscribir en el Registro de la Propiedad, se encuentra plenamente incluida, sin extralimitaciones, dentro de la finca registral del declarante de tal edificación, y por otra, que se pueda calificar en qué medida tal superficie ocupada pudiera afectar o ser afectada por zonas de dominio público, o de servidumbres públicas, o cuál sea la precisa calificación y clasificación urbanística del suelo que ocupa. Así se compatibiliza el régimen del artículo 28.4, basado en la no exigencia general de previo título habilitante y la comunicación posterior a la Administración, con la necesaria preservación respecto a la actividad edificatoria, evitando distorsiones en su publicidad registral, del suelo de dominio o interés público —cfr. resolución de 27 de febrero de 2014 y artículos 30.7 de la Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, y 15 y 16 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas—, como el propio artículo deja a salvo.

En el presente supuesto, si bien se cumple la exigencia de acreditar por alguno de los medios previstos en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo la antigüedad suficiente para el posible transcurso de los plazos de restablecimiento, el registrador plantea una motivación concreta y expresada en la nota de calificación, justificada por los medios de que dispone, con referencia a los distintos presupuestos impeditivos de la aplicación del citado precepto, en este caso, el tratarse de suelo sujeto a un particular régimen de ordenación que determina, a priori, la imposibilidad de que operen los plazos de prescripción de medidas de protección de legalidad urbanística, según la ubicación geográfica que identifica la finca. De hecho, como señala el registrador en su informe preceptivo, el recurrente no niega ni la citada calificación urbanística del suelo ni el fundamento de la calificación registral, si bien considera que el régimen de imprescriptibilidad de las acciones de restablecimiento de la legalidad urbanística no resulta aplicable en este caso por encontrarse acogido a una contra excepción a la regla general de prescripción en base al artículo 35 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias.

Sin embargo, no cabe acoger favorablemente esta alegación del recurrente por dos órdenes de motivos. En primer lugar, porque la representación gráfica que ahora aporta junto con el recurso no la aportó al Registro junto con la documentación presentada para su calificación. En segundo lugar, la aplicación del régimen previsto en el artículo 35 de la citada Ley 4/2017, de 13 de julio, de Canarias, respecto al denominado «suelo rústico de asentamiento», está condicionada, como resulta de su apartado 1, a la «ausencia de determinación expresa del plan insular de ordenación» en cuanto al concepto de «núcleo de población», siendo así que el Plan Insular de Ordenación de Lanzarote aprobado por Decreto 63/1991, de 9 de abril, del Gobierno de Canarias, determina como núcleo urbano más próximo a la finca en cuestión el de La Asomada (lo que se desprende igualmente de la propia descripción registral de la finca), núcleo distante más de 500 metros en línea recta de aquella.

Esta Dirección General ya se ha pronunciado sobre la posibilidad de invocar el artículo 28.4 a obras declaradas en suelos de especial protección —resoluciones de 28 de febrero de 2015 y 30 de mayo de 2016—, siempre que la antigüedad de la edificación según certificación técnica, catastral o municipal, sea anterior a la vigencia de la norma que impuso un régimen de imprescriptibilidad al suelo no urbanizable de protección o a la propia calificación urbanística.

Todo ello sin perjuicio de que se obtenga la oportuna resolución de la Administración que, en ejercicio de sus competencias en disciplina urbanística y con los mayores elementos de prueba de que dispone, declare la situación de fuera de ordenación o asimilado a fuera de ordenación por transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad de la edificación, bien porque se compruebe una mayor antigüedad suficiente, bien porque la finca sobre que se asienta la edificación efectivamente no se encuentre incluida en suelo de especial protección, desvirtuando la información disponible por el registrador. Por lo que, en los términos que quedan expuestas, no cabe en este caso la inscripción al amparo del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Resolución de 19-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Concentaina.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL OTORGANTE.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del comunero otorgante de la escritura, no cabe acceder a la inscripción de la adjudicación por extinción de comunidad toda vez que esta requiere el unánime consentimiento de todos los que según el Registro son cotitulares del bien cuando afecte al pleno dominio de los mismos. Debe confirmarse por tanto la calificación emitida por la registradora al entender imprescindible la previa inscripción de la cuota de titularidad dominical a favor del compareciente para poder inscribir la escritura de extinción de comunidad calificada.

Resolución de 19-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

BIENES ADQUIRIDOS POR CÓNYUGES SUJETOS A RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo, a las relaciones patrimoniales entre cónyuges es de aplicación la norma de conflicto establecida en la ley estatal. Esta norma actualmente está constituida por los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil, como especialidad respecto de lo establecido en el apartado 1 del mismo artículo. Sin embargo, debe tenerse presente la entrada en vigor del Reglamento (UE) núm. 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos-matrimoniales en el que España participa entre diecisiete Estados miembros y que será aplicable a partir del día 29 de enero de 2019.

Pero, hasta que dicho día llegue, habrá de estarse a la normativa nacional integrada por el artículo 9, apartados 2 y 3, del Código civil y, en todo caso, por los artículos 159 del Reglamento Notarial y 36 del Reglamento Hipotecario.

Debe tenerse presente que la entrada en juego de un ordenamiento extranjero no supone la renuncia a la determinación de la situación jurídica publicada ni que el notario español pueda adoptar una actitud pasiva. De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6 CC) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Tales reglas están ciertamente flexibilizadas para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, pues no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico—matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 Reglamento Hipotecario). No obstante, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico-matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Como puso de relieve este Centro Directivo en resolución de 20 de diciembre de 2011, una vez realizada por el notario autorizante dicha labor de precisión del carácter legal del régimen económico—matrimonial (derivado de la aplicación de las normas que disciplinan los posibles conflictos de Derecho interregional—o, como en este caso, de Derecho internacional privado—, desvaneciendo así toda posible duda sobre el origen legal o convencional de dicho régimen), no puede el registrador exigir más especificaciones sobre las razones en que se funda su aplicación, pues según el artículo 159 del Reglamento Notarial, «basará la declaración del otorgante», entendiéndose este Centro Directivo, como ha quedado expuesto, que dicha manifestación se recogerá por el notario, bajo su responsabilidad, tras haber informado y asesorado en Derecho a dicho otorgante.

Resolución de 19-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU INCORPORACIÓN A LA INSCRIPCIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La constancia en el Registro de los datos de identificación catastral, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016), es una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria. Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria.

Debe aclararse que la actuación registral en su día practicada por la entonces titular del Registro de la Propiedad de Arganda del Rey número 1 no precisa de la emisión de una nota de calificación formal al estar amparada por los artículos 43, 44 y 45 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, sin que ello constituya obstáculo o impedimento alguno para que en su día se hubieran interpuesto los recursos procedentes frente a la negativa de incorporación de las referencias catastrales correspondientes, como lo acreditan las numerosas resoluciones que, en sede de recurso gubernativo, han sido emitidas por esta Dirección General.

Del contenido de la instancia resulta que el recurrente solicita la rectificación del contenido del Registro por haberse producido error en su contenido derivado, no de defecto alguno en el título que la causó, sino en la forma en que se llevó a cabo la inscripción. La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho — lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

Como ha quedado expuesto, conforme al artículo 40 LH, uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. El artículo 217, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria así lo dispone. Parece claro, a la vista del citado artículo, que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación.

De la doctrina expuesta en las consideraciones anteriores resulta que no concurre causa alguna que justifique la rectificación del contenido del Registro. En primer lugar porque no concurre el consentimiento de la registradora de la propiedad, ni la oportuna resolución judicial (art. 217 de la Ley Hipotecaria). En segundo lugar, porque según señala la registradora no estamos ante ninguna de las situaciones patológicas analizadas —inexactitud o error—, sino ante el resultado de la función calificadora de la registradora, que le llevó a la incorporación de solo alguna de las referencias catastrales por considerar que solo esas se correspondían con las fincas objeto del título.

Como ya ha advertido esta Dirección General, para que puedan acceder al Registro los datos identificativos de la parcela catastral, la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título debe ser calificada por el registrador (cfr. resolución de 6 de mayo de 2016).

Resolución de 19-10-2018

(BOE 3-12-2018)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 3.

RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS: RENUNCIA DE UNO DE LOS TITULARES.

Esta Dirección General tiene declarado que la renuncia abdicativa de los bienes inmuebles constituye título material inscribible en el Registro de la Propiedad

(resoluciones de 10 de enero y 18 de febrero de 2003), como manifestación del principio de libertad civil que en sede de dominio proclama el artículo 348 del Código civil. Si la renuncia se refiere a un elemento independiente integrado en un régimen de propiedad horizontal, la renuncia de un propietario afecta directamente a los otros, con independencia de que sea indefinido o temporal el incremento de la razón o proporción que a cada uno corresponde en la base de reparto (art. 3.4 de la Ley de Propiedad Horizontal) no solo de los gastos generales sino también de la aportación al fondo de reserva (artículos 9 y adicional de la Ley de Propiedad Horizontal). Los demás propietarios (en las relaciones internas) no son terceros jurídicamente extraños sino terceros jurídicamente interesados. Lo que, como vamos a ver, impone la necesidad, si no para la validez o eficacia substantiva de la renuncia, desde luego para su inscripción, del consentimiento de todos.

La renuncia del titular de una cuota indivisa del dominio que lleve anejo el derecho de uso exclusivo temporal por turnos, afecta directamente a los otros. De las consideraciones anteriores resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. Acreditada la renuncia abdicativa llevada a cabo por las cotitulares de una de las cuotas de uso de un apartamento sujeto a la Ley 42/1998, sujeto a su vez a la Ley aplicable a los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, esta Dirección General no discute ni el carácter renunciante de la cuota ni la consecuente posibilidad de acceso de la renuncia al folio de la finca. Cuestión distinta es el conjunto de requisitos que para la práctica de dicha inscripción resultan del ordenamiento jurídico y que han quedado expuesto en los párrafos anteriores.

No cabe, en primer lugar, afirmar que basta con la notificación practicada al presidente y al administrador de la comunidad. Un efecto jurídico como es el acrecimiento derivado de la renuncia abdicativa de un cotitular (resolución de 21 de octubre de 2014), no puede producirse en el patrimonio del destinatario por la mera realización de una notificación a un tercero por mucho que al mismo correspondan facultades de gestión y representación de la comunidad.

Consecuencia de lo anterior es que no cabe la inscripción de la renuncia sin que, simultáneamente, se practique la de aquellos a quienes el dominio acrece, lo que no puede llevarse a cabo sin que resulte el conjunto de requisitos exigidos por el ordenamiento habida cuenta de que en ningún caso la inscripción de la renuncia abdicativa implica la reactivación de la inscripción de dominio anterior a la del renunciante.

Resolución de 7-11-2018

(BOE 24-1-2019)

Registro de la Propiedad de Escalona.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Frente a la anterior redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, relativa a la posibilidad de obtener la inmatriculación en virtud de «títulos públicos otorgados por personas que acrediten de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos», ahora, la nueva redacción legal exige que se trate de «títulos públicos traslativos otorgados por personas que acrediten haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público». La diferencia esencial

entre ambas redacciones legales radica en los dos requisitos, uno relativo a la forma documental y otro al momento temporal, exigidos para acreditar que el otorgante de ese título público traslativo hubiera adquirido su derecho con anterioridad. Ahora, en cambio, con la nueva redacción legal, no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior; sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia.

Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

En el presente expediente el título previo de adquisición es una escritura de adjudicación de herencia en la que la fecha de fallecimiento del causante es anterior en más de un año respecto de la fecha del título traslativo. La nota de calificación recurrida se fundamenta en el hecho de que falta aportar el título de adquisición del causante, requisito que de ser exigido implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes. Y sin que cambie esta doctrina la existencia de una diferente titularidad catastral como señala el registrador, ya que el Catastro es una Institución cuya finalidad no es la publicidad a efectos jurídicos de las titularidades de inmuebles.

Es cierto que la labor del registrador en la búsqueda de la posible constancia previa de la finca que ahora se pretende inmatricular debe ser exhaustiva y este ha de extremar el rigor para evitar dobles inmatriculaciones, pero sin que de ello pueda colegirse una genérica obligación de los interesados de aportar en el procedimiento de inmatriculación cuanta documentación previa obre en su poder, pues la propia norma ha limitado tal exigencia al título previo al inmatriculador.

Resolución de 13-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH: NO ES EL APROPIADO PARA RECTIFICAR LA SUPERFICIE CONSTRUIDA. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

El apartado 1 del artículo 201 de la Ley Hipotecaria exceptúa en su letra e) la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de edificaciones, fincas o elementos integrantes de cualquier edificio en régimen de división horizontal o fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, expropiación o deslinde. Señala la norma que en tales casos, será necesaria la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Esta previsión indudablemente es aplicable a los supuestos de rectificación de descripción que no precisan expediente que se recogen en el apartado 3 del artículo 201. Cualquier rectificación descriptiva de una edificación debe cumplir los requisitos propios de una modificación de obra nueva, especialmente lo relativo a los requisitos urbanísticos.

Ahora bien, lo relevante para rectificar la superficie construida de una edificación no son los términos (más o menos precisos) en los que se solicita tal rectificación, sino si efectivamente de la documentación presentada resulta que se reúnen los requisitos propios para la modificación de una obra nueva. Y en este sentido la propia diligencia de subsanación también afirma que la modificación tiene «su fundamento tanto en el Catastro como en el certificado del arquitecto incorporado». Efectivamente, el título reúne todos los requisitos para la inscripción de la rectificación de la descripción de la edificación que se pretende, quedando claramente acreditada la antigüedad de la edificación en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 28 de la Ley de Suelo.

En el caso de este expediente, si bien es cierto que en la escritura inicialmente no se expresó la nueva descripción del edificio en su conjunto, en la diligencia de subsanación se contiene dicha descripción, siendo exactamente coincidente la nueva superficie construida de la edificación con la que resulta de los diferentes elementos en que se divide horizontalmente la finca. Y sin que por otra parte pueda compartirse la tesis del registrador, según matiza en su informe (y, por tanto extemporáneamente), de que un «edificio destinado a casa, cuadra y picadero, hoy casa con cochera y patio» no pueda dividirse en cuatro viviendas y dos locales comerciales, toda vez que resultan cumplidos todos los requisitos urbanísticos para la rectificación de la superficie construida, siendo la nueva descripción de la edificación, incluyendo los elementos de la división horizontal a que se refiere el título, coincidente con el certificado técnico que se incorpora.

Resolución de 13-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DESCRIPCIÓN DE LA FINCA.

Todos los documentos inscribibles deben cumplir las exigencias del sistema registral español (cfr. resolución de 26 de mayo de 1997), entre las que está la

debida descripción de la finca, pues en estas exigencias están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, suponen la protección de los intereses públicos, como son los que imponen la determinación del objeto del derecho a que se refiere la inscripción, objeto que en el presente caso está totalmente indeterminado. Es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral, con los importantes efectos que de la inscripción se derivan.

Resolución de 14-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS Y PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Cuando el registrador ha de calificar, conforme al 205 LH, si existe identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, la Ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por ello es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones. Habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la ley, o que al menos, tiene dudas fundadas sobre ella.

Como ha dicho anteriormente esta Dirección General (*vid.*, resoluciones citadas en el «Vistos»), la dicción legal —total coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral. No solo es evidente que la finca es la misma en ambos títulos y en el Catastro, sino que, además, la rectificación descriptiva efectuada es plenamente correcta ya que la descripción que debe acceder al Registro es la correspondiente a la representación gráfica catastral actualizada.

Como ya señaló esta Dirección General en la resolución de 29 de marzo de 2017, la mera circunstancia de hallarse una finca colindante incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, no determina por sí la existencia de duda de invasión del dominio público, más aún cuando de este procedimiento resulta controvertida la titularidad e incluso la naturaleza pública de dicha finca investigada (cfr. arts. 45 a 47 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre). Por tanto, la circunstancia de encontrarse algún lindero de la finca que se pretende inmatricular en investigación no puede impedir por sí la inmatriculación pretendida cuando en la calificación no existen dudas manifestadas de que pueda invadirse el dominio público, supuesto en el que, además, debería procederse conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, efectuando comunicación previa a la administración perjudicada.

La ubicación y delimitación gráfica de la finca resultará de su preceptiva georreferenciación, y que incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica con las correspondientes coordenadas georreferenciadas, el registrador puede (debe) obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro. Por ello el defecto no puede mantenerse, ya que el registrador debería haber obtenido directamente la certificación catastral con las coordenadas de la finca que establecen su delimitación y ubicación, y, consecuentemente, sus linderos.

Cuestión distinta es que la circunstancia de hallarse una finca incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, pudiera determinar la existencia de duda de invasión del dominio público. En tal caso se requeriría que tal duda se encontrase debidamente fundamentada y que se procediese conforme a lo prescrito en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a la existencia de un litigio pendiente, no puede confirmarse la calificación, ya que no consta en el registro asiento alguno que publique este procedimiento (cfr. art. 17 de la Ley Hipotecaria).

En el caso de este expediente, debe considerarse que la Ley estatal 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras, en su artículo 30.7 establece que «cuando se trate de inmatricular por terceros en el Registro de la Propiedad bienes inmuebles situados en la zona de servidumbre, en la descripción de aquellos se precisará si lindan o no con el dominio público viario. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración General del Estado, en la que se acredite que no se invade el dominio público». No obstante, no resulta aplicable en este caso concreto esta exigencia de informe previo dado que la carretera colindante no pertenece a la red estatal de carreteras, sino que es titularidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Por ello, hay que estar al modo general de proceder del registrador en los casos en los que existan dudas de invasión de dominio público cuando se pretenda la inmatriculación por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 15-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 19.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

El objeto de este expediente es un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que la finca objeto de adjudicación había sido tasada a efectos de subasta en la escritura de hipoteca en la cantidad de 56.199,64 euros. Celebrada la correspondiente subasta, esta quedó desierta, solicitando el ejecutante la adjudicación de la finca (que no constituye vivienda habitual) por la cantidad que se le debía por todos los conceptos, que asciende a 13.098,14 euros, equivalente al 23,31 por ciento del citado valor de tasación.

Entre esos aspectos sujetos a calificación se encuentra la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado. Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia de la ejecución de la hipoteca que la grava, solo puede llevarse a cabo por los trámites de alguno de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Hipotecaria. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va a terminar perdiendo la propiedad del bien objeto de ejecución. Entre esas garantías fundamentales está la de que la adjudicación, en caso de que la subasta quede desierta, se haga al ejecutante por una cantidad que respete unos porcentajes mínimos del valor de tasación de la finca hipotecada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, y el registrador debe, incluso

con más rigor que en el procedimiento ejecutivo ordinario, rechazar el acceso al Registro de la adjudicación.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Resolución de 15-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 13.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Con carácter previo ha de manifestarse que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

La primera objeción que plantea la registradora es que no consta la fecha de fallecimiento de la codemandada, doña L. M. Dicho defecto ha de confirmarse, dado que, según resulta de lo señalado en el segundo antecedente de hecho de la sentencia, el juez, después de hacer las averiguaciones correspondientes, consigue determinar la fecha de fallecimiento del titular registral, pero ningún dato que confirme la muerte de la codemandada. A la vista de estas circunstancias, en tanto no consta que la codemandada doña L. M. haya fallecido, debería haberse dirigido la demanda contra dicha señora, y no contra sus desconocidos herederos.

Se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si puede tener acceso al Registro una sentencia por la que se declara que el demandante ha adquirido por prescripción una determinada finca registral, considerando que dicha sentencia se ha dictado en un proceso que se ha seguido contra los desconocidos herederos del titular registral, cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo antes expuesta, el nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en un trámite excesivamente gravoso debiendo limitarse a los casos en que el

llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el presente caso, el procedimiento se ha seguido con los desconocidos herederos de los titulares registrales de la finca cuya titularidad reclaman los demandantes haber adquirido por prescripción. Ninguna persona concreta ha sido identificada ni citada personalmente como heredera presunta de dichos causantes. Tampoco se ha procedido al nombramiento de un administrador judicial que represente los intereses de la herencia yacente. Por todo ello, de conformidad con la doctrina expuesta en los anteriores apartados, procede confirmar el defecto impugnado.

Resolución de 15-11-2018

(BOE 5-12-2018)

Registro de la Propiedad de Mérida, número 2.

NOTA DE AFECCIÓN FISCAL: CANCELACIÓN.

Para proceder a la cancelación de la nota de afección fiscal del Impuesto de Sucesiones sería necesario, bien que se acredite el pago del impuesto con carácter firme o el transcurso del plazo de caducidad de dicha nota, bien que medie consentimiento de la Hacienda Pública que es el titular registral o resolución judicial firme que ordene dicha cancelación (cfr. arts. 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Ninguno de dichos extremos concurre en el presente caso, pues los recurrentes fundamentan su pretensión en la acreditación del pago del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana que nada tiene que ver con la nota marginal cuya cancelación se pretende.

Resolución de 19-11-2018

(BOE 11-12-2018)

Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN DE CALIFICACIÓN Y DESPACHO DE LOS TÍTULOS. RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS.

Debe partirse de la doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación del principio de prioridad consagrado en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria cuando se encuentra pendiente de despacho un título presentado anteriormente. La resolución de 4 de julio de 2013 considera que en tal caso ni siquiera hubiera tenido obligación el registrador de calificarla mientras no hubiese despachado el documento anteriormente presentado y cuyo asiento de presentación se encontraba vigente.

En la actualidad los medios para lograr la rectificación descriptiva son exclusivamente los que ya se han enunciado reiteradamente por esta Dirección General desde la resolución de 17 de noviembre de 2015: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida ins-

crita; —El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices: el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 19-11-2018

(BOE 11-12-2018)

Registro de la Propiedad de Mazarrón.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN: EXPRESIÓN DE TRANSMISIONES PREVIAS ANTERIORES A LA QUE RECOGE EL TÍTULO PRESENTADO. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: DETERMINACIÓN DEL PRECIO. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

Como ya señalara la resolución de 18 de septiembre de 1989, no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo, frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 de la Ley Hipotecaria), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente. Con independencia de si hubo o no consumación de la venta en virtud de tradición, lo cierto es que se reconoce la existencia de varios títulos de transmisión distintos y sucesivos, de suerte que el último de los adquirentes no deriva el suyo del vendedor inicial, sino de otros intermedios, por lo que la validez de esos títulos anteriores condiciona la del último.

El segundo de los defectos impugnados, relativo a la determinación del precio de la compraventa, debe ser confirmado, ya que existe una contradicción entre la cantidad de 132.757,24 euros que se expresan en el expositivo tercero y los 123.207,48 euros que aparecen en el otorgamiento, cláusula segunda. Resulta que existe una diferencia de 9.549,76 euros entre dichas cuantías, lo que conlleva una evidente falta de claridad y determinación (*vid.*, los arts. 1273 y 1447 y sigs. CC). Por otro lado, hay que recordar la doctrina reiterada de esta Dirección General sobre identificación de los medios de pago.

El último de los defectos impugnados consiste en que, en la escritura de rectificación y complemento de la anterior, el notario se limita afirmar que los comparecientes «intervienen en los mismos conceptos en que lo hacían en la escritura que por la presente se rectifica», no habiendo emitido juicio de suficiencia sobre la representación alegada. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo,

deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Resolución de 19-11-2018
(BOE 11-12-2018)
Registro de la Propiedad de Vitigudino.

HERENCIA: INSCRIPCIÓN EN LOS CASOS DE HEREDERO ÚNICO.

El artículo 14.3 LH y 79 del RH prevén la inscripción por instancia privada en los casos de herencia con heredero único. El requisito esencial es que se trate de heredero único sin persona alguna con derecho a legítima. En el supuesto que motiva el presente recurso, del testamento resulta que no es así, pues el testador instituye heredero único a su hijo, que sucede en virtud de testamento, pero lega a su esposa el usufructo. La especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057 CC), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Resolución de 21-11-2018
(BOE 11-12-2018)
Registro de la Propiedad de Cervera de Pisuerga.

DERECHO SUCESORIO CATALÁN: NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA Y PAGO DE ESTA.

En primer lugar, deben traerse a colación las características de la legítima catalana pues, como ha quedado indicado anteriormente, en el Derecho civil especial de Cataluña ha de basarse la resolución de este recurso. Y hay que partir de una clara afirmación, cual es que la legítima en ese derecho civil especial es un derecho de crédito (sin garantía real alguna «*de lega data*») que determinados parientes tienen contra los herederos del causante, no siendo exacto seguir calificándola como «*pars valoris bonorum*», dado que el legitimario carece de acción real.

Ciertamente, conforme al artículo 451-25.2, la legítima de los progenitores se extingue si el acreedor muere sin haberla reclamado judicialmente o por requerimiento notarial después de la muerte del hijo causante. Pero no es este el caso que se está analizando, sencillamente porque de los antecedentes reseñados queda patente que la legitimaria (a través de su representante legal) y la heredera han negociado previamente la forma de satisfacer —o pagar— ese crédito en que consiste la legítima (por lo que obviamente están de acuerdo en su existencia y el derecho de la perceptora), partiendo de la base de que la heredera (que parece evidente ostenta la vecindad civil catalana) quiere pagarla.

Por consiguiente, habiendo fallecido la legitimaria, la cuestión hace tránsito a la posición que adquiere su heredera, que la sucede en todos sus derechos y obligaciones (*ex art. 411-1 CC de Cataluña*) y por ende en los créditos a su favor —reconocidos en el presente caso por la deudora obligada a pagar la legítima—;

heredera que, por lo demás, puede también perfectamente ratificar el —mal llamado— mandato verbal.

Por tanto, si se conjuga el dato de que con la aceptación y ulterior adición de herencia se ha producido una ratificación por actos concluyentes, y los efectos que se derivan de la aplicación de los principios del derecho sucesorio (catalán en este caso), a la vista de la posición jurídica del heredero y de la naturaleza de la legítima en aquel ordenamiento, no se aprecian obstáculos que impidan la inscripción de la escritura calificada; sin que quepa entender, como erróneamente expresa la nota, que existe una posible donación en favor de una persona que después fallece, debiendo remarcarse, además en el presente caso que no existe perjuicio para tercero.

Resolución de 21-11-2018

(BOE 11-12-2018)

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE DEL INFORME DEL REGISTRADOR. REFERENCIA CATASTRAL: INCORPORACIÓN AL FOLIO REGISTRAL.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se extraen los argumentos en que basa la registradora su negativa a la pretensión de incorporación de los datos de polígono y parcela y referencia catastral, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

Como ha quedado expuesto, es la calificación negativa la que debe expresar una motivación suficiente de los defectos que, a juicio del registrador, se oponen a la inscripción pretendida. Pero el informe es un trámite en el que el registrador no puede añadir nuevos defectos ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

En cuanto a la constancia en el Registro de los datos de identificación catastral, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016), se trata de una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria. Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma [art. 9.b), párrafo séptimo]. Como ya ha advertido esta Dirección General, para que puedan acceder al Registro los datos identificativos de la parcela catastral, la certificación catastral descrip-

tiva y gráfica incorporada al título debe ser calificada por el registrador (cfr. resolución de 6 de mayo de 2016). Para que proceda la pretendida constancia registral de la referencia catastral es preciso que exista correspondencia entre la finca registral y el documento aportado para acreditar dicha referencia catastral, en el caso de este expediente, resolución emitida por la Gerencia Regional del Catastro en Madrid, en los términos que resultan del artículo 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario.

En el presente caso, la negativa de la registradora a la incorporación de los datos de polígono y parcela y referencia catastral se fundamenta en que tales datos de polígono y parcela ya se encuentran consignados en finca distinta —registral 6.511—, por lo que se requeriría consentimiento de su titular o resolución judicial al respecto. Constando asignada una referencia catastral a una finca ya inmatriculada, no es admisible, por aplicación de los principios hipotecarios de prioridad y tracto sucesivo, que pretenda atribuirse la misma referencia a otra finca.

Resolución de 22-11-2018

(BOE 11-12-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

TÍTULO INSCRIBIBLE: LIQUIDACIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan «*erga omnes*» de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional —artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria—), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador; y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro.

Es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. En este caso no se trata de un convenio regulador, sino de un procedimiento de liquidación judicial de gananciales. Esta Dirección General ha afirmado (cfr. resolución de 19 de julio de 2016) que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública; esta misma regla es aplicable, por la remisión legal que se efectúa según ha quedado expuesto, al caso de la liquidación judicial de gananciales.

Resolución de 27-11-2018

(BOE 22-12-2018)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y LA POSIBLE INVASIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Como ya se afirmó en la resolución de 2 de septiembre de 2016, el artículo 9 LH debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Como señaló la resolución de 12 de febrero de 2016, no siempre será necesario tramitar el procedimiento del 199 para la inscripción de la representación gráfica en los casos en que tal inscripción es preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria. Solo en aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). El artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento registral para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, dispone que «a la vista de las alegaciones efectuadas, el registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». No obstante, como ha reiterado este Centro Directivo, la dicción de esta norma no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador.

En el supuesto de este expediente, el problema estriba en que habiéndose tramitado el procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria para la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de la finca, dos de los titulares colindantes formularon oposición. En el presente caso, al tratarse de una representación gráfica alternativa, y a diferencia de otros supuestos resueltos anteriormente por este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 10 y 21 de noviembre de 2017), no existe identidad de la finca inscrita con la parcela catastral, por lo que no se respeta la plena coordinación entre las parcelas catastrales que resultan del procedimiento de concentración parcelaria y las fincas registrales (cfr. art. 237 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y resolución de 20 de abril de 2017). Además de que la consideración a laimetría y medición resultante de los planos de concentración, según se expresa en la calificación, justifican sobradamente las dudas de la registradora.

De la nota de calificación resulta que durante la tramitación del procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, fueron notificados el Concello de Boqueixón, la Consellería de Medio Rural y la Axencia Galega de Desenvolvemento Rural. Es evidente que la Administración ha sido notificada y ha tenido posibilidad de intervenir en el procedimiento y formular las alegaciones que hubiera tenido por conveniente, sin que esta se haya pronunciado de un modo negativo a la inscripción de la representación gráfica alternativa presentada, habiendo concedido expresamente licencia de segregación y agregación simultánea recogiendo las nuevas superficies consignadas en el título, por lo que las dudas de la registradora en este punto no deben tomarse en consideración.

Y en cuanto a la exigencia, con carácter preceptivo o, al menos conveniente, de que todas las alegaciones vengan acompañadas de una representación gráfica que sirva para sustentar lo afirmado en ellas, esta Dirección General ya ha puesto de relieve la conveniencia de que las mismas vengan acompañadas de un principio de prueba que sirva de soporte a la oposición a la inscripción de la representación gráfica (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»), pero ello no puede determinar la exigencia, con carácter obligatorio, de un trámite que no está contemplado en la norma de modo expreso.

Resolución de 28-11-2018

(BOE 20-12-2018)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL RECURRENTE. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 38.1 LH.

Como cuestión previa, se plantea en este expediente la relativa a la falta de acreditación de la representación por el recurrente. Del presente expediente resulta que por parte del registrador no se ha efectuado tal requerimiento de subsanación, ni que por tanto el mismo haya sido desatendido por parte del recurrente, con lo que inadmitir el recurso podría provocar indefensión en el mismo. Conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro, así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Debe, por tanto, confirmarse la calificación recurrida, al entender imprescindible la previa inscripción de la cuota de titularidad dominical a favor de la sociedad frente a la que se ejercita el retracto por los ahora recurrentes, con la consiguiente subrogación de estos en lugar de la referida sociedad compradora.

Resolución de 28-11-2018
(BOE 20-12-2018)
Registro de la Propiedad de Roa.

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN. INMATRICULACIÓN POR SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: REQUISITOS.

Con arreglo al artículo 326 de la LH no puede ahora tenerse en consideración para resolver el recurso la documentación que aporta el recurrente, porque no estuvo a disposición del registrador al redactar la nota de calificación impugnada.

Comenzando por el cuarto defecto incluido en la calificación impugnada (consistente en que no se acredita el transcurso de los plazos previstos en el artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que una sentencia dictada en rebeldía pueda ser objeto de inscripción), procede reiterar la doctrina sentada por este Centro Directivo en numerosas resoluciones. Esta cuestión ha sido objeto de un dilatado tratamiento por parte de esta Dirección General. En definitiva, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, apartado «Vistos»), solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria. Procede, por tanto, confirmar el defecto, sin que, como se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, pueda ahora valorarse la documentación aportada con el recurso y que no fue considerada por el registrador al emitir su calificación.

Se ha de partir de la doctrina reiterada por este Centro Directivo según la cual en juicio declarativo ordinario es posible la inmatriculación de fincas, sin necesidad de acudir a los procedimientos de inmatriculación específicos previstos en la Ley Hipotecaria. Siguiendo esa línea marcada en las resoluciones de esta Dirección General, la reforma de la Ley Hipotecaria llevada a cabo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, ha recogido en el artículo 204.5.º este título inmatriculador, aunque estableciendo una serie de cautelas o requisitos complementarios. A la vista de este precepto, debe confirmarse el defecto consignado por el registrador en la nota impugnada, dado que la sentencia objeto de calificación se ha dictado en un procedimiento en el que no consta que se hayan observado todas las formalidades y garantías previstas en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria.

Tampoco puede aceptarse la pretensión del recurrente de que la sentencia calificada sirva como título previo para acceder a la inmatriculación de las fincas a tenor de lo establecido en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en relación con la escritura de mediación de 14 de junio de 2017. Si se quiere plantear esta posibilidad, será necesario que ambos títulos se presenten simultáneamente para que el registrador pueda calificarlos y decidir si se cumplen o no los requisitos que para esta modalidad de inmatriculación establece el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 28-11-2018
(BOE 20-12-2018)
Registro de la Propiedad de Saldaña.

BASES GRÁFICA ALTERNATIVA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Como ya se afirmó en la resolución de 2 de septiembre de 2016, el artículo 9 LH debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación

cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Como señaló la resolución de 12 de febrero de 2016, no siempre será necesario tramitar el procedimiento del 199 para la inscripción de la representación gráfica en los casos en que tal inscripción es preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, de la Ley Hipotecaria. Solo en aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

Conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 15 de junio, 22 de julio y 29 de septiembre de 2016, entre otras), el procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria se inicia en virtud de la solicitud expresa del titular de la finca, en cumplimiento del principio de rogación. No obstante, se entiende solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore.

Cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: — Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a y b, de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita; — El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria; — Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

La aportación de un informe de validación catastral es suficiente para cumplir los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la representación gráfica y la remisión de la información correspondiente para su incorporación al Catastro, y ello con independencia de que el resultado de tal validación sea o no positivo. Si el resultado es positivo, supondrá que la representación gráfica es directamente incorporable al Catastro desde el punto de vista técnico, lo que no significa que sea inscribible en el Registro, ya que la representación de las parcelas colindantes afectadas deberá contar en todo caso con el consentimiento de sus titulares y, además, será objeto de

calificación por el registrador. En caso de validación negativa, ello impedirá la incorporación directa al Catastro pero esto no obsta que, en caso de calificación positiva por el registrador y tras la tramitación del pertinente procedimiento del artículo 199.2 en el que deberán intervenir los colindantes afectados, pueda inscribirse en el Registro la representación gráfica; considerando que tal informe de validación contendrá la representación de las partes afectadas y no afectadas de las parcelas colindantes y la determinación del perímetro catastral, y técnicamente permite la remisión de la información para su incorporación al Catastro, todo ello tal y como prevé el artículo 9.b) (cfr. resolución de 6 de febrero de 2018).

Es doctrina de esta Dirección General (*vid.*, por todas, resolución de 18 de febrero de 2014) que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que, al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación.

Resolución de 29-11-2018

(BOE 20-12-2018)

Registro de la Propiedad de Güimar.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Conforme al artículo 326 LH el presente recurso queda circunscrito exclusivamente a la segunda de las calificaciones referidas, por ser la que ha sido impugnada, sin poder tomar en consideración las alegaciones que el recurrente expresa respecto de los defectos indicados en la primera calificación la cual, por lo demás, no fue recurrida en plazo, de suerte que una pretendida impugnación de la misma habría de ser inadmitida por extemporánea. Cabe recordar, por otra parte, que el registrador no puede tener en cuenta en su calificación asientos caducados, no vigentes, pues a efectos del procedimiento registral es como si no hubieran estado presentados nunca.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Debe, por tanto, confirmarse la calificación recurrida, toda vez que la finca se encuentra inscrita a nombre de un tercero distinto del cedente del dominio según el título calificado, siendo por tanto imprescindible la previa inscripción a favor del mismo mediante la nueva presentación del título del que resulta su previa adquisición una vez subsanados los defectos que eventualmente exprese el registrador.

Resolución de 29-11-2018
(BOE 20-12-2018)
Registro de la Propiedad de Roa.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

Conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha declarado reiteradamente esta Dirección General, los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo recogidos en los artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria, obligan a denegar la práctica de asientos sobre una finca derivados de un título que, cuando se presenta en el Registro, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella que otorga el título presentado. La consecuencia de la falta de este requisito es incuestionable.

Conforme al principio de legitimación se consagra en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria referido a las inexactitudes del Registro que procedan de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y en general de cualquier otra causa no especificadas en la Ley; en todas estas, la rectificación precisará del consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. Por tanto, si el recurrente entiende que la titularidad reflejada en el Registro de la Propiedad es inexacta y la rectificación no puede obtenerse con el consentimiento unánime de todos los interesados, debe instar la correspondiente demanda judicial.

Este Centro Directivo ha admitido de forma reiterada en diversas resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010 y 7 de marzo y 15 de octubre de 2011) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados, pues en tales casos bastará para llevar a cabo la subsanación tabular la mera petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren y acrediten el error padecido. Pero en tanto no se aporte dicha documentación deberán respetarse los principios de legitimación y tracto sucesivo.

Como afirmó este Centro Directivo en su resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1 CC), de las que resulte que no se perjudica la legítima de los herederos forzosos. No nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son las de un legado con unas normas de partición. Así pues, siendo unas «normas de la partición» no se produce ninguno de los efectos dichos antes para la partición del testador, y por consiguiente, las operaciones de partición no son complementarias sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del artículo 1058 del Código civil.

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de Derecho común, que por según reiteradísima doctrina y jurisprudencia es «*pars bonorum*», en otra muy distinta («*pars valoris*»), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros.

Resolución 29-11-2018

(BOE 20-12-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

PROCEDIMIENTO DE DIVISIÓN JUDICIAL DE HERENCIA: REQUISITOS.

Nuestro Tribunal Supremo ha reiterado que el procedimiento judicial de división de herencia es un proceso de naturaleza especial por razón de su materia. Esta Dirección General, además, tiene declarado (*vid.*, resolución de 26 de marzo de 2014), que el procedimiento por el que se lleva a cabo la división judicial de una herencia: «(...) es un procedimiento incardinado en la jurisdicción contenciosa, no en la voluntaria (...), entendiéndose que, tras la reforma procesal del 2000, se trata de un verdadero proceso declarativo situado en la órbita de la jurisdicción contenciosa, distinto del de naturaleza voluntaria del juicio de testamentaria de la Ley de Enjuiciamiento anterior de 1881, pues estos procedimientos contemplan una situación de controversia, entre partes determinadas, que ha de ser resuelta jurisdiccionalmente, lo que los sitúa en el ámbito de la jurisdicción contenciosa y explica que la Ley de Enjuiciamiento Civil se haya ocupado de su regulación (...). Es el decreto de aprobación del letrado de la Administración de Justicia el que pone fin al procedimiento pero, a diferencia del supuesto anterior, no es título por sí mismo para producir la alteración del contenido del Registro de la Propiedad por prever la ley procedimental su protocolización por medio de notario. Resulta por tanto del régimen legal expuesto que debe acreditarse esta circunstancia por depender de ella el conjunto de efectos que pueden derivarse, entre los cuales se encuentra, en su caso, la alteración del contenido del Registro de la Propiedad.

Igual destino desestimatorio corresponde al segundo motivo pues no solo debe constar el decreto de aprobación que fundamenta la actuación notarial sino que debe resultar su firmeza. Los títulos que contengan actos o contratos inscribibles deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico, expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos. Por tanto, en relación con los documentos de origen judicial se exige que el título correspondiente sea una ejecutoria, siendo así que conforme al artículo 245.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial la ejecutoria es «el documento público y solemne en que se consigna una sentencia firme». Por su parte, de acuerdo con el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos». Conforme dispone el artículo 207, apartado

2, de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil: «Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

Como responsables de forma plena y exclusiva de la formación y custodia de los autos judiciales son los únicos funcionarios autorizados para expedir testimonio de su contenido con el fin de que se produzcan los efectos legalmente previstos. De aquí que cualquier otra copia del contenido de los autos que no sea la expedida por el letrado de la Administración de Justicia no puede producir los efectos reservados para estas en el ordenamiento jurídico por ser responsabilidad única y exclusiva de aquel trasladar, mediante testimonio, el contenido de los autos (al igual que solo la copia autorizada por el notario autorizante produce los efectos legalmente previstos; *vid.*, al respecto la resolución de 17 de julio de 2017).

Resolución de 30-11-2018

(BOE 20-12-2018)

Registro de la Propiedad de Barbate.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la Ley Hipotecaria). Es así mismo continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 324 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no de un título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada, o sin la previa rectificación del Registro en cuanto a los posibles errores o inexactitudes que se hayan podido producir a través de los procedimientos legalmente previstos, en los que, a su vez, deberá garantizarse el derecho de defensa del titular registral. En el presente caso, según resulta del contenido del Registro la finca consta inscrita a favor del Estado como bien de dominio público marítimo-terrestre en virtud del correspondiente deslinde, por lo que, conforme a los citados principios registrales de legitimación y de tracto sucesivo, el recurso no puede prosperar.

En efecto, en el caso objeto de este expediente, según resulta del contenido del Registro, aprobado el deslinde por orden ministerial de 1992, incluyendo en el mismo la finca aquí debatida, practicada la citada anotación preventiva de dominio público con fecha 5 de noviembre de 2009, y habiendo transcurrido el referido plazo de un año sin que se hubieran producido las anotaciones preventivas de demanda a solicitud de los titulares registrales afectados, se solicitó al registrador de la Propiedad mediante oficio de la Jefatura de la Demarcación de Costas en Andalucía-Atlántico (Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente) de 13 de diciembre de 2013 la conversión de la citada anotación de dominio público en inscripción de la finca a favor del Estado como bien de dominio público marítimo-terrestre, inscripción que se practicó en los términos interesados con fecha 21 de enero de 2014, constituyendo así dicho asiento, en protección y garantía del citado titular registral, un obstáculo para la inscripción del título de herencia cuya calificación es objeto de la impugnación aquí examinada, conforme a los citados principios registrales de legitimación y tracto sucesivo, lo que lleva necesariamente a la confirmación de dicha calificación.

Resolución de 30-11-2018

(BOE 20-12-2018)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE SUS CLÁUSULAS.

El registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Es cierto que esta Dirección General tiene declarado que el principio de especialidad o claridad del Registro es de general observancia en la inscripción de toda clase de derechos reales, pero con especial rigor en materia de hipotecas. De lo anterior se sigue la necesidad de extremar la calificación para evitar el acceso de derechos de hipoteca que impidan conocer debidamente y con la necesaria claridad su contenido. Ahora bien, siendo cierto lo anterior, es necesario poner de manifiesto que cuando la calificación entienda que de la documentación presentada a inscripción no resulte con la debida claridad los contornos o el contenido del derecho de hipoteca cuya inscripción se pretenda es preciso que se exprese con la debida precisión expresando los motivos concretos de los que se derive tal afirmación. La mera afirmación de que una cláusula es confusa no es suficiente pues deja en absoluta indeterminación el motivo en que se fundamenta impidiendo el debido ejercicio del derecho de impugnación. En el supuesto que da lugar a la presente, el registrador afirma que el carácter confuso de la cláusula impide conocer debidamente los tipos de interés a aplicar y las fechas de su pago. Sin embargo de los hechos resulta con la debida claridad la definición de los tipos de interés aplicables, tanto ordinario como de demora, así como los periodos de devengo y de pago. Si el registrador considera que esta información es insuficiente tendría que haber explicado el porqué.

Existen dos tipos de cláusulas abusivas a efectos de calificación registral: a) por un lado, aquellas estipulaciones respecto de las cuales la apreciación de la abusividad solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que solo pueden ser declaradas abusivas y nulas por los tribunales de justicia; y b) por otro lado, aquellas cláusulas que sean subsumibles en la llamada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley de Defensa de los Consumidores, que al ser abusivas en todo caso podrán ser objeto de calificación registral con base en la nulidad «*ope legis*» de las mismas declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013; así como aquellas cláusulas que vulneren normas específicas sobre la materia, como, por ejemplo, el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria sobre intereses moratorios o el artículo 6 de la Ley 1/2013, sobre las cláusulas suelo. Además, el rechazo registral de estas cláusulas solo podrá tener lugar si su subsunción en los conceptos jurídicos legales puede hacerse de forma objetiva y debidamente fundamentada, es decir, siempre que no sea necesaria una ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso para comprobar su inclusión (lo que nos llevaría al apartado anterior); y teniendo en cuenta que siempre que el registrador rechaza una cláusula ha de fundamentar adecuadamente su decisión.

En realidad el registrador no parece plantear que exista un supuesto de abusividad de una causa determinada de vencimiento anticipado sino que pueda atribuirse al acreedor, cualquiera que sea la causa invocada, la facultad de dejar «a su absoluta discreción la existencia de un supuesto de incumplimiento», por entender que en este caso se deja a su arbitrio la determinación de si concurre causa de vencimiento anticipado en contra de la previsión del artículo 1115 del Código civil. Sin embargo tampoco en este caso puede sostenerse la calificación por cuanto, con independencia de que la redacción de la cláusula en cuestión no es la más afortunada, lo cierto es que siempre que existe facultad unilateral de resolución, cualquiera que sea la causa, el acreedor afirma unilateralmente su concurrencia. Precisamente por este motivo la acción de ejecución directa debe basarse en una demanda en la que, junto al título ejecutivo han de acompañarse los demás documentos en que se fundamente.

Resolución de 5-12-2018

(BOE 27-12-2018)

Registro de la Propiedad de Vilalba.

MONTES VECINALES EN MANO COMÚN: INMATRICULACIÓN. TÍTULO INSCRIBIBLE: FOTOCOPIAS COMPULSADAS.

Como ha entendido el Tribunal Supremo (cfr. sentencias de 30 de septiembre de 1958, 17 de marzo de 1959, 10 de marzo de 1962, 1 de febrero de 1967, 18 de noviembre de 1996 y 17 de octubre de 2006), los montes vecinales en mano común, tan frecuentes en Galicia y cuya vida jurídica se desarrolló en el exclusivo campo del derecho consuetudinario, fijado por la jurisprudencia, constituyen un caso de comunidad germánica, ya que la titularidad y aprovechamiento de los mismos corresponden a los vecinos de las respectivas demarcaciones terri-

toriales, siendo inalienables, indivisibles e imprescriptibles, y sin atribución de su titularidad a los municipios o a otros entes locales. Esta peculiar titularidad de los montes vecinales en mano común ha sido consagrada por la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. Como ha expresado el Tribunal Supremo, la titularidad corresponde a los vecinos de la parroquia o lugar al que esté adscrito el monte, «vecinos de una parroquia determinada constituida en auténtica comunidad en mancomún al margen por completo de su entidad eclesiástica o civil» (sentencia de 5 de junio de 1965), de suerte que el concepto «parroquia» —que tiene como antecedente de unidad territorial y de explotación la «villa»— debe tomarse, a estos efectos, como grupo social característico y diferenciado».

Para tener la consideración de tal, el monte vecinal requiere de un acto expreso de clasificación, dictado por el Jurado Provincial correspondiente (art. 9 de la Ley del Parlamento de Galicia número 13/1989, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común), a través del procedimiento legalmente previsto. La resolución firme de clasificación de un terreno como monte vecinal en mano común habrá de contener los requisitos necesarios para su inmatriculación en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, y vendrá acompañada de planimetría suficiente que permita la identificación del monte.

En consecuencia, el título inmatriculador para lograr la inscripción primera de un monte vecinal en mano común en el Registro de la Propiedad, viene constituido por la resolución firme de clasificación dictada por el Jurado Provincial correspondiente. Por lo tanto, y a la vista de ello, no puede entenderse que la instancia privada suscrita por el presidente del Monte Vecinal en Mano Común constituya título inmatriculador alguno, máxime cuando lo solicitado en la misma no es la inmatriculación del monte vecinal, sino de once fincas que se corresponden con once parcelas catastrales, por mucho que su titularidad catastral corresponda al mismo.

Sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento inmatriculador se haya realizado y deba calificarse conforme a la legislación vigente a la fecha de otorgamiento del título, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas, la inscripción que se practique ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria. Ello es así porque el modo de practicar los asientos y las circunstancias de estos debe ajustarse siempre a las normas vigentes al tiempo de extenderse, aunque el título sea calificado e inscribible según una legislación anterior. Debe, en consecuencia, confirmarse la calificación de la registradora por cuanto de la documentación aportada no resulta una descripción del monte «Barrazoso-Fregavella», comprensiva de su superficie y linderos, máxime tras la resolución estimatoria de los recursos de reposición presentados que excluían de la clasificación los montes de «Cañotal», «Corva» y «Peteira».

En cuanto al defecto señalado por la registradora consistente en la falta de concreción de la parroquia de situación de las fincas, resulta evidente, del examen de la documentación obrante en el expediente, tras la exclusión de la clasificación como monte vecinal de los de «Cañotal», «Corva» y «Peteira», que el monte vecinal «Barrazoso-Fragavella» está situado exclusivamente en la parroquia de Ladra, debiendo estimarse el recurso en cuanto a este concreto defecto.

Siguiendo el criterio de esta Dirección General mantenido en las resoluciones de 9 de febrero y 29 de junio de 2017, aunque los documentos protocolizados

no son originales, sino copias compulsadas, no cabe negar autenticidad a dicha copia. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas, dispone en su artículo 27 que «cada Administración Pública determinará los órganos que tengan atribuidas las competencias de expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos o privados», que «la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales podrán realizar copias auténticas mediante funcionario habilitado o mediante actuación administrativa automatizada» y que «las copias auténticas realizadas por una Administración pública tendrán validez en las restantes Administraciones». En el presente caso, las copias protocolizadas constan diligenciadas con un sello oficial y la firma de un funcionario público que certifica en fecha determinada la correspondencia de la copia con su original. Por lo tanto, y no habiéndose cuestionado en la nota de calificación la competencia y facultades de dicho funcionario para extender tales diligencias, dichas copias protocolizadas en la escritura han de ser reputadas como copias auténticas de su original.

Resolución de 5-12-2018

(BOE 31-12-2018)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 5.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ha sido definido el exceso —y defecto— de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación con su naturaleza y alcance, y con base en los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Es consolidada la doctrina de este Centro Directivo acerca de que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (cfr. resoluciones citadas en «Vistos»). En el presente caso, resultan fundadas las dudas de la registradora, manifestadas con toda claridad en la nota de calificación. No puede estimarse la alegación del recurrente relativa a la ausencia de oposición en el expediente, ya que esta circunstancia no puede excluir la calificación por el registrador de la identidad de la finca en los términos expresados en los fundamentos anteriores.

Resolución de 5-12-2018

(BOE 31-12-2018)

Registro de la Propiedad de Utrera, número 1.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 205 de la Ley Hipotecaria establece que «el Registrador deberá verificar la falta de previa inscripción de la finca a favor de persona alguna y no habrá de tener dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras que hubiesen sido previamente inmatriculadas». Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Como ha señalado esta Dirección General, la apreciación de dudas de que la finca que se pretenda inmatricular coincida con otra no tiene por qué referirse a la totalidad de la finca sino que debe evitarse la coincidencia incluso parcial con otras fincas inscritas, por lo que es correcto el proceder de la registradora señalando la finca de la que se estima que puede proceder por segregación la que ahora se pretende inmatricular. Además, en el caso que nos ocupa en la calificación quedan identificadas circunstancias suficientes que justifican tal coincidencia siquiera de forma indiciaria o parcial. Finalmente hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados.

Relacionado con el defecto, cabe plantearse aquí como ya se hizo en la resolución de 5 de mayo de 2016, si en casos como el presente, continúa o no siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario. Tras la nítida desjudicialización de tales procedimientos, como se proclama en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015 y se materializa en su articulado, ya no se mantiene la posibilidad de tramitación de tales expedientes en sede judicial, ni la posibilidad de resolverlos mediante simple auto. Y tal supresión afecta tanto a la anterior potencialidad de ordenar la inmatriculación de fincas por vía del expediente de dominio del anterior artículo 201, como a la de resolver las dudas registrales fundadas cuando se hubiera utilizado la vía de los anteriores artículos 205 o 206 de la Ley Hipotecaria. En el presente caso además del procedimiento judicial declarativo, podría acudirse previamente al específico procedimiento notarial de inmatriculación previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria, en cuya tramitación, con las garantías y con audiencia de los interesados que señala tal precepto (en especial los titulares de fincas colindantes o de la finca que se ha identificado como coincidente), podrían disiparse las dudas alegadas por la registradora. Pero lo que ya no cabe, en modo alguno, es la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 5-12-2018

(BOE 31-12-2018)

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de la Palma.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PROCEDIMIENTO.

El régimen jurídico del tratamiento de la doble inmatriculación entre dos fincas o más fincas o partes de ellas cambia sustancialmente tras la entrada en

vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, pues ahora es objeto de una novedosa regulación, y además, con rango de ley, debiendo por tanto entenderse tácitamente derogado el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en virtud de la disposición derogatoria de la propia Ley 13/2015.

Tras la entrada en vigor de la nueva ley, el primer requisito para iniciar la tramitación del procedimiento de subsanación es que el registrador aprecie la existencia de doble inmatriculación. Una vez considere esta posibilidad, deberá efectuar las notificaciones y extender la nota marginal que ordena el mismo, a fin de intentar recabar todos los consentimientos precisos para proceder en la forma prevista en los apartados cuarto a séptimo del nuevo artículo 209 de la Ley Hipotecaria. En el caso de que el registrador, una vez realizadas las investigaciones pertinentes en los términos fijados por el citado artículo antes transcrito, concluya que, a su juicio, no hay indicios de la doble inmatriculación, deberá rechazar la continuidad de la tramitación, quedando a salvo la facultad de los interesados para acudir al procedimiento correspondiente, en defensa de su derecho al inmueble.

A este respecto, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el caso concreto de este expediente, el registrador se limita a señalar en su calificación que «se deniega el inicio del expediente de doble inmatriculación de las fincas que constan en el precedente documento, por no apreciarse la coincidencia de las fincas relacionadas en el mismo, y, en consecuencia, la posibilidad de doble inmatriculación, total o parcial». Puede razonablemente concluirse que en la instancia presentada se aportan suficientes indicios para poder permitir al registrador efectuar la labor de investigación de cuáles son las fincas afectadas por tal situación.

Resolución de 5-12-2018

(BOE 31-12-2018)

Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarrià.

FINCA RADICANTE EN DOS DISTRITOS HIPOTECARIOS: PROCEDIMIENTO.

El presente expediente tiene por objeto la decisión de la registradora de Callosa d'en Sarrià de denegar la expedición de una certificación literal del historial registral de determinada finca perteneciente en parte a su distrito hipotecario, certificación que ha solicitado el registrador de Villajoyosa, en cuyo distrito consta inscrita también en parte la misma finca, con objeto trasladar el historial de la finca conforme a la previsión de la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, en relación con los artículos 2 y 3 del Reglamento Hipotecario, con ocasión de la presentación en este último Registro de una escritura de compraventa en relación con dicha finca, que con anterioridad se había presentado en el primer Registro y suspendida su calificación por falta de acreditación del pago del impuesto (cfr. art. 254 de la Ley Hipotecaria).

Ninguno de estos principios hipotecarios, ni el de prioridad ni el de tracto sucesivo, como resulta con claridad del tenor literal y del alcance y finalidad de los citados preceptos de la Ley Hipotecaria, son aplicables a la emisión de

publicidad formal de los asientos del Registro mediante la expedición de las correspondientes certificaciones de su contenido, que no se ven afectadas por el efecto de cierre registral que resulta de los citados principios. La existencia de un asiento de presentación en el Libro Diario, causado por la presentación de una escritura de compraventa, presentada asimismo en el Registro que solicita la certificación literal con objeto del traslado y unificación de los historiales registrales correspondientes a la misma finca, no puede constituir por tanto, por sí mismo, obstáculo alguno para la emisión de tal certificación.

Igualmente debe ser revocado el segundo de los defectos, pues ningún precepto legal exige la aportación de una certificación administrativa de conformidad de los Ayuntamientos respectivos para la emisión de las certificaciones registrales previstas en el procedimiento de traslado, ni para la unificación de los historiales registrales de fincas ubicadas en el territorio de más de un término municipal, conclusión a la que conduce el examen de la regulación del citado procedimiento de traslado.

La disposición final primera del citado Real Decreto 195/2017, de 3 de marzo, da nueva redacción al artículo 2 del Reglamento Hipotecario. Esta Dirección General, en resolución de 7 de julio de 2017, ha interpretado esta norma en el sentido de que, respecto de una misma finca, como objeto jurídico único que es, solo será competente un único Registro de la Propiedad, y en particular, aquel en cuya circunscripción se ubique la mayor parte de la finca, entendiendo por tal la mayor parte de superficie de suelo, medida esta en proyección sobre el plano horizontal al nivel de la rasante del terreno.

Esta nueva norma reglamentaria sobre atribución de competencia exclusiva a un solo Registro respecto de cada finca, se complementa con el establecimiento de un régimen de transitorio para adecuar el paso de las situaciones registrales de las fincas ubicadas en el territorio de más de un Registro del anterior al nuevo régimen de competencia exclusiva, según lo establecido en la disposición transitoria cuarta del mismo Real Decreto y el artículo 3 RH.

Aunque el vigente artículo 2 del Reglamento Hipotecario ya no contempla la exigencia de especificar la cabida correspondiente a cada Sección o Ayuntamiento, como ocurría en su anterior redacción, esta Dirección General ha afirmado, en resolución de 7 de julio de 2017, que en la descripción de la finca, cuando la misma se encuentre situada en dos o más términos municipales, y a los efectos, entre otros, de efectuar las notificaciones registrales al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o al Catastro, según la normativa pertinente en cada caso, habrá de hacerse constar qué superficie y porción concreta de la finca está ubicada en cada término municipal. Determinación que se precisa, también, como se ha visto, para fijar la competencia territorial del registrador. Siendo certificación administrativa hábil a tal efecto, como señalara la resolución de este Centro Directivo de 7 de noviembre de 2017, la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica. Sin embargo, lo que solicita la registradora en su calificación no es esta certificación, sino otra distinta que tendría por objeto acreditar la conformidad para el traslado del historial registral de los dos Ayuntamientos en cuyos respectivos términos se ubica la finca, requisito totalmente ajeno a la regulación que acabamos de examinar.

Lo cierto es que en su nota de calificación la registradora ni alegó ni motivó la existencia de dudas sobre la identidad de la finca, ni sobre la realidad de las superficies especificadas en la descripción registral de las respectivas porciones ubicadas en los términos de Binamantell y de Sella (correspondiendo según tales descripciones 39.073,71 metros cuadrados a este último término municipal, de

la total cabida de la finca que asciende según la descripción que consta en el Registro y en el propio título a 55.909,21 metros cuadrados), así como tampoco estimó necesario proceder, con carácter previo al traslado, a la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Cuando existen dudas fundadas al respecto, debidamente expresadas por el registrador que en cada caso proceda, quedará en suspenso la traslación y unificación de folios reales, haciéndolo constar así por nota al margen de los mismos, hasta que con la oportuna georreferenciación de la finca y del distrito, ayuntamiento o sección o por resolución de este Centro Directivo, queden resueltas tales dudas, sin que dicha nota produzca el cierre registral de los respectivos históricos, que mantendrán su autonomía hasta tanto se proceda a resolver sobre la procedencia del traslado.

Resolución de 12-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY DE USURA EN LOS CASOS DE Préstamo FALSIFICADO.

Es cierto que la diligencia de subsanación del artículo 153 del Reglamento Notarial solo sirve para rectificar los errores materiales, las omisiones y los defectos de forma padecidos en los documentos notariales. Pero no es menos cierto que el mismo Reglamento, en sus artículos 251 y 263, establece que la reproducción auténtica de los documentos originales que les son exhibidos a los notarios puede hacerse bien mediante testimonio por exhibición de carácter independiente, o bien mediante testimonio de incorporación a la matriz de un instrumento público de los documentos complementarios que sean procedentes. Esta incorporación, por otra parte, puede realizarse bien directamente en el momento de la elaboración de la escritura matriz, bien posteriormente por medio de una diligencia de incorporación, sin que exista ninguna norma que exija la comparecencia y el consentimiento de las partes contratantes si, como ocurre en el presente supuesto, el requisito de información precontractual fue verdaderamente cumplido y se trata solo de una omisión formal en la confección de la escritura de préstamo hipotecario.

Señala el TS que dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierne exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predispuesta. El control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma

del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva que no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación.

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, para la aplicación de esos efectos comunes a la usura, basta con que se cumplan los requisitos de alguno de los tres supuestos tipificados en el artículo 1 de la Ley de 1908 para considerar el préstamo como usurario (préstamo usurario, leonino o falsificado), sin que sea preciso exigir la concurrencia de todos los requisitos, objetivos y subjetivos, previstos en el citado artículo. Cuando resulte evidente que, en realidad, el prestatario ha recibido una cantidad de dinero inferior a la nominalmente contratada (caso del denominado préstamo falsificado), como señala el Tribunal Supremo, «la aplicación de la usura se objetiva plenamente», de tal manera que hace posible la calificación registral de su concurrencia, si ello se deriva de los datos que obran en la escritura de constitución de hipoteca (art. 18 de la Ley Hipotecaria). Ello no implica que toda retención de cantidades por parte del prestamista o su entrega a terceras personas suponga, de forma automática, que nos encontramos en el supuesto de usura examinado. Antes al contrario, la regla interpretativa debe ser la de entender como verdaderamente entregadas al prestatario todas aquellas cantidades cuya finalidad sea atender el pago de deudas pendientes del mismo, aunque se verifiquen directamente a favor de sus acreedores, así como las cantidades que sean invertidas en el pago de obligaciones que son propias del deudor.

El registrador de la propiedad en su nota de calificación entiende que el contrato de préstamo que ha de garantizar la hipoteca cuya constitución se pretende es nulo, al suponerse recibida una cantidad superior a la verdaderamente entregada, fundamentalmente por la retención de los importes correspondientes al pago anticipado de los intereses, la comisión de apertura, los gastos relacionados con la formalización de la operación y los costes de intermediación. Es práctica frecuente en contratos de préstamos hipotecarios que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo —lo que concurre en este caso respecto de todos los conceptos—, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni aquellos que se opongan a una norma imperativa que los impute al prestamista, lo que resultaría contrario a lo dispuesto en el artículo 89.3 de la citada Ley.

El pago anticipado de los intereses es un sistema más de amortización de los préstamos, en el cual los intereses ordinarios se pagan al comienzo de cada periodo y, así, el efectivo inicial que recibe el prestatario será el importe del principal del préstamo menos los intereses correspondientes al primer periodo. Por tanto, no existiendo ninguna norma o interpretación jurisprudencial que proscriba de forma objetiva y automática el pago de los intereses por adelantado, de lo que es prueba la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no puede considerarse que tal cobro anticipado de todos los intereses ordinarios correspondientes al año pactado de amortización, incluso si estos se han descontado del capital convenido, implique que la cantidad entregada al prestatario sea inferior a la pactada.

En realidad, la «comisión de intermediación» constituye el precio o parte del objeto principal de un contrato suscrito por el deudor y el intermediario financiero, distinto del contrato de préstamo hipotecario, que es objeto de formalización e información precontractual al margen de este, por lo que ni tiene porqué constar en la «FIPER» del préstamo ni es calificable por el registrador de la propiedad. El pago directo por parte del acreedor, como ocurre en este caso, a la empresa intermediaria constituye, en consecuencia, un «pago a terceros» de obligaciones que son propias del deudor, por orden y cuenta de este. La conclusión es que el importe correspondiente a este concepto de «comisión de intermediación» debe entenderse como efectivamente entregado al prestatario. No debe confundirse la retención como medio de pago de la legal retribución de la empresa de intermediación independiente (número 2 de citado artículo 22), con la percepción por la misma de todo o parte del capital del préstamo para otros fines distintos, como por ejemplo al pago de una deuda anterior que tuviere con su actual cliente.

En relación con esta comisión de apertura, o porcentaje que cobra el prestamista por la realización de estudios y la prestación de servicios al peticionario vinculados con la concesión de un préstamo o crédito, el artículo 3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispone que las entidades acreedoras «podrán percibir comisiones o repercutir gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos». Y, por otra parte, según el artículo 16 en relación con el artículo 14 de la Ley 2/2009, aplicable a este supuesto por razón de la naturaleza del prestamista, el empresario, persona física o jurídica que, de manera profesional y sin ser una entidad de crédito, se dedique a la concesión de préstamos o créditos hipotecarios deberá informar al consumidor en la preceptiva «Ficha de Información Personalizada» o en la «Oferta Vinculante» acerca de «todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio». En consecuencia, para que la inscripción de la hipoteca sea posible es necesario que bien se aclare en qué concepto concreto y legítimo recibió don F. B. L. los citados 15.064,50 euros o, en caso contrario, tal cantidad deberá ser entregada efectivamente al prestatario. Inscripción de la hipoteca que, en cualquier caso, exigirá también, dados los efectos de nulidad radical y originaria anudados a la usura y antes expuestos, el consentimiento expreso del prestatario en favor del mantenimiento de la operación.

Debe recordarse que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (ej., sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 15 de marzo de 2018) son nulas por abusivas aquellas cláusulas que atribuyan, indiscriminadamente y sin distinción, el pago de todos los gastos e impuestos de las escrituras de un préstamo hipotecario al prestatario, por conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante y, además, porque según el artículo 89, números 2 y 3, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se considera abusiva «la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

El pago del impuesto de actos jurídicos documentados de los préstamos hipotecarios correspondía, en el momento de la firma de la escritura calificada, como ha sido ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 7 de noviembre de 2018, al prestatario; al igual que los gastos de tasación del inmueble, con las matizaciones que en la citada resolución se señalan. Respecto

de los gastos de Notaría, se puede concluir, en la misma línea que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 25 de marzo de 2018, que, a falta de pacto de distribución equitativa de la minuta notarial u otro hecho singular, el pago del concepto de escritura matriz corresponde al prestatario, mientras que los de la copia autorizada expedida con carácter ejecutivo corresponde al concedente del crédito. Por su parte, los gastos de Registro de la Propiedad corresponde pagarlos al prestamista, como persona a cuyo favor se practica la inscripción, si bien, algunos gastos registrales accesorios referentes a la publicidad registral, como los de la previa verificación de la situación registral del inmueble, podrán imputarse al prestatario. Por último, en cuanto los gastos de gestión, dado que en la situación vigente a la firma de la escritura calificada ambas partes estaban interesadas en la misma y a ambas beneficiaban los servicios de gestoría, cabe admitir una imputación igualitaria de sus costes o bien una imputación referida a la parte por cuya cuenta se verifica la respectiva gestión. Por tanto, también deberá rechazarse la inscripción de la hipoteca en supuestos como el presente, si no se aclara que el pago realizado lo es en concepto de «provisión de fondos» y, además, que solo cubrirá la parte de los respectivos gastos que legalmente fueran de cuenta del consumidor conforme a los criterios antes señalados.

Resolución de 12-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA LA HERENCIA YACENTE.

Como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Se trata nuevamente de dilucidar en este expediente si es inscribible un decreto de adjudicación dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido frente a los herederos desconocidos e inciertos del titular registral cuando no consta el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente. En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Para evitar la indefensión es preciso que se haya cumplido con la obligación de averiguar los domicilios de los desconocidos herederos demandados, por lo que la citación por medio de edictos fijados en el tablón de anuncios e incluso la notificación de la sentencia de primera instancia a través de su publicación en

el «Boletín Oficial del Estado» requiere que, previamente, se hubieran agotado todos los medios de averiguación que la Ley de Enjuiciamiento Civil impone. Y en el caso de la herencia yacente, aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

En el supuesto de este expediente, del decreto presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de don J. M. R. G. M. Por lo tanto, no cabe sino confirmar el defecto observado.

Resolución de 12-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3.

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 CC). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el Juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Esta Dirección General ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. resolución de 9 de julio de 2013) que la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo.

Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

En el presente caso, la transacción deriva del acuerdo alcanzado por las partes en un procedimiento de división judicial de herencia. En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. resolución de 9 de diciembre de 2010). La

protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 13-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de Ronda.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

De conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 5 de marzo y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.*, arts. 308 del Reglamento Hipotecario y 45 y 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística, cuya definitiva apreciación debe quedar al ámbito procedimental administrativo o contencioso administrativo. Ahora bien, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del presupuesto que configura la tipología del supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 28, número 4, del nuevo texto refundido de la Ley de Suelo, esto es, que se trate realmente de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes», requisito que obviamente, al definir el ámbito de aplicación objetivo de la norma, habrá de verificarse por parte del registrador en su actuación calificadoras.

El registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa aplicable a considerar se incluye, sin ninguna duda, los concretos planes de ordenación territorial o urbanística en vigor que afecten a la zona en cuestión, cuya naturaleza normativa no cabe discutir. Si la norma sustantiva aplicable dispone que si la edificación se realizara sobre terrenos calificados con régimen especial —generalmente sistemas generales, zonas verdes, espacios libres o suelo no urbanizable especial, según la diferente normativa autonómica— la Administración podrá actuar sin limita-

ción alguna de plazo, se deduce que, en esos supuestos particulares, no cabe la consolidación de la obra por antigüedad.

Hoy ya no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la delimitación geográfica de su ubicación precisa. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Constando al registrador, por los medios de calificación de que dispone, la concreta ubicación geográfica de una edificación o de la finca en la que se ubica, determinante, como se ha dicho, de un particular régimen jurídico aplicable, en este caso, la ordenación territorial y urbanística, no cabe sino afirmar la procedencia de suspender la inscripción de declaraciones de obra efectuadas por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, cuando así resulte de dicha normativa, siempre que el registrador, de forma motivada, lo justifique en alguno de los presupuestos que previene el citado artículo, como la afectación a suelo demanial, servidumbre de uso público o suelo de especial protección determinante de la imprescriptibilidad de la acción de restablecimiento de legalidad. Las dudas existentes sobre tal afección, siempre que estén justificadas, deberán solventarse mediante la resolución de la Administración competente que aclare la situación urbanística de la edificación.

A falta de una completa motivación en la nota de calificación sobre la eventual afección de la finca a tales situaciones de imprescriptibilidad, como afirmó la resolución de este Centro Directivo de 28 de junio de 2017, debe desestimarse la exigencia de acreditación administrativa previa sobre la calificación del suelo, o sobre la ausencia genérica de infracción urbanística, en orden a la inscripción de la declaración de obra por la vía del 28.4 de la Ley de Suelo.

Resolución de 13-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera.

OBRA NUEVA: INADMISIBILIDAD DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO PARA LA OBTENCIÓN DE LA LICENCIA DE OBRAS.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Más recientemente el mismo Tribunal Constitucional, en sentencia de Pleno número 143/2017, de 14 de diciembre, ha concretado su doctrina en relación con el tema específico del silencio administrativo en relación con las licencias urbanísticas, partiendo del criterio general de que la competencia de las comunidades autónomas en materia de urbanismo debe coexistir con la que al Estado atribuye el artículo 149.1.1.a y 18.a de la Constitución sobre establecimiento de condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de

la propiedad urbana, y en materia de «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas» y la de regulación del «procedimiento administrativo común».

En este contexto y por lo que se refiere, en particular, al régimen del silencio administrativo negativo incorporado a la citada regulación estatal en materia de autorizaciones o licencias de obras, resulta igualmente avalada por la reiterada sentencia 143/2017, de 14 de diciembre de 2017 del Tribunal Constitucional. La sentencia número 143/2017, de 14 de diciembre, considera que «tiene cabida en el procedimiento administrativo común el establecimiento de reglas que regulan el sentido del silencio administrativo tanto cuando se hace sin referencia a sectores materiales concretos (como lo hacen, por ejemplo, los párrafos 2 y 3 del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en relación con la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público o los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones), como cuando, aun afectando a una materia o sector concreto —ordenación del territorio y urbanismo—, se establece una regla general predicable a todo tipo de procedimientos o a un tipo de actividad administrativa (como, por ejemplo, en relación con el trámite de información pública en los procedimientos de elaboración de los planes urbanísticos [STC 61/1997, FJ 25.c]), o el régimen del silencio en los procedimientos bifásicos de aprobación de los planes urbanísticos [STC 141/2014, de 11 de septiembre, FJ 8 B) c)])». Como consecuencia de este planteamiento, y dado que la competencia legislativa sobre el urbanismo está atribuida a las comunidades autónomas, el Alto Tribunal en su referida sentencia 143/2017 entiende que es igualmente a las comunidades autónomas a quienes incumbe también la aprobación de «las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas generales o comunes del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias. Regla común del silencio administrativo que en el sector de la ordenación del territorio y urbanismo se establece en el ya citado artículo 9.7 del texto refundido de la Ley de Suelo 2008». Todo lo cual conduce a la conclusión de que la regla especial prevista en el apartado 8 del artículo 9 del texto refundido de la Ley de suelo 2008 (silencio negativo en materia de licencias de obras de edificación) no encontraría, con carácter general, su acomodo en la competencia estatal del procedimiento administrativo común *ex* artículo 149.1.18 de la Constitución española.

No obstante, afirma la sentencia 143/2017 en relación con dicho supuesto lo siguiente: «El apartado b) regula «las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta», con independencia de la situación del suelo. En el caso de la edificación, la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, establece una serie de requisitos básicos de la edificación destinados a garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (art. 3), al amparo del artículo 149.1.16, 21, 23 y 25 CE (disposición final primera), los mismos títulos que amparan al Estado para determinar, como especialidad *ratione materiae*, el carácter negativo del silencio de la autorización que exige para este tipo de uso del suelo». Distinto es el análisis que hace el Tribunal respecto de otras construcciones e instalaciones que carecen del carácter de edificación, excluidas, en consecuencia, de la Ley de ordenación de la edificación, en cuyo caso considera que cuando la construcción o implantación tiene lugar en suelo urbano o urbanizable, la autorización se limitará a verificar la adecuación del proyecto al planeamiento urbanístico vigente. Pero «en el caso del suelo rural, además de la verificación de legalidad, concurre la finalidad prevista en la legislación de preservar sus valores medioambientales». Y por ello el Tribunal hace en este punto un ejercicio de interpretación conforme afirmando que «la regulación del silencio negativo no será inconstitucional, con base en el

título competencial del artículo 149.1.23 CE, en los supuestos de «construcción e implantación de instalaciones» contemplado en el apartado b) pero solamente cuando las actividades y usos urbanísticos cuya autorización se solicita se lleven a cabo en suelo rural cuya transformación urbanística no esté prevista o permitida».

Basta por tanto lo hasta ahora dicho para desestimar este primer motivo de impugnación de la calificación basado en la competencia autonómica en materia urbanística, competencia que, como se ha señalado detalladamente, no puede impedir la concurrente aplicación de la norma estatal en materia de silencio administrativo en relación con las licencias de obras en los términos indicados, y que claramente excluye la posibilidad de entender adquirida por silencio administrativo positivo la licencia solicitada.

Hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo en cuanto al problema de determinar el alcance temporal de las normas aplicables a la inscripción registral de las escrituras de declaración de obra nueva. Las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y texto refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, hasta el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción.

Además, la regulación contenida en el artículo 344 de la citada Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias no constituye tanto una manifestación normativa plenamente autónoma y desconectada de la regulación estatal, sino antes al contrario una norma de acomodación al citado régimen estatal, como reconoce y proclama la propia exposición de motivos de la indicada ley. En consecuencia, puesto que en este caso la escritura de declaración de obra nueva cuya inscripción se pretende está otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de los artículos 11 y 28 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, es de aplicación la exigencia de que, declarándose la obra terminada, se acredite documentalmente la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la obra nueva conforme a la legislación aplicable.

Resolución de 13-12-2018

(BOE 3-1-2019)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 10.

HIPOTECA: PRÉSTAMOS NO CONCEDIDOS POR ENTIDADES DE CRÉDITO SUJETOS A LA LEY 2/2009.

La registradora pone de manifiesto en su nota de calificación que la persona física prestamista es también titular de otras hipotecas en garantía de otros

préstamos concedidos previamente, además de la que es objeto de calificación (en su informe preceptivo concreta que, al menos, es titular de seis hipotecas), que constan inscritas en distintos Registros de la Propiedad según consulta realizada al Servicio de Interconexión entre los Registros, por lo que entiende que la acreedora sí ejerce profesional o habitualmente la actividad de concesión de préstamos, siéndole, en consecuencia, aplicable lo dispuesto en la Ley 2/2009. Ha sido correcta la actuación de la registradora de la propiedad al acudir, como medio para completar la calificación y evaluación del cumplimiento de los requisitos legales por parte del acreedor, a la consulta del Servicio de Interconexión entre los Registros y no admitir sin más la manifestación negativa de la acreedora acerca de su condición de profesional, ya que la protección de los derechos de los consumidores exige extremar la diligencia y la utilización de todos los medios al alcance en el control del cumplimiento de la legalidad en este ámbito.

El carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido.

La prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones de 28 de julio de 2015 y 26 de julio de 2018) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario. Despejada la cuestión anterior, procede confirmar la aplicabilidad de la Ley 2/2009 al presente supuesto de hecho por concurrir no solo el presupuesto exigido por la misma relativo al carácter profesional de la actuación del prestamista, sino también los demás requeridos por dicha norma.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, no contempla diferente tratamiento en su articulado según el préstamo hipotecario recaiga o no sobre vivienda, por lo que puede deducirse que el legislador español ha querido ir más allá en la protección del consumidor que la normativa comunitaria, extendiendo las medidas de protección adoptadas con independencia del bien gravado, como también ha ampliado la extensión de dicha protección a las personas jurídicas prestatarias en los mismos términos que a las personas físicas.

Resolución de 14-12-2018
(BOE 3-1-2019)
Registro de la Propiedad de Llíria.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.

Entre los principios de nuestro Derecho hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propie-

dad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. La presunción «*iuris tantum*» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa a la inscripción de una sentencia dictada en un procedimiento seguido exclusivamente contra quienes ya no son los titulares registrales de la finca en la actualidad.

Resolución de 18-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 3.

PODER OTORGADO FUERA DE ESPAÑA: JUICIO DE EQUIVALENCIA.

La cuestión que se plantea en el presente expediente hace referencia al alcance de la calificación registral de un poder otorgado en Suecia que el notario español juzga suficiente para la autorización de una escritura pública, con expresión del juicio exigido en el artículo 98 de la Ley 24/2001. Conforme al artículo 10.11 del Código civil español «(...) a la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, (se aplicará) la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas». Por lo tanto, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el ejercicio del poder de representación es la Ley española.

Conforme a la ley que regula la obligación principal [arts. 3 del Reglamento (CE) núm. 593/2008; 10.1 y 10.11 CC], no cabe duda de que el documento público extranjero de apoderamiento, si es equivalente, formal y sustancialmente o bien susceptible de ser adecuado al ordenamiento español, produce en España el efecto requerido conforme a nuestro Derecho para la representación en la compraventa de inmuebles y para la inscripción de la adquisición de estos en el Registro de la Propiedad. La regla de la equivalencia de funciones excluye los documentos extrajudiciales generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes no tienen encomendada la función, y sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español (art. 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). En cambio, la misma regla conduce a admitir, principalmente, aquellos documentos en los que haya intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos, a la que esencialmente responden aquellos documentos formalizados de acuerdo con los principios del notariado de tipo latino-germánico.

Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, cuando no se produzca la excepción de ambos —por ejemplo, en el Reglamento (UE) 2016/1191, en su ámbito de aplicación—, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, ello no obsta para que la actuación de la autoridad a la que se refiere la apostilla deba ser valorada de acuerdo con el principio de equivalencia de funciones que informa el ordenamiento español

en esta materia. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español.

También ha puesto de relieve este Centro Directivo que este juicio de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, aunque cuando se realiza expresamente este para el acto o negocio que se autoriza implica cabalmente aquel. Y que, siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, aquel cuando se produce de forma expresa necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente. Si el notario español autorizante de la escritura otorgada por el apoderado hace un juicio expreso de que el poder que se le exhibe es suficiente para el otorgamiento, necesariamente deberá haber apreciado su equivalencia conforme al Derecho español (*ex arts. 56 y 60 de la Ley de cooperación jurídica internacional*).

El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene que necesariamente ser expresado en párrafo o frase gramatical separados sino que bastará la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario o funcionario autorizante, la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario con base en las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley aplicable hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional» o fórmulas similares que cuanto más precisas y explícitas sean mayor será su contribución a la certidumbre y seguridad jurídicas.

Por otra parte, aunque —como ha quedado expuesto— el registrador puede en su calificación disenter de la equivalencia apreciada por el notario, esta circunstancia únicamente será motivo impeditivo de la inscripción en caso de que el error en aquella apreciación resulte claramente de una motivación expresa, adecuada y suficiente por parte del registrador, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo.

Resolución de 20-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Eibar.

DERECHO FORAL VASCO: LEGITIMARIOS.

Centrados en el supuesto de este expediente, el causante ostentaba vecindad civil foral vasca al tiempo de su fallecimiento, lo que no se discute en la calificación, pues además así lo determina la disposición transitoria séptima de la Ley 5/2015, de 25 de junio, según la cual, la vecindad civil foral vasca se entenderá automáticamente adquirida por todos los vecinos de la Comunidad Autónoma del País Vasco desde la entrada en vigor de esta ley por lo que la sucesión se regulará conforme la legislación civil foral vasca; en la presente sucesión está designado un heredero que es hijo y que absorbe la legítima de todos los descendientes, preteridos o no, y siendo además de aplicación el artículo 48 de la Ley 5/2015 en su número 2, con la literal y rigurosa aplicación de las normas, nada puede reclamar la otra hija del causante. Por lo tanto, en este caso se ha respetado la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, y se llega a la misma conclusión: hay un hijo cuya

adjudicación en su condición de heredero absorbe la legítima de todos los descendientes. Así pues, se observa la normativa en cuanto al respeto de la legítima de los descendientes regulada en la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, ya que la legítima se salva en la persona de su hijo nombrado heredero.

De la misma forma que ocurría en los supuestos resueltos por las resoluciones de 12 de junio y 12 de julio de 2017, en el de este expediente la disposición testamentaria del causante establece que este lega a su hija la legítima estricta que por Ley le corresponda e instituye como universal heredero de todos sus bienes, derechos, acciones y obligaciones a su otro hijo. En primer lugar, la interpretación literal y lógica de la disposición testamentaria parece clara: «lo que por legítima estricta le corresponda», es decir que se quiere reducir al hijo a lo mínimo que por Ley le pueda corresponder. La norma vasca no atribuye derecho mínimo alguno al descendiente que no haya sido llamado en cuantía cierta y determinada, lo que ocurre en este expediente en el que se le reduce a lo mínimo que por ley le pueda corresponder. Todo esto, siempre que haya sido designado como heredero otro hijo o descendiente en la herencia, lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo que se ha de concluir en que la otra hija está excluida de la herencia. En consecuencia, con una aplicación literal de la ley vasca, habiendo sido reducido uno de los descendientes a la legítima estricta que por ley le corresponda, y no habiéndola conforme la nueva legislación vasca, se debe entender apartado de la herencia.

Resolución de 20-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Villaviciosa.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la jurisdicción voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas. Dudas que quedan corroboradas con los datos y documentos que obran en el expediente, como la oposición del colindante o la resolución del expediente de alteración catastral, que evidencian que no es pacífica la delimitación gráfica de la finca propuesta por el recurrente. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al procedimiento del deslinde

regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio artículo 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 21-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La cuestión no es si coincide la finca descrita en todos estos documentos administrativos mencionados y aportados junto al escrito de interposición del recurso — lugar Venda (...), número 2,598 (Sant Ferran de Ses Roques, Formentera), con la realmente legada, lo que es indudable, sino si la finca legada en el testamento coincide con la registral que se menciona en la escritura de aceptación y adjudicación del legado, San Francisco Javier—.

Con carácter previo debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, de determinados documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada es suficiente para la subsanación de los defectos referidos, pues, con base en dicho precepto legal, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho.

En primer lugar, la vivienda legada en el testamento se halla, según el mismo, en Sant Ferran de Ses Roques de Formentera, es decir, término de San Fernando de Formentera, mientras que, la finca registral 8.260 se halla, según el historial registral de la misma, en la localidad de San Francisco Javier, así como la finca registral 2.225 de la cual procede la registral 8.260 por su segregación. Con una interpretación literal de la cláusula testamentaria —artículo 675 del Código civil—, en función de la situación geográfica, son fincas distintas.

Alega la recurrente que el testador cometió un error en cuanto a la ubicación de la vivienda al ordenar el legado, pero no corresponde al registrador, en su función calificador, la interpretación de si el testador se equivocó o no en la redacción de su testamento. Pues bien, este Centro Directivo ha recapitulado en resolución de 30 de abril de 2014 reiterada por la de 27 de octubre de 2016, que serán todos los llamados a una sucesión (y no solo algunos de ellos) los que tengan la posibilidad de decidir sobre el cumplimiento e interpretación de la voluntad del testador y a falta de acuerdo entre ellos, decidirán los Tribunales de Justicia. También según doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.*, «Vistos»), es posible que todos los interesados en la sucesión, si fueren claramente determinados y conocidos, acepten una concreta interpretación del testamento.

Resolución de 21-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2.

SOCIEDADES MERCANTILES: ÁMBITO DE REPRESENTACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

Esta Dirección General no puede sostener la resolución del registrador. Actuando los dos administradores mancomunados en representación de la sociedad cedente de los dos inmuebles objeto del negocio jurídico de cesión en pago de deuda ajena, su actuación está amparada por el ordenamiento sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse entre la sociedad y los propios representantes.

Es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad (toda vez que la conexión entre aquel y el objeto social tiene en algún aspecto matices subjetivos —solo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor riesgo implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar el conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociables propios del objeto social), hasta el punto de que ni siquiera puede hacerse recaer en el tercero la carga de interpretar la conexión entre el acto que va a realizar y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante.

Lo establecido en el artículo 161 de la LSC no modifica el ámbito de actuación del órgano de administración en relación a terceros que se relacionen con la sociedad. Como resulta del propio precepto, al remitirse al artículo 234 de la propia ley relativo al ámbito del poder de representación del órgano de administración, cualquier limitación a dicho ámbito, aún inscrita, es ineficaz frente a terceros cuya protección se extiende.

Resolución de 26-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD TRAS LA SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2017.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

El hecho de que se haya expedido la certificación de titularidad y cargas, que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, no implica ni su conversión en otra

anotación ni su prórroga, ya que las anotaciones solo se prorrogan en la forma establecida en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la Propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los artículos 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.a del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultas del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado el registrador su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación. Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Resolución 26-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de La Almunia de Doña Godina.

RENUNCIA ABDICATIVA: NECESIDAD DE UN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO PARA ACREDITAR LA ADQUISICIÓN A FAVOR DEL ESTADO.

Tiene declarado esta Dirección General en las distintas resoluciones que se recogen en los «vistos», que la renuncia abdicativa del dominio (causa de pérdida del mismo para su titular), es un acto dispositivo unilateral, mediante una declaración de voluntad no recepticia e irrevocable. De incidir en la esfera registral, tal acto jurídico indudablemente estará sujeto a los requisitos de forma prescritos por la legislación hipotecaria, pues de estar el inmueble inmatriculado, y dada la presunción que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, para dejar esta sin efecto tal renuncia habrá de causar el asiento correspondiente. Este Centro Directivo ha entendido que un ordenamiento como el español, que permite la pérdida del dominio por renuncia (cfr. art. 6.2 CC), no puede poner obstáculo a la cancelación del dominio en virtud de la escritura en que el titular registral manifiesta su voluntad de no tenerla como suya (cfr. arts. 79, 80 y 82 de la Ley Hipotecaria y resolución de 19 de enero de 1994).

Esta podría tener acceso al Registro mediante un asiento de inscripción en que se haga constar la renuncia, con subsistencia de la finca como finca inmatriculada (y con sujeción a la disciplina normativa que rige la adquisición por parte de la Administración del Estado de los bienes inmuebles vacantes, de suerte que esta adquisición se produce «*ope legis*», desde el momento en que se cumplen los requisitos para tal atribución —cfr. arts. 609, párrafo segundo CC, y 17 y 47.d) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas—). La regulación sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas prevea la existencia de un expediente de investigación (artículos 47 y siguientes), «respecto de los bienes y derechos que presumiblemente sean de la titularidad

de la Administración General del Estado (...)» (art. 46.1 de la Ley). Hasta que no recaiga dicha resolución favorable no es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 28-12-2018

(BOE 28-1-2019)

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 1.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Si lo que se pretendía era la constatación registral del dominio adquirido sobre una finca ya inscrita sin cumplir las exigencias comunes derivadas del principio del tracto sucesivo, debió instarse la tramitación de un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, y no un expediente de dominio para la inmatriculación de finca. Debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas. Como se ha reiterado por esta Dirección General, no hay verdadera interrupción del tracto cuando los promotores adquirieron del titular registral o de sus herederos (cfr. resoluciones de 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Las resoluciones de 14 de abril y 10 de noviembre de 2016 matizaron esta doctrina para los casos en los que el promotor del expediente adquirió, no de todos, sino solo de alguno o algunos de los herederos del titular registral. También debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012 o 24 de marzo de 2015) que admite el expediente de dominio, incluso en aquellos casos en que no hay verdadera ruptura de tracto, cuando la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, que daría lugar a formalismos inadecuados.

Las circunstancias que resultan de la documentación calificada, no permiten concluir que la obtención de la titulación ordinaria revista una extraordinaria dificultad, pues no puede invocarse la imposibilidad de localización de los titulares registrales, y los promotores pueden lograr la inscripción de su derecho mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura de elevación a público del contrato privado de compraventa, bien de manera voluntaria o mediante la declaración de voluntad emitida por el juez en sustitución de los vendedores demandados (cfr. arts. 1279 CC, y 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 17-10-2018.

(BOE 3-12-2018)

Registro Mercantil de Madrid, númeroVII.

JUNTA. FORMA.

Reitera la doctrina del Centro Directivo y del Tribunal Supremo que la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la Junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. En este caso los estatutos prevén anuncio en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, de forma coincidente a como lo hacía la norma legal entonces vigente. Con posterioridad al establecimiento de la cláusula estatutaria se han producido sucesivas normas al respecto, en un breve espacio temporal, que hay que considerar para resolver si los estatutos han quedado afectados por ellas, aplicando las normas del Código civil sobre interpretación contractual, puesto que los estatutos participan de tal carácter. La última modificación legal (Ley 1/2012) mantiene, como única forma estatutaria sustitutiva de la legal, la de comunicación individual y escrita. Y, por otra parte, el artículo 13 de los estatutos establece que, cuando las acciones sean nominativas, el administrador podrá, en los casos permitidos por la ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita cumpliendo en todo caso lo establecido por la ley. Concluye la resolución que se ha producido la llamada adaptación legal que supone que, si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte al contenido de los estatutos, la nueva norma se impone sobre su contenido, aunque solo en la parte que fuera incompatible. Por ello debe concluirse, en el presente caso, que la convocatoria realizada a todos los socios (que además han asistido en su totalidad) mediante correo certificado con aviso se ajusta a los estatutos sociales interpretados según la regulación vigente y la finalidad y el espíritu de los mismos.

Resolución de 14-11-2018.

(BOE 5-12-2018)

Registro Mercantil de Alicante, número I.

CUENTA ANUALES. CAPITAL SOCIAL CON SIGNO NEGATIVO.

La calificación registral de las cuentas no puede alcanzar a su contenido intrínseco, ni al análisis de la correcta contabilización, registro o imputación de todas y cada una de las partidas, ya sean del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias. Pero no es posible su depósito si contradice el contenido del Registro Mercantil, pues este está protegido por las presunciones de exactitud y validez. Por ello, debe rechazarse el depósito de las cuentas cuando la cifra de capital consignada en las mismas no coincida con la que figure inscrita. Si se ha realizado un aumento en el ejercicio social al que se refieren las cuentas

debe ser previamente inscrito, dado que las cuentas anuales, una vez depositadas, constituyen publicidad formal registral y lo que se pretende, precisamente, es que reflejen la realidad social extrarregistral con la que deben coincidir. En el caso analizado el capital figura en las cuentas con signo negativo, algo que no resulta admisible si se tiene en cuenta la función que, como cifra de retención, cumple el capital social.

Resolución de 28-11-2018.

(BOE 20-12-2018)

Registro Mercantil de Madrid, número VII.

LEGALIZACION DE LIBROS. LIBRO DETALLE DE ACTAS.

Como resulta de la Instrucción de la DGRN de 12 de febrero de 2015, la legalización del libro de actas del Consejo de administración debe realizarse una vez finalizado el ejercicio dentro de los 4 meses siguientes. Como excepción se pueden legalizar libros de detalle de actas del ejercicio corriente a efectos probatorios o de cualquier otra naturaleza. En este caso, según la instancia telemática, entre los libros presentados a legalización del ejercicio 2017, se incluye un libro correspondiente al ejercicio 2017 que se describe como «Libro Detalle de Actas del Consejo». No resulta, por tanto, claro si el libro que se pretende legalizar es el de actas del Consejo de 2017 o uno de detalle correspondiente al 2018.

Resolución 29-11-2018.

(BOE 20-12-2018)

Registro Mercantil de Madrid, número XIII.

ESTATUTOS. MODIFICACIÓN. ESCRITURA PÚBLICA.

El acuerdo de modificación de estatutos debe constar en escritura pública. No basta con el acta notarial de Junta, si bien esta puede servir de base para la elevación a público de los acuerdos que consten en ella.

Resolución de 5-12-2018.

(BOE 27-12-2018)

Registro Mercantil de Valencia, número V.

SOCIEDAD PROFESIONAL. DENOMINACIÓN.

Se trata de una sociedad cuyo objeto social contiene, como una de sus actividades, «la asistencia veterinaria en todos sus aspectos», especificando que la realizará como sociedad de intermediación excluyendo la aplicación de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales. Se discute si puede incluir en su denominación el término «Veterinarios», dada la prohibición que establece el artículo 406 del Reglamento del Registro Mercantil de denominaciones que induzcan a error o confusión. Sobre este tema las resoluciones de 23 de septiembre de 2015 y 6 de septiembre de 2016 no admitieron los términos «ingeniería» ni «arquitectura» en casos similares. En esta ocasión la Dirección General cambia el criterio

por considerarlo excesivamente riguroso. Se apoya en una resolución de 13 de septiembre de 2000 que admitió la inclusión en la denominación de la palabra «laboral» en una sociedad limitada no laboral y otra de 26 de mayo de 2003 admitiendo las siglas SAT al inicio de la denominación de una sociedad limitada. Admite entonces la denominación ahora discutida considerando que no induce a error sobre la existencia de una sociedad profesional porque no incluye la sigla «P» o «Profesional» en la mención relativa a la forma societaria y señala que, a mayor abundamiento, la palabra «Veterinarios» está en plural.

Resolución de 5-12-2018.

(BOE 27-12-2018)

Registro Mercantil de Madrid, número XVIII.

SOCIEDAD PROFESIONAL. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. TRASLADO DE DOMICILIO.

Se trata del traslado de domicilio a Madrid de una sociedad inscrita en el Registro Mercantil de Burgos, cuya hoja contiene nota marginal haciendo constar su disolución de pleno derecho y la cancelación de todos sus asientos conforme a lo dispuesto en la DT.^a 1.3 de la Ley 2/2007 de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales. El procedimiento de traslado de domicilio social requiere que el registrador de destino practique, simultáneamente, dos inscripciones: la que transcribe el contenido literal de la hoja social en el Registro de origen y la del acuerdo de traslado propiamente dicho, y ello en base a la certificación expedida por el registrador de origen y al título que contiene el acuerdo. Pero, en su caso, es necesario aportar, para su calificación global y conjunta, el resto de documentación que permita la práctica de la inscripción de traslado en términos coherentes con el contenido del Registro, por el principio de tracto sucesivo y como si del Registro de origen se tratase. Y así, en el supuesto ahora contemplado, la documentación que permita la reapertura de la hoja social cerrada por falta de depósito de cuentas; la relativa a previos nombramientos de administradores; y la que permita dejar sin efecto el contenido de la nota marginal de cierre y cancelación de asientos. En este caso la documentación aportada no permite esto último, debido a la falta de unanimidad en los acuerdos de modificación del objeto social y reactivación de la sociedad. La Dirección no entra a pronunciarse sobre la manifestación del registrador, en su nota de calificación, acerca del posible derecho a separarse de la sociedad que corresponde al socio que no votó a favor del acuerdo de modificación del objeto, dado que la escritura que contiene la manifestación relativa a que no fue ejercitado dicho derecho se presentó junto al escrito de recurso y, consecuentemente, no pudo ser tenida en cuenta al tiempo de efectuar la calificación recurrida.

Resolución de 7-12-2018.

(BOE 31-12-2018)

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

UNIPERSONALIDAD. FORMALIZACIÓN DE ACUERDOS.

Se trata de una escritura elevando a público acuerdos de cese y nombramiento de administrador adoptados por socio único, no inscrito, otorgada por el nuevo ad-

ministrador, en base a una certificación expedida por él mismo, y requiriendo que se efectúe la notificación del artículo 111 RRM. El notario hace advertencia de la falta de acreditación e inscripción del socio único. La administradora inscrita se opone manifestando que la escritura es nula puesto que ella es el verdadero socio único. La Dirección General declara que la falta de inscripción de la situación de unipersonalidad no impide la inscripción de acuerdos sociales adoptados por el órgano competente que no traigan causa de la situación de unipersonalidad, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre legitimación para la elevación a público de acuerdos sociales (resolución de 22 de abril de 2014), y sin perjuicio de la necesaria acreditación de la condición de unipersonalidad ante el notario autorizante (resoluciones de 23 de enero de 2015 y 16 de mayo de 2016). Las certificaciones de la sociedad de socio único pueden ser expedidas por el administrador, con cargo vigente e inscrito previamente, o por el socio, sin que se exija en este caso vigencia ni inscripción. Y, además, es preciso que la unipersonalidad quede acreditada por exhibición al notario del libro de socios o certificación del mismo o de los documentos públicos de los que resulte la titularidad. En este caso no es posible practicar la inscripción pues el propio notario advierte que no se le ha acreditado la situación de unipersonalidad, independientemente de la oposición formulada por la administradora inscrita.

Resolución de 10-12-2018.
(BOE 3-1-2019)
Registro Mercantil de Ciudad Real.

CUENTAS. AUDITOR INSCRITO. NECESIDAD DE INFORME.

Se trata de una sociedad con auditor designado para verificar las cuentas de tres ejercicios por estar obligada a ello durante los dos primeros pero que deja de estarlo en el último. Constando inscrito auditor no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no vienen acompañadas del oportuno informe, al no haberse procedido a la revocación del nombramiento. Del mismo modo que es responsabilidad de la Junta la designación de auditor cuando se dan los requisitos que señala el artículo 263 de la LSC, debe ser la propia Junta la que revoque su nombramiento si deja de cumplirlos y esa es su voluntad. En este caso bastaría con presentar, junto con las cuentas, la certificación del acuerdo de la Junta por el que se revoca la designación para el ejercicio en cuestión.

Resolución de 11-12-2018.
(BOE 3-1-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XX.

CUENTAS. EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN.

Constando en el Registro Mercantil que la forma de administración es la de dos administradores mancomunados, no cabe efectuar el depósito si la certificación no viene expedida por ambos, dada la presunción de exactitud que establece el artículo 20.1 del Código de Comercio. En este caso se señala que existe un acta —que recoge el cese de esos administradores y el nombramiento como único de uno de ellos— presentada, calificada y pendiente de recurso. Habrá que esperar entonces al resultado de ese recurso.

Resolución de 12-12-2018.

(BOE 3-1-2019)

Registro Mercantil de Valencia, número I.

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN. CONSEJERO DELEGADO. CONTRATO.

Reitera el contenido de la resolución de 8 de noviembre de 2018 al referirse a un supuesto análogo. El caso trata de un acuerdo de nombramiento de consejero delegado expresando que se ha celebrado y aprobado el contrato a que se refiere el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, mientras que de los estatutos resulta que el cargo de administrador no es retribuido. La resolución analiza, como ya hizo en la reciente de 31 de octubre, la cuestión de la retribución de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades de Capital operada por la Ley 31/2014; la interpretación que de ella hizo la doctrina mayoritaria, coincidente con la del propio Centro Directivo; y lo declarado posteriormente por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de febrero de 2018, señalando que esta se aparta de lo que venía siendo el criterio mayoritario y que, por otra parte, es la única que ha recaído en ese sentido. Hace hincapié en la diferencia entre la redacción de la cláusula estatutaria que motiva el recurso ahora resuelto y aquella sobre la que se pronunció el TS que, a diferencia de aquella, excluía categóricamente toda reserva estatutaria y la competencia de la Junta respecto de la remuneración de los consejeros ejecutivos. Por ello, señala que en la resolución de 31 de octubre la Dirección consideró inscribible una cláusula que no incluía mención alguna contradiciendo la eventual reserva estatutaria ni negando la competencia de la Junta para delimitar algunos elementos de su cuantificación. Señala la resolución que el artículo 249 establece la obligación de celebrar el contrato entre el consejero con funciones ejecutivas y la sociedad aun cuando se convenga, con base en la autonomía de la voluntad, que esas funciones se realicen gratuitamente, pues el contrato puede regular otros extremos como cláusulas de permanencia, consecuencias del cese en el cargo, etc., sin que deba presuponerse que el cargo es retribuido. También señala que aunque se entendiera que los conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, extremo que la STS no aclara si está afectado por la flexibilidad que patrocina, no competiría al registrador apreciar si el contenido del contrato, que según se expresa en el acuerdo adoptado, cumple con las exigencias establecidas en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital, contradice o no el carácter retribuido del cargo de administrador, toda vez que dicho contrato carece de publicidad alguna en el Registro Mercantil.

Resolución de 13-12-2018.

(BOE 24-1-2019)

Registro Mercantil de Valencia, número II.

RECURSO. ASIENTOS PRACTICADOS.

Constando inscrito en el Registro un acuerdo de cese y nombramiento de administrador único, no cabe inscribir una escritura de renuncia a dicho cargo mientras persista la inscripción contradictoria. La pretensión del recurrente de que se deje sin efecto la inscripción practicada por carecer de valor jurídico en

base a una serie de argumentos alegados no puede ser objeto del recurso, que solo cabe contra la calificación negativa del registrador. Los asientos practicados están bajo la salvaguarda de los Tribunales, que son los únicos que pueden declarar la nulidad de un asiento en procedimiento dirigido contra todos aquellos a quienes tal asiento conceda algún derecho.

Resolución de 19-12-2018.

(BOE 28-1-2019)

Registro Mercantil de Barcelona, número VI.

LIQUIDACIÓN. ACREEDORES. DECLARACIÓN DE INSOLVENCIA. CONCURSO.

Del balance de liquidación de una sociedad resulta que no existe activo que liquidar y en la escritura de elevación a público de los acuerdos se expresa que la sociedad no tiene acreedores. En la hoja social consta inscrita declaración de insolvencia en virtud de mandamiento del Juzgado de lo Social. Señala la resolución que la finalidad de esta declaración de insolvencia es permitir que el Fondo de Garantía Salarial se haga cargo de las deudas salariales pendientes de pago y la de su publicidad registral, la difusión de una situación patrimonial para terceros que puedan iniciar relaciones con la sociedad y para los acreedores de modo que les permita solicitar la declaración de concurso. Y recoge el último criterio sostenido en las resoluciones de 1 y 22 de agosto de 2016 en el sentido de que, en caso de improcedencia de la declaración de concurso, no se puede condenar a los socios a la subsistencia de la inscripción registral de una sociedad disuelta y con las operaciones de liquidación realizadas y, por otra parte, las normas de la Ley de Sociedades de Capital y de la Ley Concursal no supeditan la cancelación de los asientos registrales de una sociedad que carezca de activo social a la previa declaración de concurso ni a la intervención de los acreedores. La cancelación de asientos no priva al acreedor de protección ya que puede iniciar determinados procedimientos. A efectos de la cancelación de los asientos registrales debe admitirse la manifestación que sobre la inexistencia de activo y sobre la existencia de acreedores realice el liquidador bajo su responsabilidad, confirmada con el contenido del balance aprobado.

Resolución de 20-12-2018.

(BOE 28-1-2019)

Registro Mercantil de Madrid, número VII.

RECURSO. OBJETO.

El objeto del recurso queda delimitado en el momento de su interposición y resulta constreñido, tanto por la documentación presentada, como por el contenido de la calificación negativa del registrador, sin que pueda la recurrente en el escrito de recurso introducir nuevos elementos que no se han hecho constar en el título presentado o no se refieran directamente al defecto expresado en dicha calificación.

Resolución de 20-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
Registro Mercantil de Córdoba.

CUENTAS. AUDITOR INSCRITO. NECESIDAD DE INFORME.

Constando inscrito auditor no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no vienen acompañadas del oportuno informe, al no haberse procedido a la revocación del nombramiento. Del mismo modo que es responsabilidad de la Junta la designación de auditor cuando se dan los requisitos que señala el artículo 263 de la LSC, debe ser la propia Junta la que revoque su nombramiento si deja de cumplirlos y esa es su voluntad. En este caso bastaría con presentar, junto con las cuentas, la certificación del acuerdo de la Junta por el que se revoca la designación para el ejercicio en cuestión. Distinto fue el supuesto examinado por la resolución de 15 de diciembre de 2016, puesto que en aquel caso constaba en el asiento pertinente en la hoja social que el nombramiento era «para aquellos ejercicios en que la auditoría resulte obligatoria por la normativa vigente».

Resolución de 20-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII.

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores.

Resolución de 21-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XXII.

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores. Si el recurrente considera que en la notificación de una calificación negativa relativa a las cuentas anuales de un ejercicio anterior concurrieron circunstancias de las que puedan derivarse responsabilidades para el registrador, debe hacerlo valer en el procedimiento legalmente previsto, no en el recurso ahora planteado.

Resolución de 21-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
Registro Mercantil de Madrid, número XVII.

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL. TRACTO.

No puede tenerse por efectuado el depósito de cuentas de una sociedad cuando su hoja registral se encuentra cerrada por falta del depósito de cuentas de ejercicios anteriores

Resolución de 14-12-2018.
(BOE 3-1-2019)
RBM Tenerife, número I.

BUQUES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.

Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima, al igual que ocurría anteriormente, nada impide pactar y llevar a cabo la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial. El artículo 141 no contiene un mandato de limitación procesal, sino de simple remisión a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial. Pero no excluye acudir a otras vías, como la acción ordinaria, el apremio administrativo en su caso, o la venta extrajudicial. Esta cuenta con la cobertura legal que le otorga el artículo 144 al remitirse en todo lo no previsto a la Ley Hipotecaria.

Resolución de 21-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
RBM Granada, número II.

HIPOTECA MOBILIARIA. TIPO DE SUBASTA. CERTIFICADO DE TASACIÓN.

En relación con el procedimiento de ejecución judicial para hacer efectivos los créditos garantizados por hipoteca mobiliaria ha quedado como única regulación de aplicación directa en la materia la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 681 y siguientes, sobre ejecución directa sobre bienes hipotecados, a los que se remite el artículo 81 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria, incluyendo por tanto en tal remisión la regla sobre tasación y tipo de subasta mínimo contenida en su el artículo 682.2.1 de la citada Ley. Por otra parte, las hipotecas mobiliarias sobre los bienes señalados en el artículo 12 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 1954, pueden ser titulizadas, ampliando así el ámbito de las operaciones activas a que se refiere el artículo 4 de la Ley 1/1982. En consecuencia se confirma la calificación del registrador señalando que, si bien se señala un valor de tasación a efectos de subasta, no se presenta el correspondiente certificado de tasación, por lo que entiende que no se cumple lo dispuesto en el artículo 682.2.1.

Resolución de 26-12-2018.
(BOE 28-1-2019)
RBM Tenerife, número II.

BUQUES. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL. PACTO MARCIANO.

Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima, al igual que ocurría anteriormente, nada impide pactar y llevar a cabo la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial. El artículo 141 no contiene un mandato de limitación procesal, sino de simple remisión a las normas del procedimiento de apremio para el caso de ejecución judicial. Pero no excluye acudir a otras vías, como la acción ordinaria, el apremio administrativo en su caso, o la venta extrajudicial. Esta cuenta con la cobertura legal que le otorga el artículo 144 al remitirse en todo lo no previsto a la Ley Hipotecaria. Cuestión distinta es la admisibilidad o no del denominado pacto marciano en virtud del cual el acreedor hace suya la cosa hipotecada o la cede a un tercero en función del valor que se le atribuye. La prohibición legal del pacto comisorio es de carácter imperativo y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no solo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores. Esto se aplica también cuando las operaciones se instrumentan mediante negocios jurídicos indirectos, como una venta con pacto de retro en que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor, o una opción de compra cuyo ejercicio se condiciona al impago de una deuda (resoluciones de 18 de octubre de 1994, 30 de septiembre de 1998, 26 de marzo de 1999, 26 de noviembre de 2008). Reconoce el Centro Directivo que los sistemas ordinarios de ejecución de las garantías presentan cierta ineficiencia, por el tiempo y los costes del procedimiento y por la baja calidad que con frecuencia presentan las ofertas y que, por ello, se van abriendo en nuestro ordenamiento nuevas vías de ejecución (garantía internacional en el Convenio de Ciudad del Cabo, Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo en garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito, sentencias TS 24 de junio de 2010, 21 de febrero de 2017). Por ello, la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si existe una valoración objetiva. Es válido, por tanto, el pacto en virtud del cual el deudor hipotecante se obliga, en caso de impago, a transmitir al acreedor o a la persona que este designe el buque hipotecado, pues el procedimiento pactado en este caso concreto asegura al deudor la obtención del valor del bien. Pero, sin embargo, no se ha pactado un procedimiento que asegure suficientemente los derechos de terceros en relación con el sobrante del precio que se obtuviera, una vez pagada la deuda garantizada, por ejemplo mediante su consignación judicial o notarial.

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 7-1-2019.

(DOGC 16-1-2019)

Registro de la Propiedad de Cornellà de Llobregat, número 1

Dictada en el recurso gubernativo interpuesto por M. C. F. M. contra la calificación de la registradora de la propiedad titular que suspende la inscripción del derecho de uso de una vivienda pactado en convenio de separación por mutuo acuerdo aprobado por la autoridad judicial.

Resolución de 23-1-2019.

(DOGC 31-1-2019)

Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, número 1.

COMPRAVENTA: CERTIFICACIÓN DE GASTOS DE LA COMUNIDAD: REQUISITOS FORMALES. PROPIEDAD HORIZONTAL. DEUDAS.

De conformidad con el artículo 553-5.2 del Libro Quinto sin la manifestación de estar al corriente de pago de los gastos y sin la aportación de la certificación relativa al estado de deudas con la comunidad no se puede otorgar la escritura, a menos que los adquirentes renuncien expresamente. La Dirección General de Registros y del Notariado, respecto de una exigencia parecida contenida al artículo 9.1.e de la Ley de propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, reformada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, establece que la exigencia de la declaración es una obligación del notario y un requisito de la escritura. En este artículo sí se exige que la certificación se expida por el secretario y que cuente con el visto bueno del presidente. Pero si la manifestación no consta, la transmisión se puede inscribir (resoluciones de 11 de diciembre de 2003 y 13 de marzo de 2008). Así, la resolución de 25 de abril de 2012 señaló que solo la falta de aportación de la certificación o de la exoneración, impide al notario la autorización de la escritura y por lo tanto sería defecto para la inscripción. A continuación distingue entre tres situaciones: *la primera, que se aporte el certificado de la comunidad de propietarios, del que resulta que se está al corriente de pago, en cuyo caso este último cubre las dos reglas con garantía absoluta de que el comprador no será objeto de reclamación alguna; siempre sin perjuicio de la responsabilidad del certificador por error o negligencia, en este caso ante la Junta de propietarios; la segunda, que la certificación indique que hay deudas, en cuyo caso, el comprador solo responderá del importe total si lo admite o retiene del importe correspondiente del precio, o se subroga expresamente; en otro caso, esto es en el supuesto de que no haya manifestación expresa de subrogación, el máximo de su responsabilidad será la afección real del año y del anterior, conforme determina el penúltimo párrafo del artículo 9.1.e. citado; y la tercera situación, que no se aporte la certificación y se utilice el sistema de exoneración, de forma que cuando esto ocurra, la responsabilidad del adquirente se limitará exclusivamente a la afección real del año actual y del anterior* (fundamento de Derecho tercero).

En Cataluña, a la entrada en vigor de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, el artículo 65.2 refuerza aquella exigencia en relación con segundas o posteriores transmisiones de viviendas. Este artículo se tiene que relacionar con los artículos 132 d) y 135 de la misma Ley que exigen, para la escritura y para la inscripción de los actos de compra venta o cesión a pago de viviendas que se manifieste que se han cumplido los requisitos y se han entregado los documentos que exige el capítulo VI del título IV, entre los que hay, en viviendas integradas en un edificio en régimen de propiedad horizontal, la obligación de declarar cuál es el estado de gastos con la comunidad y justificarlo. Desde la entrada en vigor de la Ley de la vivienda, pues, al amparo de su artículo 135 los registradores no pueden inscribir escrituras de transmisión onerosa de viviendas de segunda o ulterior transmisión que no contengan aquella manifestación. Así se manifiesta la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en Resolución JUS/2560/2010, de 28 de junio (Fundamento de Derecho Segundo), si bien en el supuesto de hecho no lo consideró exigible al tratarse de una aportación a sociedad, no de una transmisión onerosa (a diferencia de la aportación de cédula de habitabilidad donde sí lo considera necesario de conformidad con la resolución de dicha Dirección de 25 de octubre de 2013). Pero en el fundamento de Derecho tercero, extiende la innecesariedad de certificación de estado de deudas a los negocios entre copropietarios (como la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 2 de febrero de 2012, fundamento de Derecho segundo), como la disolución de comunidad, venta de cuota indivisa de un copropietario a otro o liquidación de sociedad conyugal, ni lo será en procedimientos de ejecución judicial, esta vez sí de un modo análogo a la inexigibilidad de cédula de habitabilidad (así, resoluciones de 31 de marzo de 2009 y de 20 de abril de 2010). En resumen, no resulta exigible que la certificación que acredita el estado de deudas de la comunidad de propietarios en las transmisiones onerosas esté firmado por el secretario con el visto bueno del presidente, con firmas legitimadas y no se ha de acreditar la vigencia y el nombramiento de dichos cargos.

COMENTARIOS A RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Autonomía de la voluntad en la determinación del valor de las participaciones sociales en caso de adquisición preferente: el cambio de la doctrina registral tras la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 2016

por Santiago ARAGONÉS SEIJO
Juez del Juzgado de lo Mercantil de Girona
Profesor asociado de Derecho procesal de la Universidad de Barcelona

1. CALIFICACIÓN DE LA REGISTRADORA MERCANTIL Y ALEGACIONES DE LA SOCIEDAD RECURRENTE

La sociedad de responsabilidad limitada Planet España Travel Management, S.L. modificó los estatutos sociales mediante acuerdo adoptado por unanimidad en Junta universal para regular el derecho de adquisición preferente en la transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos*, a título oneroso o gratuito. Se pretendía inscribir en el Registro Mercantil de Valencia la siguiente regla estatutaria: «g) *El derecho de adquisición preferente se ejercerá por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se trate, que será el menor de los dos siguientes: el precio comunicado a la sociedad por el socio transmitente, o el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta. En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el valor razonable coincidirá con el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta*».

La registradora del Registro Mercantil número VI de Valencia denegó parcialmente la inscripción en lo relativo a la determinación del valor razonable de las participaciones en virtud del valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta por entender que «*puede vulnerar el derecho del socio transmitente a obtener el valor razonable de sus participaciones apreciado el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir (art. 107 LSC)*». Solicitada la calificación sustitutoria, la registradora del Registro de la Propiedad de Gandía número 3 confirmó la calificación basándose en los mismos fundamentos jurídicos que la registradora sustituida.

La sociedad recurre ante la Dirección General de los Registros y del Notariado la calificación negativa por considerar que el artículo 107 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital tiene carácter dispositivo y que el régimen que establece «tan solo entra en juego a falta o por insuficiencia del régimen estatutario». Añade el recurrente que el acuerdo de la Junta se adoptó por unanimidad, tal y como exige el artículo 175.2.b) del Reglamento del Registro Mercantil y que no incurre en ninguna de las prohibiciones del artículo 108 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Aunque para las sociedades anónimas el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 123.6, sí que prohíbe la inscripción de las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones, no se ha incluido tal salvedad para las sociedades de responsabilidad limitada en el artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil. Por todo ello, el recurrente concluye que no existe norma legal que establezca el derecho del socio a obtener el valor razonable de sus participaciones sociales.

Como cabe observar, solo versa el recurso sobre el último inciso de la norma estatutaria sobre la adquisición preferente: el valor razonable referenciado al valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta.

2. DOCTRINA ANTERIOR DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO EN ESTA MATERIA

En el encabezamiento de la resolución (*RJ* 2016, 6056) se citan hasta quince resoluciones anteriores del Centro Directivo en las que se trató la materia objeto del comentario. Sin perjuicio de volver a citar las resoluciones más relevantes en los apartados posteriores, puede avanzarse aquí que la Dirección General de los Registros y del Notariado venía entendiendo que no se podía fijar como precio de las participaciones *«el mero valor contable sin tener en cuenta también la indudable relevancia económica de los elementos inmateriales como la clientela y las expectativas, y en general, el denominado fondo de comercio, así como la actualización de los valores de algunas partidas»* [resolución de 7 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4912) y en idéntico sentido, pero sobre una sociedad anónima, la de 20 de agosto de 1993 (*RJ* 1993, 7120)].

En la misma línea que la resolución anterior, la de 4 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5539), destacó que *«el valor resultante del balance no puede equipararse al valor real»* por responder aquel a *«otros fines de interés público, en especial la protección de los acreedores sociales»*, pero quiebra *«a la hora de proteger el derecho del socio a obtener el valor de su participación en la sociedad»*.

Algunas resoluciones que cita la que aquí se comenta —en particular, las de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2189), 15 de octubre de 2003 (*RJ* 2004, 1966), 28 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 5678) y de 2 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 415)— en realidad se refieren a la valoración de las participaciones en la exclusión o separación de los socios, quizás por la estrecha similitud de estos casos con la regulación supletoria de la transmisión voluntaria.

Finalmente, en la resolución de 23 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4244), dictada por el mismo Director de la Dirección General de los Registros y del Notariado que resuelve la que aquí se comenta, ya se inició el cambio de doctrina sobre el valor razonable, al considerar que *«se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, si bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y —salvo en el caso de sociedades abiertas— tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable»*.

Lo cierto es que la Dirección General de los Registros y del Notariado, durante la vigencia de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, había admitido —en estos casos— las cláusulas de fijación de precio según balance. Así, en la resolución de 31 de octubre de 1986 (*RJ* 1986, 6877) el precio se refería al «valor según balance de la última Junta», lo que calificó la Dirección como «sistema objetivo». También atendió al último balance practicado la resolución de 11 de febrero de 1986 (*RJ* 1986, 1011), pero solo a efectos del retracto en caso de incumplimiento de la obligación de notificar, a modo de cláusula penal. Sin embargo, ya en las resoluciones posteriores, se adoptó el criterio de considerar insuficiente el valor contable: 27 de abril de 1990 (*RJ* 1990, 2947), 6 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 5363), 15 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8634).

3. LA TRANSMISIÓN VOLUNTARIA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y EN EL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL

El artículo 107 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital regula el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*. Salvo por su apartado tercero, el resto del precepto del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital es idéntico al precedente artículo 29 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital prima la regulación estatutaria para la transmisión de las participaciones y, a falta de esta, se establece un sistema supletorio de consentimiento por la sociedad y de valoración del precio de adquisición. Sin embargo, los estatutos no pueden atribuir la fijación del valor al auditor de la sociedad (art. 107.3 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) y el artículo 108 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital enumera una serie de cláusulas estatutarias prohibidas. Por su parte, el artículo 20 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada permitía establecer otro régimen distinto al legal en la escritura de constitución de la sociedad.

Sobre la regulación estatutaria para la transmisión de las participaciones sociales URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA afirman que «el régimen de transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos* descansa sobre dos principios: de un lado, el de prioridad del régimen dispuesto por los estatutos sobre el que con carácter supletorio establece la propia Ley; y de otro lado, el de transmisibilidad necesariamente sometida a limitaciones o restricciones, del que resulta que en cualquier caso las participaciones sociales nunca pueden llegar a ser libremente transmisibles. En definitiva, destacan dichos autores que «el sistema legal tiene carácter supletorio» y que, «por ello, en el momento constitutivo o con posterioridad a él, los socios pueden prescindir de este sistema, estableciendo en los estatutos otro que les resulte más conveniente»¹.

Vinculado a ese carácter dispositivo, destaca FERNÁNDEZ DEL POZO que «A diferencia de lo que se exige para los valores, la transmisibilidad de las participaciones está restringida porque las cualidades, las aspiraciones y la misma identidad de los socios es relevante al vínculo societario. El interés de la sociedad no es algo totalmente ajeno al de los socios»².

También destacó la STS de 24 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 4960) que las reglas del artículo 29.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada regulan «cómo se hará efectiva esta restricción a la libre transmisión de participaciones

por actos inter vivos, y estas reglas operan a falta de regulación estatutaria». Y, en idéntico sentido, declaró la sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 2006 (AC 2007, 654) que «el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada contiene un régimen legal supletorio, aplicable para aquellos casos en los que no se haya dispuesto otra cosa en los estatutos o cuando las cláusulas estatutarias sean ilícitas».

En un supuesto similar, el de la valoración de las participaciones en los supuestos de exclusión de socios, el artículo 353 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —a diferencia del artículo 107— no menciona expresamente la posibilidad de que los estatutos regulen un régimen propio distinto del legal. Puede entenderse, siguiendo a URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA³ que podrá regularse otro sistema de valoración en los estatutos si la causa de exclusión es estatutaria, siendo entonces supletoria la del artículo 353 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El artículo 175.2 del Reglamento del Registro Mercantil, dedicado al contenido de la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, en la redacción dada por el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, dispone que *«podrán constar en las inscripciones las siguientes cláusulas estatutarias: (...) b) El establecimiento por pacto unánime de los socios de los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones sociales previstas para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa»*. Y el artículo 188.2 del Reglamento del Registro Mercantil considera inscribibles en el Registro Mercantil *«las cláusulas estatutarias por las que se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos o alguno de los socios, o de un tercero, cuando expresen de forma precisa las transmisiones en las que exista la preferencia, así como las condiciones de ejercicio de aquel derecho y el plazo máximo para realizarlo»*.

Se advierte que en el Reglamento del Registro Mercantil no se dice nada sobre el valor de las participaciones en los supuestos de transmisión voluntaria o de adquisición preferente. En cambio, para las sociedades anónimas el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil sí que dice que *«No podrán inscribirse en el Registro Mercantil las restricciones estatutarias que impidan al accionista obtener el valor real de las acciones»*.

II. RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LA TRANSMISIÓN VOLUNTARIA DE PARTICIPACIONES SOCIALES

1. DISPOSICIONES SUPLETORIAS

En el apartado segundo del artículo 107 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital se regula el régimen supletorio para la transmisión voluntaria de acciones. Estamos ante normas supletorias que no están llamadas a completar las cláusulas estatutarias, sino que constituyen un régimen completo para el supuesto de que los estatutos sociales no hayan regulado esta materia. Así, sobre el anterior artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada dijo la resolución de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5539) que *«tiene un carácter subsidiario de suerte que el régimen que establece para la transmisión inter vivos de las participaciones sociales tan solo entra en juego a falta o por insuficiencia del régimen estatutario»*. En definitiva, según esta última resolución *«el sistema para esa fijación que el legislador ha establecido para el caso de ser la transmisión a título distinto de compraventa puede ser sustituido en los estatutos por otro»*. Por

el contrario, es imperativo el régimen de valoración en las transmisiones *mortis causa* y en la exclusión del socio.

De todas las reglas supletorias del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, basadas en subordinar la transmisión al consentimiento de la sociedad, solo interesa para este comentario la del segundo párrafo del apartado d), según la cual *«En los casos en que la transmisión proyectada fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. Se entenderá por valor razonable el que determine un experto independiente, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por los administradores de esta»*. En cambio, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953 atribuía a tres peritos la fijación del precio de venta en caso de discrepancia, nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo, o si este no se lograba, por el juez.

La resolución que nos ocupa subraya el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada y afirma que *«la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos, si bien, para el caso de imprevisión estatutaria, se establece un régimen legal supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante acuerdo de la Junta general»*. Acto seguido, sintetiza lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 107 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y vuelve a insistir en que la regla de la letra d) *«dado su carácter subsidiario, solo es aplicable a falta o por insuficiencia del régimen estatutario, y este únicamente queda sujeto a los límites generales derivados de las leyes y de los principios configuradores del tipo social elegido»*.

El artículo 108 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital prohíbe aquellas cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión *inter vivos* y aquellas en las que el socio quede obligado a transmitir un número de participaciones diferentes al de las ofrecidas. Si bien, los apartados tercero y cuarto introducen salvedades a lo anterior.

La Dirección General de los Registros y del Notariado considera que entre las limitaciones legales *«no existe ninguna que prohíba pactar como precio o valor de las participaciones objeto del derecho de adquisición preferente el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta general»*. Tras examinar el régimen aplicable a las sociedades anónimas y la doctrina seguida por el Centro Directivo, se concluye que *«deben admitirse también cláusulas como la ahora debatida, en el marco de la autonomía privada, con los límites generales derivados de la prohibición de pactos leoninos y perjudiciales a terceros. Tales cláusulas no hacen más que delimitar el contenido económico del derecho del socio a percibir el valor de sus participaciones sociales en caso de transmisión voluntaria»*.

Sobre la autonomía privada afirmó DÍEZ PICAZO⁴ que el principio de libertad contractual permite la modificación por la voluntad de las partes de la regulación legal establecida para un tipo de contrato, que debe entenderse, por tanto, como derecho de carácter dispositivo. Según dicho autor, la ley aludida en el artículo 1255 del Código civil es la ley imperativa, es decir, aquella que se antepone a los negocios jurídicos de los particulares y que estos no pueden por tanto evitar, pues las leyes de carácter dispositivo producen la consecuencia contraria. En términos generales puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su observancia la sanción de nulidad.

También consideró DÍEZ PICAZO que la ley imperativa puede, sin prohibir el tipo contractual, como conjunto, prohibir que las partes le doten de un de-

terminado contenido. Nos hallaríamos así en presencia de contratos permitidos, pero de pactos, cláusulas o condiciones prohibidas. También puede la ley imperativa dotar al contrato que las partes libremente establezcan de un contenido imperativamente fijado.

2. EL VALOR RAZONABLE DE LAS PARTICIPACIONES

La redacción originaria del artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada hablaba de «valor real» y fue la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero la que modificó el término por «valor razonable». Debe tenerse en cuenta, como afirma PERDICES HUERTOS que *«En una pura valoración de mercado lo reducido de una participación en el capital o la falta de mercado de aquella supone un menor valor para un adquirente hipotético —valor real de mercado—; sin embargo, en estos casos no estamos ante una valoración de mercado sino ante una valoración intrasocietaria, ajena al mercado y motivada por el ejercicio de un derecho social —valor real—»*⁵.

En la resolución comentada se afirma que *«el valor razonable es el valor de mercado, si bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y —salvo en el caso de sociedades abiertas— tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable»*.

El Centro Directivo indica la normativa contable y una resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas aplicables a la valoración: *«Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, “valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua”*. Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma *“solo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables”*». Dicho esto, considera la Dirección General de los Registros y del Notariado —como reiteradamente ya había declarado, según hemos visto antes— que *«Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales»*. Sin embargo, el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en su resolución de 7 de octubre de 2010, por la que se publica la norma técnica de auditoría sobre el valor razonable, dijo que no puede entenderse referida en modo alguno a la prestación de servicios de valoración.

En la propia resolución se menciona el eventual control judicial, como ya hizo la de 2 de noviembre de 2010 (RJ 2011, 415), sobre la valoración en supuestos de separación de socios, según la cual *«si por las circunstancias del caso concreto, la fijación del valor de las participaciones pudiese implicar para el socio una vinculación excesiva o abusiva, o un perjuicio para terceros, quedará a salvo el eventual control judicial de este extremo, atendiendo a tales circunstancias»*.

Se advierte por el Centro Directivo que, pese a que en el artículo 188 del Reglamento del Registro Mercantil no se prohíben las restricciones estatutarias que impidan al socio obtener el valor real de las participaciones, como sí que hace el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil, *«debe respetarse el*

“principio de responder o buscar el valor real o el valor razonable”». Con cita de las ya mencionadas resoluciones de 7 de junio de 1994 (RJ 1994, 4912) y de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2189), la Dirección General de los Registros y del Notariado recuerda que el mero valor contable no responde al valor real por estar sujeta la contabilización en el balance a la prohibición de incluir el fondo de comercio no adquirido a título oneroso y la falta de inclusión de beneficios potenciales en virtud del principio contable de prudencia. También destaca la resolución que la de 4 de mayo de 2005 (RJ 2005, 5539) puso de relieve que *«otra solución implicaría para el socio una prohibición indirecta de disponer sin las garantías establecidas en la Ley (vigente art. 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital) o la atribución de los demás socios de la facultad de obtener un enriquecimiento injusto o sin causa, contrario a uno de los principios generales que informan nuestro ordenamiento jurídico»*.

Tras el examen de la doctrina anterior de la Dirección General y la comparativa del régimen de transmisión con el de la sociedad anónima, se afirma que dichas consideraciones *«no pueden considerarse determinantes para impedir la inscripción de una cláusula estatutaria como la debatida en este expediente»*. Para permitir la inscripción del acuerdo de modificación de los estatutos la resolución atiende a la autonomía de la voluntad y a sus límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición del abuso de derecho. Además, tras la reforma del Reglamento del Registro Mercantil por el Real Decreto 171/2007, pueden inscribirse los pactos de los socios relativos a los criterios y sistemas para la determinación del valor razonable de las participaciones en las transmisiones, si bien —apunta el Centro Directivo— *«siempre que no perturben la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable»*. Autonomía privada que se admite para los privilegios de los derechos económicos de las participaciones sociales en el reparto de ganancias sociales y en la cuota de liquidación del socio.

Pese a que se estima el recurso en virtud de la autonomía de los socios para determinar el valor razonable de las participaciones transmitidas, siempre quedarán vetados los *«pactos leoninos y perjudiciales a terceros»*. Sobre pactos leoninos podría haberse citado —a efectos ilustrativos— el artículo 1691 del Código civil, que declara *«nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias»*, que PAZ-ARES⁶ entiende que rige también para las sociedades de capital.

En el penúltimo párrafo de la resolución se razona que la cláusula califica negativamente no puede reputarse como prohibición indirecta de disponer *«pues no impide “ex ante” y objetivamente obtener el valor razonable, o un valor que será más o menos próximo a aquel según las circunstancias y los resultados de la sociedad, así como del hecho de que se hayan retenido o no las ganancias. Por ello, no puede afirmarse que la cláusula debatida tenga objetivamente carácter expropiatorio o sea leonina para el socio transmitente»*. Finalmente se dice que *«Y, aun cuando en el momento de realizar la transmisión el valor contable fuera inferior al valor razonable, tampoco puede afirmarse que comporte enriquecimiento injusto o sin causa en favor de los restantes socios o de la sociedad, en tanto que responde a lo pactado y aceptado previamente por todos los socios»*.

El cambio de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es notorio, dado que había declarado de forma reiterada que el valor contable no podía determinar el precio aplicable al ejercicio del derecho de adquisición preferente. La razón era clara: el valor contable no incluye partidas tan importantes como el fondo de comercio y ciertas expectativas económicas. Con la nueva postura el socio puede obtener una minusvalía sobre el valor razonable

—esto es, real o de mercado— de la participación que se transmite. Lo cierto es que, como opina OLIVERA MASSÓ⁷, puede dudarse si el valor contable será un criterio más de fijación del precio de entre todos aquellos que los estatutos sociales pueden utilizar.

3. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE POR LA PROPIA SOCIEDAD

Como se ha visto, la Dirección General de los Registros y del Notariado permite la adquisición por los demás socios por el valor contable. Pero advierte —en el último párrafo del fundamento de derecho segundo— que el derecho de adquisición preferente por la propia sociedad no garantiza las «*exigencias legales de imparcialidad y objetividad*» en tanto en cuanto «*el valor contable depende del balance aprobado por la Junta general*».

La resolución de 28 de enero de 2012 (RJ 2012, 3259) —que cita la comentada— recordó que «*no cabe atribuir a una de las partes (sociedad o socio) la determinación de su cuantía, como ocurre cuando se atribuye a una persona designada por la sociedad, sea empleado o auxiliar externo o interno, pues con ello se estaría dejando el cumplimiento del «contrato al arbitrio de una de las partes, contraviniendo con ello lo preceptuado por el artículo 1256 del Código civil» (véase resolución de 19 de agosto de 2011)*». Como en la resolución comentada, en esta se fundamenta el rechazo por no responder el sistema de tasación a las «*exigencias legales de imparcialidad y objetividad, y [que] garanticen debidamente la adecuación de sus resultados al verdadero valor del bien justipreciado*».

Por su parte, en la mencionada resolución de 19 de agosto de 2011, se dijo que se estaría dejando la resolución o cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes si se confiere la realización de la valoración a una persona dependiente de la sociedad, en ese caso al economista encargado de la contabilidad. Podría haberse citado, en nuestra opinión, el artículo 1449 del Código civil, según el cual «*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

Con ocasión de la exclusión de un socio, la resolución de 22 de noviembre de 2003 (RJ 2004, 1966) no respeta la exigencia legal del artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada —actual artículo 353 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital— la «*valoración unilateralmente practicada por la sociedad, en concreto por su administrador, sea cual sea el procedimiento seguido o base en que se apoye*». Esto es, la propia sociedad no puede acabar fijando el valor de transmisión de las participaciones porque es una parte que está directamente interesada.

Con estos argumentos, se entiende la prohibición introducida en el artículo 107.3 del Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «*En los estatutos no podrá atribuirse al auditor de cuentas de la sociedad la fijación del valor que tuviera que determinarse a los efectos de su transmisión*». Sin embargo, en la resolución de 1 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 5493) la Dirección General de los Registros y del Notariado consideró válida la cláusula —de una sociedad anónima— en la que, en caso de desacuerdo, encomendaba la fijación del valor real de las acciones al auditor de la sociedad. En los mismos términos, a falta de norma imperativa, se pronunció la Consulta del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de 1 de marzo de 2003 (JUR 2013, 298995).

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria reza que «*El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente*

con la calificación del Registrador». Puesto que este aspecto no fue objeto de la calificación registral, el Centro Directivo no pudo estimar parcialmente el recurso, esto es, se trata de un mero *obiter dicta*. Sin embargo, se indica al registrador mercantil la necesidad de denegar la inscripción de la cláusula únicamente respecto del derecho de adquisición preferente por la sociedad. Si la sociedad recurrente interpusiera recurso ya sabría la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y podría acudir directamente a los Juzgados de lo Mercantil de Valencia [arts. 324 de la Ley Hipotecaria, 66 del Reglamento del Registro Mercantil y 86 *ter*.2.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial].

III. CONCLUSIONES

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado nos permite realizar algunas observaciones finales a modo de conclusión:

I. Los estatutos de la sociedad de responsabilidad limitada pueden fijar como valor de la venta de las participaciones sociales el del valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta general.

II. El valor real no es un límite imperativo y los estatutos pueden fijar otro, con la limitación de los pactos leoninos y perjudiciales para terceros.

III. El artículo 175 del Reglamento del Registro Mercantil permite la inscripción del pacto unánime de los socios relativo a los criterios y sistemas de determinación del valor razonable de las participaciones sociales para el caso de transmisiones *inter vivos*.

IV. En caso de derecho de adquisición preferente por la propia sociedad, el valor razonable no podrá ser el valor contable por depender este de la aprobación por la Junta general.

NOTAS

¹ URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (2006). La sociedad de responsabilidad limitada. Las participaciones sociales: II. Transmisión. Negocios sobre las propias participaciones. Derechos reales. En: URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil I*, Civitas, 1192.

² FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1995). Un primer estudio sobre el nuevo régimen legal y estatutario de transmisión de las participaciones sociales. Examen de los artículos 26 a 34 de la nueva Ley. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, 886.

³ URÍA, MENÉNDEZ e IGLESIAS PRADA (2006). La sociedad de responsabilidad limitada: Separación y exclusión de socios. En: URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil I*, Civitas, 1282.

⁴ DÍEZ PICAZO, L. (1991). *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 431.

⁵ PERDICES HUERTOS, A. B. (2011). Artículo 107. Régimen de la transmisión voluntaria por actos *inter vivos*. En ROJO Y BELTRÁN, *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, vol. 1, Civitas, 893.

⁶ PAZ-ARES, C. (1991). *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1443.

⁷ OLIVERA MASSÓ, P. (2017). La inesperada desaparición del requisito del valor razonable en la transmisión voluntaria de las participaciones sociales, *Diario La Ley*, núm. 8926, 5.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Interpretación de la voluntad del testador cuando se ha producido un cambio de circunstancias

Interpretation of the will of the testator when there has been a change of circumstances

por

María Isabel de la Iglesia Monje
Profesora Titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El Tribunal Supremo ha dado un giro jurisprudencial a las cuestiones sobre la interpretación de la voluntad del testador tras su fallecimiento tanto en el supuesto en el que en el momento de la apertura de la sucesión los cónyuges estaban divorciados, como en el supuesto en que la pareja de hecho del testador existente en el momento de otorgamiento del testamento, no lo es cuando el causante fallece y se produce la apertura de la sucesión. En ambos supuestos se ha producido un cambio de circunstancias que dan lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo en su día la disposición testamentaria, y por consiguiente la misma se considera ineficaz. En el primer caso por el divorcio que origina la disolución matrimonial, y, en el segundo supuesto, donde lo trascendente para el testador era que la legataria fuese su pareja, la extinción de la relación convivencial convierte en ineficaz la disposición testamentaria.

ABSTRACT: *The Supreme Court has given a jurisprudential draft to the questions on the interpretation of the will of the testator after his death so much in the supposition in which in the moment of the opening of the succession the spouses were divorced, as in the supposition in which the unmarried couple of the existing testator in the moment of grant of the testament, it is not when the causer dies and the opening of the succession takes place. In both suppositions there has taken place a change of circumstances that give place to the disappearance of the*

determinant motive for which the testator did in his day the testamentary disposition, and consequently the same one is considered to be ineffective. Into the first case for the divorce that originates the matrimonial dissolution, and, in the second supposition, where the transcendent thing for the testator was that the legataria was his pair, the extinction of the user-friendly relation turns in ineffectively the testamentary disposition.

PALABRAS CLAVE: Voluntad del testador. Interpretación. Ineficacia. Divorcio. Cese convivencial.

KEY WORDS: *Will of testator. Interpretation. Divorce. Cessation of coexistence. Ineffectively.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA DETERMINANTE QUE MOTIVÓ AL TESTADOR A REALIZAR LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA.—II. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA A FAVOR DEL CÓNYUGE Y SU EFICACIA TRAS EL DIVORCIO.—III. LEGADO A FAVOR DE LA PAREJA DE HECHO Y SU EFICACIA TRAS LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA QUE LA MOTIVÓ.—IV. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: LOS ACONTECIMIENTOS DE LA VIDA DEL TESTADOR: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. INEXISTENCIA DE REGLA DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.—V. CAMBIO RADICAL DE POSTURAS DOCTRINALES.—VI. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN CATALUÑA.—VII. CONCLUSIÓN.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) y RESOLUCIONES DE LA DGRN CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA DETERMINANTE QUE MOTIVÓ AL TESTADOR A REALIZAR LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

Con menos de dos días de diferencia, se han publicado dos sentencias que han supuesto un cambio radical en la forma de entender la voluntad del testador una vez que este ha fallecido, y suponerse la desaparición de la causa determinante que motivó al testador a realizar la disposición testamentaria en su momento.

Nos referimos a la sentencia de 26 de septiembre de 2018 y a la sentencia de 28 de septiembre del mismo año¹, en ambas fue ponente la magistrada Dña. M.^a de los Angeles PARRA LUCÁN.

Nos ha parecido interesante traerlas a colación en este comentario porque aunque ambas suponen un cambio de doctrina al seguir un nuevo rumbo al marcado hasta ese momento, debemos esperar a ver si este cambio se hace definitivo o si ambas, suponen en sus diferentes ámbitos un hecho aislado.

Y ello porque recordemos que el testamento es un *negocio jurídico* unilateral (ya que no existen dos partes con intereses contrapuestos sino que se configura a partir de una única declaración de voluntad), donde la voluntad del testador debe ser expresada individualmente, y, además, es un *negocio esencialmente revocable*

(pues el testador puede variar su voluntad expresada en un testamento anterior, tantas veces como quiera, hasta el último momento de su vida)².

En ambas sentencias el problema surge a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador: el Tribunal se pone en la piel del testador ya fallecido para *actuar como hubiera actuado él tras su fallecimiento y dirimir los problemas surgidos entre las partes: excónyuge o expareja y herederos*. Y ello porque estamos ante un *negocio de eficacia post mortem* ya que despliega su eficacia a partir del momento de la muerte del testador (recordemos que aunque se haya perfeccionado en el momento de su otorgamiento, los favorecidos por el mismo carecen de cualquier tipo de derecho o de expectativa de derecho respecto de la sucesión hasta el momento de la muerte del testador).

Por otro lado hay que dejar constancia desde este momento que el testador en ambos casos no ha modificado su voluntad testamentaria tras el cambio producido en su vida afectiva: el divorcio, y el cese convivencial, habiendo podido hacerlo, pues el ordenamiento posibilita la modificación testamentaria cuantas veces desee el testador. Podría achacársele que no ha sido diligente en llevar a cabo una modificación de una voluntad previa que hubiera ahorrado muchos problemas a sus herederos. Debemos tener presente que la sentencia de divorcio modifica el estado civil de los cónyuges en los casos de divorcio, y consiguientemente altera los derechos sucesorios del cónyuge, que quedan excluidos de la herencia, pero deja abiertos otros posibles aspectos que de no cerrarlos pueden resolverse en el futuro contrariamente a nuestra voluntad. Se debe ser diligente en la regulación de los *nuevos aspectos* surgidos tras el procedimiento de divorcio o el cese de la convivencia en las parejas de hecho.

Precisamente ELÍAS ZAMBRANO indica que «el testamento por distintas connotaciones es en Derecho de familia el gran olvidado, cuando es un instrumento, sencillo, barato y eficaz que bien realizado protege y evita problemas futuros a tus seres queridos. Debemos tener en cuenta, pues, que el testamento no solo sirve para decidir sobre el destino de nuestros bienes al momento de nuestro fallecimiento, sino que puede incluir decisiones que también influyan en la vida de nuestros herederos y terceras personas, por lo que los abogados de familia debemos asesorar a los clientes sobre la importancia de hacer testamento, y recomendarlo más si cabe como complemento y cierre a procedimientos de rupturas de parejas, asesorando, ayudando a confeccionar los mismos de acuerdo a las necesidades de cada persona»³.

Pues bien, la primera de las sentencias, la de 26 de septiembre⁴, hace referencia a la ineficacia de un legado a favor de la pareja de hecho del testador, al desaparecer la causa determinante que le motivó en el día de su otorgamiento a realizar la disposición testamentaria consistente en legar a su pareja «*en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros*». Como veremos en este comentario jurisprudencial, se produjo el cese de la convivencia, pese a lo cual y tras la muerte del testador se reclama el pago del legado a sus herederos.

La sentencia de 28 de septiembre se refiere a la existencia de un divorcio y la anulación de la disposición testamentaria hecha por el excónyuge fallecido a favor del otro cuando aún eran cónyuges, sin haberse revocado el mismo con posterioridad al divorcio, estando por consiguiente vigente dicha disposición.

Vamos a examinar cada una de estas sentencias y ver las posibles conexiones y diferencias entre ambas y ver si nos encontramos ante un cambio efímero o al contrario, un nuevo rumbo del derecho sucesorio en temas tan actuales y ajustados a la realidad social.

II. DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA A FAVOR DEL CÓNYUGE Y SU EFICACIA TRAS EL DIVORCIO

Tras la introducción del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico en 1981, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían considerado que por el mero hecho de la disolución matrimonial a través de aquel no cabía entender la ineficacia de una disposición en la que el testador otorgaba a su cónyuge en dicho momento una disposición testamentaria aun cuando tras su divorcio no se hubiese revocado la misma antes de su fallecimiento. Doctrina y jurisprudencia que analizaremos más adelante.

La pérdida de la condición de cónyuge tras el divorcio no era argumento relevante para perder la condición de heredero o legatario, pues se exigía la revocación expresa del testador, que sería la prueba definitiva de la expresión de su voluntad.

El tiempo de diferencia entre divorcio y fallecimiento, en el caso de la sentencia de 28 de septiembre de 2018 del Alto Tribunal, de siete años de diferencia, puede ser un argumento a favor de mantener la disposición testamentaria a favor del excónyuge como heredero, pues ha sido un periodo largo para llevar a cabo la *revocación expresa* por parte del testador. Podría incluso presumirse, y así se alegó por el excónyuge, que el mantenimiento de la disposición durante un periodo tan largo de permanencia hacía presuponer el mantenimiento de la voluntad del causante tendente a la *permanencia* de la disposición testamentaria, contraria por consiguiente a la presunción de una *revocación tácita*.

Se indica además en el FJ 3.º que «conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la «expresión» del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador».

De los hechos probados consta como «tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero «a su esposo D. X». El TS entiende que «el empleo del término «esposo» para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término «esposo» revela el motivo por el que la testadora nombraba a X como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión» (FJ 4.º).

III. LEGADO A FAVOR DE LA PAREJA DE HECHO Y SU EFICACIA TRAS LA DESAPARICIÓN DE LA CAUSA QUE LA MOTIVÓ

La sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo, publicada dos días antes, el 26 de septiembre de 2018 analiza un supuesto de hecho parecido: la

existencia de un legado a favor de la pareja de hecho del testador que ya no lo era tras su fallecimiento y la interpretación de la voluntad del testador en orden a la eficacia de la disposición testamentaria.

La cláusula testamentaria ordena la entrega en pleno de dominio a su pareja (en el momento del otorgamiento del testamento) de ciento cincuenta mil euros. Posteriormente, en concreto un año después, ambas partes otorgan ante notario un convenio regulador del cese de la convivencia, donde se pacta una compensación a la pareja de ciento treinta mil euros por todo el tiempo que había durado la convivencia.

Dos años después de la ruptura el testador fallece y la expareja reclama a los herederos la suma de ciento cincuenta mil euros del legado establecido por el testador a su favor.

La Audiencia Provincial declara la ineficacia del legado sobre la base del artículo 767 del Código civil atendiendo a la verdadera voluntad del testador al tiempo de otorgar testamento que a juicio del tribunal era el hecho de ser la legataria su pareja en ese momento. Al no tener tal condición en el momento del fallecimiento y posterior apertura del testamento, el legado deja de tener su razón de ser. Además el tribunal considera que el hecho de haber obtenido una compensación por una cantidad similar tras el cese de la convivencia por todos los años que estuvieron juntos equivaldría al citado legado.

El Tribunal Supremo estima la sentencia de la Audiencia, insistiendo que además el supuesto de hecho de la sentencia es idéntico al supuesto del artículo 767 del Código civil, el cual expresamente señala que cuando en el momento del fallecimiento del testador se hubiera producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

Además interpreta el TS que la expresión de «a su pareja Dña. C.» no puede ser interpretada como una mera descripción o identificación de la favorecida sino que revela el motivo por el que el testador ordena el legado, declarando así la ineficacia del legado. Indica el FJ 3.º que «el empleo de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a “su pareja” revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de C., sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento —lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado—, la disposición testamentaria a favor de C. quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión».

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: LOS ACONTECIMIENTOS DE LA VIDA DEL TESTADOR

1. CUESTIONES GENERALES

El artículo 675 del Código civil comienza diciendo que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el *sentido literal* de sus palabras, a no ser que parezca claramente que fue otra la voluntad del autor». Dispone de este modo

que, para interpretar la voluntad del testador, habrá que estar en primer lugar al sentido literal del texto de la declaración, es decir a la interpretación literal o gramatical del testamento⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo aclara que siempre hay que tener presente el principio de supremacía de la voluntad real del testador sobre el sentido literal de las palabras empleadas para expresarla⁶.

En caso de duda, continúa el artículo 675 del Código civil, «se observará lo que parezca más conforme a la *intención* del testador según el tenor del mismo testamento». Entonces, cuando de los términos de la declaración no se pueda extraer la voluntad real del testador, deberán utilizarse otros *medios intrínsecos*, que pueden extraerse del propio testamento, para su interpretación. Como por ejemplo: la relación entre las diversas cláusulas del mismo, el orden lógico de sus disposiciones...

Por último, se acudirá a los *medios extrínsecos* de prueba, como son los acontecimientos de la vida del testador, la costumbre, su conducta y su propio lenguaje... Medios interpretativos que tienen como finalidad la averiguación de la *voluntad real del testador*.

2. INEXISTENCIA DE REGLA DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR

Los criterios interpretativos establecidos en el artículo 675 del Código civil, señalados anteriormente, son criterios generales pues no existe una regla de interpretación concreta de la voluntad del testador tras su fallecimiento cuando previamente se ha divorciado o ha cesado en su convivencia con su anterior cónyuge o pareja al que previamente cuando estaban en una situación anterior distinta (marital o de convivencia) se le había favorecido mediante una disposición testamentaria (en concepto de heredero, o legatario).

Así pues, en ambas sentencias y modificando el criterio jurisprudencial anterior, el Supremo indica que basándose en máximas de experiencias, el legislador otorgue por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal, mientras lo sea.

Aplica, pues, analógicamente la causa primera del artículo 767 referido a la nulidad de las disposiciones testamentarias basadas en las expresiones de causas falsas, pues se ha producido un cambio de circunstancias (los referidos medios extrínsecos del artículo 675 del Código civil relativos a los acontecimientos de la vida del testador, que he aludido previamente).

V. CAMBIO RADICAL DE POSTURAS DOCTRINALES

Hasta ahora la doctrina científica era partidaria de la solución contraria a la expuesta por esta nueva línea jurisprudencial.

Así pues, ÁLVAREZ, ÁLVAREZ⁷, siguiendo a TORRES GARCÍA señalaba que «si se nombró heredero o legatario al cónyuge supérstite en un testamento anterior a la crisis, si no se revoca ese testamento o si no existe alguna causa de indignidad que no permita al supérstite suceder, deberá respetarse la voluntad del testador. Y ello porque en estos casos, la voluntad del testador ha de referirse al momento en el que hizo testamento. Tras ese momento, pudo haber cambio de circunstancias, pues el testador puede revocarlo y otorgar nuevo testamento. Si

no lo hace, se entraría en el terreno de la hipótesis y constituiría un atentado a la seguridad jurídica. No se puede recoger una voluntad del testador posterior a su otorgamiento. Al respecto, TORRES GARCÍA⁸ ha señalado muy gráficamente que la seguridad jurídica clama por la permanencia de la voluntad testamentaria».

En cuanto a la Jurisprudencia, al ser las dos sentencias totalmente innovadoras y cambiantes del rumbo jurisprudencial mantenido anteriormente hay que señalar, que ya se perfiló en un auto de 4 de julio de 2018⁹ donde se afirmaba que se niega la condición de legitimaria de la recurrente «al haber cesado la presunción de convivencia conyugal con la presentación de la demanda de divorcio»¹⁰.

Anteriormente la línea jurisprudencial seguida era diferente. Cabe citar, por ejemplo a la STS de 29 de diciembre de 1997¹¹ referida a un supuesto en el que la separación de hecho se había producido años antes de otorgar aquel testamento y la disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del testamento y de la muerte del causante fideicomitente... Aunque en este caso, a diferencia de las sentencias actuales, se mantenía la condición de heredera pese a la separación producida antes del otorgamiento del testamento y de la muerte del causante¹².

Y posteriormente se pronunciaron también Audiencias Provinciales que seguían la doctrina oficial sentada por el Alto Tribunal, entre las que se encuentran la de Asturias de 8 de marzo de 2000¹³, que insiste en que la voluntad real del testador ha de referirse al momento en que emitió su declaración, es decir, cuando otorgó el testamento, y no a otro anterior ni posterior y el hecho de que se divorciara el testador de la demandada no afecta al testamento, porque no lo modificó, manteniendo su vigencia. En la misma línea, la SAP de Toledo de 11 de julio de 2000¹⁴ la cual incluso se afirma que el propio testador podía haber excluido de derechos sucesorios a su cónyuge separado, exigiéndosele una actitud diligente para actualizar sus últimas voluntades, pues aunque tuvo tiempo para modificar el testamento, no lo hizo.

En cuanto a la doctrina de la DGRN cabe citar varias resoluciones en la que se mantenía la visión señalada por la jurisprudencia.

En la resolución de 25 de junio de 1997¹⁵, se afirma que no puede entenderse revocada una disposición testamentaria voluntariamente por la existencia del divorcio, pues «...la revocación de los testamentos abiertos en derecho común solo puede tener lugar por otro testamento válido y no por otro tipo de negocios o causas distintas de las previstas en la ley (arts. 738, 739 y 743 CC), sin que la separación o divorcio esté previsto que produzca tal efecto, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los poderes o consentimientos (arts. 102.2.º y 106) o las soluciones que se adoptan en la legislación comparada o en determinados cuerpos normativos de la legislación especial o foral».

Seguidamente la resolución de 26 de noviembre de 1998¹⁶, cuestiona la voluntad real del testador en un supuesto de institución de heredera de la esposa vigente el matrimonio que posteriormente se disolvió por divorcio. Se produce una interpretación favorable a la eficacia de la disposición testamentaria en favor de la esposa posteriormente divorciada con base en el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad¹⁷. Además el Alto Tribunal indicaba que para evitar esta situación, la solución sería que el causante le instituyera heredero o legatario de forma condicional, es decir, que solo heredaría el cónyuge superviviente si no se había producido antes de la muerte del causante el divorcio, la nulidad o la separación. Insiste en que «nada impide que de la interpretación de la real *voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el *de cuius* no habría

hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria».

Posteriormente la DGRN en resolución de 26 de febrero de 2003¹⁸ se centra en las facultades del contador-partidor resolviendo quien *no puede entender revocada una disposición testamentaria a favor del cónyuge aunque en el momento del fallecimiento la testadora estuviera divorciada de él*¹⁹.

VI. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN CATALUÑA

La situación en Cataluña es diferente a la regulación en Derecho Común, pues la propia norma tiene en cuenta esta situación de *revocación tácita del testamento* que en 1889 el Código civil no tuvo en cuenta, obviamente por la realidad social tan diferente.

Así, el Código de Sucesiones catalán sobre revocación tácita del testamento (vigente hasta el 31 de diciembre de 2008) establecía en su artículo 132 la presunción de revocación de las disposiciones testamentarias ordenadas a favor del cónyuge del testador en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento del mismo siendo eficaz la disposición si pese al cambio producido del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que, el testado habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge²⁰.

Ejemplo de ello lo tenemos en el supuesto analizado por la Audiencia Provincial de Lleida, de 19 de diciembre de 2000²¹ que analiza la posible revocación de la institución de heredera a favor de la exesposa del causante en virtud de sentencia de divorcio. La mención en el testamento del nombre de la anterior, a pesar del divorcio, no implica entender que la voluntad del testador era mantener la institución de heredero. La prueba testifical ha acreditado incluso que existía una enemistad entre la anterior y el difunto. El código de sucesiones no puede considerarse como una norma restrictiva de derechos, sino meramente interpretativa de la voluntad del testador. Es notorio que los derechos hereditarios no nacen hasta la defunción de la persona de cuya sucesión se trate.

Actualmente el Código civil de Cataluña, en su artículo 422-13, regula los dos supuestos, ante la equiparación cónyuge-conviviente, la revocación tácita del testamento.

En relación con el *cónyuge* si otorgada disposición testamentaria en su favor se produce la separación de hecho o judicial, o, se divorcian, o, el matrimonio es declarado nulo, o, incluso si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación, la institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante serán ineficaces²².

En idéntico sentido y en relación con el *conviviente* se indica en el mencionado artículo 422-13 CCCat que las disposiciones testamentarias a su favor serán ineficaces si tras su otorgamiento se produce el cese o extinción de la relación convivencial²³.

Y, al igual que mantenía el Código de Sucesiones en su artículo 132, y para ambos casos de divorcio o cese de la convivencia se insiste en mantener, obviamente, la disposición testamentaria en su favor si del contexto del testamento resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos de separación de hecho o judicial, divorcio, nulidad matrimonial o cese de la relación convivencial²⁴.

VII. CONCLUSIÓN

La desaparición del amor y del vínculo (en el caso del matrimonio por el divorcio, y en el caso de la pareja de hecho por el cese notarial de la convivencia) que fueron la causa del otorgamiento de la disposición testamentaria o del legado se convierten en ineficaces tras el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión, en una nueva interpretación la voluntad del testador.

La ineficacia de las disposiciones testamentarias por revocación tácita del testamento por el testador divorciado o separado de su pareja regulado en algunos derechos civiles especiales, y así interpretado por la nueva línea jurisprudencial comentada sería motivo, a fin de evitar problemas, para que el legislador reformase el Código civil en el sentido de considerar la revocación automática de las disposiciones testamentarias otorgadas a favor del cónyuge en los casos en los que sobreviniera una crisis matrimonial que desembocase en nulidad, divorcio o separación, ya sea judicial o de hecho o de cese de la relación convivencial.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, en *Actualidad Civil*, núm. 13, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de julio de 2006, 1525, tomo 2, Editorial LA LEY. (La Ley 1567/2006).
- TORRES GARCÍA, T. F., Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio, en *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2004, 34.
- ELÍAS ZAMBRANO, A., La importancia de hacer testamento tras el divorcio, en *Abogados de Familia*, núm. 57, Sección Tribuna Abierta, Tercer trimestre de 2010, Editorial La Ley (La Ley 8741/2010).

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS Y AP) Y RESOLUCIONES DE LA DGRN CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 539/2018 de 28 de septiembre de 2018, Rec. 811/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 130205/2018. ECLI: ES:TS:2018:3263)
- TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 531/2018 de 26 de septiembre de 2018, Rec. 162/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 134005/2018. ECLI: ES:TS:2018:3378)
- TS, Sala Primera, de lo Civil, auto de 4 de julio de 2018, Rec. 1171/2016. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 81075/2018. ECLI: ES:TS:2018:7583)
- TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 29 de diciembre de 1997, Rec. 3178/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. (La Ley 2503/1998)
- TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 947/2003 de 9 de octubre de 2003, Rec. 367/2001. Ponente: Clemente AUGER LINÁN. (La Ley 2892/2003)
- TS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 1 de febrero de 1988. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. (La Ley 10214-R/1988)
- AP de Toledo, Sección 2.^a, Sentencia 325/2000 de 11 de julio de 2000, Rec. 463/1999. Ponente: Juan Manuel DE LA CRUZ MORA. (La Ley 143034/2000).

- AP de Asturias, Sección 4.ª, Sentencia 111/2000 de 8 de marzo de 2000, Rec. 947/1998. Ponente: Francisco TUERO ALLER. (La Ley 54937/2000).
- DGRN, Resolución de 26 de febrero de 2003 (La Ley 1831/2003)
- DGRN, Resolución de 26 de noviembre de 1998. (La Ley 1384/1999)
- DGRN, Resolución de 25 de junio de 1997 (La Ley 7905/1997)

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Código civil (arts. 675, 676....)
- Código civil catalán (art. 422-13)

NOTAS

¹ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 539/2018 de 28 de septiembre de 2018, Rec. 811/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN. (La Ley 130205/2018. ECLI: ES:TS:2018:3263).

² En este sentido el artículo 737.1 del Código civil establece que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Ello significa que ni siquiera el propio testador puede limitar la eficacia revocatoria de ulteriores testamentos mediante el uso de cláusulas *ad cautelam*. En esta línea el párrafo 2.Q del artículo 737 del Código civil establece que «Se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras, y aquellas en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales».

³ ELÍAS ZAMBRANO, A., La importancia de hacer testamento tras el divorcio, en *Abogados de Familia*, núm. 57, Sección Tribuna Abierta, Tercer trimestre de 2010, Editorial La Ley (La Ley 8741/2010).

⁴ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 531/2018 de 26 de septiembre de 2018, Rec. 162/2016. Ponente: María de los Ángeles PARRA LUCÁN (La Ley 134005/2018. ECLI: ES:TS:2018:3378).

⁵ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 1 de febrero de 1988. Ponente: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE. (La Ley 10214-R/1988) indica que «el elemento primordial para conocer la voluntad del causante, ha de ser el tenor del propio testamento, y dentro de su tenor atenerse a su literalidad, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y solo para el caso de que surgiera la duda, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al interpretar extender las disposiciones testamentarias más allá de su expresión literal, y solo permisible la búsqueda de la voluntad, por otros medios probatorios, cuando esta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (con invocación de las sentencias de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958, 19 de noviembre de 1964, 5 de junio de 1979 y 24 de marzo de 1982)».

⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 947/2003 de 9 de octubre de 2003, Rec. 367/2001. Ponente: Clemente AUGER LINÁN, (La Ley 2892/2003), indica que «Resulta innegable que la interpretación de la voluntad testamentaria presenta unos caracteres específicos y propios que la diferencian de los criterios empleados para interpretar los actos *inter vivos*. Mientras que la interpretación contractual, y en general la de los negocios jurídicos *inter vivos*, está guiada no solo por la voluntad, sino que la acompaña la conocida como autorresponsabilidad del declarante, y la confianza del destinatario de la declaración, derivadas ambas del principio objetivo de la buena fe; la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente por un criterio subjetivo con base en las declaraciones de última voluntad. La jurisprudencia ha reconocido como regla general en nuestro Derecho que es

preferente la voluntad realmente querida a la declarada, con la puntualización de que en caso de posible divergencia entre ambas, corresponde a los que afirman esta disparidad la prueba de la misma, pues el Derecho considera en principio que la voluntad declarada coincide con la voluntad real. ...El testamento es un negocio unilateral, no receptivo, y por tanto su contenido no está orientado a suscitar la confianza en un posible destinatario, es por tanto lógico que se atribuya subjetivamente preferencia al testador en el extremo de interpretar su voluntad».

⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: Incidencia de las crisis matrimoniales en el Derecho de sucesiones, en *Actualidad Civil*, núm. 13, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de julio de 2006, 1525, tomo 2, Editorial LA LEY, (La Ley 1567/2006).

⁸ TORRES GARCÍA, T. F.: Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio, en *Estudios de Derecho civil. Homenaje al profesor Francisco Javier Serrano García*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2004, 34.

⁹ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, auto de 4 de julio de 2018, Rec. 1171/2016. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN, (La Ley 81075/2018. ECLI: ES:TS:2018:7583).

¹⁰ El Tribunal entiende que la sentencia recurrida en primer lugar niega la condición de legitimaria de la recurrente en cuanto *considera acreditada la situación de separación de hecho de su esposo el causante*, que a su vez deduce de dos datos: (i) el hecho consistente en que a la fecha de otorgar el testamento D. Jon, esposo de la recurrente, estaba iniciado un proceso de divorcio que no concluyó por morir antes el cónyuge testador; y (ii) la esposa recurrente no ha acreditado que a pesar del divorcio en curso no existía separación de hecho, teniendo en cuenta que ella estaba entonces viviendo en el extranjero y que por aplicación del artículo 102 del Código civil, le correspondía a ella la carga de probar la convivencia, *al haber cesado la presunción de convivencia conyugal con la presentación de la demanda de divorcio*.

¹¹ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 29 de diciembre de 1997, Rec. 3178/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, (La Ley 2503/1998). El testamento es de fecha 16 de octubre de 1925 y falleció tres días después donde se nombra heredera *nominatum* a la esposa. La separación de hecho se había producido años antes de otorgar aquel testamento. La disolución del matrimonio por divorcio se produjo años después del testamento y de la muerte del causante fideicomitente, en el año 1933.

¹² El TS considera que «La calificación que hace esta Sala de absurda, ilógica y contraria al artículo 675 del Código civil y la interpretación que hacen las sentencias de instancia se debe a que pretende averiguar la voluntad real del testador, en la fecha del testamento y de su muerte, por hechos que habían sucedido antes del testamento (separación de hecho) que conoció el testador o después (divorcio) que son intrascendentes para formar aquella voluntad. Recordando lo dicho en el fundamento anterior, cuando en 1925 se produce la apertura de la sucesión por la muerte del fideicomitente, los fideicomisarios —como la actual recurrente en casación— tienen la delación y se determinan todas las características y elementos de la sucesión, que aceptó y adquirió años después, tras hacer tránsito —por muerte del fiduciario-fideicomisario anterior— de la herencia a ella, como fideicomisaria. Es absurdo lo que dice la sentencia recurrida de que «no la hubiera nombrado heredero» de haber conocido los hechos —posteriores a la muerte del testador— que motivaron el divorcio; es ilógico que exprese que la condición de esposa determina el llamamiento a la herencia, cuando viene designada por nombre y apellidos y siendo así que era tal esposa a la muerte del testador; es contrario al artículo 675 del Código civil que se interprete el testamento por hechos posteriores no solo al mismo, sino también a la muerte del testador».

¹³ Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, Sentencia 111/2000 de 8 de marzo de 2000, Rec. 947/1998. Ponente: Francisco TUERO ALLER, (La Ley 54937/2000). En esta sentencia se afirma que la disposición testamentaria ha de entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, quien instituyó como heredera universal con nombre y apellidos a la demandada.

¹⁴ Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, sentencia 325/2000 de 11 de julio de 2000, Rec. 463/1999. Ponente: Juan Manuel DE LA CRUZ MORA, (La Ley 143034/2000). No cabe la nulidad del testamento pese a que el causahabiente instituyó a su mujer como heredera universal, condición que no cambió pese a la separación matrimonial, cuando aquel pudo

hacerlo. No puede alegarse error en la designación de la esposa como heredera ya que el causahabiente conocía su situación de separación y además la separación matrimonial no supone la ruptura del vínculo matrimonial.

¹⁵ Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 25 de junio de 1997 (La Ley 7905/1997).

¹⁶ Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 26 de noviembre de 1998. (La Ley 1384/1999).

¹⁷ En su fundamento jurídico se indica que «en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevinida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. c) Que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del TS, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio de 1998, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición —piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevinida, circunstancia esta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio—)...».

¹⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado, resolución de 26 de febrero de 2003 (La Ley 1831/2003).

¹⁹ «El registrador de la propiedad, en defensa de la nota, informó que “la expresión ‘lega a su cónyuge’” y el estado de divorciada de la causante al momento del fallecimiento, es lo que lleva al albacea, contador-partidor a entender que existe un legado innominado “con su conclusión de su nulidad o ineficacia”, premisas en que se apoya para verificar la partición con exclusión del citado legatario. En estos dos puntos radica el fondo de la cuestión”.

Por ello en su nota de calificación se deniega la inscripción al no haber tomado en consideración dicho legado del tercio de libre disposición a favor del indicado don Carlos-Manuel M-P, invocándose el artículo 675 del Código civil, sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que no se hace más que confirmar que *el testamento es la norma fundamental de la sucesión, que las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, cuando sea clara la voluntad del testador, que el contador-partidor debe adaptarse a las disposiciones testamentarias «acatando» las reglas de partición fijadas por el testador y que no puede declarar nula e ineficaz una disposición testamentaria del causante*. Que no cabe duda que el contador-partidor tiene amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, pero teniendo en cuenta lo que expresan las resoluciones de 18 de diciembre de 1951 y 14 de septiembre de 1964».

²⁰ Expresamente el precepto disponía que «la institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten

la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente. La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que, el testado habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior...».

²¹ Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, sentencia 576/2000 de 19 de diciembre de 2000, Rec. 349/2000. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. LA LEY 231788/2000.

²² La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o legalmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte hay pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación.

(Párrafo modificado por Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, en vigor el 1 de enero de 2018 modifica el apartado 1 del precepto).

²³ Las disposiciones a favor del conviviente en pareja estable devienen ineficaces si, después de haber sido otorgadas, los convivientes se separan de hecho, salvo que reanuden su convivencia, o se extingue la pareja estable por una causa que no sea la defunción de uno de los miembros de la pareja o el matrimonio entre ambos.

²⁴ Las disposiciones a favor del cónyuge o del conviviente en pareja estable mantienen la eficacia si del contexto del testamento, el codicilo o la memoria testamentaria resulta que el testador las habría ordenado incluso en los casos regulados por los apartados 1 y 2.

1.2. Familia

El derecho de relación de los menores con sus padres y abuelos. Medidas de protección

The right of relationship of minors with their parents and grandparents. Protection measures

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Máster en Derecho de Familia y Sistemas hereditarios

Abogado

Doctorando Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: Tras la crisis de pareja, se organiza de forma diferente el núcleo familiar, y es necesario establecer en la resolución que regule las medidas paternofiliales como se van a llevar a cabo las tareas de los progenitores comprendidas en el ámbito de la patria potestad.

Uno de los deberes del progenitor incardinados en el ámbito de la patria potestad, es tener a los hijos en su compañía, extremo que tras la crisis solo será posible de manera alternada al haber quebrado la convivencia de la pareja.

Siendo el derecho de relación de los menores con sus progenitores esencial para el normal desarrollo de aquellos, el ordenamiento jurídico debe garantizar su protección, mediante mecanismos que aseguren su correcto ejercicio.

No solo se garantiza el derecho de relación de los menores con sus padres, sino que también se hace respecto a los abuelos y otros parientes y allegados.

ABSTRACT: *After the couple crisis, the family nucleus is organized differently, and it is necessary to establish in the resolution that regulates the parent-child measures as the tasks of the parents included in the scope of parental authority will be carried out.*

One of the duties of the parent incardinated in the area of parental authority, is to have the children in their company, an end that after the crisis will only be possible in an alternating way because they have broken the coexistence of the couple.

Being the right of relationship of minors with their parents essential for the normal development of those, the legal system must guarantee its protection, through mechanisms that ensure its proper exercise.

Not only is the right of minors' relationship with their parents guaranteed, but it is also done with respect to grandparents and other relatives and relatives.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. Derecho de relación. Visita. Incumplimiento. Ejecución de sentencia.

KEY WORDS: *Parental authority. Right of relationship. Visit. Non-compliance. Execution of sentence.*

SUMARIO: I. LA REGULACIÓN DEL DERECHO.—II. EL CONTENIDO DEL DERECHO. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.—III. LOS INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS: 1. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR CUSTODIO. 2. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO.—IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS: 1. MEDIDAS DE ORDEN PENAL. 2. MEDIDAS DE ORDEN CIVIL: A) *Prevención de incumplimientos recogida en la sentencia*. B) *El cauce procesal*. C) *Compensación de las visitas perdidas*. D) *Indemnización por pérdida de visitas*. E) *Cambio del régimen de visitas (cambio de custodia, visitas en punto de encuentro, etc.)*.—V. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS POR PARTE DE LOS ABUELOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA REGULACIÓN DEL DERECHO

La ruptura de las relaciones de pareja causa una modificación en la vida del núcleo familiar, pues la obligación de los padres que consagra el artículo 154 del Código civil de tener a los hijos en su compañía, tendrá que hacerse compatible con la nueva situación de falta de convivencia.

La Audiencia Provincial de Madrid (SAP Madrid 560/2012, de 20 de julio de 2012. Id Cendoj 28079370222012100499) se pronunció al respecto diciendo que tras el cese de la convivencia conyugal, la función de la patria potestad que consiste en tener a los hijos en su compañía se desdobra en dos nuevas funciones: la atribución de la custodia a un progenitor, y el establecimiento de un régimen de comunicaciones, visitas y estancias para que los hijos puedan estar con el otro.

El derecho de visitas tiene su origen en la filiación, tal y como afirman el Tribunal Constitucional diciendo que «es manifestación del vínculo filial que une a ambos» (STC 172, de 22 de diciembre de 2008, recurso de amparo número 4595/2005), y la doctrina indicando que las relaciones personales entre padres e hijos encuentran su fundamento profundo en la propia relación de filiación que los une (RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, 291), por ello el derecho subsiste aunque los progenitores no ejerzan la patria potestad, se divorcien o separen, aunque nunca hayan vivido juntos, o aunque nunca hayan mantenido relación con los hijos.

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 9.3 que los Estados parte han de respetar el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, a no ser que ello sea contrario a su interés superior.

La regulación básica del derecho de relación de los padres con los hijos en el ordenamiento español la encontramos en el Código civil, que se refiere con varios vocablos al denominado comúnmente «derecho de visitas». Analizaremos lo tocante a la relación padres-hijos, sin hacer referencia a las situaciones de desamparo o de adopción.

Aunque cronológicamente no es la primera referencia a este derecho que podemos encontrar en dicho cuerpo legal, creo que merece ser citado en primer lugar el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores establecido en el artículo 160. Dicho precepto (enclavado en el Título VII del Libro I: De las relaciones paternofiliales) disocia titularidad y ejercicio de la patria potestad, y permite la relación del menor con el progenitor que no la ejerza, situación que se dará en caso de quiebra de la relación de pareja o aunque no haya quiebra

de esa relación, cuando los padres vivan separados, casos en que a tenor del artículo 156, ejercerá la patria potestad el progenitor con quien el hijo conviva.

En consonancia con ello, y en aras a regular ese derecho de relación consagrado en sede de relaciones paternofiliales, los artículos 90 y siguientes (en el Título IV del Libro I: Del matrimonio), tratan de las situaciones de quiebra de la vida en común, y se refieren por una parte a los procedimientos de mutuo acuerdo, obligando a recoger en el convenio regulador el régimen de comunicación y estancia de los hijos y dando entrada a que se incluya el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, que podrá ser aprobado por el juez después de oírlos si prestan su consentimiento. Por otra parte, para el caso de separaciones o divorcios contenciosos, es el artículo 94 el que establece que el juez determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos, puede visitarlos, comunicar con ellos, o tenerlos en su compañía, posibilitando que el derecho se suspenda o limite si se dan graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplen de forma grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. El tenor del artículo 94 tiene su razón de ser cuando se establece un sistema de guarda y custodia monoparental para uno de los progenitores, a fin de salvaguardar el derecho del niño de relacionarse con el otro. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 103 en sede de medidas provisionales a adoptar por demanda de nulidad, separación y divorcio.

Todas las cláusulas que regulen el sistema de guarda y custodia y el derecho de visitas establecidas en la sentencia de separación, divorcio o medidas parentales, han de serlo teniendo como norte y guía el interés superior de los menores *ex* artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La Ley procedimental sitúa como garante de ese interés superior de los menores al Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749.2 LEC).

Antes de estudiar el contenido del derecho de visitas, y dado que se harán repetidas alusiones al denominado interés superior del menor, considero de interés citar a ROMERO COLOMA (ROMERO COLOMA, 2010, 23), que destaca que ese término no es demasiado afortunado porque parece delatar un cierto aire mercantilista, pues el Diccionario de la lengua española define «interés» como provecho, utilidad o ganancia, y «beneficio» como el bien que se hace, o se recibe, y también utilidad y provecho. Ella propone referirse al «bienestar» del hijo menor de edad, pues considera que es un concepto más amplio, de comprensión más sencilla, y que abarca todas las conductas, actitudes y comportamientos que redundan en beneficio del hijo y que hacen referencia al mejor y más completo desarrollo de su personalidad.

II. EL CONTENIDO DEL DERECHO. SU INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Tanto doctrina como jurisprudencia configuran el derecho de visitas como un derecho-deber, con origen en la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos, y que sirve de vehículo para la expresión mutua de la relación afectiva y personal entre las partes, siendo sus notas características las de ser personalísimo (no se puede delegar), irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y subordinado al interés de los hijos (LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, 241).

Según ACUÑA (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 69), el derecho de relación entre padres e hijos tiene las siguientes características: es un derecho impuesto por

ley, se considera de orden público, es un derecho de contenido no absoluto, el régimen de relación es esencialmente modificable, no es incondicionado en su ejercicio sino que se encuentra subordinado al interés y beneficio del menor, es un derecho de carácter temporal (que finaliza con la mayoría de edad o emancipación de los hijos, salvo casos de incapacitación o patria potestad prorrogada o rehabilitada), no tiene contenido patrimonial, es imprescriptible y personalísimo (aunque en circunstancias justificadas el padre puede recabar el apoyo de otras personas), es independiente de la responsabilidad del progenitor en la causación del divorcio (como corresponde al haber desaparecido el divorcio causal), es un derecho de doble proyección o bifronte (pues atañe tanto a padres como a hijos), y es un complejo derecho-deber.

Respecto al carácter de derecho-deber la autora señala que ello es causa de que el progenitor custodio no tenga libre disposición de ese derecho, es decir, no puede disponer unilateralmente ni se puede pactar la existencia del derecho; tampoco cabe la renuncia del progenitor visitador; además, el progenitor no custodio puede ser compelido a cumplir con el derecho de relación en el caso de que no lo haga.

La jurisprudencia también ha considerado el derecho de visitas como un derecho-deber, así la SAP Madrid, sección 22, número 749/2017, de 10 de octubre de 2017 (Id Cendoj 28079370222017100708), en su Fundamento de Derecho Segundo dice que «hay que tener en consideración que el derecho de visitas, regulado en el artículo 94 en concordancia con el artículo 161 del Código civil, no es un propio derecho sino un complejo derecho-deber o derecho-función que tiene por finalidad cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los menores, fomentar las relaciones paterno o materno filiales y mantener latente la corriente afectiva padres-hijos, pese a la separación o divorcio, procurando que a los niños no les afecte gravemente la crisis matrimonial», y en el mismo sentido, realiza un análisis del contenido de derecho de visitas la SAP Salamanca, sección 1, número 35/2000, de 30 de marzo de 2000 (Id Cendoj 37274370012000200023) señalando que se integra como derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos, al amparo de lo establecido en los artículos 39.3 de la Constitución española, y 94 y 160 del Código civil.

Las visitas tienen como objetivo que se mantenga la relación de los menores con el progenitor no custodio tras la crisis de pareja, en aras a conseguir que los niños puedan disfrutar de ambos progenitores. El régimen de visitas y estancias del niño con cada uno de sus progenitores no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, en una excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes de su entorno familiar. Al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con su padre o madre natural, intentando, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecerse un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro.

III. LOS INCUMPLIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Con carácter previo al estudio de los incumplimientos conviene distinguir entre lo que ACUÑA (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 245) denomina supuestos de no ejercicio del derecho, motivados por hechos no previstos por los progenitores o el juez, como accidentes o enfermedades graves, cambios de residencia por motivos laborales, ingreso en prisión de uno de los padres, etc., y los incumplimientos propiamente dichos, que constituyen inobservancias deliberadas de lo establecido en la resolución que regula las visitas.

En el primer caso, si la situación es transitoria (enfermedad) sería suficiente con que los hechos que impiden las visitas fueran comunicados entre ambos padres y acordaran como superarlos, y si puede consolidarse y devenir permanente (traslado de residencia), deberá de modificarse la resolución judicial para adaptar el régimen de visitas a las nuevas condiciones.

Para el caso de los incumplimientos, será necesario recabar la protección del derecho por los medios que posteriormente se estudiarán. Estos incumplimientos pueden afectar tanto a la cantidad como a la calidad de las visitas, pues no siempre aunque se respeten los días y horarios se desarrollan de forma que respeten el bienestar de los niños.

1. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR CUSTODIO

El progenitor custodio, debe de posibilitar la relación de sus hijos con el otro progenitor, y ello como consecuencia del deber de velar por ellos y brindarles protección integral comprendido en la patria potestad, además de ser parte obligada por la resolución judicial que establezca el régimen de visitas.

La conducta del custodio incurrirá en un incumplimiento total cuando impide que se ejerza el derecho, por ejemplo no entregando al menor, y parcial cuando impide que el ejercicio se realice del modo previsto en la resolución, con retrasos en la entrega, alteración de los días, sin informar de acontecimientos en la vida de los menores (necesidades de medicación por enfermedad, necesidad de acudir a eventos, etc.), o no entregando ropa, enseres, o determinados documentos que pueden necesitar los niños (DNI y tarjetas sanitarias).

2. INCUMPLIMIENTOS DEL PROGENITOR NO CUSTODIO

Constituirán incumplimientos por parte del progenitor no custodio, tanto la dejación total del deber, sin que mantenga contacto alguno con sus hijos en los periodos establecidos, como el cumplimiento imperfecto del régimen (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 248 y ROMERO COLOMA, 2010, 36), que puede darse tanto por ejercicio abusivo del derecho de relación como por ejercicio parcial, tardío o defectuoso.

Entre estas situaciones de incumplimiento total encontramos la del progenitor que no se presenta en el lugar y a la hora determinadas para tener a sus hijos en su compañía, sin causa alguna que lo justifique, conducta que suele llevar aparejados otros incumplimientos, como por ejemplo el deber de alimentos. También son incumplimientos, un elenco variado de conductas como ejercer el derecho de visitas pero con retrasos en la recogida o entrega de los menores, cumplimiento de ciertas visitas y no de otras, por ejemplo quien cumple los fines de semana

pero no entre semana, o la dejación de los deberes inherentes al ejercicio de la custodia, como no colaborar en la realización de las tareas escolares de los hijos cuando se encuentran en su compañía, no alimentarlos o cuidar su vestido y habitación de forma adecuada, dejarlos en compañía de otros familiares, o exponer a los menores a situaciones que no son propicias para su desarrollo (consumo de alcohol o drogas, malos hábitos de sueño, etc.), escenarios que hacen que disminuya la calidad de la estancia y que deje de cumplir la función de conseguir una relación plena con el progenitor no custodio.

A *contrario sensu* se puede dar la circunstancia de que el progenitor custodio incumpla el régimen de visita porque se retrase en la entrega de los menores al finalizar cada periodo.

IV. MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS

1. MEDIDAS DE ORDEN PENAL

La reforma del Código Penal (CP) operada por la Ley Orgánica 1/2015 supuso la derogación en bloque del Libro III, pasando a considerarse delitos leves algunas de las conductas que hasta entonces se encontraban entre las faltas, y despenalizando otras conductas, al considerar que se sancionaban de forma más grave en el derecho administrativo, o que se trataba de infracciones que eran corregidas de forma más adecuada en otros órdenes, como lo que ocurría con las faltas contra las relaciones familiares, con una respuesta más apropiada en el derecho de familia de orden civil.

Según el preámbulo de la LO 1/2015, «La reducción del número de faltas (delitos leves en la nueva regulación que se introduce) viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

Con anterioridad a la reforma, en algunas sentencias del Tribunal Supremo se derivaba la solución de los conflictos sobre el régimen de estancias de los menores a las normas de carácter civil o administrativo (para el caso de los sometidos a tutela o guarda administrativa). A modo de ejemplo, la STS, Sala 1, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002), dice: «Esta norma (refiriéndose al art. 776.3 LEC) constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio de régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador».

Se derogaron los artículos 618 y 622 (CP) y no se incluyeron nuevas sanciones delictivas sobre las mismas conductas como delitos leves, pues se consideraba que los incumplimientos graves de los deberes familiares ya estaban tipificados en el artículo 226 y siguientes, y que los incumplimientos sin una gravedad suficiente tienen un régimen sancionador específico en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) del que se hablará posteriormente.

Sin embargo, la vía del artículo 776.3 LEC presenta varios escollos importantes (HERRANZ GONZÁLEZ, 2015, 107):

- No se puede invocar ante el primer incumplimiento, requiriendo que se haya producido reiteración.
- Al no existir una pauta definida de lo que se considera reiteración, el concepto ha de delimitarse caso por caso.
- El cambio de régimen de guarda y custodia habría que llevarlo a cabo mediante un procedimiento de modificación de medidas, lo que puede ser causa de una demora en el objetivo.
- La tutela no queda garantizada mediante esta vía, pues a tenor de la sentencia antes citada, los incumplimientos únicamente se tienen en cuenta como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio.
- La resolución únicamente se pronunciará sobre el régimen futuro, pero no acarreará consecuencia alguna para el infractor por los incumplimientos previos, con la consiguiente impunidad.

Por estas limitaciones, se pronuncia el TS en la sentencia citada sobre la posibilidad de acudir a la vía coercitiva para lograr el cumplimiento (opción que se tratará posteriormente), o de exigir responsabilidad penal.

Actualmente, salvo en casos excepcionales no será posible incardinar en el tipo del artículo 226 CP los incumplimientos del régimen de visitas, pero quedaría dentro del orden penal el recurso al artículo 556, donde se puede encuadrar la desobediencia a las resoluciones judiciales en lo que atañe al cumplimiento de dichas medidas establecidas en la sentencia.

El tipo del artículo 556 CP requiere para ser aplicado que se trate de un quebrantamiento grave [así lo recuerda en su Fundamento de Derecho Segundo la STS, Sala 2, número 870/2015, de 19 de enero de 2016, (Id Cendoj 8079120012016100010)], considerando la gravedad un elemento abierto del tipo que exige una valoración del hecho acorde con su entidad en relación con el bien jurídico protegido.

Además, la aplicación del artículo 556 CP está supeditada a que concurran y se acrediten todos y cada uno de los requisitos del tipo penal, que a tenor de la STS, Sala 2, número 1615/2003, de 01 de diciembre de 2003 (Id Cendoj 28079120012003100029) son los siguientes:

- La preexistencia de una orden legítima de la autoridad competente que sea de obligado cumplimiento.
- El conocimiento de esa orden por el interesado.
- La conducta omisiva de este, que la desatiende y no la cumple. Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

Sobre la necesidad de que se cumplan estos requisitos resulta ilustrativo el AAP de León, Sección 3, número 941/2017, de 05 de septiembre de 2017 (Id Cendoj 24089370032017200937), que confirma un auto de un juzgado que decretaba el sobreseimiento de un procedimiento penal iniciado por el incumplimiento del régimen de visitas que atribuyó al progenitor que incumplió un delito de desobediencia.

El auto expone que actualmente las únicas vulneraciones del derecho de visitas que resultan punibles son las cometidas por terceros no progenitores,

previstas en el artículo 223 del Código Penal, sin que la conducta obstructiva o abiertamente rebelde al régimen judicial por parte de un progenitor pueda ser sancionada de otro modo que a través del delito de sustracción de menores del artículo 225 bis del Código Penal, cuyos elementos objetivos y subjetivo no se daban en el caso de autos, o a través de la figura del delito de desobediencia del artículo 556 del Código Penal.

Y respecto a la reconducción al delito de desobediencia dice que si bien no incluye, según la más reciente doctrina jurisprudencial, la prevención al destinatario de una orden judicial de la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal en caso de apartarse de su tenor, sí exige tal orden judicial, personalizada en el sujeto al que luego se dirige el reproche de responsabilidad criminal.

Además, considera que la exigencia de gravedad en el artículo 556 impide que la criminalidad de la conducta obstativa pueda ser apreciada después de un único fin de semana o turno de visitas.

En el caso de autos no constaba que se hubiera realizado requerimiento de cumplimiento al denunciado por parte de la autoridad judicial, pues únicamente se acreditó que el denunciante había comparecido ante agentes de la autoridad para exponer los incumplimientos, y los agentes no son personal jurisdiccional.

La Audiencia Provincial considera que el sobreseimiento del procedimiento penal es acorde a derecho porque la conducta solo puede considerarse grave bien por la persistencia en el incumplimiento, lo que requiere la constatación de más de un acto de desobediencia, o bien de la resistencia igualmente persistente del progenitor; posterior a un requerimiento o iniciativa del Juzgado, dirigidos al mismo por el juez de familia, para que se abstenga de protagonizar conductas obstativas de las visitas entre el hijo común y el otro progenitor; con el correspondiente apercibimiento de poder incurrir en responsabilidad criminal, o bien la imposición de multas coercitivas por parte del letrado de la administración de justicia, que se revelasen inútiles de cara a la rectificación de la conducta después de un tiempo apreciable.

En el auto comentado se hace referencia a las comparecencias del progenitor denunciante ante los agentes de la autoridad tras cada incumplimiento como prueba de los hechos.

Cuando el incumplimiento del régimen de visitas era constitutivo de infracción penal, tenía sentido el que el progenitor afectado requiriera la presencia de la policía en el lugar donde debía de realizarse el intercambio de los menores. De esa manera los agentes de la autoridad, podían identificar al progenitor y plasmar en un atestado donde se encontraba y a qué hora, y además, reflejar si en la vivienda donde los niños debían ser recogidos o entregados respondía alguien al llamar a la puerta, y en su caso, identificar al presunto incumplidor. Siendo testigos del delito, su declaración resultaba clave en el procedimiento penal, y estaban obligados a intervenir en su labor de averiguación delictiva.

Con la despenalización del incumplimiento del régimen de visitas, la intervención de la policía deja de tener sentido, al ser el incumplimiento origen de un litigio de orden civil.

En este sentido, y como respuesta a la consulta de un padre sobre la actuación policial ante los incumplimientos de entrega de menores, la Subdelegación del Gobierno de Burgos recabó un informe de la Abogacía del Estado y respondió en escrito fechado el 23 de mayo de 2017 que la policía carece de competencias en materia de control de convenios reguladores, siendo dicho control competencia exclusiva de los órganos judiciales. Además concluye que entre las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad no se encuentra la de actuar como testigos

en procesos, pudiendo el afectado promover un acta de notoriedad para hechos notorios que afecten a las relaciones personales que desea acreditar.

De esta manera, la despenalización traslada la carga probatoria al afectado por el incumplimiento, pues cuando era considerado delictivo la policía podía dar razón del incumplimiento con su presencia, pero actualmente lo harán en unas ocasiones y en otras no, pues consultados varios mandos tanto del Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policías Locales (consultas realizadas por el autor en julio de 2018), manifestaron que no tenían una directriz clara al respecto, sin que conocieran el escrito de la Subdelegación del Gobierno de Burgos al que se ha hecho referencia, y que la atención o no por parte de los agentes dependería normalmente del funcionario policial que recibiera el aviso.

2. MEDIDAS DE ORDEN CIVIL

Analizados los requisitos para que el incumplimiento del régimen de visitas pueda ser sancionado tras un procedimiento tramitado ante el orden jurisdiccional penal, trataremos a continuación cuál es el procedimiento de orden civil adecuado para demandar que se respete el régimen, y cuáles son las diferentes vías de resarcimiento del perjudicado por el incumplimiento.

A) *Prevención de incumplimientos recogida en la sentencia*

Acuña San Martín señala la relevancia de implementar un sistema de protección preventiva del derecho de visitas, pues al ser un derecho sin contenido patrimonial, su lesión no se puede reparar mediante una suma de dinero, el tiempo no disfrutado junto a los niños ya no volverá, y los mecanismos de ejecución forzosa suelen ser ineficaces para restablecer la situación anterior una vez producida la lesión (ACUÑA SAN MARTÍN, 2014, 318).

Ese sistema de protección preventiva está contemplado en la normativa sustantiva, pues el artículo 90.4 del Código civil dice que el juez o las partes podrán establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio regulador de las relaciones paternofiliales, y el 91 permite al juez establecer las cautelas o garantías respectivas.

Hay que preguntarse qué garantías o cautelas serían realmente efectivas para conseguir que se respete el derecho de visita, y cuales serían lícitas.

Desde luego, las garantías personales o reales más usuales no parecen demasiado apropiadas dada la naturaleza del derecho de visitas, por lo que debería acudirse a medidas atípicas.

Entre estas medidas atípicas se pueden citar aquellas que se suelen establecer cuando existe riesgo de un traslado ilícito del menor, que evidentemente haría imposible la realización de las visitas, como la prohibición de salida del territorio nacional salvo que se obtenga autorización judicial previa, la prohibición de expedición del pasaporte o su retirada si ya se hubiere expedido, y el sometimiento de autorización judicial previa de los cambios de domicilio del niño, medidas todas ellas positivizadas en los artículos 103 y 158 del Código civil.

Estas medidas pueden adoptarse una vez admitida la demanda, a falta de acuerdo entre los progenitores (art. 103.1 CC), se pueden solicitar antes de interponer la demanda por el progenitor que lo vaya a hacer (art. 104), o dentro de cualquier proceso civil, penal o de jurisdicción voluntaria (art. 158).

Otras medidas atípicas que se pueden prever son las de imponer que las entregas y recogidas de los menores se realicen en un punto de encuentro, como elemento de presión para disuadir a los progenitores de incumplir.

Medidas atípicas de prevención como el establecimiento de una indemnización de daños y perjuicios para el progenitor perjudicado por el incumplimiento, el supeditar el pago de la pensión de alimentos a que el custodio cumpla el régimen de visitas, o el establecimiento de cláusulas penales que permitieran a uno de los progenitores optar por el cumplimiento o el pago de la pena, son discutibles, pues algunas podrían vulnerar el orden público, y serán tratadas en epígrafes posteriores.

Sí que se ha admitido la inclusión en sentencia de advertencias sobre la posibilidad de suspender o restringir el régimen de visitas, o de cambiar el régimen de guarda y custodia, con cláusulas del estilo: «se apercibe a ambos progenitores que el régimen de visitas y custodia debe ser obligatoriamente cumplido por ambos progenitores, y que su incumplimiento puede dar lugar a la modificación de los expresados regímenes en perjuicio del que los incumpla, sin perjuicio de las responsabilidades penales que puede contraer el que los incumple [SAP Barcelona, número 668/2012, de 13 de noviembre, (Id Cendoj 08019370182012100624)]».

B) El cauce procesal

El progenitor que vea impedido su ejercicio del derecho de visitas por los incumplimientos del otro, podrá invocar dicho derecho pidiendo que se cumpla lo establecido en sentencia, pues dicha sentencia es un título ejecutivo de inexcusable cumplimiento a tenor de lo establecido en el artículo 617 LEC, con la particularidad de que no resulta aplicable el plazo de espera de 20 días hábiles que establece el artículo 548 LEC a contar desde la notificación al ejecutado, pues en aras a salvaguardar el interés superior de los menores, las medidas establecidas en las sentencias dictadas en materia de familia, son directamente ejecutables (art. 774.5 LEC).

La ejecución forzosa de las sentencias se recoge en el artículo 776 LEC, que establece especialidades sobre la regulación del Libro III de la LEC.

Es por ello de aplicación el artículo 699 LEC, según el cual, cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo, pudiendo apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales y multas pecuniarias.

En el caso que nos ocupa el requerimiento consistiría en ordenar al custodio que facilite la relación y cese en la actitud de impedir u obstaculizar el normal desarrollo del régimen, o al no custodio para que cumpla el régimen de entrega y recogida o de ejercicio de las visitas.

El ejecutado puede formular oposición al despacho de ejecución alegando lo que a su derecho convenga, oposición que se sustancia de acuerdo al artículo 560 LEC, resolviéndose por auto según el artículo 561 LEC. En dicho auto, el juez valorará, teniendo en cuenta la prueba aportada por las partes, la existencia o no de incumplimiento por el ejecutado, y en caso de haberse producido un incumplimiento, si tuvo su causa en algún hecho justificante en aras a salvaguardar el interés del niño.

Es relativamente frecuente justificar la obstrucción del régimen de visitas manifestando el incumplidor que no conviene al menor la convivencia con el otro progenitor; argumento que no suele ser asumido por los juzgados, pues el régimen de relación no puede ser decidido al libre albedrío de un progenitor. En este sentido la SAP Álava (sede Vitoria-Gasteiz), sección 2, número 92/2006, de 20 de abril (Id Cendoj 01059370022006100046) dice que «en los supuestos de conflictividad de carácter familiar, ningún ciudadano, en ejercicio de sus funciones de progenitor, goza de capacidad para decidir a su libre albedrío cuando conviene al hijo menor que se cumpla la sentencia reguladora del régimen de comunicación y estancias. El particular entender del progenitor custodio sobre lo que más conviene al menor no prevalece sobre los pronunciamientos judiciales, y el incumplimiento de estos supone una conducta de tan evidente antijuridicidad, que serán extraños los supuestos de error que excluyen la punibilidad».

Otra de las razones que se invocan para justificar los incumplimientos del régimen de visitas es que el niño no quiere estar con el progenitor no custodio, siendo la opinión de la mayoría de autores que cuando se dan estas circunstancias debe de recabarse informe del equipo psicosocial o en su caso oír a los menores, antes de resolver. Según GONZÁLEZ DEL POZO (GONZÁLEZ DEL POZO, 2007, 97) el informe pericial, después de explorar a los menores, y en su caso a los progenitores, debería dictaminar la forma y circunstancias en que se han desarrollado hasta la fecha las visitas, indicando si existe o no rechazo del menor a la figura del progenitor no custodio y si concurren o no hechos objetivos que justifiquen la negativa del menor a las visitas, dictaminando si el rechazo del menor es inducido por el progenitor custodio y, en su caso, el régimen de visitas que resulta procedente aplicar en lo sucesivo.

En cuanto a las medidas que se pueden adoptar en el procedimiento de ejecución para garantizar el cumplimiento del régimen de visitas, se encuentran algunas de las que se han mencionado como preventivas, a saber, el aseguramiento de las recogidas y entregas al imponer su realización en un punto de encuentro o ante la policía con apercibimiento de incurrir en desobediencia, y además de ellas, la imposición de multas coercitivas (arts. 699, 709 y 776.3 LEC) y el apercibimiento de modificación del régimen de guarda en caso de incumplimientos reiterados (art. 776.3 LEC).

Es aplicable en la ejecución, al ser el cumplimiento del régimen de visitas una obligación personalísima, lo establecido en el artículo 709.1 LEC, pudiéndose aplicar una multa por cada mes que transcurra sin llevarse a cabo la obligación desde que finalice el plazo que se conceda al ejecutado para cumplir el requerimiento.

Al no tener la obligación que se pretende (cumplimiento del régimen de visitas) un precio o contraprestación, no resulta de aplicación la sustitución de la obligación incumplida por su equivalente pecuniario al cabo del año (art. 709.3 LEC), por lo que el artículo 776.2 LEC, posibilita que se mantengan las multas coercitivas por el tiempo que sea necesario.

Puede apercibirse de la imposición de las multas coercitivas en el auto por el que se despacha ejecución, siendo desde mi punto de vista aconsejable que se solicite por parte del actor en la demanda ejecutiva para dotar de más elementos de fuerza a la resolución, y la imposición suele realizarse tras el trámite, en su caso, de la oposición a la ejecución, pues el juez, al dictar el auto por el que finaliza el procedimiento ya posee todos los elementos de prueba para considerar si se ha producido incumplimiento y si tenía justificación.

Las multas pecuniarias persiguen persuadir al incumplidor para que acate la obligación, pero la doctrina ha señalado que no tienen carácter resarcitorio,

pues no pretenden compensar al afectado por el incumplimiento, ya que son ingresadas en el Tesoro Público.

Respecto a la cuantía de las multas coercitivas, no se encuentra tasada en la Ley, pues no resulta aplicable el artículo 711 LEC al no ser evaluable económicamente la obligación, por lo que se establece según la gravedad del incumplimiento, su duración en el tiempo, o la capacidad económica del ejecutado.

En ese sentido, recoge la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto el AAP de Gerona, sección 1, número 131/2018, de 12 de junio de 2018 (Id Cendoj 17079370012018200115), que resuelve el recurso de apelación interpuesto por una mujer a la que se la imponen multas coercitivas por haber incumplido de forma reiterada el régimen de visitas. La recurrente invoca la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional al amparo del artículo 607 LEC, argumento que rebate la resolución con el siguiente tenor: «Siguiendo la doctrina que ha venido sentando el Tribunal Constitucional sobre la multa coercitiva, así, por ejemplo, en el auto de 21 de septiembre de 2017 y sentencia 239/1988, de 14 de diciembre, estas multas no pretenden reprender o sancionar el incumplimiento de las resoluciones de los tribunales, sino que responden a la finalidad de obtener la acomodación de un comportamiento que desconoce una resolución del tribunal, restaurando el ordenamiento jurídico perturbado y forzar el cumplimiento de lo acordado en la resolución. Por lo tanto la capacidad económica del requerido aunque pueda ser un elemento a tener en cuenta, el mismo es relativo, pues lo relevante es que con la multa coercitiva se consiga que se cumpla la resolución, pues si esta es escasa, al incumplidor le puede resultar mejor pagar la multa que cumplir la resolución. Como dice el alto Tribunal *El principio de adecuación reclama, por tanto, la existencia de una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado y el fin que con él se persigue, considerándose que tal circunstancia se producirá si la medida puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece, o incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad* (STC 60/2010, de 7 de octubre FJ 12). *La accesoriadad respecto de la resolución cuyo cumplimiento se pretende es una característica propia de esta medida, de modo que la multa coercitiva impuesta no pueda ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr su propósito. Ello implica realizar un juicio de proporcionalidad que requiere la constatación de que la medida adoptada cumple los tres requisitos siguientes: que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); que sea además necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, la medida no puede ir más allá de lo estrictamente necesario para lograr su objetivo (juicio de necesidad); y, finalmente, que la medida adoptada sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en un juicio estricto de proporcionalidad* (entre otras SSTC 281/2006, de 9 de octubre, FJ2, y las que allí se citan, STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ4, y 159/2009, de 29 de junio, FJ3)... De este modo, deberá graduarse la cuantía en atención a las particulares circunstancias que concurren en cada caso respetando, como es obvio, el principio de proporcionalidad (STC 185/2016, FJ10a y 215/2016, FJ8d) y atendiendo, entre otros criterios, a la gravedad del incumplimiento, a la importancia de las normas infringidas, a las consecuencias que el incumplimiento supone para el interés general y de los particulares, a la urgencia que hubiere en que se cumpla la resolución, a la naturaleza y claridad de la obligación desatendida, a la relevancia del deber jurídico cuyo cumplimiento pretende garantizar con esta medida (STC 185/2016, FJ10a, y 215/2016, FJ8d) y, en fin, a la necesidad de asegurar el efecto disuasorio».

Y el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 11/2018, de 17 de enero de 2018, Id Cendoj 08019370122018200033, justifica la cuantía de la multa coercitiva impuesta por incumplimiento del régimen, en la capacidad económica del obligado a su eventual pago (por su nivel de ingresos y obligación alimenticia), y en la posibilidad de que no todos los incumplimientos del régimen a lo largo del mes sean efectivamente imputables al padre pudiendo concurrir a su desinterés los deseos del hijo menor de modificar la forma de relacionarse con su padre, lo que no es descartable atendiendo a su edad.

C) *Compensación de las visitas perdidas*

Por lo general, la principal pretensión del progenitor que se vea perjudicado por el incumplimiento del régimen de visitas será la de reclamar su efectividad en lo sucesivo, y no será raro que solicite la recuperación de los días en los que se vio privado de la compañía de sus hijos.

Dicha solicitud puede justificarse jurídicamente en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues a tenor de lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, las sentencias se han de ejecutar en sus propios términos, y si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal ha de adoptar las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria.

En la jurisprudencia se encuentran resoluciones a favor y en contra de la recuperación de los días perdidos por los incumplimientos, siempre con fundamento en el interés de los menores, pero por lo general con una motivación sucinta.

Como ejemplo, en el auto de la AAP Zaragoza, sección 4, número 450/2005, de 1 de septiembre de 2005 (Id Cendoj 50297370042005200101), el padre perjudicado por el incumplimiento de la madre solicita que se le compense con un fin de semana que perdió por la negativa de la madre a entregar a los menores, y la Sala accede a dicha pretensión porque la madre no se opuso, discutiendo únicamente una compensación económica que no fue concedida, cuestión que es objeto de estudio en el siguiente epígrafe.

Y el AAP de Barcelona, sección 12, número 64/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 08019370122007200110), confirma que se debe compensar con un fin de semana al padre que se vio privado de la compañía de su hijo durante un fin de semana de las vacaciones por la voluntad obstativa de la madre, amparándose en que el régimen de visitas que se apruebe en sentencia, bien derive de un procedimiento de mutuo acuerdo o de un procedimiento contencioso, es de obligado cumplimiento

D) *Indemnización por pérdida de visitas*

El hecho de recibir una indemnización por haberse visto privado del ejercicio del derecho de visitas con los hijos menores, puede parecer ajeno al derecho de familia, pues la imposición del pago de una cantidad de dinero por incumplir, no protege el interés del niño, siendo el inconveniente más claro que se puede pagar y seguir incumpliendo, cuando lo realmente deseable sería conseguir el cumplimiento de la obligación *in natura* (entregar al hijo, facilitar las visitas, etc.), aunque es cierto que la imposición de una indemnización por el incumplimiento puede ser una medida complementaria a aquellas que pretenden el restablecimiento del derecho, pues ejerce una labor disuasoria, que además repercute en

el patrimonio de aquel cuyo derecho se ha visto vulnerado y no en las arcas públicas como en el caso de la multa coercitiva.

En este epígrafe intentaremos responder a la pregunta del progenitor custodio cuando el no custodio incumple y no recoge a los menores cuando le corresponde una visita: «¿Y quién me paga los gastos de la canguro que he tenido que contratar para cuidar a los niños?», o cuando es el custodio el que incumple y no permite que se realice la visita y el no custodio pregunta: «¿Quién me paga ahora los billetes de avión, y el hotel que había reservado para irme de vacaciones con los niños?» (MORENO VELASCO, 2009, 10).

Analizaremos si es indemnizable el daño generado por los incumplimientos, y si también es posible indemnizar la angustia y desasosiego que le produce al progenitor perjudicado el incumplimiento, y los perjuicios que le produzca en su vida personal y salud psíquica, el denominado daño moral.

La responsabilidad por los daños y perjuicios en este ámbito tiene su fundamento en el artículo 1902 del Código civil, al ser de carácter extracontractual, por lo que deberán darse los requisitos que establece dicho precepto y que han sido perfilados jurisprudencialmente: un comportamiento culposo, una acción u omisión que produzca un daño, y la existencia de un nexo causal entre el comportamiento y el daño.

Respecto a la indemnización de daños materiales, existen resoluciones en ambos sentidos, así, la SAP de Málaga, sección 5, número 167/1999, de 17 de marzo de 1999 (Id Cendoj 29067370051999100107) compensa a la madre con una pensión indemnizatoria a pagar por el padre por cada fin de semana que incumpla y tengan que pasar con ella las horas nocturnas.

Algunos autores (MORENO VELASCO, 2009, 11) consideran que la indemnización de daños y perjuicios tendría su encaje en el artículo 709.3 LEC, a cuyo tenor, además de multas coercitivas, pueden establecerse cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante.

En contra de la indemnización por daños y perjuicios la SAP Madrid, sección 22, número de recurso 655/1997, de 13 de febrero de 1998 (Id Cendoj 28079370221998100524), considera inválido el pacto conyugal por el que se había acordado una compensación económica para la madre, si al padre no le resultaba posible cumplir con el régimen de visitas. La Audiencia considera que se confunden cuestiones personales y familiares (el régimen de comunicaciones y sus incidencias) con aspectos económicos que nada tienen que ver con los efectos que provoca el divorcio en los términos señalados en los artículos 90 y siguientes del Código civil, que no reconocen los derechos de compensación que se mencionan en los singulares pactos habidos entre las partes, sin perjuicio de que en términos morales y personales entre los esposos puedan privadamente llevarlos a cabo. Señala la imposibilidad de mercantilizar derechos y obligaciones de carácter personalísimo, y establece que llegado el caso de su incumplimiento o ejercicio, la solución se adoptará analizando las causas de tal dejación del derecho o deber para decidir mantener o restringir o suprimir este sistema de comunicaciones en días intersemanales, adoptando en su caso el juzgado cuantas medidas sean necesarias si la conducta de quien tiene establecido este régimen de visitas fuera contumaz y persistente, cuestiones que se resolverían en ejecución de sentencia.

También la SAP Murcia, sección 1, número 43/2001, de 30 de enero de 2001 (Id Cendoj 30030370012001100184), desestima la indemnización, pues «se haya o no acreditado tal incumplimiento, es lo cierto, en su caso, que la consecuencia o efecto dimanante del mismo, no puede concretarse en una indemnización económica, sino que tales efectos solo podrían tener incidencia en el ámbito de

la patria potestad (supresión o privación de la misma) o en la modificación de tal régimen de visitas».

En el mismo sentido, la SAP Barcelona, sección 12, número 141/2014, de 25 de febrero de 2014 (Id Cendoj 08019370122014100100), revoca la sentencia de instancia que establecía una pensión que tenía que pagar el padre de 150 euros por cada fin de semana que tuviera que estar con su hija y no pudiera hacerlo, al considerar que se vulnera el interés superior de la menor: «Esta Sala no comparte las razones de la demanda inicial de estas actuaciones ni los argumentos de la sentencia de primera instancia, puesto que parten de la consideración de las visitas, estancias y relación de la hija con los progenitores como una carga, asimilable a una obligación de hacer respecto de propiedades comunes, cosas o semovientes. Se viene a establecer una especie de derecho/obligación de uso y mantenimiento y una correlativa obligación de indemnizar para el caso de que uno de los progenitores haya de sustituir al otro en las labores de tenencia de la menor». La sentencia concluye que la obligación del padre de indemnizar a la madre por cada fin de semana que no pudiera tener a su hija es inapropiada y debe ser suprimida, debiendo ceder en estos casos los derechos de los progenitores ante los de los propios hijos.

En sentido contrario, el AAP Barcelona, sección 12, número 122/2005, de 14 de junio de 2005 (Id Cendoj 08019370122005200147), concede a la madre el resarcimiento de los gastos por manutención de los menores y contratación de una canguro a consecuencia de los incumplimientos del padre, no habiéndose opuesto el demandado a la indemnización, sino solo a su cuantía. Sobre los gastos de canguro, dice la sentencia que ha atendido y cuidado a los menores que debían haber estado con el padre según el régimen de visitas, y que esos gastos han de ser soportados por el progenitor incumplidor, puesto que solo a él es imputable la necesidad de que los niños fueran atendidos y cuidados por la canguro, sobre todo cuando esa colaboración era necesaria por el trabajo de la madre y la imposibilidad de dejar todos los días a los menores bajo el cuidado de los abuelos maternos. Era, por tanto, un gasto ineludible y necesario, no caprichoso, que ha de ser imputado al padre a fin de paliar los perjuicios causados a la madre. Sobre los gastos de manutención, dice que la satisfacción por parte del padre de las prestaciones alimenticias de los menores en doce mensualidades, incluidos también los periodos vacacionales que están con el mismo, no puede evitar que deba indemnizar los dispendios ocasionados por los hijos cuando debían estar con el padre, y entiendo ponderados los gastos de manutención propiamente dicha y de restauración.

DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS (DE VERDA Y BEAMONTE *el al.*, 2012, 358) consideran adecuado el establecimiento de indemnizaciones por los incumplimientos de visitas, pues en contra de los razonamientos de las dos primeras sentencias comentadas, dicen que aunque el artículo 711 LEC prevé la posibilidad de imponer multas coercitivas a quien incumpla de forma reiterada el régimen de visitas, ello no excluye la reclamación de los gastos de carácter patrimonial que se hayan ocasionado al progenitor perjudicado, pues de lo contrario, se admitiría que las normas de derecho de familia constituyen un sistema cerrado que no permite la aplicación de normas o principios generales tendentes al resarcimiento, perjuicio que carece de base legal.

Estos autores afirman que nada obsta a que pueda reclamarse el resarcimiento de los daños sufridos mediante la aplicación del principio del enriquecimiento injusto, pues el progenitor que se hace cargo de los hijos en el periodo en que no deberían estar con él, puede sufrir un empobrecimiento que ocasiona

un enriquecimiento en el incumplidor, el cual carecerá de causa, pues cada uno debe de hacer frente a la manutención según lo establecido en la sentencia que adopte las medidas paternofiliales.

Acepta el resarcimiento la SAP Valencia, sección 10, número 131/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 46250370102007100286), que ratifica la sentencia de instancia, en la que el juez modifica el régimen de visitas e introduce una cláusula del siguiente tenor: «Si el padre no tiene consigo a los hijos los fines de semana o los periodos vacacionales que le correspondan, serán de su cuenta los gastos a los que tenga que hacer frente la madre por contratar a una persona que le ayude a atender a sus hijos, en la parte proporcional que corresponda al periodo en que los hijos debieran estar con el padre, previa justificación documental de tales gastos».

En la alzada la madre solicita un aumento de la cuantía de la indemnización, a lo que no accede la Sala, pero no cuestiona la validez de la cláusula.

También el AAP Madrid, sección 22, número 96/2010, de 22 de marzo de 2010 (Id Cendoj 28079370222010200092), concede a la madre una indemnización por los incumplimientos del padre, que la obligan a inscribir a las menores en unas clases de minibasket, que se contratan con la finalidad de suplir las reiteradas ausencias del padre los martes y jueves, o por sus llegadas fuera de horario a recoger a las hijas, respondiendo, por ello, a una perentoria necesidad de la madre. En este caso la madre articuló la reclamación del coste de las clases en una demanda de gastos extraordinarios, pero el juez concedió la indemnización en concepto de resarcimiento por daños y perjuicios. Sin embargo, la Sala, resuelve que el supuesto encuentra encaje en el concepto de gastos extraordinarios, y condena al padre al pago del 50% del coste aunque la realización del gasto fuera decidida de forma unilateral, pues la circunstancia que motiva el gasto es ajena a la voluntad de quien toma la decisión.

Respecto a la indemnización por daños morales, cabe señalar que una vez superados los criterios restrictivos establecidos por el Tribunal Supremo, se fue ampliando su campo hacia los derechos de la personalidad, y aunque la mayor parte de resoluciones versan sobre intromisiones en el honor e intimidad, ataques al prestigio profesional, a la propiedad intelectual, supuestos de responsabilidad sanitaria, o culpa extracontractual por accidentes que causan lesiones temporales, secuelas o muerte, se encuentran sentencias que fundamentándose en el principio de indemnidad acogen la indemnización en casos de abuso de derecho, relaciones de vecindad, o incumplimientos contractuales.

El presupuesto que puede dar lugar a la indemnización por daño moral es un sufrimiento o padecimiento psíquico (STS de 22 de mayo de 1995, Sala de lo Civil, número 474/1005, Id Cendoj 28079110011995101460). Diferentes sentencias se han referido a estas situaciones describiéndolas como impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad o angustia, la zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastorno de ansiedad, impacto emocional, e incertidumbre consecuente.

La mayoría de autores dan al daño moral una definición negativa, al considerarlo aquel perjuicio que no implica una pérdida pecuniaria, no entraña para el perjudicado ninguna consecuencia consistente en la disminución de su patrimonio, y no consiste en una pérdida económica o falta de ganancia (ROMERO COLOMA, 2010, 123).

La prueba del daño moral es difícil de acreditar, cuestión de la que es consciente el Tribunal Supremo, que ya en la STS, Sala de lo Civil, número 533/2000, de 31 de mayo de 2000 (Id Cendoj 28079110012000102126), dijo: «La temática planteada, aunque relacionada con la doctrina general sobre la carga de la prueba

del daño, presenta ciertas peculiaridades, sobre todo por la variedad de circunstancias, situaciones o formas (polimorfia) con que puede presentarse el daño moral en la realidad práctica, y de ello es muestra la jurisprudencia, que aparentemente contradictoria, no lo es si se tienen en cuenta las hipótesis a que se refiere».

Para la cuantificación de la indemnización por daño moral el órgano judicial tendrá en cuenta varios criterios (ROMERO COLOMA, 2010, 128): que la indemnización que se conceda proporcione al perjudicado las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, aunque es imposible cuantificar los dolores y sufrimientos de una persona; la condición económica de las partes, en particular, de la persona perjudicada; y la gravedad de la culpa y del daño causado, la intensidad e importancia de los dolores padecidos y el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de dichos daños.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la valoración del daño moral no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva (STS de 19 de mayo de 1934), por lo que corresponde hacerla al juez según las reglas de la equidad (SSTS de 7 de noviembre de 1919 y 24 de mayo de 1947), debiendo tener en cuenta las circunstancias de la persona ofendida (SSTS de 6 de diciembre de 1912, 10 de julio de 1928 y 19 de mayo de 1934), y la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta (STS de 7 de noviembre de 1919).

La STS, Sala de lo Civil, número 521/2008, de 5 de junio de 2008 (Id Cendoj 28079110012008100488) recuerda los criterios a tener en cuenta, y entiende que no cabe duda de la posibilidad de indemnizar el daño moral, entendido en el sentido amplio antedicho de ansiedad, impacto emocional, zozobra y sufrimiento psíquico, no siendo necesaria una actividad probatoria concreta, ni del daño, ni de la relación de causalidad, ya que en la gran mayoría de los casos, la existencia del daño y de la relación entre el incumplimiento del régimen de visitas y el daño moral generado caen por su propio peso, derivando de las circunstancias concurrentes, que son deducibles de un juicio de notoriedad.

Sobre la aplicación del daño moral a los incumplimientos del régimen de visitas, la SAP Cádiz, sección 2, número de recurso 220/2001, de 8 de abril de 2002 (Id Cendoj 11012370022002100264), dice que: «Es innegable que la situación producida en el actor (definida por la sensación de incertidumbre acerca de la posibilidad de ejercicio del derecho que le había sido reconocido por el Juzgado, así como de impotencia frente a la actuación obstativa de los demandados, así como el resultado de privación de contacto con los hijos propios, incluso hasta el extremo de intentar borrar de su memoria la existencia de un padre biológico), produce un daño de orden espiritual en el referido progenitor, que no ha dejado nunca de intentar tener ese acercamiento hacia su hija».

Sin embargo, otras resoluciones, como la SAP Valencia, sección 11, número 89/2006, de 20 de febrero de 2006 (Id Cendoj 46250370112006100097), excluye la posibilidad de indemnización del daño moral por entender que es inaplicable el artículo 1101 del Código civil. La sentencia parece admitir la indemnización del daño por la vía del artículo 1902, pero finalmente la niega por considerar ajeno al sentido común la posibilidad de aplicar el daño moral a las relaciones familiares.

E) Cambio del régimen de visitas (cambio de custodia, visitas en punto de encuentro, etc.)

Otra de las medidas de protección del derecho de visitas, deriva de lo establecido en el artículo 776.3 LEC, aunque a mi juicio la labor de protección del

derecho la logra a través de la vía de la coerción, pues es palmario su carácter sancionador para el progenitor incumplidor: «el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el tribunal del régimen de guarda y visitas».

La norma vincula la guarda y custodia con el derecho de relación y visitas, considerando que protegen el mismo interés pero con distinta intensidad, pues ambos derechos tienden a que se preserven las relaciones de los hijos con ambos progenitores. Se utiliza como criterio para valorar cual es el mejor sistema de guarda y custodia la comprobación de qué progenitor asegura mejor el mantenimiento pacífico de las relaciones de los hijos con el otro padre, de manera que la conducta obstativa de uno de ellos puede ser causa de que se cambie el régimen de guarda.

El juez se encuentra con un amplio espacio a la hora de establecer las consecuencias de los incumplimientos, pues el precepto únicamente indica que se podrá modificar el régimen de guarda y visitas, pero sin indicar en qué sentido. Así, hemos de deducir que será posible cualquier modificación que en atención a las circunstancias particulares, garantice el mejor interés del niño de relacionarse con ambos progenitores.

Es de destacar, que el procedimiento objeto de estudio es una ejecución forzosa, por lo que el cambio del modelo de guarda y custodia solo será posible si se ha iniciado este procedimiento a consecuencia de incumplimientos reiterados del régimen de visitas. Si la pretensión de modificación de la guarda y custodia se fundamenta en otros hechos, por ejemplo la variación de determinadas circunstancias, deberá de acudir al procedimiento de modificación de medidas.

Jurisprudencialmente, se han adoptado soluciones variadas a las pretensiones articuladas a través del artículo 776.3 LEC, y teniendo en cuenta lo que más convenía a los menores, se han adoptado cambios de guarda atribuyéndosela al progenitor que hasta entonces era el no custodio, o ampliaciones del régimen de relación a favor del no custodio.

Como ejemplo, citaremos por su relevancia, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 8/2005, de 17 de enero de 2005 (BOE número 41, de 17 de febrero de 2005), que declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo.

El Juzgado de Primera Instancia dictó un auto en que por los incumplimientos reiterados por parte de la madre del régimen de visitas, modificó el régimen de guarda y custodia establecido en la sentencia que regulaba las medidas paternofiliales y atribuía al padre la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas para la madre.

Dicho auto fue apelado, y la Audiencia Provincial lo revocó razonando que «en el presente caso, no concurren razones que justifiquen una modificación del régimen de custodia en su momento acordado, ya que no han sobrevenido nuevas circunstancias que justifiquen la modificación de una medida de tanta trascendencia para la vida del menor, sino la adopción por el juzgado *a quo* de cuantas medidas sean necesarias para garantizar su ejecución, de acuerdo con las previsiones establecidas en la LEC».

El Tribunal Constitucional tiene en cuenta para resolver que el juez de primera instancia relata primeramente las incidencias habidas en el cumplimiento del régimen de visitas, en segundo lugar califica tales incidencias como incumplimiento por parte de la madre de las obligaciones acordadas judicialmente, que impiden el contacto del niño con el padre y con los hermanos, y que favorece la

culpabilización del niño haciéndole creer que su subsistencia depende de que el menor permanezca con ella. Además, de la prueba pericial y de la testifical de un pariente de la madre, concluye que el menor está bien atendido por el padre, y tiene buena relación con los hermanos, por lo que su interés pasa por atribuir la custodia al padre, y por si fuera poco, es la única manera de poner fin a la situación creada por la madre, que no ha atendido los sucesivos requerimientos, ni ha modificado su actitud tras la imposición de una multa coercitiva.

Concluye el Tribunal Constitucional que «no resulta constitucionalmente admisible que, una vez el juez de primera instancia explicita ciertos hechos ya señalados con anterioridad (sucesivos incumplimientos del régimen de visitas, culpabilización del menor en cuanto a la subsistencia de su madre, buena relación con el padre y los hermanos negada por la madre, etc.), estos sean simplemente ignorados por la Audiencia Provincial al afirmar lisa y llanamente que no han sobrevenido circunstancias que justifiquen la variación del régimen de custodia del menor, sin que ello venga precedido de una diferente apreciación de tales circunstancias o de la valoración jurídica que merezcan al tribunal».

Admitiendo el cambio del sistema de guarda y custodia, citaremos, el reciente AAP Logroño, sección 1, número 34/2018, de 13 de marzo de 2018 (Id Cendoj 26089370012018200157), que confirma el auto dictado por el juzgado de primera instancia que accede al cambio de guarda y custodia a favor del padre por los incumplimientos reiterados de la madre del régimen de visitas, que a pesar de haber sido apercibida impedía la relación de los niños con el padre, no llevándolos al colegio los días en que él los tenía que recoger por corresponderle el turno de visita. Funda su decisión en la STS, Sala de lo Civil, número 346/2016, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100343), que dice que al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores, sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores, recalando que no deben de prosperar pretensiones que intenten la adopción de medidas de interés para los progenitores, sino que debe de primar el interés de los hijos. Y también recoge el razonamiento de las SSTS número 545/2016 de 16 de septiembre (Id Cendoj 28079110012016100528), y 638/2016 de 26 de octubre (Id Cendoj 28079110012016100606), que establecen que las decisiones sobre el sistema de guarda y custodia están en función y se orientan en el interés del menor.

Y no accediendo a la petición de cambio de guarda y custodia, la STS, Sala de lo Civil, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002), en que un padre interpone un procedimiento de modificación de medidas solicitando que se le atribuya la guarda y custodia de su hijo (que ostentaba la madre), por los incumplimientos reiterados de la misma del régimen de visitas y estancias durante las vacaciones, con cita del artículo 776.3 LEC.

La sentencia de instancia atribuye al padre la guarda y custodia tras una etapa de adaptación, y la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia porque «si algún supuesto de hecho es merecedor de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 776.3 LEC del cambio de la guarda y custodia, este es el que se enjuicia, concluyendo que no está acreditado que el cambio de la medida suponga un perjuicio contrario al interés del menor, más allá del cambio que supone el traslado de residencia a su país de origen bajo la custodia del padre».

La madre interpone recurso de casación por existencia de interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Invoca en el recurso que no se puede someter al menor a un daño mayor al preexistente,

y que el artículo 776.3 LEC debe estar siempre subordinado al interés superior del menor, siendo este el principal criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y evolución.

La decisión del Tribunal Supremo se basa en lo que considera el interés superior del menor, que debe primar con independencia del reproche que pueda realizarse del comportamiento de la progenitora custodia, y señala que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor podría representar el cambio. Así, teniendo en cuenta que el niño está perfectamente integrado en EEUU, donde convive con su madre desde hace varios años, considera que el traslado a España para pasar a vivir con su padre le supondría un perjuicio, por lo que estima el recurso y no accede a la modificación de la guarda y custodia.

Cuando el órgano judicial ha de establecer o modificar medidas paternofiliales, contempla que la Constitución española ofrece protección a todos los modelos de familia, con el único límite del orden público, por lo que debe regir en el ámbito del derecho de familia el principio de intervención mínima.

Como expone ORTUÑO MUÑOZ (ORTUÑO MUÑOZ, 2013, 4), cuando una familia es capaz de organizar sus relaciones convivenciales de manera pacífica y estable, el ordenamiento jurídico no interviene. Si un padre o una madre se niega a ver a su hijo y delega *de facto* en el otro progenitor o en un miembro de la familia extensa, o deciden de mutuo acuerdo internar al niño en un colegio en el extranjero, o deciden trasladarse de ciudad o de país, no se acude al Juzgado para que dé autorización, previo informe psicosocial y vista al Ministerio Fiscal, ni se solicita la intervención judicial.

Por ello, antes de adoptar medidas más gravosas y de mayor interferencia en el ambiente familiar, como el cambio del sistema de guarda y custodia o la imposición de multas coercitivas, suele intentarse el restablecimiento de la normalidad en el cumplimiento de las medidas paternofiliales con otras alternativas.

Estas alternativas suelen imponer la supervisión del régimen de relaciones parentales por algún tercero que actúa de garante del cumplimiento, o que proporciona herramientas de carácter emocional para fomentar la recuperación de la armonía familiar.

En la actualidad, han demostrado su utilidad con el paso del tiempo los denominados puntos de encuentro familiar (PEF), que apoyan la acción de los Juzgados en la fase de ejecución de sentencias, al igual que lo hacen los mediadores en la fase previa a la decisión judicial, y los peritos durante la fase de enjuiciamiento.

Los PEF surgieron en España en la década de los 90 del siglo pasado (ROMERO GONZÁLEZ, 2009, 1) siendo gestionados tanto por instituciones de carácter público como privado.

Su organización y funciones se encuentra regulada en la normativa autonómica, y en el ámbito estatal únicamente encontramos el Documento Marco de Mínimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directoras y Directores Generales de Infancia y Familias el 13 de noviembre de 2008, publicado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.

Uno de los objetivos de los PEF que se establece en el Documento Marco, es el de favorecer el cumplimiento del derecho fundamental de los menores a mantener relación con ambos progenitores y sus familiares después de la separación, estableciendo los vínculos necesarios para su buen desarrollo psíquico, afectivo y emocional, sirviendo además para orientar y apoyar a los padres para

que consigan ser autónomos en el ejercicio de la coparentalidad, sin tener que depender del PEF.

Las formas de actuación de los puntos de encuentro son variadas, y según el Documento Marco, deben comprender:

- el apoyo en el cumplimiento del régimen de visitas: controlando las recogidas y entregas de los niños, o tutelando la visita, que tiene lugar bajo la supervisión de algún miembro del equipo técnico, en el propio centro de encuentro pero sin dicha supervisión, o siendo acompañados el menor y el progenitor visitador fuera del PEF.
- intervención psicosocial individual y familiar: en que el equipo técnico realiza las actuaciones que considere necesarias para eliminar obstáculos y actitudes negativas en aras a lograr los objetivos previstos.
- intervención en negociación y aplicación de técnicas mediadoras: tendentes a conseguir acuerdos que permitan la adecuación del régimen de visitas establecido por la autoridad a la realidad familiar así como a favorecer el ejercicio de la coparentalidad.
- elaboración de registros y documentación: el equipo técnico refleja las actividades realizadas para su posterior evaluación en labores de investigación, y para su aportación en caso de ser requeridos por la autoridad judicial.

La intervención del PEF es transitoria, y su pretensión es la de recomponer unas relaciones parentales que por la causa que sea, se han interrumpido o deteriorado.

La asistencia al PEF, es una obligación no pecuniaria de carácter personalísimo, prevista en el artículo 776 LEC, que se impone para realizar el seguimiento de las medidas paternofiliales adoptadas en la resolución judicial, y que cuenta con el respaldo de otras posibilidades para el caso de incumplimientos, como las multas coercitivas o los cambios del régimen de guarda y custodia ya comentados.

V. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE VISITAS POR PARTE DE LOS ABUELOS

La dicción actual del artículo 160 del Código civil, a tenor de la modificación operada por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, garantizó el derecho de ambos a relacionarse, pues dice que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con abuelos y otros parientes y allegados».

El Código regula las visitas de los nietos con sus abuelos tras la crisis matrimonial, en el artículo 90, como parte del contenido del convenio regulador, en que puede ser incluido si se considera necesario, debiendo ser aprobado por el juez previa audiencia de los abuelos en la que presten su consentimiento, y en el artículo 94, donde da la posibilidad de que el juez determine el régimen de relación de nietos y abuelos.

El contenido del derecho de visita de los abuelos es diferente al de los padres, que se incardina en el derecho-función de patria potestad que establece el artículo 154 del Código civil. En el caso de los abuelos, responde al sentimiento de afecto y cariño (ROMERO COLOMA, 2010, 148), y en este sentido,

la STS, Sala de lo Civil, número 477/1996, de 11 de junio de 1996 (Id Cendoj 28079110011996101557), dice que: «las relaciones entre un menor y su abuelo que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan necesarias cuando de ellos se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también en las contradicciones que emanan a veces de los planteamientos y opiniones de los parientes, si bien siempre que revistan un carácter de normalidad, es decir, no respondan a patologías o ejemplos corruptores».

En gran parte de los casos, el régimen de visitas de los abuelos, se simultanea con el régimen de guarda y custodia de los menores con sus padres, insertando en las resoluciones cláusulas del tenor: «cada progenitor facilitará la relación de los menores con sus abuelos mientras los tenga en su compañía», pero existen casos en que no es posible ese sistema, por ejemplo, por fallecimiento de uno de los progenitores, por diferencias personales entre los abuelos y los progenitores de los niños, o por conflictos entre abuelos que han tenido a los niños en acogimiento, produciéndose el problema cuando reaparece el hijo y reclama al menor (SANTANA PÁEZ, 2014).

Una de las cuestiones a la hora de establecer el régimen de visitas de los niños con sus abuelos, es si procede establecer o no la pernocta. No pronunciándose de forma taxativa la normativa, hay que señalar que los artículos 90 y 94 del Código civil se refieren al «régimen de visitas y comunicación» de los nietos con sus abuelos, y sin embargo, lo hace a las «estancias» cuando se refiere a los progenitores. Así, cabe preguntarse si la pretensión del legislador era que no se establecieran pernотas de los nietos con sus abuelos.

El Tribunal Supremo ha acotado la posibilidad de establecer pernотas con los abuelos, considerando que respecto de los nietos, los abuelos ocupan una situación de carácter singular, y debiendo de evaluar cada caso, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve espacio de tiempo, y nada impide que puedan pernотar o pasar una temporada con los abuelos, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (STS, Sala de lo Civil, número 632/2004, de 28 de junio, Id Cendoj 28079110012004100592).

Dice el Tribunal Supremo que no puede acordarse con carácter general la pernocta, pero tampoco impedirse indiscriminadamente, sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (STS, Sala de lo Civil, número 576/2009, de 27 de julio de 2009, Id Cendoj 28079110012009100562), y considera que la experiencia distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, sin que nada impida la pernocta en periodos convenientemente ponderados.

Parte de las oposiciones por parte de un progenitor a que se establezca un régimen de visitas con los abuelos de la otra rama se sustentan en que no quieren que los niños estén al cuidado de los abuelos de la expareja o que ellos se ocupen de tareas como recogerlos del colegio, cuidar la alimentación, etc.

En muchas resoluciones se reconoce ese papel de los abuelos, y se justifica diciendo que cada progenitor es el que tiene que decidir con quien y como se relacionan los menores cuando estén con él, sin que el otro progenitor ostente un derecho de veto respecto a esas relaciones, y justifican las funciones auxiliares de los abuelos porque pueden ser necesarias para el progenitor con quien están los niños, y en la mayoría de casos se han dado durante la convivencia familiar, por trabajo de los padres u otras razones que hacían que la colaboración de los abuelos en determinadas tareas se considerase algo normal.

Citaremos como ejemplos la SAP A Coruña, sección 6, número 42/2008, de 12 de febrero de 2008, Id Cendoj 15078370062008100059 («que la abuela recoja al nieto por impedírselo al padre su trabajo, no alterará el horario de visitas ya que ni perjudica al menor ni se sustituye la relación patenofilial»), SAP Madrid, sección 22, número 616/2013, de 19 de julio de 2013, Id Cendoj 28079370222013100598 («no hay perjuicio para la niña en que las entregas y recogidas las hagan personas del entorno paterno, que la niña manifieste que no quiere estar con su abuela porque le pone la ropa que ella quiere no tiene entidad suficiente para excluirla»), SAP Barcelona, sección 12, número 863/2012, de 20 de diciembre de 2012, Id Cendoj 08019370122012100783 («la previsión en la sentencia de la facultad de los abuelos para recoger a la menor es innecesaria y más cuando por la profesión del padre es razonable que precise la colaboración de su familia para garantizar los cuidados de la hija»), SAP Baleares, sección 4, número 172/2011, de 17 de mayo de 2011, Id Cendoj 07040370042011100182 («especialmente los abuelos, constituyen dentro del marco familiar un soporte de primer grado como complemento de la responsabilidad parental, no siendo inconveniente sino conveniente en circunstancias normales, que el nieto se relacione con normalidad con los abuelos correspondientes a ambas ramas familiares, y si que para ello tenga que ser obstáculo insalvable en nuestros días el hecho de vivir los abuelos en la península; la petición paterna, no fundada tampoco en el capricho sino en una situación laboral especialmente comprometida en verano, deberá merecer un cierto respaldo judicial, el cual, si bien no ha de concederse en el excesivo marco solicitado, en el que no se ponen límites...sí habrá de concederse con un límite razonable en la permanencia de la menor en Zaragoza con los abuelos, límite que la Sala considera prudente establecer en quince días seguidos, durante los cuales el menor podrá residir en Zaragoza con los abuelos pese a que durante la totalidad de dicho periodo no se halle el padre con ellos»), y SAP Sevilla, sección 2, número 251/2010, de 18 de junio de 2010 (Id Cendoj 41091370022010100402), («será la abuela paterna quien entregue y recoja al menor en el domicilio del cónyuge custodio, por ser la familiar de ayuda en el fomento de las relaciones entre el hijo y su padre»).

Procesalmente, los abuelos que pretendieran que se estableciera un régimen de comunicación con sus nietos, deberían interponer una demanda de juicio verbal, pues así se contempla en el artículo 250.13 LEC, que incardina en este procedimiento las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código civil, sustanciándose el juicio con las peculiaridades dispuestas en el Capítulo I del Título I del Libro IV LEC.

Según ha resuelto el Tribunal Supremo para salvaguardar el interés de los menores, entendiendo aplicable el artículo 769.3 LEC, la competencia territorial la tienen los juzgados del domicilio de ambos progenitores, y si residen en partidos judiciales distintos, a elección del demandante bien el del domicilio del demandado o el de residencia del menor.

Una cuestión que no es baladí es la necesidad de demandar a ambos progenitores (aunque uno de ellos esté de acuerdo), pues se realiza una pretensión que atañe a la patria potestad, de la que son titulares los dos. En este sentido, la SAP A Coruña, sección 4, número 234/2006, de 18 de mayo de 2006, (Id Cendoj 15030370042006100274), apreció la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandado el padre del menor siendo la patria potestad compartida.

Si establecido el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, se viera perturbado, podrían invocar su cumplimiento a través de la demanda ejecutiva correspondiente.

Siendo la relación abuelos-nietos una situación menos tratada doctrinal y jurisprudencialmente, cabría preguntarse si al igual que hemos comentado en el caso del incumplimiento del régimen de visitas entre progenitores, los abuelos podrían solicitar indemnizaciones por gastos o por daño moral, cuestión sobre la que no existen resoluciones accesibles en bases de datos.

VI. CONCLUSIONES

I. El derecho de visitas o derecho de relación, trata de garantizar que tras la crisis de pareja y la quiebra de la convivencia, los menores sigan manteniendo una relación adecuada para su desarrollo con sus progenitores. Se configura como un derecho-deber de carácter personalísimo, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y subordinado al interés de los hijos.

II. Tras la despenalización de las faltas, únicamente podrá perseguirse penalmente el incumplimiento del régimen de visitas como delito de desobediencia a lo establecido en la resolución judicial (si se dan todos los requisitos que exige el art. 556 CP), y únicamente en casos excepcionales podrá incardinarse en el artículo 226 CP.

III. En el orden civil, pueden prevenirse los incumplimientos introduciendo medidas que aseguren su efectividad en la sentencia, siendo el cauce procesal oportuno cuando se produce un incumplimiento el procedimiento de ejecución del artículo 776 LEC. Dicho artículo contempla la imposición de multas coercitivas al progenitor que incumpla de forma reiterada el régimen de visitas o incluso la modificación del régimen de guarda y custodia. También es posible reclamar la compensación de las visitas perdidas por el incumplimiento o una indemnización por la pérdida de esas visitas.

IV. El Código civil garantiza el derecho de relación de los nietos con sus abuelos, pudiendo invocar estos dicho derecho a través del juicio verbal (art. 250.13 LEC), siendo necesario demandar a ambos progenitores.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP Madrid 560/2012, de 20 de julio. (Id Cendoj 28079370222012100499).
- STC 172, de 22 de diciembre de 2008, recurso de amparo número 4595/2005.
- SAP Madrid, sección 22, número 749/2017, de 10 de octubre de 2017 (Id Cendoj 28079370222017100708).
- SAP Salamanca, sección 1, número 35/2000, de 30 de marzo de 2000 (Id Cendoj 37274370012000200023).
- STS, Sala 1, número 823/2012, de 31 de enero de 2013.
- STS, Sala 2, número 870/2015, de 19 de enero de 2016 (Id Cendoj 8079120012016100010).
- STS, Sala 2, número 1615/2003, de 1 de diciembre de 2003.
- Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3, número 941/2017, de 5 de septiembre de 2017 (Id Cendoj 24089370032017200937).
- SAP Barcelona, sentencia 668/2012, de 13 de noviembre (Id Cendoj 08019370182012100624).
- SAP Álava (sede Vitoria-Gasteiz), sección 2, número 92/2006, de 20 de abril (Id Cendoj 01059370022006100046).
- Auto de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 1, número 131/2018, de 12 de junio de 2018 (Id Cendoj 17079370012018200115).

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 11/2018, de 17 de enero de 2018.
- Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4, número 450/2005, de 1 de septiembre de 2005 (Id Cendoj 50297370042005200101).
- AAP de Barcelona, sección 12, número 64/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 08019370122007200110).
- SAP de Málaga, sección 5, número 167/1999, de 17 de marzo de 1999 (Id Cendoj 29067370051999100107).
- SAP Madrid, sección 22, número de recurso 655/1997, de 13 de febrero de 1998 (Id Cendoj 28079370221998100524).
- SAP Murcia, sección 1, número 43/2001, de 30 de enero de 2001 (Id Cendoj 30030370012001100184).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 141/2014, de 25 de febrero de 2014 (Id Cendoj 08019370122014100100).
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, número 122/2005, de 14 de junio de 2005 (Id Cendoj 08019370122005200147).
- SAP Valencia, sección 10, número 131/2007, de 27 de febrero de 2007 (Id Cendoj 46250370102007100286).
- AAP Madrid, sección 22, número 96/2010, de 22 de marzo de 2010 (Id Cendoj 28079370222010200092).
- STS de 22 mayo 1995, Sala de lo Civil, número 474/1005, (Id Cendoj 28079110011995101460).
- STS de 31 de mayo de 2000, Sala de lo Civil, número 533/2000 (Id Cendoj 28079110012000102126).
- STS, Sala de lo Civil, número 521/2008, de 5 de junio de 2008 (Id Cendoj 28079110012008100488).
- SAP Cádiz, sección 2, número de recurso 220/2001, de 8 de abril de 2002 (Id Cendoj 11012370022002100264).
- SAP Valencia, sección 11, número 89/2006, de 20 de febrero de 2006 (Id Cendoj 46250370112006100097).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, número 8/2005, de 17 de enero de 2005 (BOE número 41, de 17 de febrero de 2005).
- Auto de la Audiencia Provincial de Logroño, sección 1, número 34/2018, de 13 de marzo de 2018 (Id Cendoj 26089370012018200157).
- STS, Sala de lo Civil, número 346/2016, de 24 de mayo de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100343).
- STS, Sala de lo Civil, número 545/2016, de 16 de septiembre de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100528).
- STS, Sala de lo Civil, número 638/2016 de 26 de octubre de 2016 (Id Cendoj 28079110012016100606).
- STS, Sala de lo Civil, número 823/2012, de 31 de enero de 2013 (Id Cendoj 28079119912013100002).
- STS, Sala de lo Civil, número 477/1996, de 11 de junio de 1996 (Id Cendoj 28079110011996101557).
- STS, Sala de lo Civil, número 632/2004, de 28 de junio, (Id Cendoj 28079110012004100592).
- STS, Sala de lo Civil, número 576/2009, de 27 de julio de 2009, (Id Cendoj 28079110012009100562).
- SAP A Coruña, sección 6, número 42/2008, de 12 de febrero de 2008, (Id Cendoj 15078370062008100059).

- SAP Madrid, sección 22, número 616/2013, de 19 de julio de 2013, (Id Cendoj 28079370222013100598).
- SAP Barcelona, sección 12, número 863/2012, de 20 de diciembre de 2012, (Id Cendoj 08019370122012100783).
- SAP Baleares, sección 4, número 172/2011, de 17 de mayo de 2011, (Id Cendoj 07040370042011100182).
- SAP Sevilla, sección 2, número 251/2010, de 18 de junio de 2010, (Id Cendoj 41091370022010100402).
- SAP A Coruña, sección 4, número 234/2006, de 18 de mayo de 2006, (Id Cendoj 15030370042006100274).

VIII.MBIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SANMARTÍN, M. (2014). *Derecho de relación entre los hijos y el progenitor no custodio tras el divorcio*, Madrid: Dykinson.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2007). La ejecución forzosa de obligaciones de hacer y entregar cosa determinada en los procesos de familia y menores. En A. Saravia González, J. J. García Criado (dir.), *La jurisdicción de familia: especialización, ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Madrid: CGPJ.
- HERRANZ GONZÁLEZ, A. (2015) Repercusión de los incumplimientos sobre guarda y custodia tras la reforma del Código Penal. *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 104-119.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (2002). *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos.
- Documento Marco de Mínimos Para Asegurar la Calidad de los Puntos de Encuentro Familiar, aprobado por acuerdo de la Comisión Interautonómica de Directoras y Directores Generales de Infancia y Familias el 13 de noviembre de 2008, publicado por el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (en línea), disponible en <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/2009-marco-minimos-asegurar-calidad-pef.pdf>.
- MORENO VELASCO, V. (2009). La indemnización de daños y perjuicios por daños patrimoniales y morales derivados del incumplimiento del régimen de visitas. *Diario La Ley*, 28 de abril de 2009, 10-13.
- ORTUÑO MUÑOZ, P. (2013). La supervisión de las relaciones parentales tras la sentencia judicial (comentario a los arts. 233-13 y 236-3 CCCat). *Revista SEPIN*. SP/DOCT/18072.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). Límites de la libertad religiosa y las relaciones personales de un padre con sus hijos (comentario a la STC 141/2000, de 29 de mayo). *Derecho privado y constitución*, núm. 14.
- ROMERO COLOMA, A. M. (2010). *Incumplimiento del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar*, Madrid: Reus.
- ROMERO GONZÁLEZ, R. (2009). Algunos problemas en torno a la guarda y custodia de los menores: los puntos de encuentro familiar. III Congreso sobre violencia doméstica y de género, Madrid, 21 y 23 de octubre de 2009 (en línea). Disponible en www.poderjudicial.es/stfls/PODERJUDICIAL/DOCTRINA/FICHERO/Romero%2520Gonzalez,%2520Ruth_1.0.0.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es.
- SANTANA PÁEZ, E. (2014). El interés del menor: relaciones con abuelos, parientes y allegados (en línea). Disponible en www.elderecho.com/tribuna/civil/interes_del_menor_11_712180002.html.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2012). Responsabilidad por intromisión ilegítima en las relaciones entre padres e hijos. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.) *Responsabilidad Civil en el Ámbito de las Relaciones Familiares*, Cizur Menor: Aranzadi SA, 358-362.

1.3. Derechos reales

Transparencia y abusividad de la cláusula de gastos en los préstamos para adquisición de vivienda.

(Análisis de la situación anterior y posterior a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario)

Study about transparency and unfairness control in the formalization expenses in mortgage loans for housing acquisition.

(Analysis about the situation before and after the Law of Real Estate Credit Contracts)

por

LORETO CARMEN MATE SATUÉ¹

*Investigadora Predoctoral de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN: Este trabajo aborda el tema de la cláusula de gastos a cargo del prestatario en los contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda. A través del mismo, se pretenden exponer las causas por las que la sentencia de 23 de diciembre de 2015 ha generado en la jurisprudencia menor una importante diversidad de criterios en torno a los efectos jurídicos derivados de la nulidad de la cláusula, y que son: las razones en las que la sentencia funda la nulidad de la cláusula y los límites inherentes al procedimiento en el que se resolvió el recurso de casación.

La situación de diversidad jurisprudencial ha requerido varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, el último en enero de 2019, dirigidos a matizar la sentencia de 23 de diciembre de 2015. En esta línea resulta relevante destacar que incluso se pretendió modificar la doctrina sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados.

Por último, en el trabajo se reflexiona sobre la inadecuación del criterio del Tribunal Supremo en el que ampara la nulidad de la cláusula de gastos y se compara con la respuesta que el legislador ha proporcionado a los gastos hipotecarios, a través de la Ley de Crédito Inmobiliario.

ABSTRACT: *This paper present the issue of the mortgage expenses in the mortgage loan contracts for the acquisition of housing. Through this study, we will expose the causes because the Sentence of 23 December 2015 by the Spanish Supreme Court has generated in the others Spanish courts, an important diversity of criterion about legal effects derived from the nullity of the clause, and that are: the reasons on which the judgment bases the nullity of the clause and the inherent limits to the judicial process in which the appeal was resolved.*

The situation about diversity of criterion has even generated that the Supreme Court has had to pronounce later, to qualify this resolution and, even modify its doctrine about taxpayer.

Finally, the study reflects on the inadequacy of the Supreme Court's criterion in which it argue the nullity of the mortgage expenses and analyzes the treatment that the legislator has provided to the expenses through the Real Estate Credit Bill.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Préstamos hipotecarios. Gastos hipotecarios. Vivienda. Condiciones generales de la contratación. Control de contenido y control de transparencia. Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario.

KEY WORDS: *Unfair terms. Mortgage loans. Mortgage expenses. House. General terms and conditions of contracts. Transparency control and unfairness control. Law of real estate credit contracts.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO.—II. LA CLÁUSULA DE GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE.—III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE ENERO 2019: 1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL EXISTENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS: *A. Por el contenido de la resolución:* a) El fundamento de la nulidad. b) La alusión al artículo 89.2 del TRLGDCU. *B. Por razón de los límites del propio procedimiento.* a) El procedimiento se deriva de una acción colectiva. b) Existencia de otros gastos que no fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo. 2. ANÁLISIS DE LOS GASTOS QUE CONFORMAN LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO E INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES. *A. Gastos notariales:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad. *B. Gastos registrales.* *C. El impuesto de actos jurídicos documentados:* a) Sentencias favorables a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados. b) Sentencias contrarias a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados. *D. Seguro de daños.* *E. Gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza.* *F. Gastos de gestión y tramitación de la escritura y de los impuestos:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad. *G. Gastos de tasación:* a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad. b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad.—IV. REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS.—V. LOS GASTOS HIPOTECARIOS EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO

El presente trabajo pretende exponer cómo la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 sobre la nulidad de la cláusula

de gastos hipotecarios ha auspiciado la diversidad de criterios jurisprudenciales en torno a los efectos de la nulidad de esta cláusula. Esta diversidad surge por el fundamento en el que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ampara la nulidad de la cláusula y por la no determinación en la misma de las consecuencias derivadas de esta declaración de nulidad o, al menos, de unas pautas que facilitarían la interpretación de la normativa que regula cada uno de los gastos que conforman la estipulación.

Con estos antecedentes, el trabajo tiene como objetivo exponer sucintamente las cuestiones controvertidas que plantea la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y su impacto en la Jurisprudencia menor; lo que ha provocado la necesidad de nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la cuestión. En concreto, de la Sala Primera a través de sus sentencias de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019 y de la Sala Tercera en sus sentencias de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018 que han desembocado en una modificación normativa con carácter de urgencia, a través del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre.

Por último, se abordarán los motivos por los que considero que la respuesta del Tribunal Supremo sobre el fundamento de la nulidad no es adecuada y, cuál es la postura del legislador en torno a la repercusión de los gastos hipotecarios a los prestatarios en la Ley de Crédito Inmobiliario.

II. LA CLÁUSULA DE GASTOS A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA: CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

En los contratos de préstamo hipotecario es frecuente que se incluya una estipulación en virtud de la cual se atribuye de forma genérica y predispuesta a la parte prestataria la obligación de sufragar todos los gastos e impuestos, *presentes y futuros*, que se originen por la formalización, rectificación, cumplimiento, ejecución y extinción del préstamo. En concreto, se atribuye al prestatario la obligación de abonar los gastos que se originen en concepto de: tributos, tasación del inmueble hipotecado, inscripción en el Registro de la Propiedad, aranceles notariales devengados y los vinculados a la tramitación de la operación.

La estipulación de gastos hipotecarios tiene en la mayoría de los supuestos la consideración de condición general de la contratación², atendido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), al concurrir en ellas los requisitos de: *contractualidad, predisposición, imposición y generalidad* exigidos por la jurisprudencia para que la cláusula tenga dicha condición.

La consideración de la estipulación de gastos hipotecarios como condición general de la contratación supone la aplicación de la LCGC y, por tanto, la posibilidad de efectuar el control de incorporación de la cláusula al contrato en los términos que se expondrán, con independencia de si el prestatario tiene o no la condición de consumidor.

En el presente estudio se van a analizar las cláusulas de gastos hipotecarios suscritas entre una entidad bancaria y consumidores, excluyéndose del mismo los supuestos en los que el prestatario no tiene esta condición *ex* artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)³.

La suscripción de la cláusula entre una entidad bancaria y un consumidor, supone la aplicación del TRLGDCU al contrato y, por tanto, el sometimiento de la cláusula al control de contenido y su posible declaración de abusividad.

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: DESDE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) DE 23 DE ENERO DE 2019

El punto de partida para analizar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios es la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015 que en el seno de una acción colectiva de cesación interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios que impugnaba determinadas cláusulas contenidas en contratos bancarios, confirmó la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios inserta en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (en adelante, BBVA) suscribía con sus clientes.

El análisis jurisprudencial que se ha efectuado para este trabajo ha puesto en evidencia la disparidad de criterios de los órganos judiciales que han tenido que resolver las demandas planteadas sobre la cláusula de gastos por los prestatarios consumidores. Esta disparidad de criterios, como se ha dicho al comienzo del trabajo, se justifica en parte por los términos en los que se llevó a cabo el pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015.

En este apartado del trabajo se señalarán los motivos por los que la resolución del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ha fomentado esta situación y, por otro lado, se expondrá en relación con cada gasto la normativa reguladora del mismo, y las posturas jurisprudenciales que se han adoptado sobre ellos, haciendo especial referencia a los cambios derivados de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019 y las de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre del 2018.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015 COMO PUNTO DE PARTIDA DE LA DISPARIDAD JURISPRUDENCIAL EXISTENTE SOBRE LOS EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de diciembre de 2015 es el punto de partida de la evolución jurisprudencial sobre la materia. Esta resolución plantea cuestiones de fondo que deben ser abordadas y también peculiaridades inherentes al procedimiento en el que se dictó, que justifican la situación jurisprudencial generada en los órganos judiciales menores y en los Juzgados especializados creados *ad hoc*⁴ para conocer sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física, al tener la labor de interpretar la normativa sectorial aplicable a cada uno de los gastos.

Se exponen a continuación las cuestiones que plantea esta sentencia y que deben ser objeto de reflexión:

A. Por el contenido de la resolución

a) El fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios: La principal reprobación que merece la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 a mi juicio, es la fundamentación de la nulidad de la cláusula al amparo del artículo 89.3 letras a) y c) del TRLGDCU.

En la resolución se subsumen los conceptos incluidos en la cláusula de gastos del préstamo hipotecario dentro de las letras del artículo 89.3 TRLGDCU previstas específicamente para el contrato de compraventa de viviendas⁵. Esta circunstancia fue justificada por el Tribunal Supremo aludiendo a dos resoluciones de la Sala anteriores; en concreto, a la Sentencia de 1 de junio de 2000 relativa a los gastos derivados de la constitución de hipoteca sobre el inmueble y a la sentencia de 25 de noviembre de 2011 sobre los tributos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, consciente de las críticas generadas en torno al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en la sentencia de 23 de diciembre de 2015, aprovechó las sentencias de 15 de marzo de 2018 para matizar que la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se basa en la aplicación «analógica» de las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU. Así, el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho quinto de las resoluciones determina que: «Por lo que una cláusula que cargue indiscriminadamente el pago de todos los tributos al prestatario, sin distinción o salvedad alguna, puede ser abusiva, por aplicación analógica del artículo 89.3 c) TRLGDCU, que en los contratos de compraventa de viviendas considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario; dado que los préstamos sirven para financiar esa operación principal que es la adquisición de la vivienda». No obstante, en opinión de MARÍN LÓPEZ (2018)⁶, que suscribo en este punto, no existe motivo para la aplicación analógica de esta norma a los supuestos de estipulaciones contenidas en contratos de préstamos hipotecarios, al entender que no existe laguna en el ordenamiento jurídico que se deba colmar; esta cuestión será abordada con mayor detalle cuando al final del trabajo se profundice en el análisis del fundamento de la nulidad.

b) La alusión al artículo 89.2 del TRLGDCU: Por otro lado, en el tratamiento que la sentencia de 23 de diciembre de 2015 hace del fundamento de la nulidad también menciona el artículo 89.2 del TRLGDCU⁷. Esta referencia es, compartiendo la opinión de MARÍN LÓPEZ⁸ inadecuada, porque el contenido de dicho precepto no guarda relación alguna con la cuestión abordada. De modo que, resulta probable como ha puesto de manifiesto alguna resolución judicial [por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 26 de enero de 2017], que la referencia a este precepto pueda deberse a una errata de la propia resolución.

B. Por razón de los límites del propio procedimiento:

a) El procedimiento se deriva de una acción colectiva: Este hecho es el que ha generado las principales diferencias de criterios a las que se aludía anteriormente entre la jurisprudencia menor, puesto que como puso de relieve el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de marzo de 2018 al referirse a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 señala que: «[...] no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio), entre las partes de un

contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputara indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación».

Es decir, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de diciembre de 2015 enunció la posibilidad de que la aplicación de la normativa sectorial reguladora de cada gasto que se devengaba con la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario fuera distinta a las determinadas por las cláusulas de gastos insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, pero sin señalar qué reparto de los gastos correspondía a cada una de las partes del contrato. Por ello, los órganos judiciales menores que han tenido que resolver en el ámbito de su competencia este tipo de reclamaciones, han tenido que efectuar sin unos criterios prefijados por el Tribunal Supremo, lo que se ha denominado un «control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal»⁹.

Este control consiste en que el órgano judicial contraste el contenido de la estipulación cuya abusividad pretende el demandante, con el tenor literal de la normativa que resulta aplicable al gasto, para apreciar de este modo, si la cláusula genera un injusto desequilibrio entre las partes, lo que ha provocado consecuentemente entre los órganos judiciales, distintas interpretaciones de la misma norma, que han quedado resueltas finalmente, en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

El Tribunal Supremo entiende en estas resoluciones de 23 de enero de 2019 que no resulta aplicable el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y previsto en el artículo 1303 del Código Civil, porque los destinatarios de esos pagos son terceros. Por tanto, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor si no hubiera existido la cláusula, exige que la entidad bancaria abone al consumidor las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido de no haber mediado la estipulación abusiva, por lo que exige la aplicación de la normativa sectorial para la determinación del efecto restitutorio de la cláusula.

b) Existencia de otros gastos que no fueron objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo: El elenco de gastos que se imputa a los consumidores a través de la cláusula de «gastos a cargo de la parte prestataria» no se reduce a los analizados por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015: gastos notariales, registrales, impuesto de actos jurídicos documentados, seguro de daños y gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, y ello porque es frecuente que a través de esta estipulación se imputen también al consumidor el pago de los gastos de gestión y de tasación del inmueble.

No obstante, como sucedía respecto al otro aspecto analizado anteriormente, la cláusula de gastos revisada en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 23 de diciembre de 2015 no atribuía expresamente estos gastos al prestatario, de modo que el Tribunal Supremo no pudo pronunciarse sobre los mismos, lo que ha provocado nuevamente disparidad de criterios jurisprudenciales respecto a estos conceptos. Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 al resolver los recursos de casación en los que se reclamaba la devolución de los gastos de gestoría, determina el porcentaje de distribución de este concepto entre la entidad bancaria y el prestatario consumidor.

2. ANÁLISIS DE LOS GASTOS QUE CONFORMAN LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO E INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES.

A. *Gastos notariales*

Este gasto está regulado por la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989¹⁰, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios y, el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944¹¹, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que trata conjuntamente los gastos notariales y registrales, considera que la elevación a escritura pública del contrato y la inscripción en el Registro de la Propiedad, se hace en beneficio de la entidad prestamista por cuanto de ese modo se obtiene un título ejecutivo [art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)], se constituye una garantía real [arts. 1875 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC)] y art. 2.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, Ley Hipotecaria)] y, adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la LEC). Además, reconoce que la normativa reglamentaria permite una distribución equitativa del gasto, de modo que la atribución indiscriminada al prestatario le supone un desequilibrio relevante que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada.

A pesar del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los gastos notariales, la jurisprudencia menor ha encontrado argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad de la cláusula, por la que se repercute este gasto a la parte prestataria.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: En este sentido se considera que el requirente de la intervención del notario es el prestamista, pues es quien presenta la minuta al Fedatario Público para que se redacte la escritura¹² y también, porque al prestatario le resulta indiferente la forma en la que se suscribe el contrato, pudiendo hacerse a través de un documento privado¹³.

Si bien la línea jurisprudencial mayoritaria considera que la cláusula es nula porque la repercusión íntegra del gasto al consumidor genera un desequilibrio que perjudica a este, existen resoluciones que defienden que es un gasto que beneficia a ambas partes del contrato y que, por tanto, cada una de ellas debe abonar un porcentaje del mismo.

Las resoluciones judiciales que aprecian un beneficio compartido del prestatario y del prestamista en la formalización del contrato en escritura pública, entienden que el prestatario tiene interés en este modo de formalización del contrato porque: por un lado, esta modalidad le permitiría tener un documento dotado de fe pública que proporciona una mayor seguridad jurídica al determinar el importe máximo del préstamo que no puede ser rebasado en caso de ejecución y, por otro lado, porque la garantía hipotecaria permite pagar un interés menor que el que se fijaría en el caso de concederse un préstamo personal. Respecto a los argumentos que permiten entender que dicho modo de formalización beneficia al prestamista, como ya hemos anticipado, pueden destacarse que es requisito necesario para la constitución de la garantía y, que normalmente, es la entidad prestamista la requirente de la intervención del notario [Por todas, sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza de 21 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017].

No obstante, hay algunas resoluciones¹⁴ que, si bien consideran que puede existir en abstracto un beneficio compartido, entienden que tras la declaración de nulidad no procede realizar un reparto en porcentajes de los gastos hipotecarios porque ello supondría la integración o moderación de una cláusula declarada nula, eliminando el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13/CEE a que se sigan incluyendo cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: Esta postura es excepcionalmente sostenida por la Jurisprudencia y solo puede fundamentarse realizando una compleja interpretación del tenor de la norma arancelaria¹⁵. La interpretación que se propone y que es mantenida por alguna entidad bancaria en sus contestaciones a las reclamaciones extrajudiciales presentadas por los consumidores, es la siguiente: la norma arancelaria aplicable al gasto proporciona un doble mecanismo de imputación del pago de carácter subsidiario: «en primer lugar y con carácter principal el pago debería ser asumido por quien hubiera solicitado la intervención del fedatario público, lo cual requiere una prueba acerca de quién solicitó la intervención del Notario y, si no resultara lo suficientemente probada, procede la aplicación del segundo criterio, es decir, la asunción del gasto por parte del interesado sustantiva y fiscalmente, el cual, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 15 de marzo de 2017 es el prestatario, por entender que la concesión del préstamo ha sido interesada por el consumidor para la adquisición de una vivienda».

Los criterios jurisprudenciales expuestos se han visto modificados por las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que si bien tenían como objetivo aclarar el pronunciamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en lo relativo al impuesto de actos jurídicos documentados, la Sala aprovechó las referidas resoluciones para dejar claro —aunque excedía del objeto de los recursos de casación— que, la normativa que regula los gastos que conforman la estipulación permite la diferenciación de distintos conceptos y, por tanto, la posible distribución del pago de los mismos entre las partes.

En concreto, sobre la distribución de los gastos notariales determina lo siguiente: «[...] a falta de pacto entre las partes, debe considerarse que tanto prestatario como prestamista están interesados en el préstamo y a ambos beneficia el documento notarial, siendo razonable por tanto, distribuir por mitad la cuota correspondiente a la matriz, mientras que respecto de las copias, debe considerarse sujeto pasivo a quien las solicite».

Este pronunciamiento ha provocado que algunos órganos judiciales menores hayan variado el criterio que habían adoptado respecto a la distribución de este gasto, para adaptarlo a estas resoluciones del Tribunal Supremo. Así, pueden advertirse distintas posturas: desde la no modificación de su criterio y la condena a la entidad bancaria a abonar el 100% de los gastos relativos a los aranceles notariales [sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Huesca, de 20 de abril del 2018], a la condena a la entidad bancaria al abono de los gastos notariales una vez descontada la cuantía de los timbres de la escritura matriz y las de las copias, si las ha solicitado el prestatario [Por todas, sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 de abril del 2018¹⁶ y de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 17 de mayo de 2018].

También hay otras resoluciones que, en aplicación de los criterios que señala el Tribunal Supremo en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 para

condenar a la entidad bancaria al abono de los gastos notariales reducen la mitad de la cuantía de los timbres de la escritura matriz y las de las copias solicitadas por el prestatario [Por todas, sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de abril del 2018 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de mayo de 2018].

El reparto de los gastos notariales propuesto en las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones de 23 de enero de 2019, al determinar que: «[...] como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento».

En estas resoluciones de 23 de enero de 2019 el Tribunal Supremo da solución a los gastos hipotecarios derivados de otros eventuales supuestos como son: la escritura de modificación de préstamo hipotecario, que deberá ser abonada por ambas partes al considerar que las dos están interesadas en la modificación o novación del préstamo con garantía hipotecaria. Se aborda igualmente, la escritura de cancelación de hipoteca, correspondiendo su pago al prestatario por ser el interesado en la liberalización del gravamen; y por último, respecto a las copias de las escrituras, determina que su abono corresponderá a quien las solicite.

B. Gastos registrales

A este concepto resulta de aplicación la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989¹⁷, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad y que obliga al pago a aquel sujeto a cuyo favor se inscriba el derecho¹⁸.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 como se ha indicado con anterioridad hace un tratamiento conjunto de este gasto con el de los aranceles notariales; con el objetivo de evitar tediosas reiteraciones, nos remitimos a lo señalado anteriormente sobre esta cuestión.

La jurisprudencia menor entiende de forma mayoritaria que es un gasto que debe abonar la entidad bancaria. Los argumentos que se utilizan para sustentar que la inscripción del derecho real se hace a favor del prestamista, son: que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad tiene carácter constitutivo —*ex* artículo 1875 del Código Civil—. Además, se señala que el titular del derecho real que se inscribe es la entidad bancaria (acreedor hipotecario), por lo que habilita a la entidad prestamista a hacer uso de los mecanismos especiales que la Ley le concede en caso de impago, ostentando además dicho crédito la condición de preferente (art. 1923.3.º del Código Civil) o de privilegio especial en caso de concurso de acreedores (art. 90.1.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

La obligación de que las entidades bancarias costeen los gastos registrales ha sido confirmada por las sentencias de 23 de enero de 2019 por entender que la garantía hipotecaria se inscribe a su favor. En contraposición, según estas resoluciones los gastos derivados de la cancelación de la inscripción, debe abonarlos el prestatario, por suponer la liberación del gravamen.

C. Seguro de daños

El Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 considera que la imputación al prestatario del pago del precio del seguro de daños no es abusiva por cuanto se deriva de una obligación legal que corresponde al tomador del mismo [artículo 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y artículo 14 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro].

D. Gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza

El Alto Tribunal entiende que esta estipulación infringe normas procesales de orden público, lo que comporta su nulidad con base en los artículos 86 del TRLGDCU y 8 de la LCGC, y que, además, supone un importante desequilibrio para las partes, por cuanto no permite ningún tipo de modulación.

E. Gastos de gestión y tramitación de la escritura y de los impuestos

La labor de gestoría respecto a la tramitación del préstamo hipotecario consiste en preparar junto con la Notaría la firma de la escritura notarial de préstamo hipotecario, tramitar la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados y presentar la escritura ante el Registro de la Propiedad para la anotación del gravamen.

El estudio de este concepto planteaba una doble problemática: en primer lugar, porque sobre este gasto no se había pronunciado el Tribunal Supremo hasta las sentencias de 23 de enero de 2019 y, por otro lado porque, a diferencia de las partidas anteriormente analizadas no existe ninguna norma sectorial que determine quién debe abonar los gastos de gestoría¹⁹.

La gestoría interviene en la operación de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de un contrato de servicios o de obra²⁰, por tanto, a priori la obligación de pago (art. 1544 del Código Civil) corresponderá al que tenga la cualidad de prestatario, siendo su determinación una cuestión fáctica que deberá ser objeto de prueba.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: El principal argumento que existe para la declaración de abusividad es considerar que a través de la cláusula de gastos hipotecarios la entidad prestamista obliga al prestatario a contratar la prestación de unos servicios de gestión y tramitación, que constituyen un servicio complementario o accesorio no solicitado por el consumidor y que por tanto, resultaría abusivo al amparo del artículo 89.4 del TRLGDCU^{21, 22}. La no obligatoriedad de intervención de la gestoría en la formalización de contratos de préstamo con garantía hipotecaria, es reconocida por el propio Tribunal Supremo en sus últimos pronunciamientos, al entender que: «estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente».

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: La entidad bancaria podrá en su caso, defender que la intervención de la gestoría no es un servicio complementario o accesorio si puede acreditar que fueron los prestatarios del

préstamo con garantía hipotecaria y no la entidad bancaria, quienes solicitaron este servicio de gestoría.

De no ser posible dicha acreditación, existen resoluciones que aprecian que se trata de un servicio que se efectúa a favor del prestatario por dos motivos: el primero de ellos es que la cuantía del préstamo se proporciona en la mayoría de las ocasiones con antelación a la inscripción de la garantía real en el Registro de la Propiedad²³, de modo que el interés de la entidad prestamista le obliga a no poner a disposición del prestatario la cuantía si no tiene una absoluta certeza de que se va a inscribir en el Registro de la Propiedad el gravamen hipotecario, entendiendo la entidad bancaria que con su intervención se garantiza la futura inscripción del gravamen. Por otro lado, la intervención de la gestoría genera como beneficio al prestatario la exoneración de realizar cualquier otra actuación burocrática (por ejemplo, liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados), derivada de la suscripción del préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo en sus resoluciones de 23 de enero de 2019 ha resuelto esta cuestión considerando que debe abonarse el pago de este concepto por mitad, puesto que entiende que la intervención de la gestoría beneficia a ambas partes del contrato.

F. Gastos de tasación

Este es el otro concepto cuya traslación al consumidor mediante la cláusula de gastos hipotecarios resulta habitual y que hasta el momento no ha sido analizado por el Tribunal Supremo. A diferencia de lo que sucedía con los gastos de gestión, respecto a la tasación de los bienes inmuebles sí que existe normativa reguladora de este gasto, pero en la que no se determina a quién corresponde el abono de la misma.

El artículo 7.1 de la Ley 2/1981^{24, 25}, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario exige que para que el crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de títulos negociables debe haber sido tasado. Por su parte, el artículo 682.2 de la LEC exige conste en la escritura el valor de tasación. Por su parte, el artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios proporciona al prestatario la posibilidad de elegir junto con la entidad bancaria, al tasador.

a) Argumentos a favor de la declaración de nulidad: El interés del prestamista en efectuar la tasación es claro por cuanto le interesa conocer si la garantía que se ofrece cubre o no el importe del préstamo y el resto de responsabilidades que pueden generarse en caso de incumplimiento²⁶.

Además, es necesario destacar que la tasación según el artículo 7.1 de la Ley 2/1981 solo es exigible cuando se pretende emitir títulos negociables que permitan a la entidad bancaria vender esos préstamos con garantía hipotecaria a inversores, pero no para la constitución de la operación interesada por el prestatario. En el mismo sentido, hay que tener en cuenta que el gravamen hipotecario solo interesa económicamente al Banco, limitándose el interés del prestatario a cumplir con las condiciones para que le sea concedido el préstamo²⁷.

b) Argumentos en contra de la declaración de nulidad: En contra de la declaración de nulidad puede alegarse que el gasto de tasación es de naturaleza

precontractual y que, por tanto, debe ser a cargo del futuro prestatario por ser el obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta²⁸ o, en similar sentido, que el prestatario es el principal interesado en acreditar la suficiencia de la garantía que le ofrece a la entidad bancaria²⁹.

G. El impuesto de actos jurídicos documentados

La suscripción y documentación de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria tributa por el impuesto de actos jurídicos documentados. La normativa aplicable a este gravamen es el Texto Refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (en adelante, TRLITPAJD), que regula dos impuestos: el de transmisiones patrimoniales y el de actos jurídicos documentados.

En lo que respecta al impuesto de actos jurídicos documentados, el artículo 29 del TRLITPAJD determina que será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan, pero no señalaba de forma concreta, hasta la aprobación del Real Decreto Ley 17/2018, de 8 de noviembre, a quién correspondía el pago del impuesto; en contraposición a la modalidad de transmisiones patrimoniales que sí que lo establece expresamente³⁰.

Por su parte, el artículo 68 del Reglamento del impuesto, reproduce lo señalado por el artículo 29 del TRLITPAJD y añade, que cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario. Este precepto ha sido declarado ilegal por las sentencias dictadas por la Sección 2.ª de la Sala Contencioso — Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018.

El cambio de criterio jurisprudencial realizado por la Sección 2.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la declaración de ilegalidad respecto al artículo 68 del Reglamento del impuesto en las señaladas sentencias, así como la decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de volver al criterio jurisprudencial anterior³¹, ha provocado que el Gobierno a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre de 2018, haya modificado en lo que en este punto interesa, los artículos 29 y 45 del TRLITPAJD. El artículo 29 del Texto Refundido mantiene su tenor anterior y se añade lo siguiente: «[...] Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista».

El artículo 45 del TRLGDCU también resulta modificado por el Real Decreto-ley 17/2018, en el sentido de establecer una exención subjetiva del impuesto sobre las escrituras de préstamo hipotecario cuando el prestatario sea alguna de las personas o entidades incluidas en el artículo 45.1.A del Texto Refundido. Así, la entidad prestamista estará exenta del abono del impuesto cuando el prestatario sea: el Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos; las entidades sin fines lucrativos a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002; las cajas de ahorro y las fundaciones bancarias, por las adquisiciones directamente destinadas a su obra social; la Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español; el Instituto de España y las Reales Academias integradas en el mismo, así como las instituciones de las comunidades

autónomas que tengan fines análogos a los de la Real Academia española; los partidos políticos con representación parlamentaria; la Cruz Roja española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles y, la Obra Pía de los Santos Lugares.

La reforma operada por el Real Decreto Ley 17/2018 carece de efectos retroactivos y afecta a las escrituras públicas que se formalicen a partir del día 10 de noviembre de 2018 (cfr. disposición final tercera del referido Real Decreto Ley). La irretroactividad de la reforma es también apuntada por las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019.

Establecido el marco normativo con la reciente modificación efectuada por el Gobierno procede exponer la situación jurisprudencial que ha motivado este cambio en la determinación del sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria.

Una vez más, el punto de partida lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015 que, tras describir el contenido de los artículos 8 c) y 27 del TRLITPAJD argumenta lo siguiente: «[...] la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante».

Tras la sentencia de 23 de diciembre de 2015 los órganos judiciales menores declaraban de forma bastante unánime, la nulidad de la cláusula por la que se repercutían al consumidor todos los impuestos; sin embargo, la disparidad de criterios surgía en torno a los efectos de la declaración de la nulidad. Es decir, si procedía o no condenar a la entidad bancaria a la devolución del impuesto abonado por el prestatario en virtud de dicha estipulación. La resolución de esta cuestión pasaba por determinar quién es el sujeto pasivo³² del impuesto de actos jurídicos documentados.

Hasta las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 existían dos corrientes jurisprudenciales:

a) Sentencias favorables a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados: Las escasas resoluciones que se mostraban a favor de la restitución del importe del impuesto al consumidor, como regla general reproducen bien los argumentos establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 o el tenor del artículo 28 del TRLITPAJD [Por todas, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017, Audiencia Provincial de Badajoz de 11 de mayo de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Granollers, de 12 de junio de 2017].

La única resolución de las analizadas que condena a la entidad bancaria al abono del tributo y, argumenta el por qué, según su criterio, no procede la aplicación del artículo 68 del Reglamento del Impuesto y resulta más convincente la interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la efectuada por la Sala Tercera, es la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Fuenlabrada, de 26 de mayo de 2017.

b) Sentencias contrarias a la restitución del impuesto de actos jurídicos documentados: Los argumentos en contra de la devolución de la cuantía abonada en concepto del impuesto —es la postura mayoritaria adoptada por la jurisprudencia menor—, se basaban en dos ideas: la primera es que el orden competente

para resolver quien resulta sujeto pasivo del impuesto es la jurisdicción contencioso administrativa y no la civil³³ y, en segundo lugar, que el artículo 68 del Reglamento del Impuesto, determina que el sujeto pasivo es el prestatario y, por tanto, concluyen las resoluciones advirtiéndole de que no procede la devolución del impuesto, en tanto que ha sido abonado por el que reglamentariamente ha sido determinado como obligado tributario³⁴.

La situación expuesta se mantuvo hasta las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 15 de marzo de 2018³⁵ que resuelven dos recursos de casación interpuestos contra dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Asturias que declaraban la nulidad entre otras, de la estipulación de gastos hipotecarios, con excepción de los impuestos; es decir consideraban estas resoluciones que la cláusula de gastos hipotecarios era parcialmente abusiva.

El Tribunal Supremo (Sala Primera) en las sentencias de 15 de marzo de 2018 estima en parte los recursos de casación en el sentido de considerar que la cláusula de gastos no solo es parcialmente abusiva, sino que es abusiva en su totalidad, puesto que sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando en palabras del Tribunal Supremo: «[...] la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imponible».

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo diferencia claramente entre la declaración de abusividad de la cláusula por la que se atribuye al prestatario consumidor el abono de la totalidad de los impuestos, con la consecuente nulidad de la estipulación y, por otro lado, los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, debiendo, respecto a esta última cuestión, abordar quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados y cómo se debe distribuir el gravamen entre la entidad prestamista y el consumidor prestatario.

En primer lugar, el Tribunal Supremo declara que el hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados [artículo 7.1 b) y 8 del TRLITPAJD] es la constitución del préstamo hipotecario. De manera que, según el Tribunal Supremo, si se atiende exclusivamente a la garantía (hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora puesto que esta se constituye a su favor, mientras que, si se atiende al préstamo, el sujeto pasivo sería el cliente deudor. Sin embargo, esta aparente dicotomía se resuelve según el Alto Tribunal, atendiendo al artículo 15 del TRLITPAJD que reconoce que la constitución de los derechos de hipoteca tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo, aunque dicho precepto alude a la modalidad de transmisiones patrimoniales.

La Sala Primera del Tribunal Supremo recoge en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados [por todas, sentencias de 19 de noviembre de 2001 o de 27 de marzo de 2006] y justifica su decisión, en la constitucionalidad declarada por el Tribunal Constitucional respecto a los artículos 8 d) y 15 del TRLITPAJD en relación con el artículo 68 del Reglamento [cfr. Auto del Tribunal Constitucional de 18 de enero de 2005].

Por otro lado, el Tribunal Supremo en las sentencias de 15 de marzo de 2018 diferencia, por una parte, la constitución del gravamen hipotecario que como ya se ha indicado corresponde al prestatario, y por otra, el gravamen por la documentación en escritura pública de ese préstamo con garantía hipotecaria. En este sentido, y al amparo de los artículos 27.3 y 28 del TRLITPAJD y de los artículos 66.3 y 67 del Reglamento del impuesto, este tiene dos modalidades: un

derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta y otro derecho de cuota fija, por los actos jurídicos del timbre de los folios de papel en los que se redacta la matriz y las copias autorizadas.

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo entiende que le corresponde al prestatario el abono del derecho a la cuota variable cuya base imponible viene constituida por el importe de la obligación o capital, incluyendo los intereses indemnizaciones y otras cantidades incluidas en la garantía (cfr. artículo 68 del Reglamento). En cuanto al derecho a la cuota fija, al que están sujetas las matrices, primera, segunda y sucesivas copias —no las copias simples—, las actas y los testimonios, hay que distinguir entre el timbre de la matriz, que corresponde al prestatario —salvo, que exista acuerdo entre las partes sobre la distribución de los gastos de notaría y registro—, y el timbre de las copias, del que habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

Por tanto, puede concluirse que la principal carga económica del impuesto de actos jurídicos documentados, recae en el prestatario; porque según estas resoluciones, el prestatario es el obligado al abono de la cuota variable y también de la cuota fija de la matriz —salvo acuerdo previo de distribución de aranceles notariales y registrales— y de las copias, si son solicitadas por él.

En resumen, según las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 la carga económica del impuesto de actos jurídicos documentados por el contrato de préstamo hipotecario incumbe principalmente al prestatario. La cuota variable sobre el importe de la obligación o capital, según las resoluciones corresponde al prestatario de conformidad con el artículo 68 del Reglamento³⁶, y la cuota fija derivada de la documentación notarial de la operación, la de la matriz corresponde también al prestatario salvo que exista acuerdo entre las partes para el pago de aranceles notariales y registrales y, el de las copias, a quien las solicite.

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018, los órganos judiciales menores han tenido que adaptar sus criterios a las pautas establecidas por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la distribución del impuesto de actos jurídicos documentados tras la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

Las sentencias de las Audiencias Provinciales analizadas que abordan la nulidad de la cláusula de gastos tras estos pronunciamientos, siguen los criterios pautados por el Tribunal Supremo respecto a la restitución del gravamen. No obstante, si bien algunas resoluciones consideran —sin entrar a valorar la cuota fija y variable—, que el impuesto de actos jurídicos documentados lo debe abonar íntegramente el prestatario [sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 24 de abril del 2018 y de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 26 de abril del 2018]; hay en cambio otras, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de mayo de 2018, que diferencian los conceptos establecidos por el Tribunal Supremo.

Tras las sentencias de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018, parecía que el Tribunal Supremo había logrado fijar las pautas que permitían aunar los términos del pronunciamiento efectuado por esa Sala en su resolución de 23 de diciembre de 2015 con la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a quién resulta ser el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria. Sin embargo, la Sala Tercera (Sección 2.ª) del Tribunal Supremo³⁷ a través de las sentencias de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018, pretendía un cambio jurisprudencial sobre quién debía considerarse sujeto pasivo del impuesto, que ha desembocado en

una modificación normativa de urgencia, por parte del Gobierno, en los términos expuestos *ut supra*.

A través de estos pronunciamientos la Sala Tercera del Tribunal Supremo debía resolver tres recursos de casación interpuestos por una empresa municipal por la liquidación del impuesto de actos jurídicos documentados, en los que la recurrente pretendía que se reconociera la exención del pago de este gravamen y la nulidad de la liquidación por entender que no era el sujeto pasivo del impuesto³⁸.

Los recursos de casación fueron admitidos a trámite bajo el siguiente interés casacional: «precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamo con garantía hipotecaria», a la luz del criterio sentado por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015 y que ha sido en parte corregido por las sentencias de 15 de marzo de 2018.

La postura de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por la que hasta las resoluciones de octubre de 2018³⁹ se consideraba que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestatario, se amparaban en tres aspectos: el primero es, que el hecho imponible es el préstamo hipotecario, y por tanto, es *único* de conformidad con los artículos 8 d) y 15 del TRITPAJD; el segundo de ellos, es que la consideración de sujeto pasivo al «adquirente del bien o derecho» debe entenderse en el sentido de que el derecho al que se refiere el precepto es el préstamo; y, por último, que cuando la norma exige que las escrituras o actas contengan actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, está refiriéndose indisolublemente, tanto al préstamo como a la hipoteca.

La Sección 2.ª de la Sala Tercera del Alto Tribunal, aunque considera que existen razones para mantener la doctrina establecida hasta el momento⁴⁰, apuesta por un cambio jurisprudencial, al entender que la documentación en instrumento público del préstamo y de la hipoteca que se constituye en garantía de la devolución del préstamo se hace en interés del acreedor hipotecario.

Para apoyar su postura se ampara también en tres argumentos: el primero de ellos relacionado con la *inscribibilidad*, este argumento se articula en que el impuesto solo es exigible cuando el acto incluido en la escritura notarial es inscribible en el Registro de la Propiedad y, atendiendo a la Ley Hipotecaria y al Reglamento Hipotecario, el préstamo en contraposición con la hipoteca que es un derecho real de constitución registral, no lo es. El segundo de los argumentos está relacionado con la configuración de la base imponible del impuesto, la Sección entiende que al amparo del artículo 30 del Texto refundido del impuesto, el único aspecto que ha tenido en cuenta el legislador para su configuración legal es la hipoteca. El último argumento al que se alude en las resoluciones, es el relativo al interés en la operación al amparo del artículo 29 del Texto refundido, y en este sentido concluye el Tribunal que: «desde esta perspectiva, no nos cabe la menor duda de que el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues esta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

Con base en lo expuesto, se concluyó que el artículo 68.2 del Reglamento no tiene el carácter interpretativo o aclaratorio que le otorga la jurisprudencia y que constituye un exceso que hace devenir en ilegal la previsión contenida en el mismo.

Estas resoluciones de la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo fueron objeto de voto particular, por parte de dos magistrados en sentidos a su vez opuestos. El primer voto particular fue emitido por D. Nicolás Maurandi Guillén favorable al cambio jurisprudencial efectuado pero discrepante en cuanto a alguno de los argumentos en los que se amparan las resoluciones. El segundo voto particular, emitido por D. Dmitry Berberoff Ayuda es, en contraposición, partidario de mantener el criterio jurisprudencial anterior y considerar que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

Las repercusiones económicas y sociales que tuvieron la publicación de las resoluciones analizadas hicieron que el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo avocara al Pleno de la Sala el conocimiento de los recursos pendientes sobre la materia, al objeto de que este decidiera si el giro jurisprudencial efectuado debía ser o no confirmado. En fecha 6 de noviembre de 2018 el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó por 15 votos a 13 volver al criterio jurisprudencial anterior, según el cual el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario, que fue materializado en resoluciones de fecha 27 de noviembre de 2018.

La situación generada por las sentencias de la Sección 2.^a de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, posteriormente, la revocación por el Pleno del cambio jurisprudencial efectuado por las sentencias de octubre de 2018⁴¹ motivó que el Gobierno mediante Real Decreto-ley, modificara el texto refundido que regula el impuesto en los términos señalados, sin eficacia retroactiva.

De este modo, desde el 11 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos con garantía hipotecaria es el prestamista.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 confirman el reparto de las cuotas del impuesto de actos jurídicos documentados establecidas en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 e insisten en que el cambio normativo derivado de la aprobación del Real Decreto-ley 17/2018 solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su entrada en vigor.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE GASTOS HIPOTECARIOS

En las líneas precedentes se ha anticipado mi discrepancia⁴² con el criterio establecido por la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, tanto en relación con su resolución de 23 de diciembre de 2015 como con la aclaración efectuada mediante las sentencias de 15 de marzo de 2018, ya que sobre esta cuestión nada aportan las sentencias de 23 de enero de 2019.

En primer lugar, se van a exponer de forma más pormenorizada los motivos por los que considero que el fundamento de la nulidad no son las letras a)-c) del artículo 89.3 del TRLGDCU para posteriormente, ahondar en posibles alternativas.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 justifica la posible subsunción de la cláusula de gastos hipotecarios en las referidas letras del artículo 89.3 del TRLGDCU bajo el argumento de que, con anterioridad, la misma Sala había declarado la nulidad de la cláusula que repercutía a los compradores-consumidores, los gastos derivados de la constitución de hipoteca sobre el inmueble [sentencia del Tribunal Supremo (Sala

Primera) de 1 de junio del 2000] y los tributos [sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011], considerando por tanto trasladable a los gastos de hipoteca la doctrina expuesta en estas sentencias. No obstante, el análisis de las resoluciones esgrimidas por el Tribunal Supremo no justifica, a mi juicio, la aplicación de esta doctrina a la cláusula de gastos hipotecarios, puesto que se trata de supuestos de hecho distintos.

En las resoluciones del Tribunal Supremo de 1 de junio del 2000 y de 25 de noviembre de 2011 se declara la nulidad de cláusulas insertas en un contrato de compra-venta de vivienda, que es lo que prevé el tenor de la norma, y no en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. En este sentido, en la primera de las resoluciones, se declara abusiva la cláusula por la que el promotor de la vivienda (vendedor) repercute a los consumidores (compradores), los gastos derivados del préstamo hipotecario que el promotor había suscrito para financiar la construcción de la vivienda. En la segunda de las resoluciones y también nuevamente en el seno de un contrato de compra-venta, se considera como cláusula abusiva la repercusión por la promotora-vendedora del impuesto por plusvalía a los compradores-consumidores.

Lo anteriormente expuesto evidencia que los supuestos de hecho analizados en las sentencias de 1 de junio del 2000 y de 25 de noviembre de 2011 resuelven sobre cláusulas insertas en contratos de compra-venta de vivienda y no, en un contrato de préstamo hipotecario, que es el objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015.

A renglón seguido, procede reflexionar sobre si los supuestos enumerados en las letras a) y d) del artículo 89.3 del TRLGDCU⁴³ pueden ser ampliados a otras modalidades contractuales como el préstamo. Para resolver esta cuestión es preciso acudir a la Exposición de Motivos de la Ley que incorporó esta previsión, la cual considera que el objetivo que tiene la referida modificación es reforzar la protección del consumidor adquirente de vivienda al declarar abusivas las cláusulas por las que se trasladan al consumidor gastos que corresponden al vendedor, tal es el caso de los impuestos en los que el sujeto pasivo es este, o los gastos de las conexiones a los suministros generales de la vivienda como el enganche del suministro de agua, alcantarillado, etc.⁴⁴.

De este modo, puede concluirse que el legislador estaba pretendiendo evitar situaciones de abusividad muy concretas, del vendedor de una vivienda al comprador de la misma y que, en principio, no resultan extensibles a otras modalidades contractuales que afecten a una vivienda, porque si esa hubiera sido la voluntad del legislador, la regulación se habría centrado en el bien objeto de tutela (la vivienda) frente a las cláusulas abusivas, sin hacer referencia alguna a las partes del contrato (vendedor/comprador), lo que permitiría que se declararan abusivas bajo este fundamento cláusulas insertas en otro tipo de contratos como, por ejemplo, un contrato de arrendamiento de vivienda, si se dieran las condiciones subjetivas para que resultara de aplicación el TRLGDCU.

La Sala Primera del Tribunal Supremo aprovechó las sentencias de 15 de marzo de 2018 para matizar que la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se deriva de la aplicación analógica de las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU. Sin embargo, tal y como expuso MARÍN LÓPEZ (2018)⁴⁵ cuya opinión suscribo en este punto, no existe motivo para la aplicación analógica de esta norma a los supuestos de estipulaciones contenidas en contratos de préstamos hipotecarios, al entender que no existe laguna en el ordenamiento jurídico que deba colmarse. Es decir, para que proceda la utilización del procedimiento analógico debe existir un vacío motivado por la inexistencia de una disposición normativa que regule el supuesto de hecho controvertido y como se va a exponer, existen otros

fundamentos jurídicos en los que se puede amparar la nulidad de esta cláusula. Por otra parte, entre el contrato de compra-venta y el de préstamo con garantía hipotecaria no existe identidad de razón en los términos exigidos por el artículo 4.1 del Código Civil y, en cualquier caso, entiendo que al ser la consecuencia de la aplicación analógica de la normativa, la nulidad de la cláusula, esta debe ser objeto de aplicación restrictiva.

Por último, la posible traslación de las previsiones de la compra-venta de viviendas al préstamo hipotecario no puede ampararse tampoco en el carácter vinculado entre estos contratos, puesto que en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que establezca la vinculación entre el contrato de compraventa de bienes inmuebles, y los solicitados para su financiación⁴⁶.

Tras exponer los motivos por los que no considero adecuado la subsunción de los gastos contenidos en la cláusula de gastos hipotecarios en las letras del artículo 89.3 del TRLGDCU es preciso analizar si la cláusula supera los controles de contenido y de incorporación al contrato, al amparo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

En mi opinión, la cláusula de gastos hipotecarios adolece de falta de concreción⁴⁷. Es cierto que cualquier cláusula de este tipo enumera los gastos que se repercuten al consumidor: aranceles notariales, registrales, impuestos, gastos de gestión y de tasación; sin embargo, no se determinan los conceptos de esos gastos que se trasladan al prestatario ni tampoco la carga económica que supone la suscripción de la misma. Con base en lo anterior y aunque no es la línea jurisprudencial mayoritaria⁴⁸, considero que la cláusula de gastos hipotecarios no supera el control de transparencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 80.1 a) del TRLGDCU y 5.5 de la LCGC.

Un pormenorizado examen de la Jurisprudencia sobre esta cláusula nos permite advertir que son escasas las resoluciones judiciales que plantean la posibilidad de efectuar sobre la cláusula de gastos hipotecarios un control de transparencia y, dentro de las que lo efectúan, no existe una posición unánime. Entre las sentencias que consideran que esta estipulación no supera el control de incorporación por su falta de concreción y claridad, podemos destacar las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de junio de 2014, de la Audiencia Provincial de Valencia, de 25 de noviembre de 2015⁴⁹, de la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de julio de 2016 y de la Audiencia Provincial de Álava de 11 de julio de 2016. En contraposición, existen resoluciones que descartan la realización del control de transparencia por entender bien que el control de transparencia formal no resulta relevante [sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 bis de Santander de 26 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017] o por considerar, que no procede el control de transparencia material porque la cláusula no afecta a un elemento esencial del contrato [sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de San Sebastián, de 14 de junio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza, 14 de septiembre de 2017].

A renglón seguido, es preciso abordar si la cláusula no supera el control de transparencia formal o no supera el control de transparencia material⁵⁰. A través del primero, se analiza si la cláusula resulta concreta, clara, sencilla y comprensible, mientras que el control de transparencia material, de construcción jurisprudencial [cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013] pretende determinar si el consumidor tiene un conocimiento de la carga económica que genera la cláusula, siendo ambos controles autónomos.

Al inicio de estas reflexiones sobre la validez de la cláusula de gastos hipotecarios se indicaba que el problema de esta estipulación es que, con su suscripción, el prestatario no conocía qué conceptos se repercutían y a qué cantidad aproximada ascendían los mismos; es decir, qué coste adicional al del préstamo deben sufragar los prestatarios para poder suscribir el contrato con garantía hipotecaria. Por ello, en abstracto podría entenderse que la cláusula no solo adolece de falta de concreción, sino que impide conocer al consumidor la carga económica derivada de la suscripción del contrato⁵¹. No obstante, los límites inherentes a la configuración jurisprudencial⁵² que se ha hecho del control de transparencia material permiten descartar que pueda llevarse el mismo en la cláusula de gastos hipotecarios. La configuración de este control exige que se deba hacer sobre cláusulas suscritas exclusivamente con consumidores⁵³ y que la cláusula afecte a un elemento esencial del contrato.

El inconveniente⁵⁴ que tiene la aplicación de este control de transparencia material a la cláusula de gastos hipotecarios, es si puede considerarse que esta cláusula afecta incidentalmente a un elemento esencial del contrato ya que, de responder afirmativamente, podría suponer la imposibilidad de realizar un control de contenido respecto a la cláusula. Dicho de otro modo, no es posible efectuar un control de contenido respecto a las cláusulas que inciden sobre elementos esenciales del contrato, al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE⁵⁵.

Para determinar si una concreta cláusula de contenido económico afecta o no al precio del contrato, uno de los parámetros a tener en cuenta es: «*el carácter eventual de la aplicación de la cláusula en cuestión*»⁵⁶. Según este criterio, cuando una cláusula prevea el pago de una cantidad económica si acaece una determinada circunstancia, que puede tener lugar o no a lo largo de la relación contractual, la misma no tiene la consideración de elemento esencial del contrato, sino que se refiere a un elemento accesorio. La aplicación de dicho criterio a la cláusula de gastos hipotecarios conllevaría, en principio, el reconocimiento de que afecta al precio del contrato, porque el prestatario lo debe abonar en cualquier caso.

Si bien conforme al criterio apuntado podría defenderse que la cláusula de gastos hipotecarios afecta incidentalmente a un elemento esencial del contrato, parece más adecuada la consideración de que esta cláusula tiene naturaleza accesoria en el contrato, porque tal y como expone MORENO TORRES⁵⁷: «no es sensato suponer que la estipulación que impone al prestatario el pago de los aranceles notariales y registrales sea determinante de la voluntad de contratar o no contratar el préstamo por parte del consumidor medio, o lo que es lo mismo, no puede presumirse que, de haberla conocido, el contrato no se habría celebrado».

En contraposición a la consideración de que la cláusula de gastos es accesorio en el contrato de préstamo hipotecario, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ⁵⁸ defiende que la repercusión de los gastos e impuestos de la operación sí que serán tenidos en consideración por los prestatarios a la hora de concertar su decisión de formalizar el contrato de préstamo hipotecario. Por ello para este autor, la falta de concreción de la cláusula de gastos, debería valorarse desde la óptica del control de transparencia material —aunque reconoce⁵⁹ que este no es el criterio utilizado por el Tribunal Supremo en su resolución de 23 de diciembre de 2015—. De tal modo que, si la información precontractual es clara y comprensible y el prestatario conoce con exactitud los gastos que debe abonar y la cuantía de los mismos, la cláusula es válida⁶⁰.

Descartado el sometimiento de la cláusula de gastos hipotecarios al control de transparencia material por las razones expuestas, es preciso analizar en este

punto si la cláusula de gastos no supera el control de transparencia formal, es decir si la falta de concreción es suficiente como para que se puedan aplicar las consecuencias de los artículos 7 y 8 de la LCGC.

Tras estudiar la jurisprudencia acerca de cómo interpretan los órganos judiciales la falta de concreción en estipulaciones insertas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria, se pueden llegar a establecer los siguientes indicios, que sirven de pauta para concluir que una cláusula es concreta: debe permitir al prestatario conocer los efectos de la cláusula al tiempo de la suscripción del contrato [sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 22 de diciembre de 2017], debe destacarse el concepto de lo que se repercute [sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de septiembre de 2014], debiendo evitarse redacciones abiertas y omnicomprendivas [sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 19 de enero de 2016] en las que se impida conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que deban soportar los adherentes [sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 12 de junio de 2014].

De este modo, a mi juicio procede examinar en cada caso y de forma particularizada la redacción de la cláusula de gastos hipotecarios al objeto de determinar si la misma cumple o no, con los criterios de concreción expuestos anteriormente y, en su caso, si con anterioridad o simultáneamente a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionó al consumidor información sobre la cuantía y conceptos de los gastos que se repercutían bien a través de la oferta vinculante o mediante una petición de provisión de fondos.

En la doctrina más cualificada, se reconoce la falta de concreción de la que adolece habitualmente la cláusula de gastos hipotecarios, aunque con distintas consecuencias, MARÍN LÓPEZ⁶¹ aunque reconoce este defecto de la cláusula, entiende que solo se predica de la parte que no sea comprensible por falta de concreción y según este autor eso no se produce en todas las estipulaciones. Por su parte, MORENO TORRES⁶², entiende que la cláusula es ineficaz y que debe entenderse no incorporada al contrato.

En opinión de MORENO TORRES⁶³ —que, en este punto comparto— el reconducir el tratamiento de la cláusula de gastos a la no superación del control de inclusión —transparencia formal—, tiene como principales beneficios: que puede declararse la nulidad aunque el adherente no tenga la condición de consumidor (art. 2.1 LCGC) y que no resulta preciso revisar las circunstancias del caso concreto, a lo que añadido que el no tener que realizar los órganos judiciales el denominado «*control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal*» permitiría reducir en gran medida la complejidad en el tratamiento de esta cláusula que resulta a su vez agravada por la falta de claridad de las normas que regulan cada uno de los gastos que conforman la cláusula de gastos hipotecarios.

Por último, aunque no es la hipótesis que comparto, procede examinar si la cláusula de gastos hipotecarios es abusiva por razón de su contenido, ya que la inadecuación de la subsunción de la cláusula de gastos en las letras a) - c) del artículo 89.3 del TRLGDCU, no excluye que pueda considerarse abusiva al amparo de algún otro precepto del TRLGDCU, siendo las alternativas:

A. La inclusión en el supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU

El supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU determina que: «en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: la imposición al consumidor

de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario».

El fundamentar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en el supuesto genérico del artículo 89.3 del TRLGDCU o en el listado contenido en tal precepto, no es cuestión baladí, ya que tal y como acertadamente apunta CÁMARA LA-PUENTE «[...] mientras que las cláusulas previstas en los apartados a) y d) del artículo 89.3 TRLGDCU para el caso de la compraventa de vivienda son cláusulas negras, en el sentido de que resultan abusivas siempre, con independencia de las circunstancias, por decisión del legislador; el supuesto general contemplado en el artículo 89.3 TRLGDCU es un supuesto de cláusula gris, que podría no ser abusiva atendidas las circunstancias del caso concreto»⁶⁴.

Esta posibilidad no es compartida por la doctrina más cualificada, aunque con distinto fundamento. Para MARÍN LÓPEZ⁶⁵: «[...] la atribución al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley dispositiva corresponden al empresario no convierte automáticamente a la cláusula que la contiene en abusiva, sino que habrá que juzgarla conforme a los criterios generales de abusividad (art. 82.1 del TRLGDCU) y los demás elementos de control circunstanciado (art. 82.3 del TRLGDCU)». Por su parte, MORENO TORRES⁶⁶ defiende que no puede ampararse la nulidad de la cláusula en el supuesto general del artículo 89.3 del TRLGDCU, por no darse el supuesto de hecho de la norma. Es decir, según esta autora a través de la cláusula de gastos no se imponen al consumidor gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario, porque no existe una norma que ordene a quién corresponde el abono de los gastos derivados de la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario, sí por el contrario, se da esa previsión en otros contratos, como en el de compraventa (art. 1445 del Código Civil).

B. La inclusión en el supuesto del artículo 82 del TRLDCU

El artículo 82 del TRLGDCU dispone que: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Para valorar si la cláusula de gastos hipotecarios es abusiva conforme al artículo 82 del TRLGDCU es preciso realizar el ya aludido: «*control de contenido como control legal que busca contrastar la regla contractual con la norma legal*», es decir, se debe comparar el contenido de la cláusula con el contenido de la norma, para comprobar si se produce un desequilibrio importante para el prestatario consumidor. Esta es la operación jurídica que vienen realizando los órganos judiciales para resolver las reclamaciones judiciales que pretenden impugnar la cláusula de gastos hipotecarios y que es la enunciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, aunque ampare la nulidad de la cláusula en otro precepto.

Nuevamente la doctrina no se muestra unánime, mientras para MARÍN LÓPEZ⁶⁷ el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios se encuentra en este precepto, porque entiende que la atribución indiscriminada de los gastos genera un desequilibrio importante que no se justifica conforme al derecho vigente y que, además, resulta contrario a la buena fe porque no hay razones que justifiquen la imposición al consumidor de estos gastos más

allá del exclusivo interés del empresario. En contraposición, MORENO TORRES considera que tampoco tiene encaje en el artículo 82 del TRLGDCU por cuanto entiende que difícilmente puede ser contraria a la buena fe una cláusula que recoge un uso muy extendido, mediante el cual se llena un vacío de regulación y que solo permite introducir certidumbre sobre cuál de los contratantes debe abonar los gastos derivados de la operación, y concluye señalando que el hecho de que abone los gastos el prestatario consumidor no provoca el desequilibrio que exige la Ley, que es jurídico y no económico⁶⁸.

Los principales problemas que plantea la aplicación del control de contenido a la cláusula de gastos hipotecarios son: por un lado, el analizar la normativa que regula cada uno de los gastos que integran la cláusula y que ha sido enunciada en este trabajo, por cuanto la misma resulta interpretable tanto a favor del consumidor prestatario como de la entidad bancaria prestamista al existir argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad de cada una de las subcláusulas que conforman la cláusula de gastos hipotecarios y que se demuestran por la existencia de pronunciamientos divergentes entre la jurisprudencia menor.

Por otro lado, al configurarse el control de contenido al amparo de los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU, no podrán ser consideradas abusivas las cláusulas de gastos hipotecarios cuando el prestatario no tenga la consideración de consumidor y ello, aunque el tenor de la cláusula sea el mismo y el adherente carezca de capacidad para modificar el tenor de la cláusula.

V. LOS GASTOS HIPOTECARIOS EN LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO⁶⁹

La situación generada en España en torno a la reclamación de las cláusulas de gastos hipotecarios y a otras insertas en los contratos de préstamos hipotecarios ha motivado que, se haya aprovechado la oportunidad legislativa de transponer la Directiva 2014/17UE⁷⁰ para intentar resolver normativamente la problemática generada en torno a los gastos hipotecarios.

La Directiva 2014/17UE —de la que trae causa la Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI)⁷¹— en lo que respecta a los gastos, señala de forma genérica en el artículo 11.2 c) que dentro de la información básica que se tiene que proporcionar a los consumidores, se especificará de forma clara, concisa y destacada entre otros conceptos, «[...] información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito para el consumidor», la cual es desarrollada en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada).

Esta previsión ha sido objeto de transposición en España dentro del artículo 6.1 c) de la LCCI⁷² al determinar que toda publicidad relativa a los contratos de préstamo debe contener la información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del préstamo para el prestatario.

Inicialmente, el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario (en adelante, PLCCI) recogía la siguiente previsión respecto a los gastos hipotecarios en su artículo 12.1 d) del PLCCI⁷³: «el prestamista deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días⁷⁴ respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel

notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría».

Sin embargo, la aprobación por mayoría de una enmienda transaccional complementaria en sede parlamentaria ha modificado sustancialmente el tratamiento que de los gastos hipotecarios hace la LCCI. De modo que en su versión definitiva, la regulación de los gastos se efectúa en el artículo 14 de la LCCI, en concreto, en sus letras d) y e).

La redacción del artículo 14.1.d) de la LCCI tras la aprobación de la enmienda dispone lo siguiente: «El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación: Una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato».

Por su parte, la letra e) del artículo 14 de la LCCI añade novedosamente que además, deberá proporcionarse: «información clara y veraz de los gastos que corresponden al prestamista y los que corresponden al prestatario. Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo: i) Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista. ii) El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite. iii) Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista. iv) El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable».

La comparación del texto inicial del PLCCI y del texto finalmente aprobado en lo relativo a los gastos hipotecarios nos permite advertir distintas cuestiones: la primera, que se amplía el plazo inicial de siete días para proporcionar la documentación, a diez días naturales. Sin embargo, la más importante es que si bien el legislador parecía que había optado inicialmente por considerar válida la cláusula de gastos hipotecarios si se proporcionaba información desglosada de la totalidad de los gastos derivados de la formalización del préstamo hipotecario, la inclusión de la letra e) en la tramitación parlamentaria, efectúa de forma novedosa, sin seguir el criterio pautado por el Tribunal Supremo (Sala Primera), en sus sentencias de 23 de enero de 2019, una distribución de los gastos hipotecarios, en la que la mayor parte de la carga económica de los mismos se atribuye al prestamista, a salvo de los gastos de tasación y en su caso, de las copias de la escritura notarial si las solicita el prestatario.

La opción por la que se ha decantado finalmente el legislador al aprobar la enmienda transaccional se aparta de la opción establecida en el PLCCI de considerar que la cláusula de gastos es válida si se proporcionaba al prestatario información desglosada de los gastos asociados a la firma del contrato y opta, por establecer normativamente un reparto de los gastos inherentes a la suscripción de la operación mercantil para evitar desequilibrios entre los derechos y obligaciones de las partes. De este modo, el legislador pretende suprimir la litigiosidad respecto a las reclamaciones de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se firmen desde la entrada en vigor de la LCCI.

En resumen, el legislador ha decidido sustraer de la autonomía de la voluntad, y en concreto, de la del predisponente, la distribución de los gastos inherentes a la suscripción de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

VI. CONCLUSIONES

I. La consideración de la cláusula de gastos hipotecarios como condición general de la contratación permite efectuar sobre ella un control de transparencia al amparo de la LCGC. Si el prestatario tiene a su vez, la consideración de consumidor la cláusula de gastos hipotecarios podrá ser sometida a un control de contenido.

II. Los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios han generado una situación de diversidad de soluciones jurisprudenciales motivada por los términos en los que se pronunció el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su sentencia de 23 de diciembre de 2015. En concreto, ha sido especialmente controvertido lo relativo al fundamento de la nulidad de la cláusula. Y, por otro lado, los límites inherentes al procedimiento en el marco del cual se dictó este pronunciamiento, son en cierta medida, una de las causas determinantes de la disparidad de decisiones judiciales de los Tribunales inferiores en relación a esta materia.

III. Los términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 han hecho que la Sala Primera haya tenido que matizar su pronunciamiento y fijar los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos, en sus resoluciones de 15 de marzo de 2018 y 23 de enero de 2019. Por su parte, la Sala Tercera de dicho Tribunal ha llegado incluso a plantear la oportunidad de modificar su doctrina ya consolidada sobre quién es el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria.

IV. La valoración, acerca de lo acertado o no, de la posición del Tribunal Supremo respecto al fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios pasa por examinar la normativa reguladora de cada gasto, a los efectos de efectuar una ponderación en la que se determine si ha existido un desequilibrio relevante en perjuicio de los consumidores. Esta regulación permite encontrar argumentos a favor y en contra de la declaración de nulidad, lo que, además supone una dificultad importante a la hora de determinar los efectos restitutorios concretos en caso de declaración de nulidad de la cláusula.

La situación de incertidumbre e inseguridad jurídica descrita se ha visto en cierto modo mitigada con la reforma de urgencia operada por el Gobierno a través del Real Decreto-ley 17/2018, de 16 de noviembre respecto al sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, por la que se determina claramente, aunque sin efectos retroactivos, que el sujeto pasivo de este impuesto en los contratos de préstamo hipotecario es el prestamista, de modo que se resuelve la aparente contradicción existente en la normativa tributaria al respecto. Además, contribuyen a una situación más clara sobre la cuestión, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019, las cuales fijan taxativamente los términos en los que debe efectuarse la restitución de los gastos hipotecarios tras la declaración de nulidad de la cláusula.

V. El análisis efectuado en el estudio de los controles aplicables a la cláusula de gastos hipotecarios permite concluir que el defecto del que adolece es de falta de concreción y, por tanto, puede decirse que la misma no supera el control de transparencia formal. Lo que procede es examinar en cada caso y de forma particularizada la redacción de la cláusula de gastos hipotecarios al objeto de determinar si la misma resulta concreta y, en su caso, si con anterioridad o simultáneamente a la suscripción del contrato de préstamo hipotecario, la entidad bancaria proporcionó al consumidor información suficiente respecto

a los conceptos y cuantía de los gastos que se repercuten por aplicación de la cláusula bien mediante la oferta vinculante o a través de la petición de provisión de fondos.

VI. Si bien la redacción inicial del Proyecto de Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario configuraba la cláusula de gastos como una cláusula válida, si se proporcionaba al prestatario información sobre los conceptos y cuantía de los gastos que tenía que asumir en caso de suscribir el contrato de préstamo, en la tramitación parlamentaria del Proyecto, el legislador ha mantenido la obligación de proporcionar información sobre los gastos, pero ha optado por determinar normativamente y sin seguir el criterio establecido por el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de enero de 2019, la distribución de los gastos derivados de la suscripción de un contrato con garantía hipotecaria, con el objetivo de suprimir desde la entrada en vigor del mismo, la litigiosidad derivada de las reclamaciones de nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala Primera), de 1 de junio de 2000
- STS (Sala Tercera), de 19 de noviembre de 2001
- STS (Sala Tercera), de 27 de marzo de 2006
- STS (Sala Primera), de 25 de noviembre de 2011
- STS (Sala Primera), de 9 de mayo de 2013
- STS (Sala Primera), de 23 de diciembre de 2015
- STS (Sala Primera), de 3 de junio de 2016
- STS (Sala Primera), de 30 de enero de 2017
- STS (Sala Primera), de 5 de abril del 2017
- SSTs (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018
- STS (Sala Tercera), de 16 de octubre de 2018
- STS (Sala Tercera), de 22 de octubre de 2018
- STS (Sala Tercera), de 23 de octubre de 2018
- SSTs (Sala Tercera), de 27 de noviembre de 2018
- SSTs (Sala Primera), de 23 de enero de 2019

- SAP de Murcia (Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2000
- SAP Madrid (Sección 28.^a), de 26 de julio de 2013
- SAP Alicante (Sección 8.^a), de 12 de junio de 2014
- SAP Barcelona (Sección 1.^a), de 15 de septiembre de 2014
- SAP Valencia (Sección 9.^a), de 25 de noviembre de 2015
- SAP Málaga (Sección 6.^a), de 5 de julio de 2016
- Auto AP Álava (Sección 1.^a), de 11 de julio de 2016
- SAP La Coruña (Sección 4.^a), de 26 de enero de 2017
- SAP Pontevedra (Sección 6.^a), de 15 de marzo de 2017
- SAP Badajoz (Sección 2.^a), de 11 de mayo de 2017
- SAP Castellón (Sección 3.^a), de 22 de diciembre de 2017
- SAP Zaragoza (Sección 5.^a), de 26 de febrero de 2018
- SAP Zaragoza (Sección 5.^a), de 24 de abril de 2018
- SAP Salamanca (Sección 1.^a), de 26 de abril de 2018
- SAP Teruel (Sección 1.^a), de 27 de abril del 2018
- SAP Valencia (Sección 9.^a), de 2 de mayo de 2018
- SAP Badajoz (Sección 2.^a), de 17 de mayo de 2018

- Sentencia del Jdo. Mercantil n.º 9 de Madrid, 8 de septiembre de 2011
- Sentencia del Jdo. Instancia de Fuenlabrada, 26 de mayo de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 5 de San Sebastián, 14 de junio de 2017
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Granollers, 12 de junio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 1 de Zaragoza, de 27 de junio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 3 de Santander, de 14 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 11 de Bilbao, de 6 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 101 de Madrid, de 7 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 8 de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 7 bis de Pamplona, 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 14 de septiembre de 2017
- Sentencia del Jdo. Instancia n.º 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Huesca, de 20 de abril del 2018

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2016). El control de transparencia tan solo es aplicable a consumidores, no a empresarios ni profesionales. Comentario a la STS (Sala de lo Civil), de 3 de junio de 2016, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 18, 144-148. Enlace: <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1106/932>.
- (2017). Análisis crítico de las últimas sentencias relativas a la cláusula de gastos y anexo jurisprudencial (hasta julio de 2017), en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 22, 52-85 Enlace: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1435>
- (2018). Venceréis, pero no convenceréis: comentario a la STS 148/2018 de 15 de marzo de 2018 sobre la abusividad de la repercusión del ITP y AJD al consumidor que contrata un préstamo hipotecario, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Enlace: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3483-vencer%C3%A9is,-pero-no-convencer%C3%A9is-comentario-a-la-sts-148-2018-de-15-3-2018-sobre-la-abusividad-de-la-repercusi%C3%B3n-del-itp-y-ajd-al-consumidor-que-contrata-un-pr%C3%A9stamo-hipotecario-2>
- BUESO GUILLÉN, P. J. (2014). Apuntes sobre las modificaciones de la Ley 1/2013 a la Ley del mercado hipotecario, en Alonso Pérez, M. T. (directora) *Vivienda y crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 123-148.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- (2011). Comentario al artículo 89.3 del TR-LGDCU, en *Comentarios a las normas sobre protección de consumidores*, dirigido por Cámara Lapuente, 919-927, Colex, Madrid.
- CARRASCO PERERA, A. / CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 7, 164-183. Enlace: <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/357>

- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. (2000). Las cláusulas abusivas en contratos de consumo, en NIETO CAROL, U. *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Lex Nova, Valladolid.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2017). El plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios: instrumentos para su garantía, en *Revista para el Análisis del Derecho (Indret)*. Enlace: <http://www.indret.com/pdf/1351.pdf>
- GONZÁLEZ PACANOSWKA, I. (2015). Comentario al artículo 89.3, en *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 1328 -1341.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2010), *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Thomson Reuters, Pamplona.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2008). Autonomía privada e imposición en los contratos de adhesión: una aproximación jurisprudencial, en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coordinado por Gómez Gállico, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 989-1011.
- (2016). Juicio crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos de otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23 de diciembre de 2015), en *Revista Lex Mercatoria*, n.º 19, 93-99.
- (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario, en *Los contratos de créditos Inmobiliario*, dirigido por Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera y coordinado por López Frías y Casado Casado, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 403-437.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2016). Cláusula suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs buena fe, en *Revista de Derecho Civil*, volumen III, n.º 4, 69-103. Enlace: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/234/187>
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios: Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Sepín, Madrid.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2018). Las sentencias de 15 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo sobre el pago de actos jurídicos documentados derivados de la cláusula abusiva de gastos hipotecarios, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 115-128.
- TENAS ALÓS, M. A. (2017). *Préstamo para la compraventa de vivienda y vinculación de ambos contratos*, Reus, Madrid.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2018). La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios, en *Revista de Derecho Civil*, volumen 5, n.º 2, 149-191.

NOTAS

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco de la ayuda concedida por el Gobierno de Aragón para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2016-2020; y dentro del Grupo de Investigación de referencia reconocido por el Gobierno de Aragón, LEGMIBIO.

² La consideración de la cláusula de gastos hipotecarios como condición general de la contratación es aceptada por las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 bis de Zaragoza, de 21 de julio de 2017 y del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017.

³ MARÍN LÓPEZ (2018) 31, pone de manifiesto que el Tribunal Supremo ha ampliado el concepto de consumidor, al entender por tal al que adquiere un bien con ánimo de lucro siempre que no lo haga con habitualidad [por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2017] y también, considera consumidor al que celebra un contrato con doble finalidad (personal y profesional), si el fin predominante es el personal [por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril del 2017]. Por su parte, RIBÓN SEISDEDOS (2017), 193 y 194 reflexiona sobre la transcendencia de las cualidades subjetivas del prestatario y la posibilidad de impugnación de estas cláusulas cuando el mismo no tiene la consideración de consumidor.

⁴ Se crearon mediante Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de mayo de 2017 (BOE 27 de mayo de 2017). Dicho acuerdo produciría efectos desde el 1 de junio de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2017; sin embargo, ha sido objeto de prórroga por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de diciembre de 2017, durante seis meses adicionales.

⁵ Se muestran críticos con el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos realizada por el Tribunal Supremo en su sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), 94 y MARÍN LÓPEZ (2018), 87-89.

⁶ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ (2018) 89 señaló con anterioridad a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que no puede aplicarse analógicamente la norma prevista en el artículo 89.3 a) del TRLGDCU a la estipulación de los gastos hipotecarios, puesto que el precepto mencionado solo entra en juego en la compraventa de viviendas y, no existe una laguna que deba colmarse.

⁷ La transcripción es la siguiente: «se trata de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU)».

⁸ MARÍN LÓPEZ (2018) 51.

⁹ En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, de 26 de julio de 2017.

¹⁰ La norma sexta del Anexo II de Real Decreto 1426/1989 señala: «la obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Sobre la aplicación de la norma sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, MARÍN LÓPEZ (2018) 53-56, considera que si bien la nulidad de la cláusula conlleva que el prestamista restituya el importe íntegro de los aranceles que sufragó el prestatario, la aplicación del precepto supondría que los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario deberían abonarse por mitades entre el prestamista y el prestatario.

Además, este autor (2018) 57 y 58 realiza un reparto sobre quién debe abonar cada arancel notarial. Siguiendo el criterio de MARÍN LÓPEZ, los derechos de matriz, el arancel por exceso de folios de la escritura matriz, el timbre matriz y la actualización de la información registral, debe ser abonada a partes iguales entre los sujetos del contrato. En contraposición, las copias deben ser abonadas por el sujeto solicitante y sobre el arancel derivado de la expedición y remisión de la escritura al Registro de la Propiedad, existen dudas puesto que si bien la inscripción es a favor del prestatario, la aplicación del artículo supondría que el abono del arancel, fuese a partes iguales.

¹¹ El artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944 determina que: «la retribución de los notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios».

¹² En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 101 de Madrid, de 7 de septiembre de 2017.

¹³ Este argumento es utilizado entre otras, por las sentencias del Juzgado de Primera instancia núm. 101 de 7 de septiembre de 2017 y del Juzgado de primera instancia núm. 2 bis de Santander, de 26 de julio de 2017.

¹⁴ En este sentido, puede destacarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 bis de Zaragoza de 21 de julio de 2017.

¹⁵ En este sentido, puede destacarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona de 14 de septiembre de 2017.

¹⁶ Con esta resolución la Audiencia Provincial de Zaragoza modifica su criterio establecido en la sentencia de 26 de febrero del 2018 en el que se condenaba a la entidad bancaria al abono del 100% de los gastos de Notaría.

¹⁷ El Anexo II del Real Decreto 1427/1989 determina que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

¹⁸ El artículo 51 del Decreto de 14 de febrero de 1947, por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario determina que en el acta de inscripción se expresará la persona a cuyo favor se practica la inscripción, que no es otra que la propia entidad bancaria.

¹⁹ La falta de normativa legal reguladora de este gasto es una cuestión reconocida por el propio Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de enero de 2019 aunque considera que su intervención se da por supuesta en el artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción administrativa.

²⁰ La naturaleza jurídica del contrato que media entre la gestoría y el arrendatario excede del objeto del presente trabajo, pero puede apuntarse que en la actuación de la gestoría tendente a la liquidación de los impuestos subyace una obligación de resultado (contrato de obra) y en la intervención de la gestoría consistente en efectuar los trámites precisos para que el registrador de la propiedad inscriba el gravamen, una obligación de medios (contrato de servicios), por cuanto la gestoría no puede asegurar la efectiva inscripción de la garantía hipotecaria. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ (2018) 160, considera al respecto que: «técnicamente, más que un contrato de prestación de servicios, se trata de un contrato de obra que obliga al deudor a obtener un resultado concreto: proceder a la inscripción de la hipoteca en el Registro. A cambio de ello el gestor tiene derecho a obtener un precio».

²¹ El artículo 89.4 del TRLGDCU determina que: «En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados».

²² En este sentido, pueden destacarse entre otras las sentencias del Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián n.º 5, de 14 de junio de 2017 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santander n.º 3, de 14 de julio de 2017.

²³ De modo que tal y como pone de relieve ZUMAQUERO GIL (2018): «La gestoría corre con los riesgos que supone entregar el importe del préstamo solicitado antes de llevar a cabo dicho trámite».

²⁴ El artículo 7.1 de la Ley 2/1981 determina que: «Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán.»

²⁵ La Ley 2/1981 aunque no afecta al artículo 7, fue en algunos preceptos objeto de modificación por la Ley 1/2013 con el objetivo de dotar a las sociedades de tasación de una mayor independencia respecto a las entidades bancarias emisoras de los títulos o valores hipotecarios, al constituir estos el medio de movilización por excelencia del préstamo hipotecario. Al respecto, puede verse el trabajo de BUESO GUILLÉN, P.J. (2014).

²⁶ A este respecto, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Santander, de 14 de julio de 2017.

²⁷ En este sentido, sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Murcia, de 23 de octubre de 2017.

²⁸ En este sentido se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017.

²⁹ A este respecto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Pamplona, de 14 de septiembre de 2017.

³⁰ El TRLITPAJD determina respecto al gravamen de transmisiones patrimoniales en su artículo 8 que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es el prestatario. Por su parte, el artículo 15 del mismo cuerpo legal, también en sede de transmisiones patrimoniales prevé que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo.

³¹ La decisión del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de volver al criterio jurisprudencial anterior, en virtud del cual el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales en préstamos con garantía hipotecaria es el prestatario se materializó en las sentencias de la Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018.

³² MARÍN LÓPEZ (2018) 116, advierte sobre la enorme controversia existente respecto a quien es el sujeto pasivo del impuesto y reconoce que si bien la respuesta a esta cuestión debería ser fácil «pues las leyes que fijan los impuestos al igual que las penales) deberían ser muy claras en la delimitación del hecho imponible de los tributos y del sujeto pasivo obligado al pago», no lo es respecto al impuesto de actos jurídicos documentados.

³³ Este es uno de los argumentos utilizados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2015 al entender que la interpretación de las normas de carácter tributario o fiscal, compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en su cúspide, a la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuando la controversia versa sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma.

³⁴ Además, las resoluciones partidarias de la no devolución del impuesto a los prestatarios consumidores amparaban su postura en que la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que hasta las sentencias de octubre de 2018, consideraban que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, por aplicación del referido artículo 68 del Reglamento y por entender que la unidad del hecho imponible respecto al préstamo, obliga a que sea el prestatario [Por todas, sentencia de 27 de marzo de 2006], además, muchas de ellas matizaban además, que la interpretación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo estaba avalada por el Tribunal Constitucional en su Auto de 18 de enero de 2005, que considera que es una opción legislativa constitucionalmente válida, que el sujeto pasivo de la modalidad del IAJD, sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal.

³⁵ Sobre el tratamiento del impuesto de actos jurídicos documentados realizado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, pueden verse los trabajos de RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI (2018) y AGÜERO ORTIZ (2018).

³⁶ Al respecto, debe llamarse la atención de que este precepto ha sido declarado ilegal por la Sección 2.ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus resoluciones de 16 de octubre, 22 de octubre y 23 de octubre de 2018 y, tras la aprobación del Real Decreto 17/2018, el sujeto pasivo del impuesto cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista.

³⁷ Debe llamarse la atención sobre la competencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo para determinar quién es el sujeto pasivo de los impuestos, de conformidad entre otras con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 15 de marzo de 2018.

³⁸ En la resolución de los recursos de casación interpuestos se dio prioridad al tratamiento de la nulidad de la liquidación porque si se declaraba la nulidad del acto administrativo ya no procedía abordar la cuestión de la exención.

³⁹ Por todas, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, 31 de octubre de 2006 y 20 de enero de 2006.

⁴⁰ Estas resoluciones consideran que podría mantenerse la doctrina anterior porque la hipoteca como derecho real de garantía es accesoria del negocio principal que es el préstamo; por otro lado, porque el propio texto refundido de la ley del impuesto en relación con este tipo de negocios complejos (en sede del impuesto de transmisiones patrimoniales) determina que tributan en concepto de préstamo y, por último, porque el artículo 68.2 del Reglamento, señala que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario.

⁴¹ La nota de prensa de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre la decisión de volver al criterio jurisprudencial anterior por el cual, el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios es el prestatario, está disponible en el siguiente enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Sala-de-prensa/Notas-de-prensa/Nota-informativa-de-la-Sala-Tercera-del-Tribunal-Supremo-6-11-2018>- [última consulta, noviembre de 2018].

⁴² Esta discrepancia sobre el fundamento de la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, ha sido puesta de manifiesto por: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), 94 y MARÍN LÓPEZ (2018), pp.87-89.

⁴³ Estas letras fueron incorporadas al artículo por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de consumidores y usuarios por la que se modificó la cláusula n.º 22 de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁴⁴ GONZÁLEZ PACANOSWSKA (2015) 1.328, señala que: «el hilo conductor de los distintos apartados del artículo 89.3 es evitar que en un contrato de compraventa de vivienda se encuentre el consumidor ante una serie de obligaciones adicionales y cargas administrativas o, en su caso, costes que forman parte del proceso constructivo cuando se compra un inmueble futuro[...]». En el mismo sentido anteriormente apuntado, MORALEJO IMBERNÓN (2010) 42 señala refiriéndose al artículo 89.3 a) del TRLGDCU que: «[...] este inciso estaría prohibiendo que se trasladen al comprador los gastos de constitución, división o cancelación del préstamo y de la hipoteca que lo garantizase concertados por el vendedor para financiar la construcción, previa o no a la subrogación del comprador [...]».

⁴⁵ En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ (2018) 89 señaló con anterioridad a la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, que no puede aplicarse análogicamente la norma prevista en el artículo 89.3 a) del TRLGDCU a la estipulación de los gastos hipotecarios, puesto que el precepto mencionado solo entra en juego en la compraventa de viviendas y, no existe una laguna que deba colmarse.

⁴⁶ Sobre la vinculación del contrato de préstamo y compra-venta de vivienda puede verse, TENAS ALÓS (2017) 424. Existe sin embargo, algún pronunciamiento judicial como el efectuado por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, de 27 de junio de 2017, siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, considera que el hecho de que el préstamo hipotecario tuviera como finalidad una reforma de la vivienda, no excluye la aplicación del artículo 89.3 del TRLGDCU —relativo a los gastos de preparación o titulación de obra nueva—, porque el carácter abusivo según dicha resolución, no se basa exclusivamente en el contenido, sino en la condición de consumidor con la que actuó el actor al contratar el préstamo y la posición que por ello tuvo frente al demandado.

⁴⁷ En cuanto a la falta de concreción de la cláusula de gastos, ZUMAQUERO GIL (2018) 159 y 160 pone de relieve que: «[...] la fórmula abierta que normalmente se utiliza por las entidades bancarias para redactar este tipo de cláusulas hacen que la misma adolezca de falta de concreción, hasta el punto que no queda claro en la mayoría de los casos qué gastos va a repercutir el banco al consumidor, terminando en ocasiones incluso con la palabra etcétera, lo que le deja indefenso ante cualquier tipo de cargo que se le quiera efectuar».

⁴⁸ En el procedimiento del que trae causa la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 se planteó que la cláusula de «gastos a cargo de la parte prestataria» conculcaba el principio de concreción y transparencia. Así, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Madrid, de 8 de septiembre de 2011 consideró que la estipulación además de resultar abusiva, no cumplía con los requisitos de claridad y concreción del artículo 5.5 de la LCGC. Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 26 de julio de 2013, entiende que la estipulación supera el control de incorporación. Al no plantearse esta cuestión en el recurso de casación, el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, no se pronunció.

⁴⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial del Valencia de 25 de noviembre de 2015 reconoce que: «[...] Ello por cuanto de su redacción (único extremo al que hemos de atender) se puede deducir que se hace cargo del pago de tributos cualquiera que sea el sujeto pasivo. La estipulación ha de excluirse por no colmar el control de incorporación por

ambigua (arts. 5.5 y 7 LCDC). Ello implicará que la prestataria habrá de hacerse cargo de los impuestos de acuerdo con la normativa tributaria».

⁵⁰ Este control de transparencia material también recibe el nombre de «control cualificado de incorporación» AGÜERO ORTIZ, (2016) 146 o «control de transparencia real» SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2016) 80. Sobre la naturaleza jurídica del control de transparencia como control de incorporación reforzado o control de abusividad, puede destacarse MARÍN LÓPEZ (2018), 179.

⁵¹ En este sentido, se pronuncia ZUMAQUERO GIL (2018), 157 y 158.

⁵² El control de transparencia material en el ordenamiento jurídico español es una construcción doctrinal y jurisprudencial, al amparo del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y en la que ha tenido especial relevancia las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y 23 de diciembre de 2015.

⁵³ Por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2016 y de 30 de enero de 2017.

⁵⁴ Esta cuestión es reconocida por MARÍN LÓPEZ (2018), 187 y ZUMAQUERO GIL (2018), 159.

⁵⁵ Este apartado segundo de la Directiva no fue transpuesto al ordenamiento jurídico español, lo cual ha provocado una importante discusión doctrinal sobre si procede o no efectuar un control de contenido cuando una cláusula afecte al objeto principal del contrato. A favor de esta posibilidad, puede destacarse a DUQUE DOMÍNGUEZ (2000) 485 y 486, que es partidario de considerar que la no transposición formal fue una decisión voluntaria del legislador español para permitir la revisión judicial de precios; en el mismo sentido, CARRASCO PERERA / CORDERO LOBATO (2013) 176. En contra de tal posibilidad, se puede destacar, a CÁMARA LAPUENTE (2006) 66-69, el cual considera que la no transposición del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva se deriva de un error en la votación parlamentaria y, por tanto, no es una omisión voluntaria de la regla comunitaria. Además, reconoce que en el sistema normativo español existen otros mecanismos para atajar conductas abusivas sobre elementos esenciales del contrato, sin necesidad de recurrir al régimen de las cláusulas abusivas.

⁵⁶ Sobre este particular, véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2008) 994.

Dicho criterio es aplicado por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia de 31 de marzo del 2000. Esta última resolución de la Audiencia Provincial de Murcia de 31 de marzo del 2000 determina que: «[...] En cambio, el discurso debe ser distinto en lo que se refiere a la cláusula que determina los intereses moratorios aplicables en caso de incumplimiento del prestatario, por tratarse de una cláusula que no se refiere a las prestaciones principales derivadas del contrato, dado el carácter eventual de su aplicación, que solo procederá en el caso de que el desarrollo de la relación contractual entre en una fase patológica, lo que justifica que las mismas puedan y deban ser objeto de control para determinar su posible carácter abusivo, ya que es indudable que la relevancia que tales cláusulas tienen para el adherente en el momento de contratar es muy inferior a la que asumen las condiciones relativas a los intereses remuneratorios, plazos de amortización, etc., lo que redundará en una menor reflexión a la hora de manifestar la adhesión.»

⁵⁷ MORENO TORRES (2018), 174.

⁵⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2016), 97-99.

⁵⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), 430 y 431. Este autor considera que: «[...] el enfoque del Tribunal Supremo español de prescindir de la transparencia en la valoración de unas cláusulas que son parte integrante del coste del crédito es erróneo, lo cierto es que este enfoque no puede considerarse contrario al artículo 4.2 de la Directiva UE\1993\13, de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, ya que de acuerdo con el carácter de mínimos de la directiva (art. 8) nada impide que en un ordenamiento nacional algunos aspectos del objeto principal del contrato queden sustraídos al control de transparencia y sujetos directamente a un control de equilibrio, que es lo que ha hecho la Jurisprudencia española respecto de esas cláusulas de imputación de gastos».

⁶⁰ Así las cosas, reconoce este autor que con la Orden Ministerial EHA 2899/2011, de 28 de octubre, dentro de la Ficha de Información Personalizada debe informarse al prestatario de los costes que conlleva el préstamo, al igual que lo hacía la Orden de 5 de mayo de

1994, que exigía que en el folleto informativo se incluyera información de los impuestos y aranceles a cargo del prestatario. Por tanto, PERTIÑEZ VILCHEZ considera que si implícitamente la normativa de transparencia bancaria valida la repercusión de los gastos, si se ha proporcionado al prestatario información suficientemente, no puede entenderse que la cláusula sea abusiva por razón de su contenido.

⁶¹ MARÍN LÓPEZ (2018) 37 y 38 A modo ejemplificativo, este autor expone que: «Si en un contrato bancario el documento debe mencionar las comisiones que el cliente debe abonar, indicando con precisión cuando hay que abonarlas y por qué cuantía, sin que sea posible el reenvío a las tarifas puestas a disposición del público por la entidad bancaria o expuestas en el tablón de anuncios, lo mismo debe suceder respecto a los otros gastos que debe sufragar el prestatario en un préstamo hipotecario: deben mencionarse en el documento contractual, sin que sea posible una genérica alusión a los mismos».

⁶² MORENO TORRES (2018), 177-179.

⁶³ MORENO TORRES (2018), 179.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE (2011), 919 y 920.

⁶⁵ MARÍN LÓPEZ (2018), 89-91.

⁶⁶ MORENO TORRES (2018) 171.

⁶⁷ MARÍN LÓPEZ (2018) 95.

⁶⁸ MORENO TORRES (2018), 172.

⁶⁹ A la finalización de este trabajo, la tramitación parlamentaria de la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario ha finalizado y está pendiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

⁷⁰ Para un estudio comparado sobre el tratamiento que tienen los gastos derivados de la formalización de los préstamos hipotecarios en otros países de la Unión Europea, puede verse SAINZ-ROZAS (2017).

⁷¹ El texto de la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario, tras su tramitación parlamentaria puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-7.PDF [última consulta: marzo de 2019]

⁷² Según la Exposición de Motivos de la Ley, uno de los aspectos más novedosos de la misma es que se pretende aprobar es establecer una regulación de la fase precontractual cuya finalidad es garantizar que el principio de transparencia material se cumpla y permitir que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Señalando igualmente, que de este modo, se constituirá una prueba en beneficio de ambas partes, de que el prestamista cumplió con su obligación de entrega en los plazos previstos dicha documentación y que el prestatario, podrá ejercer el derecho —y también deber— de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga.

⁷³ El texto inicial del Proyecto de la Ley de Crédito Inmobiliario puede consultarse en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-12-1.PDF [última consulta, octubre de 2018]

⁷⁴ Sobre el plazo de reflexión en la contratación de préstamos hipotecarios, puede verse HERNÁNDEZ SAINZ (2017).

1.4. Sucesiones

Redes sociales y voluntades digitales. «Historia digital» y clausulado de las disposiciones testamentarias: privacidad, protección al honor y datos personales

Social net and digital wills. Digital fingerprints and legal heritage. Privacy, protection to the honour and data protection

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Titular de Derecho civil
Coordinadora del Programa de doctorado en Derecho
y ciencias sociales UNED*

RESUMEN: La Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales contempla expresamente el derecho al testamento digital. En apretada síntesis, pretende resolver los conflictos de hecho planteados ante la gestión *post-mortem* de los datos personales, su acceso, por parte de quien así designe el causante, sea en calidad de heredero, legatario, albacea o tercero. En este punto, de los componentes clásicos de la herencia, personales, formales y los reales, ventilaremos si estamos ante una auténtica novedad o si antes bien, el destino de los archivos digitales generados en vida del causante, no son sino una manifestación más de la «huella» de su personalidad, contractual y no contractual. En suma, un elemento de su ámbito personalísimo, cuyo destino —acceso, rectificación, eliminación— puede ser dispuesto en testamento notarial o, incluso, ológrafo, que en el ejercicio de la actual noción de capacidad jurídica, podrán designar menores y personas con la capacidad de obrar modificada.

ABSTRACT: *The Ley Orgánica 3/2018, Bill of Protection of Data of Personal Character contemplates the Right to the digital heritage. Solve the conflicts before the administration post-mortem of the personal data its access, on the part of who designates this way the causing one, be in heir's quality, legatee, executor or third. The classic components of the inheritance, personal, formal and the real ones, if we are in the face of an authentic novelty or if before well, the destination of the digital files generated in life of the deceased one, they are a manifestation more than the «digital fingerprints» of their personality, contractual and not contractual. An element of their environment non-transferable right whose dedicate access, rectification, elimination can be prepared in notary willt or, holograph that in the exercise of the current notion of capacity, they will be able to designate minor children and people with modified ability to act.*

PALABRAS CLAVES: Contenido del testamento y caudal relicto. Voluntades digitales. Intimidad y honor personal. Protección de datos y derechos transmisibles.

KEY WORDS: *Legal heritage; state of the deceased. Privacy. Data Protection. Digital identity. Transferable rights.*

SUMARIO: I. EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES SEGÚN LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN: LA «HISTORIA DIGITAL» DE LA PERSONA Y EL CLAUSULADO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.—II. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN: 1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES. 2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO.—III. TRES SISTEMAS DE RENOVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: DEL REGLAMENTO EUROPEO A LA SUSPENDIDA LEY DE VOLUNTADES CATALANA: 1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS). 2. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. 3. TEXTO DE LA LEY 10/2017, DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS SEGUNDO Y CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.—IV. ALEMANIA Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL BHD DE 12 DE JULIO DE 2018: 1. TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA (BGH), DE 12 DE JULIO DE 2018 Y EL DERECHO DE LOS HEREDEROS A ACCEDER A LA CUENTA DE FACEBOOK: «DIGITALES ERBE». 2. POLÍTICA DE PRIVACIDAD DE APPLE: INACCESIBILIDAD A LA CLAVE DE IPHONE SEA EL HIJO FALLECIDO DEL PETICIONARIO O EL PRESUNTO CAUSANTE DE UNA MASACRE.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. PERSONA Y PERSONALIDAD, HONOR, IMAGEN Y DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SUCESORIO: REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS... O UNA MERA ADAPTACIÓN A LA ERA DIGITAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL CONTENIDO DEL CAUDAL HEREDITARIO: DERECHOS Y OBLIGACIONES TRANSMISIBLES SEGÚN LOS ARTÍCULOS 657 Y 661 DEL CÓDIGO CIVIL COMÚN: LA «HISTORIA DIGITAL» DE LA PERSONA Y EL CLAUSULADO DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Como es bien sabido, el artículo 659, se limita a establecer el contenido hereditario susceptible de transmisión, que estará constituido por aquellos «bienes, derechos obligaciones de una persona, que no se extingan con su muerte». De ahí que la mejor doctrina recuerde que de tal aseveración se deduciría que estarían excluidos los derechos personalísimos e inherentes y los vitalicios.

Sin embargo, por simplista hemos de descartar dicha construcción hipotética, a mayor abundamiento, «ni siquiera es cierta, los bienes o derechos transmisibles *mortis causa* han de ser del causante, ya que nadie puede disponer de algo que no es suyo» (SSTS de 7 de diciembre de 1988; 18 de marzo de 1991; 22 de febrero de 1997).

De modo que pervive la enumeración de la tríada de elementos constitutivos del fenómeno hereditario: el elemento personal que afecta al causante o al sucesor; los elementos formales sobre el título sucesorio y, en su caso, a la aceptación de la herencia y, el denominado elemento real, o visión estática de la herencia, constituido por el conjunto de bienes y derechos susceptibles de ser heredados¹.

Si continuamos con la interpretación sistemática de la materia en el Código civil común, con anterioridad, el artículo 657 concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y, por su parte, el 661, afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones».

Corresponde, en buena lógica, dirimir a la luz de la jurisprudencia más clásica sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, y contrastarlo con este denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», como contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento. En este sentido, destaca la sonora sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles².

Declara en sus considerandos «que si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular —*ossibus inhaerent*—, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada»³.

Refrenda dicha línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1981, reiterando con la anterior que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo

han de ser los de carácter público, o los *intuitu personae* o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias —los, en general, denominados o calificados de personalísimos— como parentesco, confianza y otras, que por Ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida; y como el que se está contemplando en autos no cabe asimilarle a ninguno, en los que se da dichas circunstancias, es más, desvirtúa dicho posible carácter el que la cosa sea transmitida a determinada persona, que lo ha de ser con todos los derechos que le sean inherentes, de los que no puede ser excepción el retracto, si la acción para ejercitarlo había nacido por haber sido enajenada a un extraño por un copropietario de la misma cuando se transmite al que sea el sucesor a título hereditario, teniendo este carácter, en aquel momento, el causante de la sucesión»⁴.

Más próxima en el tiempo es la sentencia del Tribunal Supremo del 7 de octubre de 1994 que aprecia que «sí, en términos generales, se puede cuestionar o discutir si un derecho de arrendamiento sobre cosas, como es la locación de inmuebles, por propio carácter no es incluible entre los derechos transmisibles *mortis causa* del arrendatario, en mor al artículo 659 del Código civil, pues por su naturaleza personal, se extingue con su muerte, pese al juego, en nuestro Derecho Positivo de los artículos 1112 y 1257 del Código civil (lo que pugna con la norma, de cierta analogía del artículo 518.1 sobre extinción del usufructo por la muerte del usufructuario), el asunto se torna en una verdad indiscutible, *en pos de la no transmisibilidad, cuando se trata de ese arriendo de privilegio como el de autos que, tanto en su complejo ordenador, como en su misma existencia, y, sobre todo, en la atribución de ese singular derecho de acceso a la propiedad del bien arrendado, está configurado, en su estricta dimensión intuitu personae*, es decir, que existe y opera y, como tal, en su caso, posibilita la conversión en su maximalismo patrimonial de propietario cuando persiste ese arrendatario, esto es, mientras vive el mismo, de tal suerte que con su muerte, desaparece el sustrato de subjetividad en contemplación del cual (y al socaire de una, en ocasiones, singular política proteccionista de los colonos, que desvirtúa el cabal sentido de toda locación al otorgar esa conversión en el derecho real pleno), está aquel derecho estructurado, salvo los efectos que de esa legislación especial se puedan derivar a favor de los continuadores del fallecido»⁵.

En buena lógica, procede afirmar que la vista de estas seleccionadas resoluciones y a falta de ley que lo impida, la —historia digital— de la persona, es susceptible de integrar el clausulado de las disposiciones testamentarias, con razón de más cuando estamos a las puertas de una más que velada ruptura del sistema sucesorio común, consolidando las formas de delación testamentaria ante fedatario público sea en forma oral, por escrito o por cualquier medio técnico⁶.

II. LAS NUEVAS CODIFICACIONES FORALES Y LA INCLUSIÓN DE DOCUMENTINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL TESTAMENTO OLÓGRAFO U HOLÓGRAFO: APUNTES SOBRE LOS CÓDIGOS ARAGONÉS Y CATALÁN

1. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN: LA CAPACIDAD PARA DISPONER *MORTIS CAUSA* EN TESTAMENTO OLÓGRAFO MANCOMUNADO EXIGE LA CONCURRENCIA DE LA MAYORÍA DE EDAD EN AMBOS TESTADORES

Como advierte la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Texto Refundido

de las Leyes civiles aragonesas, en ciertos aspectos ha sido conveniente la actualización o la puntualización de algunos extremos sobre los que existía controversia. Así, en el Título III, *De la sucesión testamentaria*, se destaca la inclusión de «unas disposiciones generales condicionadas, en buena medida, por el reflejo que necesariamente proyecta sobre ellas la figura del testamento mancomunado. Sin atender a esta modalidad testamentaria, que es en la práctica con mucho la más común, no puede normarse convenientemente en nuestro Derecho ni la capacidad, ni las formas ni la interpretación de los testamentos. Merece señalarse el precepto que indica los requisitos de forma del testamento mancomunado ológrafo, exigiendo los que han parecido mínimos imprescindibles para posibilitar en la realidad el otorgamiento de estos testamentos, sin mengua de la seriedad y libertad de la voluntad de ambos testadores. Por lo demás, se han introducido previsiones sobre número y capacidad de los testigos testamentarios para cuando sea necesaria su intervención, manteniendo la regla de principio contraria a esta necesidad vigente desde 1985».

En particular, y de forma coincidente con el Código común, excepciona la capacidad de otorgamiento de esta modalidad testamentaria. Así, el artículo 408 en su punto primero sobre la capacidad para disponer *mortis causa* dispone que «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»⁷.

A renglón seguido, este precepto en su punto segundo, excepciona la capacidad de testamentifacción general, elevando el requisito de la edad de los 14 a los 18, reclamando para el válido otorgamiento de esta disposición la mayoría de edad legal⁸. En suma, parece que aún (la propia) no se adapta a la nueva corriente de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la adaptación materializada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁹.

Finalmente, el artículo 408 también concreta que «la falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente».

En buena lógica con las disposiciones sobre la testamentifacción activa, exigible a ambos testadores en los supuestos de testamentos mancomunados ológrafos, el artículo 411 señala que «1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día, y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que valga igualmente como testamento suyo y firme en todas sus hojas y al pie del mismo. 2. A la muerte del primero de los testadores que fallezca, se adverará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la necesaria participación del otro otorgante que sobreviviese»¹⁰.

2. EL LIBRO CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA, RELATIVO A LAS SUCESIONES Y LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO HOLÓGRAFO

La Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara en su Preámbulo¹¹, respecto a las formas testamentarias, como novedad más relevante «aunque con una trascendencia práctica muy limitada, es la decisión de suprimir el testamento ordinario ante párroco. De esta forma, los tipos de testamentos que pueden otorgarse en aplicación del derecho catalán se reducen a dos: el notarial, en las modalidades de

testamento abierto y testamento cerrado, y el hológrafo. Se mantiene vigente, por tanto, la prohibición de los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, sin perjuicio de los casos en que se les pueda reconocer validez de acuerdo con las normas del derecho internacional privado».

En cuanto a las normas sobre ineficacia de testamentos y disposiciones testamentarias, previstas en el capítulo II del título II, han sido objeto de «una nueva sistematización y reformulación, más de acuerdo con los principios de la dogmática jurídica moderna. El capítulo comienza con un precepto en el que se expone el conjunto de las causas de nulidad de los testamentos. Este precepto atribuye rango legal a la doctrina jurisprudencial, particularmente relevante en los testamentos hológrafos, que evita su nulidad cuando falta la expresión de la fecha y del lugar; siempre y cuando estos datos puedan acreditarse de alguna otra forma. Se fija un plazo general de caducidad de cuatro años para las acciones de nulidad, que se unifica con los de otras acciones de impugnación también sujetas a caducidad, como la de preterición errónea. Se establece, en sustitución de los párrafos segundo y tercero del artículo 128 del Código de sucesiones, una regla que impide el ejercicio de la acción de nulidad a las personas que, conociendo la posible causa de nulidad, admiten la validez de la disposición testamentaria, la ejecutan voluntariamente o renuncian al ejercicio de la acción»¹².

En cuanto a la regulación específica, se encuentra en la sección tercera *El testamento hológrafo*, en su redacción dada por la disposición final 4.1 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que modifica el apartado 2.b):

Artículo 421-17. Requisitos de validez.

1. Solo pueden otorgar testamento hológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados. 2. Para que el testamento hológrafo sea válido es preciso: a) Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma. b) Que se presente ante el notario competente a fin de que sea averado y protocolizado.

El artículo 421-18, también fue modificado por la disposición final 4.2 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, y declara: Adveración. 1. El notario competente para averar el testamento ológrafo debe comprobar su autenticidad de acuerdo con la ley. 2. El notario, si resulta que el testamento ológrafo es auténtico, debe protocolizarlo. En caso contrario, debe denegarlo. 3. Tanto si se autoriza la protocolización del testamento ológrafo como si no se autoriza, los interesados pueden hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente.

Artículo 421-19. *Caducidad del testamento*. 1. Los testamentos ológrafos caducan si no se presentan ante el notario competente en el plazo de cuatro años contados desde la muerte del testador para que sean averados y protocolizados. 2. Si durante el plazo fijado por el apartado 1 se presenta una demanda por razón de la estimación o desestimación de la averación, el testamento debe protocolizarse en el plazo de seis meses contados desde el momento en que la resolución judicial deviene firme.

Por lo que se refiere a la conversión del testamento nulo o ineficaz, el artículo 422-6, en su punto segundo declara: «El testamento cerrado que es nulo por defecto de forma vale como testamento hológrafo si cumple los requisitos del mismo».

III. TRES SISTEMAS DE RENOVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: DEL REGLAMENTO EUROPEO A LA SUSPENDIDA LEY DE VOLUNTADES CATALANA

1. REGLAMENTO EUROPEO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 27 DE ABRIL DE 2016 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS Y POR EL QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA 95/46/CE (REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS)

Baste transcribir los siguientes elementos esenciales para el debate:

1. (27) El presente Reglamento no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembro son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas.

2. (158) El presente Reglamento también debe aplicarse al tratamiento de datos personales realizado con fines de archivo, teniendo presente que no debe ser de aplicación a personas fallecidas. Las autoridades públicas o los organismos públicos o privados que llevan registros de interés público deben ser servicios que están obligados, con arreglo al Derecho de la Unión o de los Estados miembro, a adquirir, mantener, evaluar, organizar, describir, comunicar, promover y difundir registros de valor perdurable para el interés público general y facilitar acceso a ellos. Los Estados miembro también deben estar autorizados a establecer el tratamiento ulterior de datos personales con fines de archivo, por ejemplo a fin de ofrecer información específica relacionada con el comportamiento político bajo antiguos regímenes de Estados totalitarios, el genocidio, los crímenes contra la humanidad, en particular el Holocausto, o los crímenes de guerra. 4.5.2016 L 119/29 Diario Oficial de la Unión Europea ES.

3. (160) *El presente Reglamento debe aplicarse asimismo al tratamiento de datos personales que se realiza con fines de investigación histórica. Esto incluye asimismo la investigación histórica y la investigación para fines genealógicos, teniendo en cuenta que el presente Reglamento no es de aplicación a personas fallecidas*¹³.

2. LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Y en este punto llamamos la atención sobre los siguientes extremos, novedosos en cuanto al propio Reglamento, si bien necesitados a su vez del Real Decreto que los desarrolle:

1. *Preámbulo V*

Destaca la novedosa regulación de los datos referidos a las personas fallecidas, pues, tras excluir del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho o sus herederos puedan solicitar el acceso a los mismos, así como su rectificación o supresión, en su caso con sujeción a las instrucciones del fallecido. También excluye del ámbito de aplicación los tratamientos que se rijan por disposiciones específicas, en referencia, entre otras, a la normativa que transponga la citada Directiva (UE) 2016/680, previéndose en la disposición transitoria cuarta la

aplicación a estos tratamientos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, hasta que se apruebe la citada normativa¹⁴.

2. *Artículo 3. Datos de las personas fallecidas.*

1. Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión.

Como excepción, las personas a las que se refiere el párrafo anterior no podrán acceder a los datos del causante, ni solicitar su rectificación o supresión, 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 datos de carácter patrimonial del causante.

2. Las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los datos personales de este y, en su caso su rectificación o supresión. Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de estos mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos.

3. En caso de fallecimiento de menores, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ejercerse, además de por quienes señala el párrafo anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

3. *Artículo 96. Derecho al testamento digital.*

1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

a) 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.

b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

c) 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, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

2. Las personas legitimadas en el apartado anterior 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.

El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.

3. Mediante Real Decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos 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.

4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación.

3. TEXTO DE LA LEY 10/2017, DE 27 DE JUNIO, DE LAS VOLUNTADES DIGITALES Y DE MODIFICACIÓN DE LOS LIBROS SEGUNDO Y CUARTO DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Procede sin más, la transcripción de la novedosa y siempre precursora legislación catalana. Así, afirma en su Preámbulo «Las personas utilizan cada vez con más frecuencia los entornos digitales para desarrollar las actividades de su vida personal y profesional. Estas actividades generan una diversidad de archivos que, una vez muerta la persona, también forman su legado. Del mismo modo, después de la muerte pueden quedar unos derechos y unas obligaciones de naturaleza jurídica diversa sobre los diferentes archivos que haya generado la actividad de los prestadores de servicios, respecto a los cuales debe decidirse qué hacer. A menudo, los contratos que se suscriben con los prestadores de servicios digitales o las políticas que estos tienen en vigor no establecen qué sucede cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y, por lo tanto, cuál debe ser el destino de los archivos digitales. La legislación vigente en materia de sucesiones no da respuesta a estas cuestiones. Además, en el ámbito de las interacciones que se producen en las redes sociales a menudo nos encontramos ante derechos de carácter personalísimo que se extinguen con la muerte de la persona. Estas cuestiones y otras relacionadas han comenzado a generar inquietud en la ciudadanía y todo hace prever que esta inquietud se incrementará a medida que se extienda el uso de las redes sociales y la presencia de las personas en estas redes y, en general, en los entornos digitales. Conviene, pues, establecer unas normas que permitan determinar cómo debe administrarse el legado relativo a la actividad de cada persona en los entornos digitales»¹⁵.

Sigue con inteligencia: «Para gestionar la huella en los entornos digitales cuando la persona muere o cuando tiene la capacidad judicialmente modificada y para evitar daños en otros derechos o intereses tanto de la propia persona como de terceros, la presente ley establece que las personas pueden manifestar sus voluntades digitales para que el heredero, el legatario, el albacea, el administrador, el tutor o la persona designada para su ejecución actúen ante los prestadores de servicios digitales después de su muerte o en caso de tener la capacidad judicialmente modificada. Mediante estas voluntades digitales, las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de muerte, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que supone se extiendan igualmente a los entornos digitales y que eso contribuya a reducir el dolor de las personas que les sobrevivan y de las personas con las que tengan vínculos familiares, de afecto o amistad, o bien que se perpetúe la memoria con la conservación de los elementos que estas determinen en los entornos digitales o con cualquier otra solución que consideren pertinente en ejercicio de la libertad civil que les corresponde en vida. Estas mismas acciones deben poder ordenarse, cuando se goza de plena capacidad de actuar, para el caso de que se produzca una pérdida sobrevenida de esta capacidad».

Y como extremo que también conviene destacar: «Está claro, también, que la actividad digital de los menores de edad puede afectar a su desarrollo y puede tener repercusiones negativas por la incapacidad de gestionar adecuadamente su presencia en los entornos digitales. Respecto a los datos digitales de los menores de edad, la Ley faculta a quienes tienen la potestad parental y a los tutores para que velen por que la presencia de los menores y tutelados en los entornos digitales sea adecuada y no les genere riesgos. A tal efecto, deben poder promover las medidas adecuadas ante los prestadores de servicios digitales y solicitar también, con carácter excepcional, la asistencia de los poderes públicos».

La regulación en cuestión se refiere a su artículo 6. Adición de un artículo al capítulo I del título I, con relación a las voluntades digitales en caso de muerte.

Se añade un artículo, el 411-10, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña, con el siguiente texto:

«Artículo 411-10. Voluntades digitales en caso de muerte. 1. Se entiende por *voluntades digitales en caso de muerte* 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 actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas. 2. El causante, en las voluntades digitales en caso de muerte, puede disponer el contenido y el alcance concreto del encargo que debe ejecutarse, incluyendo que la persona designada lleve a cabo alguna o algunas de las siguientes actuaciones: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción. b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas. c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores. 3. Las voluntades digitales pueden ordenarse por medio de los siguientes instrumentos: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias. b) Si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. 4. El documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad. 5. Si el causante no ha expresado sus voluntades digitales, el

heredero o el albacea universal, en su caso, puede ejecutar las actuaciones de las letras *a*, *b* y *c* del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor. 6. Si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial. 7. Si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales corren a cargo del activo hereditario».

Se añade también en el artículo 7, la modificación del artículo 421-2, con relación a las voluntades digitales en testamento. Dice así:

Se modifica el artículo 421-2 del Código civil de Cataluña, que queda redactado del siguiente modo: «Artículo 421-2. *Contenido del testamento*. 1. En testamento, el causante ordena su sucesión mediante la institución de uno o más herederos y puede establecer legados y demás disposiciones para después de su muerte. 2. El testamento, además de lo establecido por el apartado 1, puede contener las voluntades digitales del causante y la designación de una persona encargada de su ejecución. En defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona».

Y como extremo controvertido por cuanto atañe al reparto competencial en este Estado plurilegislativo, declara el artículo 10. *Adición de una disposición adicional relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales*.

«Tercera. *Registro electrónico de voluntades digitales*.

1. Se crea el Registro electrónico de voluntades digitales, adscrito al departamento competente en materia de derecho civil por medio del centro directivo que tenga atribuida la competencia.

2. En el Registro electrónico de voluntades digitales se inscriben los documentos de voluntades digitales.

3. El acceso al Registro electrónico de voluntades digitales está reservado al titular otorgante y, una vez muerto el titular, a las personas que se mencionan en los apartados siguientes, siempre y cuando acrediten, mediante el certificado de actos de última voluntad, que el causante no ha otorgado disposiciones de última voluntad.

4. Una vez muerto el titular, las personas que acrediten un interés legítimo pueden solicitar un certificado relativo a la existencia o no de un documento de voluntades digitales inscrito en el Registro electrónico de voluntades digitales. A solicitud de la persona interesada, si el causante no dispuso otra cosa, el certificado puede extenderse a la identificación de las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el apartado 4, los certificados relativos al contenido de las voluntades digitales inscritas en el Registro electrónico de voluntades digitales, una vez muerto el titular, únicamente pueden solicitarlos las personas designadas para la ejecución de las voluntades digitales y solo pueden entregarse a estas personas.

6. El Registro electrónico de voluntades digitales, si le consta la muerte de un otorgante, puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución, de acuerdo con lo que se establezca por reglamento»¹⁶.

Procede ahora, recapitular el Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña.

En particular, basta con el examen del auto 25/2018, de 20 de marzo, suficientemente expresivo como para que no quepa añadir más elementos aclaratorios.

Pleno. auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña¹⁷.

Declara su Fundamento de Derecho Primero: El objeto de la presente resolución consiste en determinar si procede levantar o mantener la suspensión que afecta a los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Dichos preceptos se encuentran suspendidos en su vigencia y aplicación como consecuencia de la invocación del artículo 161.2 CE en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno. El recurso se fundamenta en la infracción de la competencia estatal en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos de derecho privado (art. 149.1.8 CE). Al respecto se argumenta, en síntesis, que la Ley 10/2017 regula las voluntades digitales *mortis causa*, entendidas como decisiones mediante las cuales las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, en caso de defunción, que la desaparición física y la pérdida de personalidad que la muerte supone no se extiendan a los entornos digitales. *La Ley prevé que esas voluntades digitales puedan plasmarse, cuando la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, en un documento que deberá inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales creado por la propia Ley.* El recurrente sostiene que no se trata de un registro administrativo, sino de un registro jurídico de derecho privado, por lo que la regulación autonómica impugnada invade la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos.

Consecuentemente «afirma el Abogado del Estado que el documento de voluntades digitales previsto en la Ley 10/2017 ha de inscribirse en el Registro electrónico creado por la misma Ley, de suerte que la decisión sobre el destino que tras la muerte desea dar la persona a sus archivos digitales, manifestada al margen de los instrumentos típicos ordenadores de las últimas voluntades *mortis causa*, despliega, merced a esa inscripción registral, efectos sustantivos en un ámbito de las relaciones y esfera privada de las personas tan relevante como el sucesorio. Ello entra en conflicto insalvable con la normativa estatal (una ha de ser la ley que regule la sucesión), lo que hace necesario mantener la suspensión de los preceptos recurridos, pues los efectos que se derivarían de su aplicación solo podrían coordinarse convenientemente con una única norma de carácter y ámbito estatal que tuviera presente el Registro general de actos de última voluntad, evitando así cualquier incertidumbre jurídica y garantizando una aplicación coherente de las medidas de protección (de la voluntad del causante y de los terceros afectados por el fenómeno sucesorio) en todo el territorio nacional. El levantamiento de la suspensión afectaría a un valor constitucional tan relevante como la seguridad jurídica, referida a la de los titulares de derechos subjetivos y relaciones jurídicas civiles de carácter patrimonial y mercantiles, con palmarias repercusiones en terceros que pudieran haber confiado en las inscripciones del registro autonómico, pues el contenido de los derechos y obligaciones que se reflejaran en el mismo podrían ser distintos en función de la ley a la que estuvieran sometidos».

En buena lógica, el TC, ACUERDA mantener la suspensión de los artículos 6, 8, 10 y 11 y la disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Finalmente, el Pleno del TC ha declarado inconstitucional y nulo el mencionado artículo 10, por sentencia de 17 de enero de 2019.

IV. ALEMANIA Y EL PRONUNCIAMIENTO DEL BHD DE 12 DE JULIO DE 2018

1. TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA (BGH), DE 12 DE JULIO DE 2018 Y EL DERECHO DE LOS HEREDEROS A ACCEDER A LA CUENTA DE FACEBOOK: «DIGITALES ERBE»

El Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), con fecha de 12 de julio de 2018, resolvió en favor de la recurrida, madre de una adolescente de 15 años que fue arrollada por un tren en Berlín en 2012¹⁸. La pretensión de la progenitora se circunscribía al acceso de la cuenta de Facebook de su hija fallecida, cuenta que la compañía bloqueó por razones de privacidad, por si de la lectura de su contenido, podían dilucidar si la joven tenía o no intenciones suicidas. Téngase en cuenta, que a los 12 años la adolescente había proporcionado los datos de la cuenta a su madre, si bien los titulares de la red social, estimaban que caso de proporcionar el acceso a dicha cuenta, estarían vulnerando la intimidad de los partícipes en la red, habida cuenta de la invulnerabilidad del correo postal previsto en la Constitución alemana y la Ley de Telecomunicaciones¹⁹.

En este punto, ha de recordarse, que Facebook convierte el perfil en una «página conmemorativa», donde no es posible acceder a los datos del usuario, si bien su contenido se mantiene en los servidores de Facebook.

De la sentencia se deduce que el contrato con Facebook es parte del patrimonio de los padres, de modo que puedan tener acceso completo a la cuenta de su hija. Con este fallo, según las leyes alemanas, el contrato de un usuario con Facebook se hereda a los deudos en caso de fallecimiento, fundándose en la asimilación de la heredabilidad de una cuenta en una red social como si se tratara de unas cartas o diarios íntimos de la adolescente. En buena lógica al tratarse de un cauce de comunicación y no de un fin en sí mismo, la resolución del Alto tribunal, aplica el Derecho sucesorio vigente.

Los tribunales inferiores en el caso habían resuelto de forma divergente ya que, en 2015, el tribunal de distrito de Berlín dictaminó inicialmente que Facebook debía otorgar pleno acceso a las cuentas de los hijos a los padres, por ser estos herederos. Por su parte, el Tribunal de Apelación, desestimó las pretensiones de la madre, para finalmente ver satisfecho el objeto de su recurso y que se desestimase la apelación instada por la compañía²⁰.

2. POLÍTICA DE PRIVACIDAD DE APPLE: INACCESIBILIDAD A LA CLAVE DE IPHONE SEA EL HIJO FALLECIDO DEL PETICIONARIO O EL PRESUNTO CAUSANTE DE UNA MASACRE

En abril de 2016, el padre adoptivo de un menor fallecido, instó a Apple, que desbloqueara el teléfono de su hijo adoptivo fallecido para poder acceder a sus fotos. Como decíamos son nuevos canales para las relaciones habituales y nuestros teléfonos se han convertido en el repositorio de fotos, cartas y notas. Y así

sucedió en este supuesto, donde a falta de regulación sobre protección de datos, este histórico digital, por mucho que las intenciones no pasen de recuperar estas fotos, no prosperarán²¹. Apréciase que en este caso estaríamos ante un adolescente ante una grave enfermedad que acabó con sus días, por lo que nos remitimos al Reglamento Europeo y al contenido transcrito, que sería de aplicación en virtud de la ley aplicable por razón de residencia y nacionalidad del padre²².

Por otra parte, la mencionada compañía, en un intento de refrendar públicamente las garantías de su política de privacidad y seguridad de sus productos, no atendió al requerimiento del FBI para acceder al iPhone 5C de Syed FAROOK, el responsable del ataque en San Bernardino (si bien parece que el FBI finalmente pudo acceder a ese teléfono de una partida anterior y más vulnerable que el iPhone 6 de DAMA). En este supuesto, su ámbito de aplicación se remite a las restrictivas normas antiterroristas americanas, si bien destaca por lo que hasta aquí llegamos sobre la refutación del requerimiento en cuestión²³.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS. PERSONA Y PERSONALIDAD, HONOR, IMAGEN Y DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO SUCESORIO: REFORMULACIÓN DE LAS FÓRMULAS TESTAMENTARIAS CLÁSICAS... O UNA MERA ADAPTACIÓN A LA ERA DIGITAL

I. A la luz de la jurisprudencia más clásica sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades de su transmisibilidad, el denominado «testamento digital» o, por mejor decir, «voluntades digitales», es parte del contenido no patrimonial susceptible de ser recogido en un testamento.

II. Las controversias ventiladas a través de una mediación con grandes monopolios técnicos —sobre los sistemas de seguridad de algunos teléfonos móviles— o en vía jurisdiccional sobre la protección de datos en Facebook, evidencian que se trata de supuestos de hecho donde, sencillamente, se han adoptado los cauces y repositorios de datos, fotografías y pensamientos, de una sociedad digital. En resumidas cuentas, son los mismos problemas que requieren de cierta agilidad legal para resolverlos, o de más flexibilidad judicial en la interpretación sociológica de los instrumentos legales existentes. En puridad, reverdece el conflicto entre intimidad, persona y personalidad pretérita y su tuición.

III. No existe norma que impida dichas disposiciones testamentarias, es más a la vista de la tendencia legislativa en materia de capacidad jurídica y el ejercicio de esta por las personas con discapacidad, el testamento ante notario podrá ser deferido de forma oral, de forma escrita o por cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad.

IV. Caso de que con el sistema de apoyos prevenidos actualmente, o de lo que pueda resultar fruto de la reforma deducida del Reglamento Europeo de Protección de Datos, tanto el menor de edad, como la persona con discapacidad podrá por sí o, en su caso, gracias a dicho sistema de apoyos prevenidos en el ordenamiento, determinar quién o quiénes podrán acceder o no a sus datos personales y, muy especialmente, a los recogidos en los medios de comunicación digital. Por ende, nada impide que cualquier otro sujeto haga ejercicio de idéntico derecho y disponga de simétrica posibilidad, recurriendo a tercero, legatarios, heredero o incluso a una entidad privada —algunas ya constituidas en nuestro país con distintas formas societarias—.

V. El objetivo último, en esta sede, no es otro que la protección del contenido del testamento y la voluntad del disponente; de ahí que como ya habíamos

pronosticado, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos=todo, entero + grafo=escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente.

VI. La Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña, y el recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de al día de hoy sin resolver, fundado en cuestiones de competencia en materia de Registros, sin duda, podrá prosperar por invasión del artículo 149 de la CE.

VII. Con todo, conviene destacar que la iniciativa del legislador catalán, resulta especialmente atenta a la realidad digital de un mundo globalizado donde, por voluntad propia, o ajena, el individuo, su imagen y a su honor, quedan expuestos de forma exponencial ante la más plural y anónima de las «audiencias». O por el contrario, de forma voluntaria y en vida, sus planes quedan reservados y en manos de unas claves o huellas digitales de acceso a un teléfono móvil y al círculo de sus redes sociales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página y de la webgrafía recogida:

- ALBALADEJO GARCÍA (1983). Comentarios a los artículos Sección Décima. *De la revocación e ineficacia de los testamentos*, Tomo IX, Vol 2.º: Artículos 706 a 743 del Código civil, Madrid.
- (1990). Comentario del artículo 672, *Comentarios al Código civil*, Tomo IX, Vol. 1A, Edersa, Madrid.
- ÁLVAREZ LATA (2009). Comentarios a la Sección 2.ª. *De los testamentos en general. Artículos 667 a 675*, *Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.ª ed., 830-837.
- CLARKE, Richard, A. (2004). *Against all Enemies: Inside America's War on Terror*.
- DÍAZ-FRAILE, Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias, *ADC*, 853-877.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2006). *Sistema de Derecho Civil, IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, Madrid, 9.ª ed.
- ESPÍN CÁNOVAS (1991). Comentario al artículo 672 del Código civil, en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch (Dirs.), *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1690-1692.
- FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L. (2016). La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre, *ESCRITURA PÚBLICA*, 23 y sigs.
- GARCÍA HERRERA, V. (2017). La disposición sucesoria del patrimonio digital, *La Ley*, 9284.
- GARCÍA RUBIO (1990). Testamento ológrafo, *CCJC*, 23, 619-630.
- GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALVÁN (1865). *Elementos del Derecho civil y penal de España*, tomo segundo, Madrid, 7.ª ed.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de Sucesiones*, Barcelona, (reimpresión 1992).

- LASARTE ÁLVAREZ (2017). *Principios de Derecho Civil VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2017, 10.^a ed.
- MARTÍNEZ CALCERRADA (1966). El testamento y su pretendida patrimonialidad, *RDP*, 463.
- MARTÍNEZ ESPÍN (2009). Comentarios a la Sección 3.^a. *De la forma de los testamentos. Artículos 676 a 687 y Comentarios a la Sección 4.^a. Del testamento ológrafo. Artículos 688 a 693, Comentarios al Código civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thompson, Madrid, 3.^a ed., 838-856.
- MORETÓN SANZ (2018). Comentarios a los artículos 1263 y 1264, *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia*, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana, María José Achón Bruñén (Dirs.), Dykinson, Madrid, 739 y sigs.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.^a ed.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril, 417-440.
- TORRES LANA (2004). Forma del negocio y nuevas tecnologías, *RDP*, 489-522.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH), con fecha de 12 de julio de 2018. STC, de 17 de enero de 2019.

TC. Recurso de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña.

ATC. Pleno. Auto 25/2018, de 20 de marzo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017. Mantiene la suspensión acordada en el recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

- STS de 9 de junio de 2011
- ATS de 7 de junio de 2011
- STS de 5 de mayo de 2011
- STS de 25 de marzo de 1957
- STS de 5 de junio de 1925
- STS de 30 de junio de 1914
- ATSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 17 de marzo de 2011
- STSup de Cataluña (Sala Civil y Penal), de 10 de febrero de 2011
- STSup de Cataluña, de 7 de enero de 1993

NOTAS

¹ En la materia sigo especialmente la doctrina sentada por el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, en sus *Principios de Derecho Civil*, y las precedentes de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL.

² En especial apunta a las singularidades que ostentan ciertos derechos de carácter público que se sustraen del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de

su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias. En cuanto a las lagunas de la ley y del ordenamiento, *vid.*, MORETÓN SANZ, El régimen registral de la tutela preventiva, *RFDUNED*, 2, 2007 y la bibliografía allí citada.

³ *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1940, destacada por LASARTE, por cuanto concreta que la declaración hecha por el causante de morir intestado constituye una declaración que no puede considerarse otorgamiento estricto de testamento (*op. cit.*, 53). Con ÁLVAREZ LATA, «y los derechos de la personalidad, aunque sí son transmisibles, evidentemente, las acciones, nacidas en vida del causante, que tengan por objeto la reparación del daño causado a tales derechos —en cambio, el resarcimiento por la muerte del causante corresponde a los perjudicados *iure proprio*; no formó parte del patrimonio del causante, por lo que no se transmite a los herederos (SSTS de 17 de febrero de 1956; 7 de diciembre de 1968; 1 de julio de 1981; 29 de mayo de 2001)», *ibídem*.

⁴ *Vid.*, también la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1983 por cuanto declara que «la norma contenida en el artículo 661 del Código civil, del que se deduce en consonancia con el testamento que los demandantes sucedieron a su padre y esposo por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y al artículo 659 del mismo Cuerpo legal, que integra en la herencia ‘todos los bienes, derechos y obligaciones’ que no se extingan con la muerte de su titular, y aparece como lógica consecuencia, que, como se deduce de la sentencia de esta Sala de 12 de mayo de 1959, las obligaciones y los derechos nacidos de vínculos contractuales, salvo los supuestos de ser personalísimos o de prohibirlo el pacto o la Ley —no concurrentes en el caso ahora contemplado— se transmiten a los herederos de los contratantes, pudiendo, por lo tanto, ejercitarlas en juicio, no solo de forma conjunta por todos los herederos, como ocurrió en la litis de que dimana este recurso, sino también cualquier heredero en provecho de la herencia (STS de 26 de junio de 1948)». En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1998, reitera la línea jurisprudencial al decir: «El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de ‘la partición de sus bienes’, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia».

⁵ Sucesivas resoluciones ratifican esta visión, concretándose cada supuesto discutido; así también la STS de 7 de mayo de 2007 sobre la intransmisibilidad *mortis causa* del derecho a la subrogación prevista en la LAU.

⁶ *Vid.*, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, de 21 de septiembre de 2018, que como declara en su Exposición de Motivos: «La presente reforma del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tratado internacional que en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica», El artículo 695 pasa a tener la redacción que se indica: «El testador expresará oralmente,

por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos. Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

⁷ Sobre el artículo 1263, del Código civil, *vid.*, por la autora de estas líneas, *Estudio Sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de Modificación del Sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia*, Francisco Lledó Yagüe, M.^a Pilar Ferrer Vanrell, José Ángel Torres Lana, María José Achón Bruñén (Dir.), Dykinson, Madrid, 2018, 739 y sigs.

⁸ «Pueden otorgar testamento ológrafo quienes sean mayores de edad».

⁹ Artículo 2. Interés superior del menor. 1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior. c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor. b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante. c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo. d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro. e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales. f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.— Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente,

conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. 4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.—En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.— Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados. 5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente. b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados. c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas. e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.

¹⁰ Podemos señalar dos preceptos más en la materia, referidos uno al idioma del testamento donde la norma de reenvío remite a la legislación en materia de lenguas en el territorio foral, y la otra sobre la inutilización del testamento ológrafo, donde la ausencia de firma que ratifique las enmiendas, provocará la ineficacia del testamento. Así el artículo «412.1. Los testamentos notariales podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los testadores elijan. Si el autorizante o, en su caso, los testigos o demás personas intervinientes en el otorgamiento no conocieran la lengua o modalidad lingüística elegida, el testamento se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los testadores y aceptado por el autorizante, quien deberá firmar el documento. 2. Igualmente, los testamentos cerrados y los ológrafos podrán otorgarse en cualquier lengua o modalidad lingüística de Aragón». Por su parte, el artículo 436 «inutilización del testamento ológrafo. El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparecen borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas».

¹¹ Según su publicación en el BOE 198, de 7 de agosto de 2008, que es la que usamos y también publicada en el Diario Oficial de Cataluña número 5175, de 17 de julio de 2008.

¹² La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1957, desestima el recurso y declara sobre su contenido que «desconoce el recurrente que por obra de una evolución interpretativa que en el momento actual ya está consumada, es aplicable en territorio catalán, sin restricción alguna, el artículo 668 del Código civil, y está consagrada la vigencia del testamento ológrafo por un lento y progresivo proceso de adaptación que recogió, sin fuerza general vinculante la jurisprudencia local y que después ha tenido expresión perfecta en las sentencias de este Tribunal de 31 de marzo de 1917, y de 26 de junio de 1929, y más recientemente en la de 22 de junio de 1948, que después de referirse a las fases de este interesante proceso evolutivo y a los motivos determinantes de la evolución, declara una vez más el testamento ológrafo forma válida de testar en los territorios de Derecho Foral sin restricción de lugar, ni de contenido, ni más requisitos formales que los recogidos por el Código civil para ese testamento». Y en cuanto a la cronología de la redacción de las memorias y el testamento sigue en los siguientes términos: «identificadas las memorias testamentarias con el testamento ológrafo por obra de lo dispuesto en el artículo 672 del

Código civil, cuanto se ha dicho en relación con aquel, es aplicable en Cataluña a esta clase de disposiciones, y en segundo que si por el contrario, se reputase que la llamada memoria testamentaria, tiene más semejanza con el codicilo romano, entonces su validez conforme a la legislación aplicable, ni exigiría ninguna solemnidad de forma, cuando está confirmada por el testamento, ni requeriría para su validez la obligada sucesión cronológica de que el recurrente parte para mantener su tesis adversa a la validez».

¹³ *Vid.*, Corrección de errores del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). (Diario Oficial de la Unión Europea L 119 de 4 de mayo de 2016).

¹⁴ *Vid.*, CONGRESO DE LOS DIPUTADOS XII LEGISLATURA Serie A: Proyectos de Ley, 9 de octubre de 2018, núm. 13-3, 1 (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Informe de la Ponencia).

¹⁵ FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, Luis, La herencia digital, LA @ | septiembre-octubre 2016, *Escritura Pública*, 23 y sigs.

¹⁶ Y en este caso, nada mejor que recurrir al periodismo digital, donde nos dan una visión de esta norma: La vida 'online' de los fallecidos será accesible para sus herederos. La ley de protección de datos que tramita el Congreso prevé el derecho de los deudos a gestionar o suprimir el contenido digital salvo que el difunto lo hubiera prohibido. Laura DELLE FEMMINE, Madrid 4 de octubre de 2018, 21:49 CEST (...) La nueva Ley (...) que está previsto que se publique a finales de año en el BOE, reconoce por primera vez el derecho al testamento digital. El informe de la ponencia consensuada por todos los grupos, al que ha tenido acceso EL PAÍS, establece que los herederos o las personas vinculadas al fallecido puedan dirigirse a la compañía que posea estos datos, sean plataformas de redes sociales o empresas que se dedican a otros servicios, para gestionar la información de sus deudos. Esta disposición, que supone un avance en el reconocimiento de lo digital como algo cotidiano y omnipresente levanta, sin embargo, ciertas dudas en el mundo jurídico. Paloma LLANEZA, abogada especializada en nuevas tecnologías, destaca que la posibilidad de que personas cercanas al fallecido puedan gestionar la huella personal que ha dejado en Internet puede suponer problemas relacionados con el derecho a la intimidad del difunto. —¿Quién decidirá por mí cuando yo no pueda hacerlo?— La última voluntad digital. «No creo que la muerte deba de dar derecho a los herederos a acceder a conversaciones privadas, gustos, fotos, relaciones, preocupaciones o pensamientos que no son de su incumbencia», opina la letrada: «En general, los herederos suelen ser los menos indicados para tener acceso a esta información. Y no es lo mismo encontrar cuatro cartas en un cajón que detalles de toda una vida al acceder a un perfil en una red social». La medida establece que herederos o familiares puedan decidir sobre el futuro de la información digital del fallecido, solicitarla, eliminarla o modificarla, siempre y cuando este no lo hubiese prohibido expresamente. Asimismo, el texto establece que se pueda nombrar a una persona encargada o albacea que gestione esta herencia digital, algo que ya se venía haciendo aunque no estuviese explícitamente regulado. «No hay un testamento digital en contraposición a un testamento analógico», aclara Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, decano del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha, quien subraya que podría haber un conflicto con la ley orgánica que protege el derecho al honor. Este fedatario asegura que ya ofrece a sus clientes la posibilidad de decidir sobre el futuro de sus perfiles y datos digitales cuando acuden a su oficina para testar; una posibilidad que no estaba reconocida ni prohibida. Cataluña es la única comunidad que ha aprobado una ley de voluntades digitales vigente desde el año pasado. La norma reconoce la figura del heredero digital y dispone la creación de un registro electrónico de voluntades digitales. «Pero el testamento siempre prevalece sobre este documento», explica Ángel SERRANO, notario de Barcelona y vocal en la Comisión General de Codificación de la Generalitat: «Era algo que ya se podía hacer en el testamento, pero ahora se ha dejado constancia». SERRANO explica, sin embargo, que puede contar con los dedos de una mano las personas que han incluido disposiciones acerca de su legado digital en los testamentos que él ha firmado. «Suelen ser personas mayores las que hacen testamento», asegura, y añade que el registro electrónico de voluntades digitales es

una herramienta pensada sobre todo para los más jóvenes que tienen una intensa actividad en Internet pero que todavía no tienen pensado testar, algo que en España no es costumbre siquiera entre la población de más edad. Borrar el perfil. La medida relativa al testamento digital está incluida en un nuevo título, dedicado a la garantía de los derechos digitales, que recoge en su casi totalidad la enmienda del PSOE. Decreta que los requisitos y condiciones para que quede acreditada la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones serán establecidos a través de real decreto, pero que las comunidades con derecho civil, foral o especial propio, regirán sobre la materia dentro de su ámbito de aplicación. Las principales plataformas digitales ya cuentan en sus términos de uso con la posibilidad de que los familiares decidan sobre las cuentas de sus fallecidos. Facebook, por ejemplo, ofrece dos alternativas: borrar el perfil del difunto o mantener su recuerdo creando un perfil conmemorativo. También Twitter contempla la posibilidad de solicitar la eliminación del perfil del usuario por una persona autorizada. Pero pone como condición que en ningún caso proporcionará acceso a la cuenta de otra persona, independientemente de la relación que se tenga con el fallecido. La abogada LLANEZA explica que el derecho sucesorio vigente en España, que sigue siendo prácticamente el mismo desde el derecho romano y los fueros locales, se basa en la gestión del patrimonio y los derechos económicos del difunto, «pero no de la reputación o el derecho a mantener como privado o no conocido los entresijos del carácter o de las relaciones de una persona». Por ello, explica, ni antes la Ley Orgánica de Protección de Datos ni ahora el reglamento europeo que empezó a aplicarse en España el pasado mayo gestionan adecuadamente estas situaciones. «El fallecido pierde sus derechos con la muerte», concluye. Una obra entera e inédita almacenada en la nube «¿Qué pasa si un escritor se muere y una obra inédita que ha escrito se queda en la nube? ¿O un ingeniero que deja los planos industriales de un nuevo proyecto?», se pregunta el notario Luis FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. «Es siempre el heredero quien tiene derecho a todo», zanja. El fedatario lamenta que la disposición que reconoce el derecho al testamento digital en el nuevo proyecto de ley orgánica de protección de datos que tramita el Congreso no distinga de manera clara entre legítimos sucesores y terceros que puedan acceder al contenido digital dejado por el difunto. «¿Solo se habla de redes sociales o también del resto?», insiste. Porque la muerte llega para todos. Para músicos como Charles AZNAVOUR, quien falleció hace pocos días, o para artistas como FORGES, que se fue en enero. El problema, insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, es que la disposición del nuevo texto habla de personas vinculadas al fallecido por razones tanto familiares como de hecho, sin especificar en ningún momento el orden sucesorio que establece el derecho civil. «Si se presenta tanto el heredero como la pareja de facto para solicitar el acceso a los datos digitales, ¿a quién creo? Puede tener una trascendencia económica importante y tocar una larga lista de derechos y variables», insiste FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS. El notario reconoce que esta medida responde a una evidente necesidad y demanda social en un mundo cada vez más conectado, pero a la vez añade que hace falta una evolución: «Creo que las herramientas que tenemos ahora son suficientes, y que es un error distinguir el testamento analógico del digital». Artemi RALLO, exdirector de la Agencia Española de Protección de Datos y diputado del PSOE, ha sido uno de los impulsores de la enmienda que ha introducido el nuevo título dedicado a la garantía de los derechos digitales en la ley de protección de datos pendiente de aprobar. Aclara que, aunque el texto hable de testamento, no se refiere exactamente al documento que se conoce con este nombre. «Hay dos artículos clave, uno enfocado a los datos personales y otro que se proyecta a los servicios de Internet: el primero habilita a sucesores para dirigirse a cualquier base de datos, y el segundo proyecta este mismo concepto a las redes sociales», explica. El diputado socialista insiste en que el testamento digital que contempla el nuevo proyecto de ley no es una norma que tenga la ambición de completar el Código civil. «Lo que hace es regular como familiares de facto o de *iure* puedan activar la posibilidad de acceder a una base de datos y decidir el destino de ese contenido», añade. «Es cierto que hay una intersección, pero no hay ninguna implicación que atañe a otros ámbitos».

¹⁷ Recurso planteado en relación con: los artículos 6, 8, 10, 11 y la disposición final 1 de la Ley 10/2017, de 27 de junio; los artículos 411-10.3 b), 421-24.1 y las disposiciones adicional 3 y final 5 de la Ley 10/2008, de 10 de julio; Corrección de errores del Recurso

de inconstitucionalidad núm. 4751-2017, contra diversos preceptos de la Ley de Cataluña 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los Libros Segundo y Cuarto del Código civil de Cataluña: Donde dice: «disposición adicional primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio», debe decir: «disposición final primera de la Ley 10/2017, de 27 de junio». Donde dice: «26 de mayo de 2017», debe decir: «26 de octubre de 2017».

¹⁸ Grundsatzurteil: Angehörige müssen Zugang zu Online-Konten erhalten, <https://www.phoenix.de/digitales-erbe-a-312017.html> en https://www.youtube.com/watch?time_continue=14&v=i_EyYqVYNz4 con la reproducción oral de la resolución por SS.^a Richter Ulrich Herrmann; otras notas <https://www.berliner-kurier.de/berlin/kiez---stadt/bgh-urteil-berliner-eltern-gewinnen-gegen-facebook-30947772>

¹⁹ SOLÉ RESINA, Judith, Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, núm. LXXI-II, abril de 2018, 417-440.

²⁰ Berlín, Reuters, Información de Riham ALKOUSAA; Traducido por Alba CALEJE-RO en la redacción de Madrid; <https://es.reuters.com/article/entertainmentNews/idESKB-N1K21F6-OESEN> (fecha de consulta noviembre de 2018); *vid.*, también <https://www.dw.com/es/alemania-los-herederos-deben-tener-acceso-a-cuenta-de-facebook/a-44645462>; https://www.playgroundmag.net/now/Facebook-deniega-cuenta-adolescente-padres_22595141.html; <https://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/31/592eba09e5fdea18068b45b9.html>

²¹ https://www.playgroundmag.net/now/Facebook-deniega-cuenta-adolescente-padres_22595141.html (CONSULTADO 15/11/2018). <https://cnnespanol.cnn.com/2016/04/02/un-padre-le-suplica-a-apple-que-desbloquee-el-iphone-de-su-hijo-fallecido/> Un padre le suplica a Apple que desbloquee el iPhone de su hijo fallecido. Leonardo FABBRETTI y su hijo DAMA. Por David GOLDMAN, CNNMoney 11:52 ET (16:52 GMT) 2 de abril de 2016. El hijo de Leonardo FABBRETTI, DAMA, falleció en septiembre de 2015 a los 13 años. DAMA le había dado a FABBRETTI acceso a su iPhone 6 con su huella digital pero el teléfono se reinició. El hombre desconoce la clave de acceso de su hijo; Apple no ha podido ayudarlo. (CNNMoney). Leonardo FABBRETTI está suplicando a Tim COOK que le permita ver las fotos almacenadas en el iPhone de su hijo ya fallecido. El arquitecto italiano le envió una carta a Cook el 21 de marzo. El equipo de servicio al cliente de Apple ha expresado su simpatía, y ha tratado, sin éxito, de ayudar a FABBRETTI a desbloquear el iPhone. La noticia fue reportada inicialmente por AFP, y una fuente con conocimiento del caso le confirmó la historia a CNNMoney. El hijo de FABBRETTI, DAMA, quien fue adoptado en Etiopía en 2007, falleció en septiembre de 2015 a los 13 años. DAMA sufría cáncer de huesos. DAMA le había dado a FABBRETTI acceso a su iPhone 6 al registrar su huella digital en el software Touch ID del teléfono. Sin embargo, FABBRETTI dice que el teléfono se reinició, lo que le impidió que usara el sistema Touch ID para ingresar. Desconoce la clave de acceso de su hijo. FABBRETTI quiere ingresar al teléfono para poder ver las fotos, anotaciones y otros mensajes que le ayudarán a recordar a DAMA. «No me nieguen los recuerdos de mi hijo», escribió FABBRETTI en su carta a COOK. «Pelearé para tener los dos últimos meses de fotos, pensamientos y palabras almacenadas en su teléfono». Céllebrite, una empresa forense israelí que podría haber ayudado al FBI a desbloquear el teléfono de FAROOK ha ofrecido ayudar a FABBRETTI a ingresar al teléfono de manera gratuita, de acuerdo con AFP. Si no tienen éxito, los recuerdos de DAMA, almacenados en su iPhone, podrían perderse para siempre. FABBRETTI dice que Apple debe pensar en todo el daño colateral que su nueva política ha causado. «Creo que lo que ha pasado debe hacerte pensar en la política de privacidad adoptada por tu compañía», escribió FABBRETTI. «Aunque comparto en general tu filosofía, creo que Apple debe ofrecer soluciones para casos excepcionales, como el mío». Un portavoz de Apple no quiso hacer comentarios. La pelea de FABBRETTI ha durado meses. Contactó a Apple por primera vez el mes en el que su hijo falleció. A través de varias conversaciones el personal de soporte de Apple hizo lo que pudo, incluso intentó obtener los datos de iCloud, pero DAMA no hizo una copia de seguridad en iCloud. Finalmente, Apple le dijo que era imposible desbloquear el teléfono sin la contraseña. Apple ha hecho que sea prácticamente imposible que sus más recientes iPhones y software sean objeto de ataques cibernéticos. Han sido diseñados de tal manera que solo el dueño pueda ingresar a ellos. Otras compañías tecnológicas han tenido incidencias similares y han desarrollado soluciones innovadoras para abordar el problema de las cuentas bloqueadas de los seres queridos que

han fallecido. Google permite a sus clientes asignar a un beneficiario para que reciba acceso a sus cuentas después de que fallezcan. Después de un tiempo determinado de inactividad en la cuenta, Google tratará de contactar al cliente. Si él o ella no responden dentro de determinado plazo, Google le permitirá acceso al beneficiario. Facebook, de manera similar, permite que los seres queridos tomen el control de las cuentas de los clientes fallecidos. Las personas pueden asignar contactos herederos para administrar sus cuentas después de la muerte. Apple no tiene una política similar para los iPhones, su software o iCloud.

²² Apple niega al FBI acceso al iPhone del tirador de San Bernardino. Tim Cook rechaza la orden de una juez al considerar que es un «paso sin precedentes» que «amenaza la seguridad» de sus clientes. Rosa JIMÉNEZ CANO San Francisco, 17 de febrero de 2016, 23:13 CET. Una jueza federal de Estados Unidos ha ordenado a Apple que ayude al FBI a desbloquear y acceder al teléfono iPhone usado por uno de los dos autores del tiroteo de diciembre en San Bernardino (California), en el que murieron 14 personas. Los investigadores creen que el iPhone contiene información que puede resultar crucial para las pesquisas. La compañía se opone a la orden, que define «un paso sin precedentes» y que considera «una amenaza para la seguridad» de sus clientes. De acuerdo con la orden emitida por la magistrada Sheri PYM, Apple deberá proveer al FBI de «asistencia técnica razonable» para acceder al dispositivo móvil. Lo que fundamentalmente se traduce en «piratearlo» para desactivar el sistema de seguridad que elimina los datos del teléfono si no se introduce el código correcto tras varios intentos.

²³ CLARKE, Richard A., *Against all Enemies: Inside America's War on Terror*, 2004.

¿Condición resolutoria o pacto sobre resolución por incumplimiento? El triunfo de la autonomía de la voluntad

Resolutive condition or agreement on resolution for breach? The triumph of the party autonomy

por

FRANCISCO SALVADOR GIL GARCÍA¹

Doctorando en Derecho Procesal

Universidad de Sevilla, España

RESUMEN: El presente comentario examina la interesante sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, Sección 1.^a, de 16 de mayo de 2012, en la que se plantea si la cláusula contractual, que atribuye a un socio la facultad de decidir sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones de otro, constituye o no una condición potestativa. A este respecto, resulta imprescindible analizar cómo el Alto Tribunal diferenció las condiciones *rigurosamente potestativas*, que sí dependen, exclusivamente, de la voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado y que, en virtud del artículo 1115 del Código civil, son consideradas nulas; de aquellas otras condiciones *simplemente potestativas*, cuyo cumplimiento depende, en parte, de otros hechos o motivos, que excluyen toda posibilidad de arbitrariedad y que permiten, por consiguiente, que estas sean consideradas lícitas, conforme a nuestro ordenamiento jurídico. Tras realizar esta distinción, el Tribunal Supremo declaró que «la libertad autonormativa que inspira el derecho contractual privado permite a las partes configurar libremente causas de resolución, y al amparo de la libertad de pactos —siempre, claro está, que no se rebasen los límites que impone el artículo 1255 del Código Civil— atribuir la naturaleza de obligación principal a determinadas prestaciones o a su exacta ejecución, de tal forma que su incumplimiento —incluida la modalidad de cumplimiento inexacto— tenga trascendencia resolutoria por expresa decisión de las partes». Finalmente, cabe señalar que la Sala Primera del Alto Tribunal ha estimado la validez de la cláusula pactada, habida cuenta de que dicha cláusula se encuentra ligada al hecho que dé lugar al incumplimiento.

ABSTRACT: This commentary examines the interesting sentence of the Supreme Court, First Chamber, Section 1, of May 16, 2012, which raises whether the contractual clause, which gives a partner the power to decide on the proper compliance of the obligations of another, constitutes or not a facultative condition. In

¹ Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla (ICAS) núm. 15.402 y alumno del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla (Línea de Investigación: Problemas Actuales de Derecho Procesal).

this regard, it is essential to analyze how the High Court differentiated rigorously potestative conditions, which do depend, exclusively, on the will of the debtor or on the mere discretion of the obligor and that, under article 1115 del Código civil, are considered null; of those other simply optional conditions, whose fulfillment depends, in part, on other facts or motives, which exclude any possibility of arbitrariness and that allow, therefore, that these be considered lawful, in accordance with our legal system. After making this distinction, our Supreme Court declared that «the autonomous freedom that inspires our private contract law allows the parties to freely configure causes of resolution, and under the protection of freedom of pacts — always, of course, not to exceed the limits imposed by Article 1255 of the Civil Code— attribute the nature of the main obligation to certain benefits or their exact execution, so that their non-compliance —including the inexact compliance modality— has a decisive significance by express decision of the parties». Finally, it should be noted that the First Chamber of the High Court has estimated the validity of the agreed clause, given that said clause is linked to the event that gives rise to the breach.

PALABRAS CLAVE: Condición potestativa. Condición puramente potestativa. Condición simplemente potestativa. Condición resolutoria. Condición resolutoria tácita. Condición resolutoria expresa. Principio de autonomía de la voluntad. Draft Common Frame of Reference (DCFR).

KEY WORDS: *Optional condition. Purely optional condition. Simply optional condition. Resolatory condition. Tacit resolatory condition. Express resolatory condition. Principles of European contract law. Principle party autonomy. Draft Common Frame of Reference (DCFR).*

SUMARIO: I. ANÁLISIS. 1. ANTECEDENTES: A) *Hechos*. B) *Pretensiones del actor*. C) *Oposición de los demandados*. D) *Sentencia de instancia*. E) *Sentencia de segunda instancia*. F) *Recurso de casación*. 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: A) *Primer motivo del recurso de casación: vulneración del artículo 7 del Código civil*. B) *Segundo motivo del recurso de casación: infracción del artículo 1256 del Código civil*. C) *Tercer motivo del recurso de casación: violación del artículo 1115 del Código civil*. D) *Cuarto motivo del recurso de casación: conculcación del artículo 1256 del Código civil*. 3. VALORACIÓN DE LA SALA: PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN (RECURSO EXTRAORDINARIO). 4. FALLO.—II. COMENTARIO: 1. CONDICIONES. 2. CONDICIONES POTESTATIVAS: A) *Condición puramente potestativa*. B) *Condición simplemente potestativa*. 3. SOLUCIÓN: CONDICIÓN SIMPLEMENTE POTESTATIVA. 4. TERMINOLOGÍA. 5. CONDICIONES POTESTATIVAS EN DERECHO COMPARADO EUROPEO. 6. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: A) *Condición resolutoria tácita*. B) *Artículo 1124 del Código civil*. C) *Principios de Derecho europeo de los contratos*: a) *Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial*. b) *Circunstancias significativas que dan lugar a considerar el incumplimiento como sustancial o esencial*. D) *Condición resolutoria expresa*.—III. CONCLUSIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS).

I. ANÁLISIS

1 ANTECEDENTES

Los hechos que dieron lugar a la sentencia que se comenta y a las vicisitudes jurisdiccionales previas son, en síntesis, los siguientes:

A) *Hechos*

En el contexto de una reestructuración empresarial, se constituyó una empresa, denominada ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., a la que se le atribuyó la fabricación y comercialización de helados. Para llevar a cabo esta actividad, se obligaba a los fundadores de la empresa a la venta de una serie de participaciones a don Carlos José, en base a una serie de cualidades personales que este poseía para poder ejercer la dirección empresarial de la nueva sociedad, denominada PUMALVERDE, S.L.

En caso de que tales participaciones fuesen enajenadas a la empresa PUMALVERDE, S.L., se acordó que don Carlos José ostentase su control y administración, quedando autorizado, en su caso, para transmitir determinadas participaciones de la sociedad ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A. a personas que, en aquel momento, ostentaban la dirección de AVIDESA, S.A., una empresa del mismo grupo.

Tras mantener una serie de reuniones con los directores de AVIDESA, S.A., don Carlos José suscribió, con ellos, un contrato, donde se contemplaba la venta de participaciones a PUMALVERDE, S.L. A fin de que la empresa PUMALVERDE, S.L. mantuviese su condición de socia, se decidió incluir, en el contrato, una serie de cláusulas, que regulasen, como *conditio sine qua non*, la opción de que esta prestase sus servicios profesionales, en régimen de dedicación plena, exclusiva y «satisfactoria», a favor de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., durante un periodo mínimo de seis años, así como a la posibilidad de resolver la compra y venta de participaciones, en caso de incumplimiento del contrato, durante el plazo mínimo de permanencia. A estos efectos, «se entenderá que existe incumplimiento de un Nuevo Socio, cuando el Socio Fundador», sin otra decisión que la suya y la de, al menos, dos Nuevos Socios —entre los que no se encuentre el socio incumplidor, que notifiquen al Nuevo Socio la existencia de una situación de incumplimiento. En este sentido, el hecho de que el Nuevo Socio niegue o justifique los hechos alegados, o que, incluso, siendo objeto de un procedimiento laboral de despido, este sea declarado improcedente, no será óbice para que el contrato devenga ineficaz.

Al final del contrato, todas las partes, concernidas en él, ratifican su plena conformidad en que quede a juicio del Socio Fundador y otros dos Nuevos Socios más, la interpretación de un posible incumplimiento contractual, siempre que los hechos alegados, que puedan motivarlo, —por los sujetos mencionados— sean ciertos y hayan sido comunicados al Nuevo Socio incumplidor.

El 25 de febrero de 2003, don Carlos José, en su propio nombre y en el de su cónyuge, doña Catalina, otorgó escritura pública de compra y venta de las 202 participaciones de PUMALVERDE, S.A., a favor de don Patricio, debiendo este devolver a los compradores el precio satisfecho, en caso de resolución del contrato por incumplimiento.

Posteriormente, el 8 de noviembre de 2004, don Patricio suscribió un documento, por el que renunció a ejercitar el derecho a decidir sobre el incumplimiento de un Nuevo Socio, ya que su firma no resultaba preceptiva para llevar a la práctica la decisión del Socio Fundador.

El 18 de febrero de 2005, el demandante, don Patricio, fue destituido de su cargo, como Director comercial de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., debido a la realización de una serie de previsiones de venta erróneas, que ocasionaron un incremento de «stocks» superior al necesario, lo que provocó la ruptura de la relación de confianza en que se fundaba la labor profesional, que este desempeñaba.

El 22 de febrero de 2005 —cuatro días más tarde—, el Comité de Dirección de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., integrado por don Prudencio y don Carlos —los «nuevos socios»—, decidió estimar tal error como incumplimiento contractual, por lo que, siguiendo el procedimiento establecido en la escritura pública de compra y venta de participaciones de ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A., firmada el 16 de marzo de ese mismo año, don Carlos notificó a don Patricio la resolución de la compra y venta de tales participaciones.

Frente a la comunicación efectuada por don Carlos, don Patricio interpuso demanda contra la empresa, por despido improcedente. Durante el procedimiento laboral, el Comité de Dirección no pudo acreditar que la conducta de don Patricio no hubiese sido tolerada, con anterioridad, dado que el demandante ya había actuado, de forma similar en años anteriores, al realizar una previsión inicial de ventas que no correspondía con los resultados obtenidos en ejercicios anteriores. Por esta razón, el despido fue declarado improcedente, en virtud de resolución judicial, dictada el 31 de mayo de 2005, por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia.

B) Pretensiones del actor

El demandante sostuvo la improcedencia de la resolución de compra y venta de participaciones, con base en:

- 1.º el pacto de permanencia, que había dejado, sin efecto, la facultad de decidir sobre el incumplimiento, atribuida a don Carlos José, en virtud de la novación subjetiva llevada a cabo sobre la base de la escritura pública de compraventa el 25 de febrero de 2003;
- 2.º la inaplicabilidad de la cláusula resolutoria, generada ante la ausencia de resolución voluntaria de la relación laboral;
- 3.º la inexistencia de incumplimiento de la relación contractual, acreditada, tras la declaración de improcedencia del despido efectuado por ICE CREAM FACTORY COMAKER, S.A.;
- 4.º la nulidad de la cláusula resolutoria;
- 5.º la falta de consignación del precio de las participaciones.

C) Oposición de los demandados

En la contestación a la demanda, interpuesta por don Patricio, la empresa demandada se opuso a la demanda y suplicó su desestimación.

D) Sentencia de instancia

La sentencia de instancia, tras estudiar detenidamente el asunto, desestimó la demanda interpuesta por la representación procesal de don Patricio.

E) Sentencia de segunda instancia

La sentencia de segunda instancia ratificó, de forma expresa, los fundamentos de la sentencia de primera instancia, confirmando la sentencia recurrida.

F) Recurso de casación

Contra la sentencia, la representación procesal de don Patricio interpuso recurso de casación.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A) Primer motivo del recurso de casación: vulneración del artículo 7 del Código civil

Según el recurrente, admitir la resolución del contrato, en virtud de la voluntad unilateral de uno de los contratantes, supone vulnerar la buena fe, así como los límites que el artículo 1255 del Código civil impone a todas las relaciones contractuales, celebradas en el ámbito del Derecho privado.

B) Segundo motivo del recurso de casación: infracción del artículo 1256 del Código civil

En este segundo motivo, el recurrente afirmó que, dejar al arbitrio de uno de los contratantes —en este caso, el vendedor— la decisión sobre la existencia o no de un incumplimiento contractual, por la otra parte contratante —en este supuesto, el comprador—, supone dejar, a su merced, el cumplimiento o incumplimiento de este. Sin duda, ello contraviene lo establecido en el artículo 1256 del Código civil.

C) Tercer motivo del recurso de casación: violación del artículo 1115 del Código civil

En este tercer motivo del recurso de casación, el recurrente manifiesta que la interpretación que, del contrato, hace la Audiencia Provincial de Valencia infringe lo dispuesto en el artículo 1281 Código civil y deja a la voluntad unilateral del otro contratante —en este caso, el vendedor— el cumplimiento de la condición resolutoria del contrato, lo que da lugar a la violación de los artículos 1115 y 1256 del Código civil.

D) *Cuarto motivo del recurso de casación: conculcación del artículo 1256 del Código civil*

Con referencia a la última de las razones aducidas por el recurrente, los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado conculcaban lo regulado en el artículo 1256 Código civil, lo que significa que no hubo incumplimiento o, al menos, que este no fue lo suficientemente grave, como para tener trascendencia resolutoria; y ello, porque no concurrían los requisitos necesarios que, para la resolución de un contrato, viene exigiendo la jurisprudencia; máxime, cuando el demandante incumplió la previsión de consignar la cantidad recibida.

3. VALORACIÓN DE LA SALA: PRESUPUESTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN (RECURSO EXTRAORDINARIO)

Antes de entrar a examinar los presupuestos procesales o formales del recurso de casación, conviene, al menos, realizar una primera aproximación al sistema de recursos, cuyo fundamento radica en la conveniencia de conceder a los órganos jurisdiccionales, la posibilidad de reconsiderar o verificar una decisión desahogada antes de que aquella se convierta en firme.

Realizada esta breve introducción sobre el fundamento que sirve como piedra angular a la regulación que el legislador español otorga al sistema de recursos, cabe, a continuación, centrar la atención del lector en el recurso de casación, por ser este, el recurso interpuesto en el caso, que está siendo objeto de examen. En este sentido, el recurso de casación se puede definir como aquel «*remedio supremo y extraordinario que la Ley otorga a las partes contra las sentencias firmes que dictan los tribunales de apelación, para enmendar el abuso, exceso o agravio por ellas ocasionado, cuando han sido dictadas contra la Ley o doctrina legal, o con infracción de los trámites y formas más sustanciales del juicio*». De esta manera, el recurso de casación no se encuentra configurado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como recurso ordinario que le da acceso al recurrente o recurrentes a una tercera instancia, donde las partes puedan reproducir las alegaciones de hecho y de Derecho, propias de la primera y segunda instancia, a fin de someter, al tribunal, la decisión del conflicto.

Por el contrario, se trata de un recurso extraordinario, dirigido a controlar y comprobar la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica, por la sentencia de apelación. Así, el recurso de casación impone una serie de exigencias. Entre ellas: la exigencia de que cada motivo alegado concrete o especifique, de forma inequívoca, aquella norma que se considera infringida por la sentencia de la Audiencia Provincial de que se trate; y, la prohibición de no traer a colación argumentos heterogéneos y normas carentes de conexión o vinculación, cuando genere imprecisión.

En cuanto a su naturaleza, cabe señalar que se trata de un mecanismo de impugnación extraordinario y devolutivo, que desempeña una función nomofiláctica de depuración de las infracciones del ordenamiento jurídico sustantivo en que incurran aquellas resoluciones judiciales dictadas en apelación.

Esta función conecta con aquella finalidad que, tradicionalmente, se ha venido atribuyendo a la casación, cual es la defensa del *ius constitutionis*, esto es, del ordenamiento jurídico, a través de dos vías, ordenadas ambas a la común tarea de una exacta interpretación de la Ley (CALAMANDREI): la función nomofiláctica, de protección o salvaguarda de la norma, y la función uniformadora de la

jurisprudencia en la interpretación y aplicación del Derecho objetivo (MORENO CATENA, 2015, 378).

En este supuesto, todos los motivos alegados por la parte recurrente presentan una clara falta de precisión que da lugar a la aplicación de la función nomofiláctica ya referida. En concreto:

- a) el primer motivo alegado carece de una precisa delimitación de la buena fe contractual en el ejercicio de los derechos subjetivos, lo que vulnera los límites que el propio ordenamiento impone a la libertad de los particulares, mediante la regulación de sus relaciones contractuales. Esta ausencia permite a don Carlos ejercitar, de forma abusiva, la facultad de resolver el contrato de compra y venta;
- b) la tercera causa, que sirve de fundamento al recurso, confunde las reglas relativas a la interpretación de los contratos con la nulidad de las condiciones puramente facultativas y la atribución de la decisión sobre la validez del cumplimiento del contrato a una de las partes;
- c) por último, el recurrente, además de confundir las reglas de valoración de la prueba con la trascendencia resolutoria de los hechos probados y reiterar en el cuarto motivo del recurso de casación, lo ya alegado en el segundo, se limita a afirmar la existencia de una infracción del ordenamiento jurídico, sin argumentar las razones, que le han llevado a alcanzar tal conclusión.

A pesar de los defectos detectados, la Sala identifica dos cuestiones, que presentan un especial interés casacional y que justifican la necesidad de entrar a examinar el fondo del asunto. Dichas cuestiones se circunscriben, por una parte, a la validez de la cláusula, que atribuye a don Carlos, la facultad de decidir sobre el adecuado cumplimiento de las obligaciones, asumidas por don Patricio y, por otra, a la existencia o no de un incumplimiento resolutorio.

4. FALLO

Finalmente, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don José Luis GARCÍA GUARDIA, en nombre y representación de don Patricio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.^a) el día 22 de septiembre de 2008, e impuso el abono de las costas al recurrente, tras haber desestimado todos los motivos alegados en el recurso (arts. 394.1 y 398.1 LEC).

II. COMENTARIO

El presente comentario no solo tratará de determinar si la cláusula contractual, que atribuye, a una de las partes contratantes, la facultad de decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, constituye o no una condición potestativa, sino que también ofrecerá diferentes perspectivas (nacional, europea) y soluciones sobre la cuestión suscitada.

Para ello, resulta imprescindible comenzar, analizando las diferentes clases de condiciones.

1. CONDICIONES

Atendiendo a la naturaleza del evento, las condiciones pueden agruparse en potestativas, casuales y mixtas, según la doctrina clásica, y en casuales, mixtas, simplemente potestativas y puramente potestativas, según la doctrina más reciente. Aunque ambas clasificaciones se basan en los artículos 796, 800 y 1115 del Código civil, la doctrina más reciente ha ido un paso más allá, al oponer la condición puramente potestativa de aquellos supuestos en que «*el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor*», a la condición casual, cuyo cumplimiento depende de «*la suerte*» o de «*la voluntad de un tercero*» (ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, 78).

2. CONDICIONES POTESTATIVAS

Como ya pusiera de manifiesto BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (1956, 216), mientras las condiciones casuales no suscitan problemas interpretativos, ni siquiera el hecho de que consistan en la voluntad de un tercero, reconocida expresamente en el segundo inciso del artículo 1115 del Código civil, las condiciones potestativas y mixtas, basadas en un mayor o menor grado de voluntad de los contratantes, sí que lo hacen; y ello, porque el valor que, en términos de eficacia, puede otorgarse a dicha voluntad depende de la naturaleza del vínculo contraído entre ambas partes del contrato.

A) Condición puramente potestativa

La condición puramente potestativa es aquella que solo consiste en una manifestación del querer, cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del obligado (*si volueris, si voluero*)¹.

Aunque la doctrina solo considera que una condición es puramente potestativa, cuando la facultad de decisión es atribuida al deudor, no debe olvidar el lector, que tampoco existe inconveniente, para que dicha facultad pueda ser atribuida al acreedor (ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, 79). No ocurre lo mismo, cuando se trata de una condición meramente potestativa, atribuida al deudor; dado que, en tal supuesto, la condición afecta al consentimiento, provocando la nulidad de la obligación que depende de ella (art. 1115 CC). Se trata de una aplicación, un tanto particular, del artículo 1256 del Código civil, en virtud del cual, «*la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*». En consecuencia, se puede admitir la validez de la condición resolutoria meramente potestativa.

A pesar de ello, ni el artículo 1115 del Código civil distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias ni la condición resolutoria puramente potestativa dependiente del deudor se basa en otra consideración que no sea aquella, en base a la cual, quien se obliga, lo hace, a partir del momento en que quiere, mientras que, respecto a las segundas, quien se obliga, lo hace hasta el momento que estime oportuno (ALBALADEJO, 1983, 311).

Así pues, mientras que, en el primer caso, existe obligación, desde el comienzo de la relación contractual, en el segundo, aún no. De esta manera, tampoco queda obligado, quien solo lo está, mientras quiera, pues su voluntad no queda ligada, de forma estable, al cumplimiento de una obligación, que le haya sido impuesta.

Así pues, una condición solo puede ser puramente potestativa en aquellos casos en que, habiendo sido atribuida la facultad de decisión al acreedor, la misma no pueda ser declarada nula, en base al artículo 1115 del Código civil.

A diferencia de lo ya expuesto, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO considera que la prohibición, contenida en el artículo 1256, impide que el cumplimiento y la validez de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes, lo que excluye toda posible aplicación, cualquiera que sea la parte contratante, a la que pueda ser aplicada.

B) Condición simplemente potestativa

La condición simplemente potestativa es aquella, cuyo cumplimiento no solo depende de la voluntad de una o ambas partes contratantes, sino también de otros hechos ajenos al contrato, que contribuyen a su formación². Se trata, en consecuencia, de una obligación, cuya validez deriva, en el presente caso, de la decisión de dos personas que, habiendo sido designadas por uno de los contratantes, ha contado, en todo momento, con el consentimiento de la otra parte (obligado), por lo que no puede afirmarse, a este respecto, que dicha situación sea susceptible de subsunción en el supuesto prohibitivo del artículo 1256 del Código civil, ni tampoco en el punto primero del artículo 1115 del Código civil (CARRASCO PERERA, 2013).

3. SOLUCIÓN: CONDICIÓN SIMPLEMENTE POTESTATIVA

En este caso, el Tribunal Supremo considera válida aquella cláusula que, pactada en el «*contrato entre socios*», atribuye a una de las partes, don Carlos José, la facultad de decidir sobre el cumplimiento de las obligaciones contraídas por don Patricio, por cuanto la misma no solo depende de la voluntad del deudor, sino también de un acto de incumplimiento por su parte (condición «*simplemente potestativa*»).

4. TERMINOLOGÍA

La terminología empleada para la distinción entre condiciones «*simplemente potestativas*» y las «*puramente potestativas*» corresponde a una interpretación doctrinal y jurisprudencial del artículo 1115 del Código civil.

5. CONDICIONES POTESTATIVAS EN DERECHO COMPARADO EUROPEO

La presente sentencia cita los preceptos concordantes al artículo 1115 del Código civil en otros ordenamientos europeos. Este es el caso del Código Civil francés³, cuyo artículo 1174 dispone que «*toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*» («*toda obligación será nula cuando hubiera sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obligue*») o del Código Civil italiano⁴, cuyo artículo 1355 considera «*nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante*

o, rispettivamente, da quella del debitore» («nula la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación subordinada a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del transmitente o, respectivamente, de la del deudor»).

En consecuencia, son nulas las obligaciones con condición puramente potestativa, cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado.

6. INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

A pesar de los continuos y reiterados esfuerzos de nuestro Tribunal Supremo, la naturaleza jurídica de la cláusula pactada en el «*contrato entre socios*» no puede ser incluida en el ámbito de las condiciones potestativas, habida cuenta de que se trata de una cláusula expresa de resolución por incumplimiento, donde las partes, voluntariamente, han acordado los mecanismos, en virtud de los cuales, se determinará el hecho del incumplimiento, por lo que dicha cláusula no puede quedar subsumida, sino dentro del ámbito de toda «*cláusula resolutoria expresa*».

A) Condición resolutoria tácita

La facultad resolutoria por incumplimiento implícita en las obligaciones recíprocas, que declara el artículo 1124 del Código civil, procede del Código de Napoleón:

«La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement».

Este precepto es fruto, a su vez, de toda una evolución normativa que, iniciada con el Derecho Romano («*condictio causa data, causa non secuta*»), consolidada, a través del Derecho canónico («*non servanti fidei, non est fides servanda*») y reproducida por los jurisconsultos franceses (DUMOULIN, DOMAT y POTHIER) en el Código napoleónico de principios del siglo XIX, fue incluida, por los legisladores españoles, en el artículo 1124 del Código civil de 1889, a pesar de ser una institución ajena a nuestra tradición jurídica (MOLL DE ALBA LACUVE, 1999).

B) Artículo 1124 del Código civil

El artículo 1124 del Código civil, último precepto de la sección relativa a las obligaciones puras y de las condicionales, regula la mal denominada condición resolutoria tácita. En este sentido, comparto la opinión manifestada por ÁLVAREZ VIGARAY⁵, quien ha argumentado, y con razón, que no se trata de una auténtica condición resolutoria, pues opera, gracias a la voluntad del interesado, manifestada, con posterioridad, a la conclusión del contrato, mientras la verdadera condición resolutoria produce automáticamente la resolución. Por tanto, la condición resolutoria tácita no produce, *ipso iure*, la resolución del contrato, sino que faculta al interesado, para que sea este, quien solicite la resolución; de hecho, ni siquiera esta condición resolutoria actúa de forma absoluta, ya que concede, al órgano jurisdiccional competente, la facultad de moderar los efectos de la resolución (OSSORIO MORALES, 1956, 273). De este modo, la acción resolutoria del artículo 1124 del Código civil puede definirse como «*aquella facultad*

o remedio que, con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado» (MANRESA Y NAVARRO, 1950, 353).

Con relación al artículo 1124 del Código civil, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo, tradicionalmente, la concurrencia de dos requisitos, para que el incumplimiento pudiera originar la resolución del contrato: uno objetivo, la gravedad, y otro subjetivo, la culpabilidad; requisito este último que se encontraba incluido en la fórmula jurisprudencial: *«la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido»* (SSTS 737/1988, de 12 de mayo⁶, y 905/1989, de 2 de junio⁷).

A lo largo de la década de 1990, el Alto Tribunal fue objetivizando el incumplimiento resolutorio y superando, así, la exigencia de la *«voluntad rebelde»*; de tal forma que ya no resultaba necesaria una conducta dolosa del deudor ni un ánimo deliberado de incumplir, sino que era suficiente la frustración de la finalidad económico-jurídica, que comporta todo contrato de compra y venta (SSTS 383/1991, de 15 de febrero⁸, 678/1991, de 7 de junio⁹, 786/1992, de 31 de marzo¹⁰, 872/1992, de 23 de abril¹¹). Por este motivo, basta el hecho del incumplimiento, para que se pueda presumir la existencia de culpa (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 1992, 66).

Para encontrar la razón de esta evolución jurisprudencial, hay que acudir a lo previsto en el artículo 25 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, según el cual:

«El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación».

C) Principios de Derecho europeo de los contratos

La sentencia llega, incluso, a citar el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de los contratos, según el cual:

«el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato.

(b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado.

(c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte».

a) Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial

En aquellos supuestos de incumplimiento de una de las partes, la determinación sobre las posibilidades que ostenta la otra parte para resolver el contrato dependerá, en todo caso, de la ponderación, que lleve a cabo el órgano jurisdiccional, sobre las circunstancias que lo hubieran motivado, es decir, si la prestación tiene tal defecto, que la parte perjudicada ya no pueda utilizarla para los fines, inicialmente, previstos; si el comportamiento de la parte incumplidora ha provocado, intencionadamente, tales consecuencias. En este último caso, la parte

perjudicada quedará habilitada, para resolver el contrato; o si se ha causado un detrimento serio a la parte incumplidora.

En consecuencia, la parte perjudicada únicamente podrá resolver el contrato, si el incumplimiento de la otra parte es «*esencial*», es decir, sustancial o de gran trascendencia.

- b) Circunstancias significativas que dan lugar a considerar el incumplimiento como sustancial o esencial

A continuación, el precepto presenta una lista de circunstancias, que ayudan a concretar si, en un determinado supuesto, la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial (LANDO, 2004, 229-231).

1. *Si el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte de sus expectativas*

El primer requisito que impone el citado precepto es que el incumplimiento revista tal entidad, que prive a la parte perjudicada de algo necesario, que tenía derecho a esperar en el momento de la celebración del contrato. Por esta razón, la parte perjudicada no podrá resolver el contrato, si la parte incumplidora demuestra que no pudo prever que el incumplimiento sería «*esencial*» para la otra parte de la relación jurídica.

2. *Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación*

El carácter esencial del cumplimiento de la obligación no deriva de la gravedad efectiva del incumplimiento, sino de la propia naturaleza de la obligación contractual, cuyo cumplimiento podría ser esencial.

3. *Incumplimiento contractual*

El precepto también aborda aquella situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario, habida cuenta de que el mismo podría ser contrario a la buena fe negocial, al tratar de resolver un contrato en un supuesto de incumplimiento no esencial o insignificante.

4. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*

A continuación, el artículo otorga gran relevancia al incumplimiento, por cuanto el mismo constituye un motivo de desconfianza en el cumplimiento futuro de la obligación; tanto es así, que, tras el incumplimiento, la parte perjudicada quedará facultada para resolver el contrato, aun cuando los defectos dimanantes de las primeras entregas no posean entidad suficiente, para justificar la resolución de la relación contractual.

5. *Pérdida desproporcionada*

En último lugar, analiza aquellos supuestos, donde la parte que incumple el contrato ha confiado en su cumplimiento. En ellos, el órgano jurisdiccional

competente deberá tomar en consideración, por un lado, si la parte, que confiaba en su cumplimiento, ha sufrido o no un perjuicio desproporcionado, en atención al carácter del incumplimiento; y, por otro, si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o entregada puede generarle algún tipo de beneficio a la parte incumplidora, a través de su rechazo o devolución.

D) Condición resolutoria expresa

En este caso, no se encuentra el lector ante una condición resolutoria tácita, implícita en las obligaciones recíprocas, sino, más bien, ante una cláusula expresa inserta en el «*contrato entre socios*», que permite la resolución del mismo, en caso de que se produzca un incumplimiento por alguno de los socios. Así aparece contemplado en una de las cláusulas del contrato, donde las partes ya habían definido, voluntariamente, el concepto de «incumplimiento resolutorio», al expresar que: «*[a] los efectos de la presente cláusula, se entenderá que existe incumplimiento de un Nuevo Socio cuando el Socio Fundador, sin otra decisión vinculante más que la suya propia y la de, al menos, dos Nuevos Socios diferentes al incumplidor, comuniquen por escrito al Nuevo Socio incumplidor la existencia de una situación de incumplimiento. No obstará a dicha consideración, a los presentes efectos contractuales, el hecho de que el Nuevo Socio niegue o justifique los hechos alegados o cuestione la relevancia de los mismos, o que, si fuesen objeto de un procedimiento laboral de despido, este sea declarado improcedente. Todas las partes, tomando en consideración las especiales circunstancias que concurren en la presente operación, están plenamente de acuerdo en que quede al exclusivo juicio del Socio Fundador, conjuntamente con, al menos, dos Nuevos Socios, la interpretación de la concurrencia de los supuestos de incumplimiento siempre que los hechos alegados como constitutivos de incumplimiento sean ciertos, y hayan sido oportunamente comunicados al Nuevo Socio incumplidor, renunciando los Nuevos Socios a la exigencia de que se trate de un incumplimiento objetivamente grave y culpable*». De este modo, la resolución del contrato de compra y venta no sigue el cauce establecido en el artículo 1124 del Código civil, que exige la intervención de la autoridad judicial y la concurrencia de un determinado tipo de incumplimiento objetivo y grave o esencial.

III. CONCLUSIÓN

El principio de autonomía de la voluntad constituye, en la actualidad, la médula espinal que conecta el fundamento sobre el que se asientan todas las relaciones jurídico-privadas, que integran el Derecho privado contractual europeo.

El fundamento de este principio radica en el derecho subjetivo, entendido este como ámbito de libertad frente a los poderes públicos y frente a los restantes sujetos privados. Es, pues, dicho principio el que ha dado lugar, en este supuesto, a que las sentencias de Primera Instancia, de la Audiencia Provincial de Valencia y del Tribunal Supremo declarasen la validez de la cláusula expresa de resolución por incumplimiento en el «*contrato entre socios*».

Ahora bien, este principio no es absoluto, está sometido a límites, que dimanen de la propia existencia de intereses que la colectividad ostenta y que la sociedad prima, a través de una serie de reglas que el ordenamiento jurídico esta-

blece, al no poder ser aquellos satisfechos siempre mediante actos de autonomía individual. En otras palabras, la existencia de tales intereses conforma una esfera de protección tal, que permite que estos se conviertan en un auténtico límite a la autonomía de la voluntad privada.

Así pues, la presencia de los poderes públicos, encargados de custodiar y proteger estos intereses, determinará un ámbito de autonomía privada más o menos reducido.

En concreto, los límites a la autonomía de la voluntad de unos sujetos privados viene contemplada, precisamente, en el artículo 1255 del Código civil, donde se encuentran recogidos como tales: la ley, la moral y el orden público.

Por último, resulta imprescindible que el Código civil español ofrezca, en materia de contratos, disposiciones sobre esta clase de pactos resolutorios definitivos del incumplimiento, que posibiliten el automatismo de la resolución contractual y eviten, en la medida de lo posible, la numerosa litigiosidad, que genera la resolución de un contrato por incumplimiento.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). *Derecho Civil 1-2. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, Barcelona.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991). *Artículo 1115 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderech (Dir.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 78-79.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991). *Artículo 1124 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce De León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderech (Dir.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 96-100.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1956). El cumplimiento de las obligaciones, *Revista de Derecho Privado*, Vol. XXX.
- CARRASCO PERERA, A. F. (2013). Artículo 1115, en R. Bércovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VI, Valencia: Tirant lo Blanch, 8173-8179.
- LANDO, O. (2004). *Sección 3: Resolución*, en A. Garro (Dir.), *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 228-237.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (2011). *Artículo 1255. Pactos, cláusulas y condiciones del contrato*, en R. Valpuesta Fernández, P. V. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno, A. Legerén-Molina y M. J. Pérez García (Coords.), *Código civil comentado*, Vol. III, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 596-605.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M. (1950). *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, Vol. VII, Madrid.
- MOLL DE ALBA LACUVE, CH. (1999). *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria*, Cedecs.
- MORENO CATENA, V. M. (2017). *Lección 24.ª Los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación*, en V. M. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ (Co-autores), *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Valencia: Tirant lo Blanch, 369-393.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1992). La objetivación del incumplimiento, *Revista COLEX*, núm. 3.

OSSORIO MORALES, J. (1956). *Lecciones de Derecho Civil (obligaciones y contratos)*, Granada.

V. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO (TS)

- STS de 12 de mayo de 1988, Sala Primera; *RJ* 4087, 1988 y Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.
- STS de 2 de junio de 1989, Sala Primera; *RJ* 4287, 1989 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- STS de 15 de febrero de 1991, Sala Primera; *RJ* 1442, 1991 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.
- STS de 7 de junio de 1991, Sala Primera; *RJ* 4430, 1991 y Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES.
- STS de 31 de marzo de 1992, Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 2851/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.
- STS de 23 de abril de 1992, Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 3404/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.
- STS de 3 de diciembre de 1993, Sala Primera; *RJ* 1993, 9488 y Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.
- STS de 13 de febrero de 1999, Sala Primera; *Tol* 169365 y Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.
- STS de 16 de mayo de 2005, Sala Primera, Sección 1.ª; *Tol* 648634 y Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS.
- STS de 28 de junio de 2007, Sala Primera, Sección 1.ª; *Tol* 1113016 y Ponente: Exmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

NOTAS

¹ STS de 3 de diciembre de 1993 (FJs. 2.º y 6.º), Sala Primera; *RJ* 1993/9488 y Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES.

² STS de 28 de junio de 2007 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Tol* 1113016 y Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ: «la jurisprudencia que preconiza una interpretación restrictiva del artículo 1115» [STS de 13 de febrero de 1999, Sala Primera; *Tol* 169365 y Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA] y solo se producirá si depende del «mero arbitrio» del obligado [en este sentido, *vid.* STS de 16 de mayo de 2005 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Tol* 648634 y Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS].

³ AA.VV. (2017), *Code civil 2017: À jour de la réforme du droit des obligations + de 450 articles modifiés*, Dalloz, Papier & numérique.

⁴ R.D. 16 de marzo de 1942, n. 262, Approvazione del testo del Codice Civile, *Il Codice Civile Italiano, Titolo II: Dei contratti in generale (arts. 1321 a 1469)*, Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942, Edizione in corso di aggiornamento a cura di avv. F. Chiaves-dott.sa V. Virzi sotto la supervisione del Prof. P. G. MONATERI, Ordinario nell'Università di Torino.

⁵ Para mayor detenimiento, léase ÁLVAREZ VIGARAY, R. (1991), *Artículo 1124 en Comentario del Código Civil*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bércovitz Rodríguez-Cano, y P. Salvador Coderch (Dirs.), Tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid: Centro de Publicaciones, 78-79 y 96-100.

⁶ STS de 12 de mayo de 1988 (FJ. 2.º), Sala Primera; *RJ* 1988, 4087 y Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.

⁷ STS de 2 de junio de 1989 (FJ. 4.º), Sala Primera; *RJ* 1989, 4287 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.

⁸ STS de 15 de febrero de 1991 (FJ. 2.º), Sala Primera; *RJ* 1991, 1442 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.

⁹ STS de 7 de junio de 1991 (FJ. 3.º), Sala Primera; *RJ* 1991, 4430 y Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES.

¹⁰ STS de 31 de marzo de 1992 (FJ. 4.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 2851/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA.

¹¹ STS de 23 de abril de 1992 (FJ. 2.º), Sala Primera, Sección 1.ª; *Roj*: STS 3404/1992 y Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE.

1.6. Responsabilidad civil

Dinámica de las relaciones obligatorias contractuales y extracontractuales: principios generales de derecho y su aplicabilidad a los medios solutorios en los cambios de deudor*

Dynamics of the performance tort law and contract law: about some general principles of law a view compliance with the obligations assumed

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora titular de Derecho civil

Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y CCSS UNED

RESUMEN: Este artículo está dedicado al análisis de los principios generales de derecho en las relaciones contractuales y extracontractuales, y su aplicabilidad en el ámbito del cumplimiento del tercero. También abordamos el estudio de los futuros principios europeos del Derecho de contratos y de daños.

ABSTRACT: *The proposal for a Regulation on a Common European, among the remedies for non performance, damages. We study the compliance the obligations for other person different of the actor and aplicability of the General Principles of Law.*

PALABRAS CLAVE: Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Intereses protegidos. Causante y víctima. Culpa. Cumplimiento de las obligaciones.

KEY WORDS: *Principles of European Tort Law. Protected interests. Actor and the endangered person. Fault. Compliance with the obligations assumed.*

SUMARIO: I. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.—II. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES, BROCARDOS Y

* Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

MÁXIMAS JURÍDICAS A LOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES Y SU APLICABILIDAD A LA DINÁMICA Y CAMBIOS DE SUJETOS PASIVOS: LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL: 1. CONSUMIDORES Y USUARIOS: EL FAVOR DEBITORIS Y PRO CONSUMMATORE. 2. EL PRINCIPIO DE NO EMPEORAMIENTO DE LA CONDICIÓN DEL DEUDOR Y SU APLICACIÓN EN LAS EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL ANTIGUO DEUDOR AL NUEVO: INVITO BENEFICIUM NON DATUR.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. RESOLUCIONES CITADAS.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO: PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Sin mayores preámbulos, nos adentraremos en la materia objeto de análisis. Así, apréciase que este sistema de principios mencionados en el título del epígrafe, está compendiado en los PETL europeos, sin grandes novedades en nuestra tradición jurídica excepto en los que se refiere a la refundición de las distintas familias procedentes de la tradición germánica o romano-francesa y, por ejemplo, la general aceptación de la cesión de deudas. Excepción esta última, de la que haremos gracia en este lugar, al haber tenido ocasión de tratarlo en otras obras¹.

Como es evidente la terminología generalista no es simétrica, sin perjuicio de que sus traducciones no impiden que sean, ciertamente, trasladables sin dificultad, a los aplicables a las relaciones extracontractuales nacidas con ocasión del acaecimiento de un hecho dañoso en el ámbito jurídico español y el nacimiento de una obligación de esta naturaleza².

Afirmaciones predicables tanto del ámbito contractual cuanto al extracontractual³; así, podemos citar, entre otras, la sentencia de 10 de enero de 2017, Gascogne y Gascogne Sack Deutschland GmbH contra Unión Europea, representada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-577/14, EU:T:2017:1, en la que constata la violación del derecho fundamental del segundo párrafo del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales.

En sus Conclusiones el abogado general, Sr. Nils WAHL, presentadas el 25 de julio de 2018, sostiene que resulta «indiscutible que el hecho de que Gascogne Sack Deutschland y Gascogne hubieran de soportar los gastos derivados de la garantía bancaria prestada a la Comisión durante el periodo que excedió del plazo razonable de enjuiciamiento es una consecuencia de, entre otros factores, la incapacidad del Tribunal General para emitir su fallo dentro de un plazo razonable». Singularmente declara que «(85) Cuando en un caso determinado se considera que una indemnización pecuniaria (y no simbólica) es la forma más adecuada de reparación, no resulta tarea fácil cuantificar el importe que ha de concederse. El órgano jurisdiccional que conoce del caso debe estimar una cantidad que refleje adecuadamente el daño sufrido por la víctima, sin penalizar indebidamente al autor de la conducta ilícita. A falta de criterios evidentes o generalmente aceptados, los tribunales únicamente pueden guiarse por principios generales tales como la equidad, la justicia y la proporcionalidad, por un lado, y la previsibilidad, la seguridad jurídica y la igualdad de trato, por otro». En buena lógica en el párrafo siguiente «Es, pues, inevitable que a la hora de determinar la existencia de un perjuicio moral, identificar la mejor manera de repararlo adecuadamente y, en su caso, calcular el importe que ha de concederse, los tribunales gocen de un margen de discrecionalidad considerable»⁴.

De todo ello cabe ratificar con MARTÍN CASALS que «El punto de partida de la norma fundamental es la vieja idea de *casum sentit ominus*: cada cual tiene que pechar con el daño que sufra, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona, parecen también en este precepto los presupuestos de la responsabilidad civil que se desarrollan en todo su articulado: la necesidad de que exista un daño que compensar, la relación de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, sea la culpa, el riesgo o el deber de responder por hecho ajeno. Por otra parte, si bien los Principios no llevan a cabo una enumeración cerrada de cuáles son los intereses protegidos, sí consideran conveniente señalar la lesión de un interés jurídicamente protegido como presupuesto del daño y establecer una cierta jerarquía e intereses cuya lesión dará lugar a indemnización. Con ello pretenden prescindir de una mención expresa de la noción de antijuridicidad, porque en el ámbito comparado aporta más problemas que soluciones. Por una parte, porque en algunos ordenamientos, como el alemán, se entiende como un desvalor del resultado (*Erfolgsunrechtlehre*) mientras que en otros, como el austríaco, se entiende como un desvalor de la conducta (*Verhaltensunrechtlehre*). Además, mientras que en los ordenamientos jurídicos que adoptan un criterio subjetivo de la culpa, como el austríaco, antijuridicidad como es valor de la conducta y culpa son todavía distinguibles, en otros ordenamientos, como el francés, antijuridicidad y culpa se confunden e, incluso, la primera llega a sustituir la segunda. El tema se resuelve en los Principios en favor de una noción objetiva de culpa (cf. art. 4:101 y 4:102 PETL), que por ello incorpora la noción de antijuridicidad, pero que no prescinde de elementos subjetivos, propios de toda noción de culpa, al permitir, como excepción, que se tengan en cuenta circunstancias subjetivas (como por ejemplo, la edad o la discapacidad física o psíquica) que justifiquen en un determinado grupo de sujetos esa desviación del «estándar de conducta exigible»⁵.

II. DE LOS PRINCIPIOS GENERALES, BROCARDOS Y MÁXIMAS JURÍDICAS A LOS PRINCIPIOS CONTRACTUALES Y SU APLICABILIDAD A LA DINÁMICA Y CAMBIOS DE SUJETOS PASIVOS: LA PROTECCIÓN DE LA PARTE MÁS DÉBIL

1. CONSUMIDORES Y USUARIOS: EL *FAVOR DEBITORIS* Y *PRO CONSUMMATORE*

Procede ahora ventilar tanto los principios del ámbito contractual y su aplicabilidad en el extracontractual, como la integración de cualquiera de las relaciones obligaciones mediante brocados, reglas y máximas jurídicas. En definitiva, los primeros no son sino una especialización de los que acabamos de mencionar.

En cuanto a la perspectiva estricta que convierte a la relación obligatoria no en un instrumento de subordinación del sujeto pasivo al activo sino de cooperación entre acreedor y deudor, se puede sostener inicialmente que es un pseudo-problema hablar del principio del *favor creditoris* o de *favor debitoris*⁶.

Con todo y pese a la pretendida existencia de dicho principio, contrastan las disposiciones en materia de pago del tercero —donde el acreedor no dispone de ninguna acción para oponerse a las pretensiones de un tercero de satisfacer la prestación—, con el tratamiento dado por el codificador al supuesto del que pretende ocupar el lugar del sujeto pasivo, sin materializar —porque quizás aún no haya llegado el término de ejecución—, la deuda comprometida⁷.

Por el contrario y a la vista del contenido del artículo 1205 del Código civil, sí que se confiere transcendencia jurídica a la voluntad e intención del acreedor frente a la que pueda oponer el deudor, absolutamente irrelevante por lo que a su sustitución se refiere. De modo que, en presencia de un cambio de deudor e independientemente de la vía elegida y, en especial en la *expromissio*, su expulsión del vínculo puede ser llevada a cabo, incluso, en la más absoluta ignorancia de esta relevación. En buena lógica, por tanto, ofrece ciertas resistencias sostener esta noción general protectora del sujeto pasivo, salvo que se circunscriba su valor a casos singulares previstos específicamente.

En definitiva, no cabe duda que si para el sujeto titular del crédito resulta de interés el patrimonio de su deudor actual o futuro, tampoco resulta completamente irrelevante para el sujeto pasivo quién sea la persona que ocupe el lugar del acreedor o, incluso, quién sea el nuevo sujeto pasivo ante la certeza jurídica de que este último será quien le reclame el importe de la prestación.

En vínculo directo con la nueva Protección de los consumidores y usuarios CARRASCO PERERA afirma ajustadamente en cuanto a la Ineficacia del contrato frente a terceros y las excepciones derivadas de contrato ajeno «El deudor no puede oponer al acreedor excepciones derivadas de un contrato en el que el propio deudor o el acreedor no han sido partes. Las excepciones puntuales previstas por el ordenamiento, como en el caso de la fianza (art. 1853 CC) o en la legislación de consumidores (art. 77 TRLGDCU, art. 29 Ley 16/2011), corroboran que es preciso un fundamento legal para esta oponibilidad. El deudor no puede legítimamente negarse a cumplir alegando que el cumplimiento conduciría al incumplimiento de otro contrato en el que el acreedor no es parte, ni puede objetar imposibilidad liberatoria (arts. 1182 y 1184 CC) cuando el cumplimiento de un deber contractual con tercero impediría el cumplimiento con otro acreedor contractual»⁸.

En síntesis, la calificación del *favor debitoris* como principio o regla jurídica, encuentra su razón de ser en la evolución liberal del aforismo romano⁹ que, en sus orígenes, residía en la atención a la parte más desfavorecida. Con todo, en la codificación este brocardo se ve en más ocasiones obviado que los que se puedan contabilizar como máxima de actuación. En este sentido, uno de los casos en que se puede entrever la auténtica naturaleza de la protección al deudor, está en las consecuencias de la plena desaparición de las garantías como causa de la pérdida del derecho al plazo, según el artículo 1129.3 del Código civil¹⁰. Sostiene el Profesor LASARTE ÁLVAREZ que con el mencionado precepto se evidencia que en realidad, «se trata de una manifestación legislativa más de que el principio del *favor debitoris* es un mero recurso retórico de escasa operatividad real: pese a que estamos frente a una desaparición fortuita, en el balance entre la protección del deudor y el fortalecimiento de las expectativas de cobro del acreedor, el Código opta por este último, decretando la anticipación del vencimiento»¹¹.

En relación con lo dicho sobre el 1172, declara la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, de 1 de septiembre de 2016 «Si acudimos a las normas de imputación de pagos del Código civil, a falta de imputación expresa del deudor o de la existencia de intereses, el artículo 1172 del Código civil indica que se imputará a la más onerosa para el deudor, siguiendo el principio de *favor debitoris*, de hecho es curioso que en uno de los proyectos del Código civil, el del año 1836, aparecía como cláusula de cierre la imputación a la deuda más antigua, pero ello finalmente no se mantuvo intentando que en todo caso se imputase al más favorable para el deudor».

Aspiración tuitiva que aparentemente, como decimos se pronuncia en el sistema del Derecho mercantil. En este punto el Código de comercio resulta más expresivo de la regla ya que de conformidad al artículo 59 se declara que «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor». Pese a su dictado, la lectura detenida de este precepto evidencia que, en realidad, no pasa de ser una cláusula residual de escasa aplicación y operatividad prácticas. De modo que hay que concluir que el principio que prima en el Código civil es el de reciprocidad —recogido en el artículo 1289¹²— y en el mercantil, el de menor deuda¹³.

Pese a lo sostenido cierta doctrina se ha pronunciado sobre las potenciales aplicaciones prácticas de la protección de la parte más débil en materia de asunción de deudas y, en particular, en la aplicación de la asunción acumulativa. En este sentido declara PUIG I FERRIOL que cuando el acreedor reclame íntegramente la prestación a cada uno de los codeudores y basándose en el supuesto contemplado por el artículo 1289 del Código civil¹⁴, no podrá presumirse que la relación sea de carácter acumulativo. Por lo que en definitiva y en particular estima como un caso de *favor debitoris* la falta de presunción de acumulatividad¹⁵. Con todo, no resultará de aplicación el primer párrafo del mencionado artículo 1289 del Código civil, salvo que se quiera entender que la liberación del sujeto pasivo frente al acreedor primitivo y pese al pago que realizará en su momento el nuevo deudor y futuro acreedor, conlleva un componente gratuito¹⁶.

No obstante y en términos globales, sostiene EGUSQUIZA BALMADEA, fundándose para ello en el principio controvertido, que «La regla general en materia de obligaciones plurales, atendiendo a la normativa vigente —art. 1138 del CC—, consiste indefectiblemente en la mancomunidad. La justificación de la citada regulación se hallaba en la ineludible observancia del *principio de favor debitoris*»¹⁷.

Lo cierto es que recapitulando, de lo dicho se sigue que este principio abordado desde la parte débil resulta capaz de reconducir la afirmación de BANACLOCHE PALAO sobre la falta de identidad entre el deudor y el débil, ya que «por otra parte, ya no es cierto que el deudor demandado o ejecutado sea una persona económicamente débil, a quien el ordenamiento procesal debe proteger»¹⁸.

Gracias a este principio o regla deducible de la equidad, hace que puedan ser suavizados, en caso de duda, los rigores contractuales en favor del deudor¹⁹. Se pregunta la mejor doctrina si la aplicación del *favor debitoris* tiene sentido o no en el campo del derecho de obligaciones, toda vez que cabe dudar de las consecuencias ajustadas a Derecho de la aplicación de un principio que, en realidad, atempera el elemento principal de la relación obligatoria, que está constituido por la prestación del deudor²⁰.

Pues bien, pese a la certera afirmación precedente sobre el falso problema del *favor debitoris*²¹, podemos cuestionar el valor de este cambio de deudor según los términos del Código civil, ya que se trata de una operación jurídica a la que se puede llegar sin la aceptación e, incluso, sin el conocimiento del que ocupa la posición pasiva de una relación obligatoria. Inicialmente se presenta como una previsión típicamente liberal y, por tanto, iluminada por el deliberado propósito de favorecer al titular del derecho de crédito. Con todo de la idea global codificada sobre las relaciones obligatorias, cabe entender que, en buena lógica, se formuló como criterio favorecedor no tanto del acreedor como del cumplimiento de las conductas comprometidas independientemente de que quien ejecutase la prestación fuese un tercero ajeno en su origen al vínculo primitivo²². Y todo ello teniendo en cuenta que la ocupación del lugar del sujeto pasivo no significa otra

cosa que su liberación del antiguo acreedor, pero no la liberación frente al nuevo deudor de la obligación comprometida. Así, cuando este último haya efectuado el pago, reclamará lo que corresponda contra el antiguo deudor; en suma, este podrá enfrentarse a un titular del crédito mucho más estricto que el que ya tenía.

En su virtud y de los anteriores argumentos cabe señalar que nuestro Código civil nuevamente se apartó de la concepción romanista del vínculo como relación *intuitu personae*. Porque tal percepción del vínculo obligatorio incidía en la importancia de las cualidades del deudor para el acreedor pero, también, al contrario²³.

Sin duda, hay que decir que la articulación de los preceptos dedicados a la novación pasiva no parece que favorezca al deudor, antes bien, como se ha señalado nuestro Código refleja el pensamiento de una clase específica, la burguesía, que positivó las relaciones obligatorias donde la composición de fuerzas estaba protagonizada por un burgués comerciante acreedor, que no deudor, que permitieran asegurar la cobranza del crédito integrada la extinción de la obligación por el mismo deudor o por otro más solvente o más diligente en el pago o cumplimiento de las prestaciones contraídas²⁴.

Por tanto, tenemos que destacar que el Código civil permite el cambio de acreedor sin conocimiento del deudor, cosa que desde la perspectiva puramente práctica se traduce en que no es lo mismo deber a un acreedor poco diligente que a otro celoso de la exigibilidad de su derecho de crédito. Esta es una de las evidencias de la inexistencia del principio *favor debitoris*. Así, de su lectura tenemos que convenir con CASTÁN VÁZQUEZ que no hay un auténtico principio de *favor debitoris*, sino manifestaciones concretas en las que el legislador escogió para los casos dudosos, la protección de la parte que en el momento codificador se entendió que era la más débil. Nuestro Código permite el cambio de deudor, también sin conocimiento del propio deudor primitivo, que se ve abocado a cumplir con posterioridad la relación obligatoria primitiva con el que adoptó su posición de sujeto pasivo para después reclamarle el cumplimiento de la deuda que, voluntariamente asumió salvo que, por analogía con la cesión de créditos hipotecarios, pague²⁵.

El siguiente elemento de análisis es la posible reformulación de la regla del *favor debitoris* en el Derecho del consumo y comunitario ya que esta normativa está inspirada en la tendencial mejora técnica y en la protección de las partes débiles²⁶. Si bien el denominado principio *favor debitoris* trae causa del momento de la codificación, a medida que se profesionalizan las relaciones negociales, decae en favor de otros principios o de otras máximas que, en definitiva, tienen el mismo fundamento que el *favor debitoris* y que no es otro que favorecer a la parte más débil, sin necesidad ya de equiparar al débil con el deudor²⁷.

Como tránsito o con una base común, las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial recogen este principio de protección al consumidor como protección al más débil afectando, incidentalmente, a la autonomía de la voluntad tal y como acredita GARCÍA CANTERO²⁸. En este punto se ha puesto de manifiesto lo que se ha denominado «la contrariedad con el principio del *favor debitoris*», relacionándolo con la disposición adicional primera tercera que modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios²⁹.

Con todo y siguiendo con el Derecho del Consumo, por su parte la Ley de Crédito al Consumo y pese a tratarse de una norma de carácter tuitivo, solo recoge una previsión en cuanto a la cesión del crédito por parte del acreedor y a las excepciones oponibles en su caso³⁰. Nada se dice en cuanto a la transmisión

del lado pasivo del crédito o el derecho de subrogación que, en su caso, en el servicio contratado, el consumidor pueda a su vez ceder a un tercero —si bien el tenor contractual suele impedirlo—³¹.

Lo cierto es que la modificación de la fisonomía actual del contrato y frente al sistema reflejado en los Códigos decimonónicos, ha provocado que ciertos principios clásicos hayan sido sustituidos eficazmente por otros que atemperan los perfiles en esta materia³². Es por ello que, como decimos, el clásico principio del *favor debitoris* —al margen de su discutida existencia—, ha sido sustituido o perfeccionado por el de la protección del contratante más débil. Así se reflejó en el constitucionalismo de posguerra y, en particular, en la Constitución española encuentra su sede en el artículo 51³³.

De modo que cabría alegar dicho principio en el ámbito de los consumidores y usuarios, para evitar su contravención en ciertos casos de asunción de deudas donde el sujeto pasivo se haya visto sustituido por otro, especialmente —no tanto para desvirtuar el pacto de asunción dado que el principio devendría ineficaz tal alegación— para limitar los efectos de la subrogación o de la acción de reembolso del nuevo sujeto pasivo que haya cumplido y reclame su devolución a quien relevó de la relación obligatoria³⁴.

De lo dicho se sigue la falta de vigencia del principio del *favor debitoris* así como en el ámbito del Derecho del consumo puede entenderse absorbido su sentido global y su lógica interna en el principio de defensa del consumidor³⁵. Por eso y en las relaciones de consumo podrá ser alegado dicho principio para evitar o limitar las consecuencias de la asunción contractual por parte de un tercero, cuando en este supuesto se vean perjudicados los legítimos derechos y expectativas del consumidor. Con todo y a los efectos que se proponen en este punto, es evidente que la radical falta de consideración del deudor en el caso de la expromisión demuestra la escasa concreción del principio en lo que a la transmisión de las deudas atañe.

En este punto cabe traer a colación los autos ventilados por las STS de 16 octubre. Así, el motivo primero alega infracción de los artículos 1132 y 1902 del Código civil y del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El razonamiento de este motivo confunde el ejercicio alternativo de dos acciones, con la obligación alternativa y su normativa propia del Código civil que concede al deudor la facultad de elección de la prestación (art. 1132 CC); es cierta la concentración por elección, la cual corresponde al deudor; en las obligaciones alternativas, pero esto es muy distinto y ninguna relación guarda con el ejercicio de dos acciones alternativas, que van dirigidas al órgano jurisdiccional, en solicitud de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución española. Y no se debe confundir, como se hace en el recurso, el carácter de demandado con el de deudor en una obligación, que está inmerso en una relación jurídica de Derecho civil por la que el acreedor tiene el derecho de exigir al deudor una prestación; y este, por el principio de «favor debitoris» tiene el derecho a elegir si es alternativa.

Por ello, hay legitimación activa y pasiva de todos los demandantes y de todos los demandados, respectivamente; no hay obligación alternativa ni deudor, sino el ejercicio alternativo de dos acciones que no concede derecho de elección al demandado; no se ha producido infracción de ninguna de las múltiples normas alegadas; deben desestimarse, pues, ambos motivos.

Adicionalmente la STS de 28 septiembre de 1998, dictamina: «En el presente caso, en el reconocimiento de deuda se establece que en la concentración por elección, esta corresponde no al deudor; como prevé el artículo 1132 conforme al

principio de «favor debitoris», sino al acreedor («...500.000 ptas. o si prefieres las fincas...») el cual manifestó la elección al concretarla en el suplico de la demanda, reclamando, no el pago de un precio, sino la entrega de las fincas, elección que fue notificada a la parte deudora al notificársele la demanda, cumpliendo así la previsión del artículo 1133 del Código civil».

2. EL PRINCIPIO DE NO EMPEORAMIENTO DE LA CONDICIÓN DEL DEUDOR Y SU APLICACIÓN EN LAS EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL ANTIGUO DEUDOR AL NUEVO; *INVITO BENEFICIUM NON DATUR*

Como decíamos y a falta de un principio general del *favor debitoris* pueden ser traídas a colación ciertas aplicaciones singulares de esta regla de la protección del deudor. En primer lugar, cabe reseñar en términos generales el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión del contrato o de la posición contractual activa, toda vez que si el deudor no ha de intervenir en dicha cesión, tampoco esta debe perjudicarlo como *res inter alios* que es³⁶.

Apréciase los términos de RDGRN de 25 de febrero de 1992, reiterada en sede judicial: «Estas cargas, limitaciones o reversiones, incluida la reserva de la facultad de disponer (en favor de cualquier persona o de persona determinada), cuya efectividad depende de la voluntad del donante son reflejadas en el Registro —en tanto no conste la adquisición de derechos por la aceptación de tercero— solo como límites que configuran el derecho donado y no como derechos adquiridos por tercero, pues «*invito beneficium non datur*». Por eso, ningún obstáculo hay para que accedan al Registro las determinaciones del donante sin contar con la voluntad del tercero, porque del Registro no resulta que este tercero ya haya adquirido derechos y sí resulta, en cambio, que todavía la carga depende de la decisión del donante»³⁷.

En idéntico sentido, como ya avanzábamos, la SAP de Madrid, de 23 enero de 2009. En tanto el beneficiario no haya hecho saber su aceptación al obligado tiene el estipulante derecho a revocar la estipulación hecha a favor del primero. Así se pronunció la resolución de la DGRN de 25 de febrero de 1992: A donó a B un inmueble reservándose el usufructo para sí y a su muerte para su esposa. En la inscripción no constaba la aceptación de la esposa del donante. Pasado el tiempo A renunció pura y simplemente al usufructo que le correspondía en la finca diciendo en la escritura de renuncia que quedaba consolidada la plena propiedad en la persona del nudo propietario. El registrador inscribió la renuncia de A, pero no consolidó el pleno dominio en B por entender que debía también renunciar la esposa de A (o sea el tercero favorecido). La DGRN sentó que estas estipulaciones en favor de tercero actúan: «(...) solo como límites que configuran el derecho donado y no como derechos adquiridos por tercero, pues «*invito beneficium non datur*». Por eso no se alza ningún obstáculo para que accedan al Registro las determinaciones del donante sin contar con la voluntad del tercero, porque del Registro no resulta que este tercero ya haya adquirido derechos y sí resulta, en cambio, que todavía la carga depende de la decisión del donante»³⁸.

En especial se ha de analizar el caso de la protección del deudor frente a la cesión inconstituida realizada por parte del acreedor a otro sujeto activo. En cualquier caso, teniendo presentes los artículos 1198³⁹, 1164⁴⁰ y 1528⁴¹ del Código civil, el 149 de la Ley Hipotecaria⁴² y la Directiva 86/102 de 22 de diciembre de 1986, (Directiva que en su Exposición de Motivos declara que «no debería

permitirse que la cesión de derechos del acreedor⁴³ derivados de un contrato de crédito debilite la posición del consumidor»), puede resultar extrapolables a la expromisión ya que, independientemente de la naturaleza jurídica que se le quiera atribuir al convenio entre un tercero que asume la deuda y el acreedor, lo cierto es que, en principio, el deudor expromitido carece de elementos jurídicos que le permitan impedir la sustitución realizada al amparo del artículo 1205 (salvo evidentemente, el pago al acreedor antes de haber conocido y consentido la novación de la relación obligatoria primitiva)⁴⁴.

Por tanto, esa aplicación del principio de no empeoramiento del deudor, significaría para el caso de la expromisión, que el deudor expromitido estaría legitimado para oponer al nuevo deudor expromitente o expromisor una prestación que habría podido negar en la relación obligatoria primitiva a su acreedor primitivo. De modo que cuando quien haya ocupado su posición pretenda subrogarse en el lugar del acreedor, el antiguo deudor podrá excepcionarle la compensación a que tenía derecho contra el primitivo sujeto activo o la prescripción de la deuda. Otros autores entienden que al tratarse ese convenio entre el acreedor primitivo y el nuevo deudor de un acto en el que el deudor primitivo es tercero, pero configurado jurídicamente como un convenio verificable sin el consentimiento del deudor, no se trata de un acto inoponible. Tal acuerdo sería inoponible si no existiera la previsión normativa del 1205 que autoriza la expromisión realizada sin el conocimiento del deudor. Así, RAGEL SÁNCHEZ estima que un acto es inoponible cuando no puede impedir que una persona determinada protegida por la norma ejerza un derecho⁴⁵.

Sobre este punto relativo al pretendido empeoramiento de la condición del deudor, lo cierto es que una de las concreciones de la protección de la parte más débil es precisamente, la imposibilidad de empeorarla. Permite al antiguo deudor en el caso de que se ventile la reclamación del que haya pagado por él, pueda excepcionarle la compensación y la prescripción, con la finalidad de limitar la acción de reembolso a lo que se haya sido útil⁴⁶. Pese a ello es dudosa la aplicación de dicha regla al objeto de estudio ya que ofrece ciertas resistencias con el principio de que a nadie se le puede obligar a mantener vínculos con quien no quiere o en definitiva, «nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él»⁴⁷ al entrar en clara contradicción con el artículo 1256 del Código civil.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta materia en los siguientes términos: «Disponiendo, de otra parte, el artículo 1209 del Código civil que la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código, siendo obvio que entre dichos casos no puede menos de estimarse comprendida la cesión de un crédito a que se refiere la preceptiva contenida en sus artículos 1526 y siguientes, con los efectos de que a tenor del artículo 1528, coincidente con el 1212, la repetida cesión de un crédito comprende todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, por lo que en el caso de la *litis* la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor operada como consecuencia de la cesión del crédito lejos de extinguir el contenido de la obligación primaria, como es tesis del recurrente, lo conservó en su integridad, ya que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, sancionada, entre otras, en sus sentencias de 27 de febrero de 1891, 28 de octubre de 1957, 7 de julio de 1958 y 5 de noviembre de 1974, 'la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a este tenga otro alcance, que el obligarle con el nuevo acreedor, no reputándose

pago legítimo desde aquel momento, el hecho en favor del cedente', todo lo que lleva, en definitiva, a sentar la conclusión de que la sentencia recurrida no violó por falta de aplicación los preceptos del Código civil que en el motivo aquí analizado se suponen infringidos por la misma»⁴⁸.

Aplicabilidad de los principios a los daños extracontractuales: STS de 5 de diciembre 1994, «(...) producido un uso abusivo por sobrecarga en el colector de salida de aguas, en razón al vertido de productos de consumo familiar, imputable exclusivamente a la Comunidad de Propietarios, ello causó la reducción en su diámetro y disponibilidad del uso normal, con lo que los consecuentes daños y perjuicios, materializados por las frecuentes inundaciones que han afectado y afectan a la finca de la recurrida, han de ser de cuenta y cargo de la parte recurrente, por su actuar activo y omisivo, lo que hace aplicable los principios generales de Derecho (art. 1-4.º CC), «Et que occasione praestat, damnum fecisse videtur» —Paulo— (El que da ocasión se entiende también que causa el daño); «Commodo ferens, o incommoda et onera, sustinere debet» —Decio— (El que está a las ventajas, debe también soportar las desventajas y las cargas), y «alterum non laedere», conduciendo todo ello a la claudicación del motivo.

En cuanto a la coincidencia entre el artículo 1528 y 1212 del Código civil así como la afirmación de la SAP de Tarragona, de 30 de septiembre de 2002, en la que se sostiene que la cesión de crédito representa un negocio bilateral o negocio de disposición causal, dependiente del negocio en que se funda por lo que transmisión no solo comprenderá todas las ventajas y garantías como expresamente refiere el 1528 sino también los vicios y excepciones sustantivas oponibles al cedente, ya que si bien el deudor queda, por conocimiento de la cesión, vinculado al nuevo acreedor o cesionario, su posición jurídica no puede agravarse por la mediación de dicho negocio y, en consecuencia, puede alegar a aquel tanto los supuestos de inexistencia o nulidad absoluta como la prescripción o los efectos derivados del incumplimiento.

Otro fenómeno de raíz común y consecuencias, por el contrario, distintas de esta genérica prohibición del empeoramiento de la situación del deudor en cuanto a los resortes que asisten al sujeto pasivo primitivo, es la controvertida regla de la negación por parte del beneficiario de una ventaja ofrecida. En este sentido, la falta de relevancia del sentir del deudor relevado hace inaplicable aquella vieja regla en que se puede beneficiar a alguien incluso contra su deseo ya que como tendremos ocasión de comprobar, la asunción de deuda por parte de un tercero autoriza también a este a reclamar después al primitivo sujeto pasivo.

De modo que no hay liberalidad y por tanto ni se le ofrece la posibilidad de aceptarla ni la de rechazarla. Así y por su parte, la RDGRN de 25 de febrero de 1992 de —en un asunto sobre una donación con reserva de usufructo vitalicio en favor del donante y sucesivamente en su esposa— estima el recurso contra la denegación de la cancelación del usufructo hecha por el donante al no constar ni la aceptación de la reserva del usufructo de la esposa, ni la renuncia a esta reserva hecha en su favor. Argumenta para ello que la resolución de las cargas o la reserva de la facultad de disposición son límites al derecho donado y no «derechos adquiridos por tercero, pues *invito beneficium non datur*», procediendo, por tanto, la cancelación no solo del usufructo sino también de la reserva del mismo en favor de la esposa que no había aceptado la donación del derecho de real de goce.

En definitiva, cobra consistencia el hecho de que al deudor no le asiste ninguna posibilidad jurídica para oponerse al cambio de acreedor y que, en definitiva, no es de aplicación este principio no tanto porque se le imponga cuanto porque,

como ya se ha dicho, no recibe como donatario ningún valor positivo, sino única y exclusivamente la liberación del actual acreedor pero no de la deuda. Ni siquiera atendida la regla de que no es posible imponer liberalidades a quien no quiera recibirlas⁴⁹. Regla que, a la vista de lo anterior, no es aplicable toda vez que no podemos entender que sobre el deudor primitivo se haya operado una donación sin la correlativa aceptación. Es también dudosa su aplicación, incluso, cuando en el ánimo del nuevo deudor se haya ideado la operación como liberalidad para favorecer al antiguo deudor⁵⁰ ya que en su momento podrá consignar la prestación en favor del nuevo titular del derecho de crédito y si, incluso, este se opone a recibir la prestación habrá que estar a las consecuencias del juicio declarativo en que se ventile la consignación contradictoria.

El mencionado principio de la falta de relevancia jurídica de las liberalidades no aceptadas por el beneficiario, contrasta con el tradicional entendimiento romano de que sí es lícito mejorar a un sujeto incluso contra su voluntad. *Invitus liberari potest*, es decir, que puede ser liberado contra su voluntad⁵¹. En este punto conviene clarificar su sentido y su limitado ámbito de aplicación ya que el mencionado principio se refiere y circunscribe al pago del tercero, *solutio vel iudicium pro nobis accipiendo et inviti et ignorantes liberari possumus*, por lo que no atañe a la donación, sino única y exclusivamente, a la liberación forzosa del deudor de la relación que le vinculaba con su acreedor. En síntesis, autoriza la intervención del extraño aun contra los deseos del deudor; ahora bien, el pago del tercero no impide que el sujeto liberado se vea ahora vinculado con su nuevo acreedor⁵². En particular, la *sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1963* —en un supuesto de transmisión íntegra al acreedor del patrimonio del deudor—, distingue la novación de la donación, ya que con la donación desaparece el vínculo anterior⁵³.

Como decíamos, BOFARULL en los albores de la codificación, recurriendo al Derecho romano, sostenía que el fundamento del cambio de deudor conociéndolo el deudor e incluso contra su voluntad se basa en el principio de que la condición del que ignora, y aun del que no quiere, puede ser mejorada⁵⁴ pese a la contradicción manifiesta con la donación y, que en suma, deba ser entendido en los términos ahora expuestos.

Por su parte y aunque presente un valor incidental en cuanto a los recursos a disposición del antiguo deudor para oponer a quien haya ocupado su lugar, tienen valor, por analogía, las reflexiones de FLORENSA I TOMÁS quien afirma que la máxima *invito beneficium non datur* no resulta de aplicación en los casos de condonación⁵⁵. En este punto, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, afirma que este principio —también conocido como *nolenti non fit donatio*, o que a nadie se le puede obligar a aceptar una donación— es, por el contrario, aplicable al caso de la condonación, por lo que no será posible forzar al deudor a liberarse de la obligación⁵⁶. Afirmación por cierto que es la base del vigente entendimiento jurisprudencial de la compensación por cuanto la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2006, que declara que «el automatismo de la compensación que el artículo 1202 establece constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, más no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores».

En suma, el derecho del deudor a la liberación en la *expromissio* no es tal ya que solo se le libera del acreedor primitivo y no de la ejecución de la prestación que, en su caso, le reclamará quien haya ocupado el lugar del titular del derecho de crédito⁵⁷; por ello nada tiene en común con el principio *invito beneficium*

ya que no es una donación y por ende, no es una excepción a este necesario requisito de la aceptación del beneficiario en un negocio de aquella naturaleza. Frente al derecho que ostenta en cuanto a que no pueda ser empeorada su condición, principio que deviene plenamente aplicable en el ejercicio, contra el nuevo deudor en vía de regreso, de las excepciones que habría podido oponer a su acreedor original.

III. CONCLUSIONES

I. En cuanto a los principios generales de derecho: principios de derecho europeos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, apréciase que este sistema de principios compendiado en los PETL europeos, sin grandes novedades en nuestra tradición jurídica excepto en los que se refieren a la refundición de las distintas familias procedentes de la tradición germánica o romano-francesa y, por ejemplo, la general aceptación de la cesión de deudas. Como es evidente la terminología generalista no es simétrica, sin perjuicio de que sus traducciones no impiden que sean, ciertamente, trasladables sin dificultad, a los aplicables a las relaciones extracontractuales nacidas con ocasión del acaecimiento de un hecho dañoso en el ámbito jurídico español y el nacimiento de una obligación de esta naturaleza

II. En defecto de criterios incontrovertidos o de general aceptación por doctrina y jurisprudencia, en el ámbito jurisdiccional podrá fundarse por *principios generales tales como la equidad, la justicia y la proporcionalidad, por un lado, y la previsibilidad, la seguridad jurídica y la igualdad de trato*, por otro. Y todo ello al margen de la futura armonización del derecho europeo en materia de responsabilidad civil contractual y extracontractual.

III. El principio que prima en el Código civil es el de reciprocidad —reco-gido en el artículo 1289—y en el mercantil, el de menor deuda. De modo que la calificación del *favor debitoris* como principio o regla jurídica, encuentra su razón de ser en la evolución liberal del aforismo romano que, en sus orígenes, residía en la atención a la parte más desfavorecida. Con todo, en la codificación este brocardo se ve en más ocasiones obviado que los que se puedan contabilizar como máxima de actuación.

IV. A falta de un principio general del *favor debitoris* pueden ser traídas a colación ciertas aplicaciones singulares de esta regla de la protección del deudor. En primer lugar, cabe reseñar en términos generales el principio de no empeoramiento de la situación jurídica del deudor como consecuencia de la cesión del contrato o de la posición contractual activa, toda vez que si el deudor no ha de intervenir en dicha cesión, tampoco esta debe perjudicarlo como *res inter alios* que es.

V. Sobre el pretendido empeoramiento de la condición del deudor, lo cierto es que una de las concreciones de la protección de la parte más débil es precisamente, la imposibilidad de empeorarla. Permite al antiguo deudor en el caso de que se ventile la reclamación del que haya pagado por él, pueda excepcionarle la compensación y la prescripción, con la finalidad de limitar la acción de reembolso a lo que se haya sido útil. Pese a ello es dudosa la aplicación de dicha regla al objeto de estudio ya que ofrece ciertas resistencias con el principio de que a nadie se le puede obligar a mantener vínculos con quien no quiere o en definitiva, «nadie está obligado a mantener relaciones contractuales con una persona diferente a la que celebró el contrato con él» al entrar en clara contradicción con el artículo 1256 del Código civil.

VI. Al deudor no le asiste ninguna posibilidad jurídica para oponerse al cambio de acreedor y que, en definitiva, no es de aplicación este principio no tanto porque se le imponga cuanto porque, como ya se ha dicho, no recibe como donatario ningún valor positivo, sino única y exclusivamente la liberación del actual acreedor pero no de la deuda.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALLARA (1939). *Delle Obbligazioni. Corso di Diritto Civile*, Torino, 1939.
- BELLO JANEIRO (2011). La relación obligatoria, *Cuadernos Prácticos Bolonia Obligaciones y contratos. Cuaderno I*, Dykinson, Madrid.
- CARRASCO PERERA (2017). Eficacia del contrato frente a terceros, *Nuevos Clásicos. Derecho de Contratos*, Aranzadi.
- (1992). *La Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid.
- CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ, (2008). La hipoteca de constitución unilateral, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi.
- DE CASTRO Y BRAVO (1961). Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, *ADC*, 295-342.
- CASTÁN VÁZQUEZ (1961). El *favor debitoris* en el Derecho español, *ADC*, XIV, IV, 835-850.
- CUESTA (1984). Las obligaciones alternativas, *RDP*, 3 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO (1992). Codificación, descodificación y recodificación, *ADC*, 473 y sigs.
- DURÁN RIVACOBIA (2002). *Evicción y Saneamiento*, Aranzadi.
- ESTRADA ALONSO (2000). *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid.
- FLORENSA I TOMÁS (1996). *La condonación de la deuda en el Código civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid.
- GAVIDIA SÁNCHEZ (1991). Sistemas germánicos de cesión de créditos II, *ADC*, tomo XLV, II, abril-junio, 1991, 535-651.
- GIORGANNI (1968). *La obligación*, Milano, Giuffrè.
- GIUFFRÈ, *Studi sul debiti, tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Jovene, Napoli, 2.^a ed., IX.
- LASARTE ÁLVAREZ (2017). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 9.^a ed.
- (2017). *Principios de Derecho civil*, 2, Marcial Pons, Madrid, 16.^a ed.
- MARCOS MARTÍN, M.^a T. (2018). El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Justicia europea por sus propios incumplimientos: el primer pronunciamiento condenatorio por la concurrencia de dilaciones indebidas, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, 171-189.
- MARTÍN CASALS, M., Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2/2005, 1-25.
- MESSINEO, (1979) *Doctrina general del contrato*, I. Buenos Aires.
- MADRIDEJOS SARASOLA (1961). La cesión de créditos, *RDN*, IX, XXXII.
- MORETÓN SANZ (2008). *La asunción espontánea de deudas*, Lex Nova, Valladolid.
- (2019). La renovación del sistema de cesión de deudas del Código civil: del portugués de 1966 al nuevo Código civil argentino de 2014 y las propuestas del futuro derecho contractual común de la Unión europea, *Libro homenaje*

- je al fallecido profesor José María Castán Vázquez, Leonardo Pérez Gallardo, Coordinador.
- PAU PEDRÓN (2001). *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- PERLINGIERI (1993). Aspectos problemáticos del derecho de obligaciones. Lección pronunciada en la Universidad de León, el 26 de octubre de 1981. Traduce José M.^a de la CUESTA SÁEZ, *RDP*.
- PUIG I FERRIOL (1978). Régimen jurídico de la solidaridad de deudores, en *Libro-Homenaje a ROCA SASTRE, II*, Madrid, 448.
- (1996). La asunción de deudas, *Derecho de obligaciones*, CORBAL FERNÁNDEZ, Madrid.
- RAGEL SÁNCHEZ (1994). *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- REINOSO BARBERO (1988). *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, Madrid.
- RESCIGNO (1995). Favor debitoris. *Ambiguità di una formula antica, Debito internazionale. Principio generali del diritto*; «Del favor debitoris al favor del más débil».
- RIVERO HERNÁNDEZ (2016). Constitución de usufructo con cláusula de reversión, *Estudios y Comentarios Legislativos. Usufructo, Uso y Habitación*, Editorial Civitas.
- ROGEL VIDE (2010). *Favor debitoris: Análisis crítico*, Reus, Madrid.
- VASQUEZ FERREYRA (1985). Del *favor debitoris* al favor del más débil, *El Derecho*, núm. 6357.
- VIVES MONTERO (2002). Traducción de la Reforma 2002 del BGB, *ADC*, LV, III.
- YÁÑEZ VIVERO, F., Culpas civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños, *RDP. Monografía*, 22, Aranzadi, Navarra, 2009.
- ZURILLA CARIÑANA (2009). Comentario al artículo 640 del Código civil, *Grandes Tratados*, Aranzadi.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, de 10 de enero de 2017, Gascogne y Gascogne Sack Deutschland GmbH contra Unión Europea.
- STS, de 3 de abril de 2006.
- STS, de 28 septiembre de 1998.
- SAP de Madrid, de 23 enero de 2009.
- SAP de Madrid, de 26 febrero de 2009.
- SAP de Tarragona, de 30 de septiembre de 2002.
- AAP de Valencia, de 10 junio de 2016.
- S Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, de 1 de septiembre de 2016.
- RDGRN, de 25 de febrero de 1992.

NOTAS

¹ Vid., MORETÓN SANZ, (2008), *La asunción espontánea de deudas*, Lex Nova, Valladolid, 254 y sigs.; (2019) La renovación del sistema de cesión de deudas del Código civil:

del portugués de 1966 al nuevo Código civil argentino de 2014 y las propuestas del futuro derecho contractual común de la Unión europea, *Libro homenaje al fallecido profesor José María Castán Vázquez*, Leonardo Pérez Gallardo, Coordinador.

² Así en particular, *vid.*, artículo 2:102. Intereses protegidos (4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado. En tales casos debe tenerse en cuenta, de modo especial, la proximidad entre el agente y la persona protegida, o el hecho de que el agente es consciente de que causará un daño a la víctima a pesar de que sus intereses sean necesariamente objeto de una valoración inferior a los de esta», así como «Artículo 4:102. Estándar de conducta exigible (1) El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» Traducción MARTÍN-CASALS, Miquel <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf> (Consulta enero de 2018).

³ *Vid.*, el ilustrativo artículo de MARCOS MARTÍN, M.^a T. (2018), El reconocimiento de la responsabilidad extracontractual de la Justicia Europea por sus propios incumplimientos: el primer pronunciamiento condenatorio por la concurrencia de dilaciones indebidas, *Revista General de Derecho Europeo*, 44, 171-189.

⁴ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130dafac520ebe7004d33855dce4b006fbae.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3qTe0?text=&docid=204412&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=61910> (Consultado enero de 2018).

⁵ MARTÍN CASALS, Miquel, (2005), Una primera aproximación a los «Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil», *InDret Revista para el análisis del derecho*, 2, 8 (1-25). *Vid.*, también, YÁÑEZ VIVERO, Fátima (2009), Culpas civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños, *RDJ*, Monografía, 22, Aranzadi, Navarra, en particular, «Reflexiones finales: Revisión crítica del tratamiento legal de la responsabilidad civil extracontractual por daños de personas incapaces a la luz de los *Principles of European tort law*», 227, su «Anexo» y «Bibliografía» allí citada.

⁶ *Vid.*, PERLINGIERI (1993), Aspectos problemáticos del derecho de obligaciones. Lección pronunciada en la Universidad de León, el 26 de octubre de 1981. Traduce José M.^a de la CUESTA SÁEZ, *RDJ*, 58 y 59. *Vid.*, GIUFFRÈ, *Studi sul debiti, tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Jovene, Napoli, 2.^a ed., IX; RESCIGNO, (1995), «Favor debitoris», *Ambiguità di una formula antica, Debito internazionale. Principio generali del diritto*; «Del favor debitoris al favor del más débil». *Vid.*, también LASARTE ÁLVAREZ, (2017), *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Dykinson, Madrid, 9.^a ed., 20 y sigs.

⁷ Evidentemente excede de las pretensiones de este trabajo un análisis exhaustivo del valor, contenido y enumeración de los principios generales del Derecho, para ello *vid.*, REINOSO BARBERO, quien con exactitud precisa que en virtud del artículo primero del Código civil, en el Derecho vigente, las premisas que debe presentar un principio general son: que no contraste con las normas formuladas; que sea susceptible de aplicación al caso jurídico que se plantea; que pueda ser considerado como tal a la luz del Derecho romano o de la tradición jurídica nacional [*vid.*, (1988), *Los principios generales del derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Formularios de Recurso de casación civil, penal, laboral y apelación contenciosa-administrativa)*, Madrid, 111 y sigs.; 114].

⁸ CARRASCO PERERA (2017), Eficacia del contrato frente a terceros, *Nuevos Clásicos. Derecho de Contratos*, Aranzadi.

⁹ *Vid.*, CASTÁN VÁZQUEZ (1961), *El favor debitoris* en el Derecho español, *ADC*, XIV, IV, 835 a 850; VÁSQUEZ FERREYRA (1985), *Del favor debitoris al favor del más débil*, *El Derecho*, núm. 6.357.

¹⁰ «Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 3. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

¹¹ *Principios de Derecho civil*, 2., 138. Otros casos en que se recoge una auténtica protección o preferencia del sujeto pasivo, se encuentran en la atribución del pago por el deudor, según las reglas del artículo 1172, la responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor del 1105 o la exigencia de intimación o interpelación al deudor para que este incurra en mora según el 1101 (*vid., op. cit.*, 148, 175 y 181, respectivamente); *vid.*, también CUESTA, (1984), Las obligaciones alternativas, *RDP*, 15; BELLO JANEIRO (2011), La relación obligatoria, *Cuadernos Prácticos Bolonia Obligaciones y contratos. Cuaderno I*, Dykinson, Madrid, 143-145; ROGEL VIDE, (2010), *Favor debitoris*: Análisis crítico, Reus, Madrid.

¹² «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.— Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

¹³ *Vid.*, URÍA (1999), *Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid. Antes bien, en la contratación mercantil, en ocasiones parece que se han invertido los términos. ESTRADA ALONSO valora el que él denomina el principio del *favor creditoris* en el Derecho cambiario y mercantil, frente al principio del *favor debitoris* en el Derecho común. Además, del epígrafe sobre la «contrariedad con el principio del *favor debitoris*», se deduce que el principio de *favor creditoris*, es una cuestión de orden público en el ámbito del Derecho cambiario y mercantil (2000), *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, Civitas, Madrid, 93 y 94.

¹⁴ Dice 1089.

¹⁵ *Vid.*, PUIG I FERRIOL (1978), Régimen jurídico de la solidaridad de deudores, en *Libro-Homenaje a ROCA SASTRE, II*, Madrid, 448. Para ALLARA representaba una manifestación del principio *favor debitoris* en lo prevenido en el antiguo Código civil italiano, por su antiguo artículo 1373.3, sobre la solidaridad y las previsiones contenidas en el 1175, sobre los intereses del crédito [*vid.*, (1939), *Delle Obbligazioni. Corso di Diritto Civile*, Torino, 1939, 74 y 165)]. Con la aprobación del nuevo Código civil italiano, se suprime este principio (*vid.*, MESSINEO [(1979) *Doctrina general del contrato*, I, 20]).

¹⁶ Sobre la aplicación de este principio PUIG I FERRIOL, aboga por la acumulación solidaria de la deuda en defecto de pacto expreso de liberación del deudor. Se funda para ello en el mencionado precepto del que deduce la inexistencia de un principio favorable a la liberación del vínculo obligatorio [*vid.*, (1996), La asunción de deudas, *Derecho de obligaciones*, CORBAL FERNÁNDEZ, Madrid, 337].

¹⁷ EGUSQUIZA BALMASEDA (1994), La responsabilidad solidaria en el ámbito civil: perspectiva jurisprudencial, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* vol. II, 49, parte Doctrina Editorial.

¹⁸ La protección del crédito documentado, *Al Día Civitas. Información Jurídica*, 14, 2001, 1. Así lo sostienen también URÍA y MENÉNDEZ cuando tratan de los contratos de cuenta corriente (*vid., op. cit.*, 646). Hay que atemperarlo porque en ocasiones la figura del deudor la ostenta el Banco. Esta afirmación se puede relacionar con la mencionada por CASTÁN VÁZQUEZ (El *favor debitoris* en el Derecho español, *cit.*, 850), en la que citando a DE CASTRO [(1961) Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, *ADC*, 339 y 340)], recoge la tendencia en el campo de la contratación de proteger al más débil, acudiendo en su ayuda el *favor debitoris*.

¹⁹ La extensión de la regla de protección al débil a supuestos no prevenidos, exigirá el concurso de la jurisprudencia. En todo caso, hay que señalar de este artículo dos extremos: uno, que en los preceptos que reseña como evidencias del *favor debitoris*, no se localizan los relativos a la novación; dos que parece dudar de la existencia de un principio general a favor del deudor, tratándose de una deducción de la equidad. A todo ello se añade que, en todo caso, se trata de una regla o de un adagio fundado en consideraciones de equidad. En palabras de DE CASTRO «las reglas jurídicas no tienen en sí un valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica, aunque sirven a veces de vehículo a un auténtico principio de Derecho y son recogidas por la jurisprudencia» (*Derecho Civil de España*, I, *cit.*, 433 y 434).

²⁰ Con todo, es un lugar común recurrir a esta regla para el estudio de diversos aspectos relacionados con las obligaciones y con los contratos, así ESTRADA ALONSO valora el principio del *favor debitoris* en el Derecho común, si bien el análisis lo utiliza para justificar el rechazo a la figura de la fianza abstracta (*vid.*, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, cit., 93). Al fin y al cabo la fianza abstracta supone una ventaja del acreedor y del fiador frente al deudor; ventaja que en su opinión contraría el principio del *favor debitoris*. CARRASCO PERERA señala que son, precisamente, «los fiadores profesionales los primeros interesados en la prestación de garantías personales no accesorias». «El interés lógico del fiador profesional no es, por tanto, poder aprovecharse de las defensas y objeciones que frente al acreedor pudiera utilizar el deudor; sino, muy al contrario, desatenderse de semejantes extremos y pactar con el deudor que el riesgo de un pago 'indebido' al acreedor repercuta enteramente sobre el deudor; que no podrá oponerle dichas objeciones en vía de regreso. De esta forma el fiador desplaza sobre las partes de la relación básica no solo el coste de inseguridad (sobre si la prestación está o no correctamente cumplida), sino las cargas asociadas a la promoción de un litigio» [(1992), *La Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 10]. GAVIDIA SÁNCHEZ, no hace referencia al denominado «principio» del *favor debitoris*, sino que, haciendo abstracción de la discusión doctrinal de si el *favor debitoris* es en sí un principio o no es más que una deducción de la equidad, analiza las reglas previstas para la protección del deudor; como tercero que es del contrato de cesión de créditos. En todo caso, hay que destacar que utiliza las mismas categorías aplicadas para el análisis del sistema alemán de cesión de créditos [*vid.*, (1991), «Sistemas germánicos de cesión de créditos II», *ADC*, tomo XLV, II, abril-junio, 1991, 535 a 551] y quizá haya que cuestionarse sobre la validez o no de la aplicación de categorías jurídicas ajenas sin mayor crítica (a su vez, *vid.*, GARCÍA NAVARRO, la cesión de créditos]. Por su parte, DURÁN RIVACOBÁ, encarna en las previsiones del 1476 del Código civil, uno de los supuestos en que el legislador liberal decimonónico protege a la parte más desfavorecida [*vid.*, (2002), *Evicción y Saneamiento*, 208].

²¹ De entre los autores que defienden la inexistencia de este principio, destaca ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de Derecho de obligaciones*, cit., 65.

²² *Vid.*, la formulación del *in dubio pro debitore*, en el artículo 59 del Código de comercio, «si se originaren dudas que no puedan resolverse con arreglo a lo establecido en el artículo 2 de este Código, se decidirá la cuestión a favor del deudor», previsión esta en sede de disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Por su parte, el párrafo primero del artículo 1289 del Código civil, establece un principio favorable no a la liberación sino a la reciprocidad de intereses: «cuando fuere absolutamente imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre las circunstancias accidentales del contrato y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses» la Ley 490.3 del Fuero Nuevo («los pactos se presumirán en favor del deudor, salvo que esta presunción resulte contraria a la naturaleza o circunstancias del acto»), así como sus coincidencias con el § 271.2 del BGB.

²³ Como ya expresó RICO PÉREZ en su análisis sobre la conducta recíproca que se adeudan acreedor y deudor, «se pensaba que era de interés para el acreedor tener un deudor más solvente y honrado, de mejor conducta que otro, y no es indiferente al deudor tener un acreedor más compasivo, menos riguroso que otro» (*La conducta de las personas en el Derecho Civil*, Segovia, 1973, 220).

²⁴ *Vid.*, BERCOVITZ, Introducción al Código civil, para la edición del Código civil preparada por Ediciones Tecnos.

²⁵ En todo caso secundando la inoponibilidad, según RAGEL SÁNCHEZ se trataría de «la facultad específica concedida por la ley a una persona, por el hecho de ser ajena a una actuación perfectamente válida, para que, sin necesidad de impugnarla, puedan actuar en defensa de sus intereses como si tales actos no se hubieran producido» (*Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Valencia, 1994, 244; *vid.*, el discurso de la toma de posesión como académico de número de PAU PEDRÓN, *Esbozo de una teoría general de la inoponibilidad*, leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 15 de enero de 2001).

²⁶ Vid., VATTIER FUENZALIDA «... debe inspirarse en el *Sozialmodell*, de modo que se traduzca en una sustancial mejora técnica en la protección de las partes débiles» («Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad Europea», *cit.*, 230).

²⁷ Sobre este extremo, Díez-PICAZO recoge el caso italiano afirmando que «el código civil italiano representa una cierta comercialización del Derecho Civil, de manera que, especialmente en el Derecho de obligaciones y contratos, se abandona el punto de vista de *favor debitoris*, por una mayor consideración de los derechos del acreedor, que es favorecedora del progreso económico» [(1992) Codificación, descodificación y recodificación, *ADC*, 483].

²⁸ Vid., el nuevo epígrafe que incluye en la actualización de CASTÁN, *cit.*, 532 y sigs.

²⁹ Vid., ESTRADA ALONSO, *Las garantías abstractas en el tráfico civil y mercantil*, *cit.*, 93. Por lo que al precepto se refiere, este dice «el juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadores respecto de los derechos y obligaciones de las partes».

³⁰ El artículo 11 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, «cuando el concedente de un crédito ceda sus derechos a un tercero, el consumidor tendrá derecho a oponer contra el tercero las mismas excepciones que le hubieren correspondido contra el acreedor originario, incluida, en su caso, la de compensación, conforme al artículo 1198 del Código civil». Por su parte, *vid.*, POUS DE LA FLOR, «Crédito al consumo», DÍAZ-AMBRONA (Dir.) *Derecho Civil Comunitario*, 299 y sigs.

³¹ Vid., *supra*.

³² En este sentido, MESSINEO en los años cuarenta ya hacía mención expresa a este punto (*vid.*, *Doctrina general del contrato*, I, *cit.*, 20 y 21).

³³ Vid., LASARTE ÁLVAREZ, El principio *pro consumidor* del artículo 51 de la Constitución, Libro homenaje ALBALADEJO, 2005.

³⁴ En este sentido, en el BGB se advierte, de conformidad a las Directivas comunitarias que vendrá ineficaz la condición general cuando dicha cláusula en los contratos de compraventa, de prestación de servicios o de obra, un tercero ocupe o pueda ocupar la posición del predisponente en los derechos y obligaciones derivados del contrato, salvo que la en la cláusula se designe nominalmente al tercero o se reconozca a la otra parte el derecho a desistir del contrato (según la traducción de VIVES MONTERO quien por cierto intitula este párrafo como novación subjetiva cuando el término empleado por el reformador del BGB se limita al del cambio de las partes contractuales [*vid.*, VIVES MONTERO (2002), Traducción de la Reforma 2002 del BGB, *ADC*, LV, III, 1251]).

³⁵ En todo caso, el Derecho del consumo como tal no es sino Derecho civil ya que, en definitiva, y como ha hecho el legislador alemán, ha de evitarse el derecho estamental que parece que fue tónica general en el Siglo XX y abogar por su integración plena en el ordenamiento ordinario (sobre la integración del consumo en el BGB, *vid.*, ALBIEZ DOHRMANN, Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB, *cit.*, 1141 y 1143).

³⁶ Vid., GAVIDIA SÁNCHEZ, *La cesión de créditos*, *cit.*, 222.

³⁷ Vid., ZURILLA CARINANA (2009), Comentario al artículo 640 del Código civil, *Grandes Tratados*, Aranzadi.

³⁸ Vid., RIVERO HERNÁNDEZ (2016), Constitución de usufructo con cláusula de reversión, *Estudios y Comentarios Legislativos. Usufructo, Uso y Habitación*, Editorial Civitas: «Por lo que respecta al tercero favorecido (reversionista), solo adquiere su derecho por su aceptación (*invito beneficium non datur*) y por la ocurrencia del hecho condicionante, siempre que no haya habido revocación o modificación del régimen de la reversión. Si esta se halla sometida a condición, solo será eficaz la aceptación cuando se cumpla la condición. La aceptación antes de que se cumpla el efecto reversional (también posible) tiene particular trascendencia en el caso de que la donación reversional esté sometida a plazo. Cfr. STS 543/2009, de 15 de julio. Las cargas, limitaciones y reversiones en favor de tercero —ha dicho la RDGRN de 25 de febrero de 1992 (aun referida a donación con reserva de usufructo, cuyo régimen generaliza a los casos de reversión)—, se reflejan como límites de las facultades del adquirente, pero hasta que no conste la aceptación del beneficiario de tales cargas “no resulta que ese tercero ya haya adquirido derechos y sí resulta, en cambio, que todavía la carga depende de la decisión del donante”».

³⁹ «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente». En definitiva, la lectura *sensu contrario* autoriza a que el deudor que no se hubiese opuesto a la cesión podrá oponer al nuevo acreedor la compensación que le correspondería contra el antiguo.

⁴⁰ «El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor».

⁴¹ «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

⁴² Artículo 149. El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.— El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo.— El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente (el primer párrafo modificado por el artículo 11.3 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

⁴³ El antiguo Código civil argentino, en su artículo 817 sobre la equívoca novación subjetiva activa declaraba que: «habrá novación por sustitución de acreedor, en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor; el contrato entre el acreedor precedente y el que lo sustituye. Si el contrato fuese hecho sin consentimiento el deudor no habrá novación sino cesión de derechos» (por otra parte, este era el Código adoptado por Paraguay hasta la entrada en vigor del propio). *Id.*, la obra citada *ut supra*, sobre la actualización en este punto.

⁴⁴ Por su parte, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 408 declara sobre el tratamiento procesal de la alegación de la compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, lo siguiente: «1. Si, frente a la pretensión actora de condena al pago de cantidad de dinero, el demandado alegare la existencia de crédito compensable, dicha alegación podrá ser controvertida por el actor en la forma prevenida para la contestación a la reconvencción, aunque el demandado solo pretendiese su absolución y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar. 2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Letrado de la Administración de Justicia contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. 3. La sentencia que en definitiva se dicte habrá de resolver sobre los puntos a que se refieren los apartados anteriores de este artículo y los pronunciamientos que la sentencia contenga sobre dichos puntos tendrán fuerza de cosa juzgada».

⁴⁵ *Id.*, (1994), *Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: La inoponibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 13; *id.*, también, PAU PEDRÓN, *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*. Discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, enero de 2001. En el caso de la cesión de créditos, sí es posible que la verificada por el acreedor con un nuevo sujeto activo, con desconocimiento del deudor, sea inoponible para este, en el único sentido de la previsión normativa de la Ley Hipotecaria, de que el pago realizado por el deudor al antiguo acreedor, al no habersele notificado la alteración de la titularidad activa del crédito, será válido.

⁴⁶ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ (2008), *La hipoteca de constitución unilateral*, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Editorial Aranzadi. Por aplicación del principio *invito beneficium non datur*, el derecho de hipoteca no puede ser adquirido sin su aceptación. La hipótesis está expresamente prevista en la hipoteca del artículo 154 LH, que podrá ser cancelada por la entidad emisora si se acredita la falta de aceptación de los títulos y, consecuentemente, de la hipoteca accesoria (art. 156.IV LH), 474 nt. 95.

⁴⁷ LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., 145.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de enero de 1983.

⁴⁹ FLORENSA I TOMÁS recoge dos reglas del Derecho romano clásico a las que da aplicación en el caso de la condonación y que resultan también indirectamente en el caso

del cambio de deudor no querido por el deudor: No se da beneficio alguno a quien no lo quiere, [D.50.17.69 (*Paul., de adsig. Libert* 9)]; No se puede adquirir una donación si no se quiere [D.39.5.19.2 (*Ulp. 76 ed*)] (vid., *La condonación de la deuda en el Código civil. (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, cit., 165). También vid., FUENTESECA, *La condonación de deudas*, Madrid, 2003 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, 1986. *La renuncia a los derechos*, Madrid.

⁵⁰ En este punto, la doctrina contemporánea a la entrada en vigor del Código civil español, fundándose en los principios romanos (GAYO, D.46.3.53 y POMPONIO D.46.3.23) sostenía que la condición del que ignora y aun del que no quiere, puede ser mejorada (vid., BOFARULL, *op. y loc. cit.*).

⁵¹ (D.46.3.23).

⁵² En el mismo sentido, GAYO D.46.3.53, *solvere pro ignorante et invito cuique licet*, o la mejora de la posición de alguien incluso contra su voluntad.

⁵³ Vid., el pago efectuado por un tercero y su reputación como donación en el Código civil portugués.

⁵⁴ (L. 8, &5, tít. 2, lib. 46 Dig.: L.53, tít. 3, lib. 46 Dig.) (vid., *Código civil español, según la Novísima edición oficial, anotado y concordado con la anterior legislación y jurisprudencia española y los Códigos extranjeros, II*, cit., 364).

⁵⁵ Vid., (1996), *La condonación de la deuda en el Código civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 165 y sigs.

⁵⁶ Vid., *Principios de Derecho civil*, 2, cit., 200.

⁵⁷ Vid., MADRIDEJOS SARASOLA (1961), La cesión de créditos, *RDN*, IX, XXXII, 395 y GIORGANNI (1968), *La obligación*, Milano, Giuffrè, 69.

Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo *

Brief statement of the status quaestionis of the early termination clause, pending the TJUE judgement that resolves the question referred by the Supreme Court

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: La cláusula de vencimiento anticipado permite al acreedor activar la ejecución hipotecaria ante el impago de alguna/s cuotas de amortización del préstamo hipotecario. El canon para determinar su abusividad fue establecido por la STJUE de 14 de marzo de 2013, cuya doctrina ha sido reiterada en ulteriores resoluciones del TJUE. A pesar de que el TJUE ha establecido que una cláusula declarada abusiva debe ser eliminada del contrato sin posibilidad de integración, el Tribunal Supremo español ha fijado una jurisprudencia según la cual, si el ejercicio que ha hecho el acreedor hipotecario, en el caso concreto, del vencimiento anticipado, no es abusivo en los términos fijados por el TJUE, podría continuar la ejecución hipotecaria, por considerarse favorable para el deudor, pese a que el control abstracto de la cláusula ha determinado su abusividad y consiguiente nulidad. Esta jurisprudencia, sin embargo, es considerada contraria a la doctrina del TJUE por diversos órganos judiciales españoles que han planteado cuestiones de prejudicialidad en tal sentido. El propio TS ha planteado una cuestión prejudicial sobre la posible aplicación de la *blue pencil rule* a la cláusula de vencimiento anticipado, lo que permitiría una nulidad parcial solo de los elementos de la misma considerados abusivos. E, igualmente, inquiriere sobre la compatibilidad de su doctrina jurisprudencial, a la que nos hemos referido antes, con la jurisprudencia comunitaria, sobre la base de las ventajas exclusivas que el procedimiento ejecutivo hipotecario ofrece al deudor, lo que justificaría integrar el contrato con la norma del artículo 693.2 LEC, continuando la ejecución iniciada.

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS, Catedrática de Derecho civil de la UCM.

ABSTRACT: *The early termination clause allows the creditor to activate foreclosure in the event of non-payment of any mortgage loan repayment installments. The canon to determine its abuse was established by the STJUE of March 14, 2013, whose doctrine has been reiterated in subsequent resolutions of the CJEU. Although the CJEU has established that a clause declared abusive must be eliminated from the contract without possibility of integration, the Spanish Supreme Court has established a case law according to which, if the exercise that the mortgagee has made, in the specific case, of the early expiration, is not abusive in the terms set by the CJEU, could continue the foreclosure, because it is considered favorable to the debtor, although the abstract control of the clause has determined its abuse and consequent nullity. This jurisprudence, however, is considered contrary to the doctrine of the CJEU by various Spanish judicial bodies that have raised prejudicial questions in this regard.*

The TS itself has raised a prejudicial question on the possible application of the blue pencil rule to the early termination clause, which would allow a partial nullity only of the elements considered abusive. And, equally, it inquires about the compatibility of its jurisprudential doctrine, to which we have referred before, with the Community Jurisprudence, on the basis of the exclusive advantages that the executive mortgage procedure offers to the debtor, which would justify integrating the contract with the norm of art. 693.2 LEC, continuing the execution started.

PALABRAS CLAVE: Vencimiento anticipado. Ejecución hipotecaria.

KEY WORDS: *Early termination clause. Mortgage Florecosure.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO LEGAL DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO CON ANTERIORIDAD A LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013.—III. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ABUSIVAS DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA.—IV. VALORACIÓN DEL CONCRETO EJERCICIO DE LA FACULTAD DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA Y CONTINUACIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: 1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 2 DE SANTANDER Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015. 2. LA STS (PLENO) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015. 3. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO A LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015.—V. LA STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017.—VI. EL AUTO DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 2017, DE PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—VII. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018: 1. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17. 2. CONCLUSIONES A LOS ASUNTOS C-92/16 Y C-167/16. 3. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-486/16.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de vencimiento anticipado es el mecanismo de activación de las ejecuciones hipotecarias. Muchas de estas ejecuciones se encuentran en la ac-

tualidad suspendidas a la espera de un pronunciamiento del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial sobre los efectos de la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, planteada por el Tribunal Supremo en auto de 8 de febrero de 2017. El Abogado General ante el TJUE ya ha emitido sus Conclusiones instando al TJUE a mantener su doctrina sobre la imposibilidad de integración. A la espera de dicha STJUE, ofrecemos una exposición del estado de la cuestión desde el punto de vista legal y jurisprudencial, teniendo en cuenta la jurisprudencia emanada del TJUE y la emanada de nuestros Tribunales.

II. MARCO LEGAL DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO CON ANTERIORIDAD A LA STJUE DE 14 DE MARZO DE 2013

La cláusula de vencimiento anticipado aparece regulada en el artículo 693.2 LEC, como un pacto de posible agregación a un contrato de préstamo hipotecario que debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad para poder abrir el proceso de ejecución (art. 130 LH)¹.

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, *Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, el artículo 693.2 LEC señalaba: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

Aunque a veces impropiaamente se ha hablado de que este pacto es similar a la condición resolutoria expresa, realmente son pactos diversos, pues «el vencimiento anticipado presupone la eficacia del contrato, siendo la restitución una consecuencia de la pérdida del beneficio del plazo por parte del deudor, mientras que, por el contrario, la resolución origina la ineficacia sobrevenida del contrato, que es el motivo de la restitución»^{2, 3}.

En efecto, el contrato de mutuo o simple préstamo (a diferencia del préstamo de uso o comodato) es un contrato que transmite la propiedad de la cosa prestada; que recae sobre dinero u otros bienes fungibles (art. 337 CC) y que requiere de la entrega de la cosa para su perfección (contrato real), siendo unilateral (el prestatario, único obligado, debe devolver otro tanto de la misma especie y calidad y, en su caso, pagar intereses si se pactó. De hecho, el contrato es naturalmente gratuito, salvo pacto en contra [art. 1755 CC]). Además «se trata de un contrato de duración temporal, pues, en su esencia, se halla que exista un término [plazo de ejecución] dentro del cual deberá realizarse la restitución»⁴.

De acuerdo, pues, con el artículo 1125 del Código civil, la obligación de devolución del capital solo será exigible cuando llegue el día fijado como término de ejecución y este plazo se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, si el préstamo es oneroso, o sea, devenga intereses (art. 1127 CC). Si bien el artículo 1129 del Código civil regula una serie de situaciones en que el deudor pierde el beneficio del plazo (causas de vencimiento legal de la obligación), no existe precepto legal alguno en el Código civil que contemple expresamente la posibilidad de pacto de vencimiento anticipado. No obstante, la jurisprudencia (STS de 7 de febrero de 2004 y 12 de diciembre de 2008), lo ha considerado admisible sobre la base del artículo 1255 del Código civil⁵.

Si el préstamo de dinero lleva aneja como accesoria una garantía real hipotecaria, este pacto de vencimiento anticipado tiene trascendencia jurídico-real,

pues permite el ejercicio de la acción real hipotecaria (arts. 128 y 129 LH). De ahí que tal pacto deba inscribirse en el Registro de la Propiedad (art. 130 LH en relación con el art. 12 LH), siempre que pase el control de la calificación registral, pues cuando el prestatario es un consumidor, tal pacto no podrá constituir una cláusula abusiva (art. 18 LH).

Con base en la redacción del artículo 693.2 LEC que hemos reproducido antes, y que constituye una norma de derecho dispositivo, supeditada su aplicación a la existencia del pacto y la inscripción registral, las escrituras de préstamo hipotecario solían incorporar una cláusula de vencimiento anticipado en caso de impago de una sola cuota de amortización del préstamo, cuando el plazo de vida del préstamo podía extenderse durante 20 años o más (llegando a 35 o 40 años).

Si bien la Ley Hipotecaria pienso que contempla un modelo de préstamo cuyo capital se reembolsa al final del plazo concedido al deudor, devengando mientras tanto el préstamo, en su caso, intereses anuales (arg. ex arts. 114 y 115 LH), la práctica habitual bancaria en los préstamos para adquisición de vivienda es establecer un cuadro de amortizaciones con cuotas mensuales, trimestrales ... mediante las cuales se va amortizando parte de capital e intereses en cuantía diversa en función del momento de la vida del préstamo.

El artículo 693.1 LEC establecía originariamente (al regular ahora la LEC 2000 la ejecución especial hipotecaria) que:

«Lo dispuesto en este capítulo [Cap. V, del Título IV, del Libro III de la LEC, «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralados»] será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si venciére alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha».

Es decir, en ausencia de vencimiento anticipado legal o pactado, el artículo 693.1 LEC preveía la ejecución hipotecaria por las cuotas impagadas, una sola incluso (o por los intereses anuales devengados e impagados) con subsistencia de la hipoteca tras la enajenación forzosa, siempre que se hubiese hecho constar en el Registro tal estipulación⁶. Exigencia esta última derivada del principio hipotecario de especialidad. El comprador en subasta compra entonces con la carga de la hipoteca (responsabilidad real hipotecaria), pero el prestatario sigue vinculado con la entidad crediticia, por lo que su patrimonio presente y futuro responde del cumplimiento del préstamo (siguientes vencimientos), de acuerdo con los artículos 1911 del Código civil y 105 LH.

A falta de constancia en el Registro de la Propiedad de la estipulación mencionada en el artículo 693.1 LEC, el acreedor solo podría exigir del deudor las cantidades adeudadas, que van venciendo, por ejemplo, mediante un procedimiento monitorio (arts. 812 y sigs. CC), o mediante una ejecución ordinaria basada en la escritura de préstamo hipotecario (título ejecutivo según el art. 517.4.º LEC, en relación con los arts. 549.1.2.º y 572.2, 573, 574 y 575 LEC), siendo aplicable también el artículo 578 LEC.

El pacto, pues, de vencimiento anticipado es un pacto que concede al acreedor una posición ventajosa (puede reclamar la totalidad del capital pendiente de vencimiento) en relación con el Derecho aplicable a falta de tal pacto⁷.

III. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ABUSIVAS DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

La Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas señala en su artículo 3:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, *contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*».

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión».

La STJUE de 14 de marzo de 2013 sentó unos criterios para que los jueces españoles pudiesen dar contenido a los conceptos de buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor. En este sentido indicó que «para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, *las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido*. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica *menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente*. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas».

Hay que recordar a este respecto que con anterioridad a la STJUE de 14 de marzo de 2013 y a la Ley 1/2013, el deudor solo podía cuestionar la abusividad del vencimiento anticipado en un proceso declarativo que no suspendía el procedimiento ejecutivo hipotecario (art. 698 LEC). La anotación preventiva de demanda de nulidad se cancelaba en todo caso en virtud del mandamiento de cancelación de cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta (art. 133 LH), salvo el supuesto en que se hubiese anotado la demanda de nulidad en el Registro de la Propiedad antes de practicarse la nota marginal acreditativa de la expedición de certificación de dominio y cargas (art. 131 LH), supuesto residual en que estando cuestionado el título ejecutivo por el deudor hipotecario, la acción de nulidad podía afectar al rematante o adjudicatario en la subasta. Es decir, declarada, en su caso, la nulidad de la cláusula que abría la ejecución, el deudor podría recuperar el bien indebidamente ejecutado.

La STJUE de 14 de marzo de 2013 señalaba también que «en lo que se refiere a la cuestión de *en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe»*, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto *si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*».

A continuación el TJUE, citando el artículo 4.1 de la Directiva, afirmaba que «el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración... De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también *las consecuencias que dicha cláusula puede tener en*

el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional...».

«...En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una *obligación que revista carácter esencial* en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Desde la STJUE de 14 de marzo de 2013, por lo tanto, los criterios para la calificación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado habían quedado fijados.

En este contexto, el legislador modificó el artículo 693 LEC, a través de la Ley 1/2013, pasando a tener la siguiente redacción:

«1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

Posteriormente, la Ley 19/2015 dio nueva redacción a estos párrafos para precisar la necesidad de la inscripción de la estipulación (art. 693.1 LEC) o del pacto de vencimiento anticipado (art. 693.2 LEC) en el Registro de la Propiedad:

«1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el notario en la escritura de constitución y por el registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha.

2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos,

tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo.

IV. VALORACIÓN DEL CONCRETO EJERCICIO DE LA FACULTAD DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR LA ENTIDAD PRESTAMISTA Y CONTINUACIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 2 DE SANTANDER Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015

Dada la STJUE de 14 de marzo de 2013, así como la reforma operada en la LEC por la Ley 1/2013 (que introdujo la posibilidad de que el deudor alegase en el procedimiento la existencia de cláusulas abusivas), y teniendo presente la disposición transitoria primera y cuarta, que dotaban de efectos retroactivos a la reforma en su integridad, las entidades financieras, ajustaron su praxis a los parámetros del artículo 693.2 LEC exigiendo el vencimiento anticipado y abriendo la ejecución (o intentando mantenerla abierta) cuando se hubiesen producido impagos de al menos tres cuotas mensuales de amortización del préstamo, aun cuando en el contrato (sujeto a condiciones generales de la contratación, una de las cuales era precisamente el vencimiento anticipado por impago de «cualquier» cantidad o de una sola cuota) la cláusula de vencimiento anticipado estuviese redactada en términos abusivos, lo que o bien, podía ser apreciado de oficio por el juzgador o bien podía ser alegado por el deudor (*cfr.*, disp. transitoria 4.^a.2)⁸. *Esta situación fue la que dio origen precisamente a que el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander planteara una cuestión prejudicial al TJUE, preguntando si la Directiva 93/13 debía interpretarse en el sentido de que cuando un juez nacional hubiese constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre profesional y consumidor, la circunstancia de que tal cláusula no hubiera llegado a aplicarse [dada la praxis seguida por la entidad financiera] no se opondría por sí sola a que el juez nacional dedujese todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la mencionada cláusula.* Esto es, el juzgador español preguntaba ahora al TJUE sobre los efectos que debía tener en el procedimiento de ejecución hipotecaria la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de amortización, aun cuando la entidad financiera no hubiera solicitado el vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota.

El TJUE por auto de 11 de junio de 2015 resolvió la cuestión indicando que «a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la misma Directiva, *no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica*»^{9, 10}.

O dicho de otro modo, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*».

A este respecto conviene recordar que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 preceptúa que: «Los Estados miembro establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Es decir, el efecto o consecuencias previstas para la abusividad por la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE es la eliminación de la cláusula abusiva del contrato *sin posibilidad de integración*, manteniéndose el contrato en los mismos términos, si este puede subsistir sin la cláusula nula. De hecho, el legislador español modificó el artículo 83 TRLGDCU en este sentido¹¹.

2. LA STS (PLENO) DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Sin embargo, la STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 interpretó de diverso modo las prerrogativas del juez nacional. El Alto Tribunal comienza señalando que en términos generales, su jurisprudencia no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, citando como preceptos legales sustentadores de las mismas los artículos 1124 y 1129 del Código civil y el artículo 693.2 LEC. Ahora bien, señala, es preciso que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista (art. 1256 CC y STS de 9 de marzo de 2001, 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009). Esta última resolución reconoció la mencionada validez sobre la base del artículo 1255 del Código civil, *cuando concurriese justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo*. Para el Alto Tribunal la STJUE de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, habría considerado que tal cláusula no es abusiva *per se*, sino que puede considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso y debiendo comprobar el juez especialmente los parámetros señalados por el TJUE en dicha sentencia para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado en particular.

Partiendo de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que la cláusula enjuiciada, que permitía la resolución del contrato por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada abusiva, *dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Y sienta la siguiente doctrina: «ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia...»*. Igualmente en relación con el efecto de la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado el TS considera que *sería inadecuado que la declaración de abusividad determinara siempre el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria pues no sería evidente que ello fuese en todo caso más favorable al consumidor*. Habría que tener en cuenta que en el seno de la misma se ofrece el remedio enervatorio del artículo 693.3

LEC; la posibilidad de condonación parcial prevista en el artículo 579 LEC y la previsión de que el valor de tasación a efectos de subasta no sea inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Estas especialidades propias de la vía ejecutiva hipotecaria no serían aplicables si se sobreseyera este procedimiento especial de ejecución y el acreedor hubiera de recurrir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual haciendo uso del artículo 1124 del Código civil. «De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor». Y por otro lado, el cierre de la vía ejecutiva obstaculiza la efectividad de la garantía real. Procedería pues, no el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria (como consecuencia de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado) sino una integración del contrato sobre la base del artículo 693.2 LEC.

En nota de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2016 el TS, aclarando esta sentencia indicó: «si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo *incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este procedimiento... La nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la LEC (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) y el tribunal valora además, en el caso concreto, que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado no está justificado en función de los criterios fijados por el TJUE: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo y la posibilidad real que el consumidor haya tenido de evitar las consecuencias del vencimiento anticipado*»¹².

En este mismo sentido, el AAP de Pontevedra, sección 1.^a, de 30 octubre de 2015, señaló: «...la reforma legal [del art. 693.2 LEC] no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto legal se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide *ex lege*, el vencimiento anticipado, pero no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible de control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial [del TJUE] de que el [incumplimiento]... “tiene carácter suficientemente grave con relación a la duración y a la cuantía del préstamo”».

En definitiva, el Tribunal Supremo entendería, que abstracción hecha de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, es preciso valorar el ejercicio concreto que del vencimiento anticipado hace la entidad financiera en el proceso de ejecución hipotecaria, y si tal ejercicio respeta los parámetros establecidos por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013, puede seguirse adelante la ejecución hipotecaria dado que dicho proceso conlleva ventajas para el deudor.

En su momento entendí que el principal beneficio que obtenía el deudor si continuaba el procedimiento de ejecución hipotecaria era evitar la aplicación del artículo 693.1 LEC, es decir, una ejecución hipotecaria solo por el impago de las cuotas vencidas. Así como evitar el riesgo en esa ejecución de que la vivienda se adjudicase por una cantidad mínima en relación al valor de esta (art. 670.4.3.º LEC), aparte de seguir vinculado obligatoriamente con el acreedor, y por lo tanto, sujeto su total patrimonio al pago de la deuda (art. 1911 CC), ya que la doctrina entiende que es cuestionable la vigencia del artículo 127.2.º LH. Este artículo disponía que «si el comprador no quisiera la finca con la carga de la

hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes»¹³. Por ello consideré posible una integración *pro consumatore*, sobre la base del artículo 693.2 LEC, en línea con la jurisprudencia del TS¹⁴. No obstante, esta interpretación tenía sus debilidades, las cuales han sido puestas de manifiesto por el Abogado General ante el TJUE, Sr. Maciej Szpunar, en sus conclusiones presentadas el 13 de septiembre de 2018, como más adelante explicaremos.

3. EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO A LA STS DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

La STS de 23 de diciembre de 2015 (Pleno), contiene un Voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO. En el Voto, el magistrado expresa su convicción de que la doctrina jurisprudencial sentada por el TS a favor de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC desnaturaliza el control de abusividad y neutraliza su función al suponer una integración de la cláusula declarada abusiva (que se sustituye por la aplicación del art. 693.2 LEC), contraria a la doctrina del TJUE. La STJUE de 30 de abril de 2014 solo habría autorizado excepcionalmente la integración del contrato por una disposición supletoria de Derecho nacional, cuando dicha integración, *afectante a un elemento esencial del contrato, fuese necesaria para permitir la subsistencia del mismo* en beneficio de los intereses del consumidor. La integración realizada por el TS solo operaría en beneficio de la entidad bancaria, pues el despacho de la ejecución comporta la consecuencia más adversa posible para el consumidor. El régimen de ineficacia derivado del control de abusividad constituye un elemento del concepto de orden público económico. El TJUE tiene declarado reiteradamente que el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. Según el mandato del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, que ordena al juez nacional que «deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», no cabe otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada. Por otro lado, el pacto de vencimiento anticipado y su reflejo en la escritura de constitución de hipoteca constituyen presupuestos de la aplicación del artículo 693.2 LEC. Si tal pacto ha sido calificado de nulo, se carece entonces de título de ejecución. Este planteamiento se integraría dentro de la doctrina consolidada del TJUE, que ya ha sido aplicada por los tribunales españoles (AAP de Valencia, sección 9.^a, de 14 de julio de 2015; AAP de Zamora, sección 1.^a, de 29 de septiembre de 2015, AAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 27 de noviembre de 2015). Una cosa es que el artículo 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado en la escritura el reconocimiento al acreedor de la facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito y que el pacto se inscriba en el Registro de la Propiedad como condición *sine qua non* para que aquel pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa distinta, que tal reflejo en el contrato sea un mero trasunto de una disposición legal. Tan no es así, que si tal pacto no se recoge en la escritura, el acreedor no tiene tal facultad. No cabe pues aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC, pues este no reconoce una facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito, a falta de pacto expreso. En el presente caso, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a la validez

del contrato principal de préstamo sino a la ejecución de su garantía (elemento accesorio) y el efecto de integración por vía de aplicación supletoria no favorece al consumidor, pues las ventajas o beneficios señalados por la sentencia en el caso de continuarse la ejecución hipotecaria, podrían ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de una obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime atendiendo a los principios de efectividad y de equivalencia en materia de consumidores y de acuerdo con los principios de buena fe y *favor debitoris*, que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria. El voto concluye señalando que «en virtud de todo lo razonado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ...infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva, y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla... Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva»¹⁵.

V. LA STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017

Esta sentencia resuelve el asunto C-421/14 Banco *Primus*, S.A. y Jesús GUTIÉRREZ GARCÍA. La petición de decisión prejudicial vuelve a ser planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, mediante auto de 10 de septiembre de 2014.

El 12 de junio de 2008, el Banco *Primus* concedió al Sr. Gutiérrez García un préstamo hipotecario sobre su vivienda por un plazo de 47 años (amortización en 564 cuotas mensuales). Impagadas siete mensualidades consecutivas, el Banco *Primus* declaró el vencimiento anticipado del préstamo e inició un proceso especial de ejecución hipotecaria el 23 de marzo de 2010. El Banco se adjudicó el bien por el 50% del valor de tasación inicial. El 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló un incidente extraordinario de oposición, invocando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado. A raíz de esta oposición, y tras suspender el lanzamiento, el órgano judicial planteó la cuestión prejudicial al TJUE de «si de conformidad con la Directiva 93/13, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional».

Tras reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en cuanto a los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13, y en particular al examinar la cláusula de vencimiento anticipado, el TJUE señala:

«Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima ...el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una dispo-

sición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693.2 de la LEC, *que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional*».

A esta cuestión prejudicial el TJUE responde que «por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible» (véanse, en particular, STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10; STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse* y de Man Garabito, C-488/11; STJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y 487/13).

«... Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter “abusivo”, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva, de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión» (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13).

«En estas condiciones, tal y como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula».

En consecuencia, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, *que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional*».

Por lo tanto, el TJUE considera que, verificado un control abstracto de la cláusula de vencimiento anticipado (omisión hecha de si se aplicó efectivamente o no), es imprescindible extraer todas las consecuencias jurídicas de tal calificación, aunque el profesional no la haya aplicado y haya respetado las previsiones del artículo 693.2 LEC, debiendo eliminarla del contrato, y por lo tanto, denegar

el despacho de la ejecución (art. 552 LEC) o acordar el sobreseimiento de la ejecución (arts. 695.1.4.^a y 3 LEC).

VI. EL AUTO DEL TS DE 8 DE FEBRERO DE 2017, DE PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

No obstante ser clara la doctrina jurisprudencial del TJUE en relación con los efectos a extraer de la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo, cuya doctrina discrepa de aquella como hemos visto, pues realiza una suerte de integración del contrato mediante la aplicación del artículo 693.2 LEC, ha planteado una nueva cuestión prejudicial por auto de 8 de febrero de 2017, en relación con el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

El Tribunal Supremo considera que «ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena» y que «aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario consumidor, y así parecieron entenderlo —aunque de manera no taxativa— la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/ C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y el auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), ello no tiene por qué ser necesariamente así», *dado que en el proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor (arts. 693.3, 579.2 y 682.2 LEC) que no se prevén en el proceso de ejecución ordinaria de sentencia firme dictada en el juicio declarativo, proceso este en el que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo también su vivienda habitual. Es por este motivo que el TS en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, «al enjuiciar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, ...declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales puedan ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor».*

No puede «afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato...

Aparte de la pérdida de estas ventajas, la apertura de un juicio declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, conforme al artículo 1124 del Código civil (facultad legal, no contractual), conllevará dos efectos perjudiciales adicionales para el consumidor: la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y

en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento.

Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos.

En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda, tendría que pagar todo».

Sentado lo anterior, el TS pregunta si sería posible realizar una declaración parcial de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, separando el elemento abusivo (relativo al número y entidad de los impagos que permiten su activación, como puede ser el impago de una sola cuota de amortización mensual del préstamo) de la parte no abusiva (relativa a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento) y si esta solución sería conforme con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Es decir, si puede circunscribirse «el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula». Se trata de tachar la parte ineficaz de la cláusula, y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, considerarlo válido y eficaz. Se trata de aplicar el *blue pencil test* en la manera en que lo hacen otros Tribunales Supremos de otros Estados miembro, como el Tribunal Supremo Federal alemán; no de integrar el contrato. La aplicación de este *blue pencil test*, daría lugar a una nulidad parcial, mediante la separación de la parte inadmisble de una cláusula, de la parte inadmisble, siempre que tal separación sea posible porque la parte ineficaz admita ser tachada sin que el sentido de la otra parte eficaz se resienta.

Junto a esta cuestión prejudicial, el TS formula una segunda relativa a la posibilidad de aplicar el artículo 693.2 LEC para integrar el contrato una vez apreciada la abusividad de la cláusula y expulsada del mismo. Se trataría de una solución alternativa a la anterior.

El TS señala que la jurisprudencia del TJUE ha permitido esta aplicación supletoria del Derecho nacional en los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obliga al juez a decretar la nulidad del contrato en su totalidad, quedando el consumidor expuesto a consecuencias que representan una penalización. Precisamente para la evitación de estas, se ha permitido sustituir la cláusula abusiva por la norma dispositiva nacional y así mantener la validez del contrato en beneficio del consumidor.

Para el TS una situación similar se plantearía si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en todo caso cerrara el proceso de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una especial gravedad, pues no puede considerarse que tal sobreseimiento sea en todo caso más favorable al consumidor. De ahí que el Alto

Tribunal pregunte al TJUE si sería conforme a la Directiva 93/13, una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado, y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC (incumplimientos superiores a tres meses), *valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios establecidos por la STJUE de 14 de marzo de 2013, y si la aplicación supletoria de una norma dispositiva nacional (art. 693.2 LEC), aunque determine el inicio o la continuación de la ejecución hipotecaria, resulta más favorable al consumidor que sobreseer dicho procedimiento y permitir al acreedor instar la resolución del contrato o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución hipotecaria reconoce al consumidor.*

VII. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018

1. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17

El Asunto C-70/17 tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el TS en auto de 8 de febrero de 2017. El Asunto C-179/17 tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona.

Estos dos Asuntos y los Asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16 fueron sometidos a un tratamiento coordinado por el TJUE, al versar todos ellos sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, manifiesta sus dudas sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del TS sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que hemos explicado antes, con la Directiva 93/13 (arts. 6 y 7) ya que no parece tener en cuenta que el artículo 1124 del Código civil «no es aplicable al contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la entrega del dinero y que, por ello, solo genera obligaciones para el prestatario y no para el prestamista (acreedor), *con lo que, de seguirse esta doctrina del mismo Tribunal Supremo en el proceso declarativo, el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y ya no podría sostenerse que la continuación de la ejecución hipotecaria le resultase más beneficiosa*». Y por otro lado, si se aplicara el artículo 1124 del Código civil (porque el TS admitiera que se aplicara este artículo a los contratos de préstamo), el órgano judicial que conociese del proceso declarativo podría aplicar la previsión del mismo artículo 1124 del Código civil, según la cual «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo», lo que sería relativamente probable especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave, ya que los contratos de préstamo para la adquisición de viviendas tienen duraciones prolongadas (20 o 30 años). Todo lo cual hace dudar de que continuar la ejecución hipotecaria aplicando el artículo 693.2 LEC de forma supletoria sea más beneficioso para el consumidor que el sobreseimiento del procedimiento. Finalmente, el artículo 693.2 LEC solo sería aplicable si existe un pacto válido inscrito en el Registro, condición que no concurre por definición si la cláusula es declarada nula, por lo que no parece posible tal aplicación supletoria, improcedente además, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, porque el contrato puede subsistir sin la cláusula nula.

A las cuestiones planteadas, el Abogado General responde en sus conclusiones indicando, primeramente, que el Tribunal Supremo (en su auto de 8 de febrero de 2017) y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona han presentado una interpretación distinta (no coincidente) del marco jurídico nacional controvertido.

En segundo término, el Abogado General recuerda que en el proceso de control de las cláusulas abusivas por el juez nacional se distinguen dos fases: la calificación como abusiva de la cláusula contractual y la deducción de las consecuencias de tal calificación.

En relación con la calificación, la sentencia *Aziz*, reiterada por la sentencia *Primus*, habrían precisado los elementos que el juez nacional debe tener en cuenta en el examen del carácter abusivo de esta cláusula. Además el TJUE habría precisado también que para la valoración del carácter abusivo de la cláusula, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional debe situarse en el momento de la celebración del contrato, no en el momento de la ejecución del contrato, apreciando las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato (lo que implica un examen del sistema jurídico nacional).

En relación con la deducción de las consecuencias de tal calificación, el Abogado General señala que «la regla general, bien consolidada en reiterada jurisprudencia del TJUE y que refleja el contenido del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13, consiste en que el juez nacional está obligado a *inaplicar una cláusula abusiva*. Hasta el momento, esta regla solo conoce una excepción», la STJUE de 30 de abril de 2014. Los jueces nacionales estarían obligados a dejar sin aplicar la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida, en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea *jurídicamente* posible. El artículo 6 de la Directiva 93/13 constituye una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, el consumidor, trata de reemplazar el equilibrio formal que tal contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas.

La excepción a esta regla, sentada en la STJUE de 30 de abril de 2014, surge cuando el contrato no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva. Entonces el juez nacional puede aplicar una disposición supletoria de Derecho nacional para sustituir dicha cláusula y mantener el contrato, siempre que con ello se pretenda evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales derivadas de la ineficacia del contrato.

En cuanto a la aplicación de la *blue pencil rule* o *blue pencil test*¹⁶, o fraccionamiento de la cláusula abusiva para dar lugar a una nulidad parcial de la parte inválida, manteniendo el resto de la cláusula siempre que sea gramaticalmente inteligible, tenga sentido jurídico y la supresión de la parte abusiva no suponga introducir una norma nueva o distinta de la inicialmente recogida en la cláusula, el Abogado General no valora su compatibilidad con el Derecho de la Unión pero considera evidente que la propuesta del Tribunal Supremo no constituye un *blue pencil test*, sino una modificación de la cláusula abusiva.

En efecto, el Tribunal Supremo proponía suprimir las partes de la cláusula que figuran entre corchetes y en cursiva:

«[El banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, intereses de demora,

gastos y costas, en los siguientes casos: a) falta de pago de [cualquiera] de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la [LEC]».

El Abogado General considera que esta cláusula no es divisible, pues la escisión de la parte entre corchetes no permite un claro resultado gramaticalmente inteligible, ya que no es posible deducir con claridad cuántas cuotas mensuales deben dejar de pagarse para que el acreedor pueda invocar el vencimiento anticipado, lo que entiende lesiona la seguridad jurídica (art. 1256 CC). Además, después de tachar la parte abusiva, *la finalidad inicial de la cláusula quedaría en entredicho*, puesto que esta, «al mencionar con carácter general la “falta de pago de los vencimientos”, presentaría inevitablemente un sentido jurídico nuevo».

No concurriendo, pues, los requisitos establecidos en la regla del *blue pencil test*, el Abogado General concluye que *«lo que propone el Tribunal Supremo no es un “fraccionamiento” de la cláusula controvertida, sino una “reducción/modificación conservadora de la validez” de la misma que implica su reformulación», pues para preservar la finalidad de dicha cláusula habría que introducir una norma nueva o distinta de la original, acudiendo al artículo 693.2 LEC, de forma supletoria. Esto es, la finalidad de la cláusula no se preserva sin una referencia precisa al número de cuotas mensuales no satisfechas que permiten su aplicación.*

En relación con la aplicación supletoria de una norma nacional para permitir continuar la ejecución hipotecaria por ser esta solución más favorable al deudor, el Abogado General recuerda que el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017 «declaró que, para garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva *no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica*» y que la circunstancia de que el profesional hubiera observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, *«no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo» de la cláusula. En consecuencia, el respeto del artículo 693.2 LEC en la práctica comercial de los bancos no puede subsanar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sustituyéndola. Pues la excepción a la norma general de inaplicación sin integración, tampoco está presente en este caso, puesto que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo en su conjunto.*

Por otro lado, la simple lectura del artículo 693.2 LEC permite constatar que no es una norma de carácter supletorio sino que para su aplicación requiere un pacto expreso entre las partes y su inscripción registral, y por lo tanto, sin dicho pacto, no cabe aplicar tal disposición.

Así pues, la declaración de abusividad debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula, «concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

A la luz de la jurisprudencia del TJUE el Abogado General concluye que una cláusula abusiva declarada nula «se considera que nunca ha existido y no ha producido efectos». Por lo tanto, en este caso, si el juez nacional declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no podrá iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria o, si estuviera ya iniciado no podría proseguir, aunque el juez nacional estimase que continuar dicha ejecución resulta más favorable al consumidor. De

hecho, la afirmación de que continuar la ejecución hipotecaria favorece los intereses del consumidor «está, cuando menos, sujeta a salvedades y depende de las circunstancias concretas de cada caso». El Abogado General duda de que tales ventajas expuestas por el TS beneficien a todos los consumidores sin excepción.

Y termina señalando: «En todo caso, con independencia de que los consumidores puedan obtener, en su caso, ventajas del procedimiento de ejecución hipotecaria, a mi parecer es incuestionable que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la declaración del carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado,... *la repercusión de dichas ventajas en la respuesta que procede dar a las cuestiones que nos ocupan, que versan sobre las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida, parece cuando menos incierta. Por consiguiente, a la luz de esta jurisprudencia, opino que el juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado no puede iniciar o, en su caso, proseguir, pese a esta declaración, una ejecución hipotecaria contra el consumidor deudor, aunque estime que ese procedimiento le resulta más favorable*».

Ahora bien, si el consumidor, tras haber sido debidamente informado por el juez nacional del carácter no vinculante de la cláusula, prestase su consentimiento libre e informado y manifestase su intención de no hacer valer el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, la ejecución hipotecaria podría continuar, pues el TJUE ha declarado en sus STJUE de 4 de junio de 2009 y 21 de febrero de 2013, que a la hora de cumplir la obligación de examinar de oficio las cláusulas abusivas, «el juez nacional no tiene, en virtud de [la Directiva 93/13], el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de dicha cláusula» pues el juez nacional también tiene la obligación de «tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que esta se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

2. CONCLUSIONES A LOS ASUNTOS C-92/16 Y C-167/16

El Asunto C-92/16 deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Fuenlabrada. El órgano judicial albergaba dudas derivadas, por una parte, de la disparidad de los pronunciamientos de los tribunales españoles sobre las consecuencias sustantivas y procesales de la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado en un procedimiento de ejecución hipotecaria y por otro lado, de la STS de 23 de diciembre de 2015. El órgano judicial señala que tal sentencia contiene un Voto particular que considera que la doctrina sentada por el TS es contraria a la doctrina del TJUE. En estas circunstancias, la respuesta que el TJUE dé a las cuestiones prejudiciales que plantea será decisiva para decidir la continuación de la ejecución hipotecaria por la totalidad del préstamo; el sobreseimiento del procedimiento o la continuación de la ejecución, pero únicamente respecto de las cuotas vencidas e impagadas y de las cuotas que vayan venciendo durante el procedimiento.

El asunto C-167/16 deriva de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. Este juzgado había planteado la cuestión que dio lugar al auto del TJUE de 11 de junio de 2015. Como consecuencia de esta resolución, el órgano judicial confirmó su resolución por la

que se declaraba la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora. En relación con la cláusula de vencimiento anticipado, el órgano judicial decidió dar audiencia a las partes. Mientras el órgano judicial analizaba esta cuestión, el TS dictó su sentencia de 23 de diciembre de 2015, lo que llevó a aquel a plantear una nueva cuestión prejudicial, pues en caso de tener que seguir el criterio del TS, debería continuarse la ejecución hipotecaria, como si la cláusula de vencimiento anticipado fuera válida, con la particularidad de que si el deudor recurría en apelación (art. 695.4 LEC), tal recurso no dispararía el riesgo de perder la vivienda (que podría venderse a un tercero), pues dicho recurso carece de efecto suspensivo.

Mediante auto del Presidente del TJUE de 18 de marzo, 21 de abril y 10 de octubre de 2016, se suspendieron los procedimientos en los asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16, respectivamente, hasta que se dictara sentencia en el asunto Banco *Primus*. Notificada esta sentencia, los órganos judiciales remitentes mantuvieron las peticiones de decisión prejudicial. Mediante resolución del 24 de octubre de 2017, los asuntos C-92/16, C-167/16, C-486/16, C-70/17 y C-179/17 fueron sometidos a un tratamiento coordinado.

El Abogado General indica en sus conclusiones que las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos remitentes son muy parecidas a las planteadas en los asuntos C-70/17 y C-179/17.

Los órganos judiciales remitentes consideran que el enfoque seguido por el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, supone una modificación de la cláusula de vencimiento anticipado, contraria a la jurisprudencia del TJUE.

El órgano remitente en el asunto C-167/16 destaca que la cláusula de vencimiento anticipado no es esencial, y que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir perfectamente sin ella. El órgano remitente en el asunto C-92/16, a la vez que considera que tal cláusula es accesorio y separable del resto del contrato, manifiesta sus dudas sobre la posibilidad de que el contrato subsista tras su supresión, en la medida en que tras la meritada supresión de dicha cláusula, tal contrato puede resultar excesivamente oneroso para la entidad bancaria. Por ello se pregunta si tal circunstancia debe o no ser tomada en consideración para resolver sobre la subsistencia del contrato (y subsiguiente aplicación supletoria del art. 693.2 LEC). Igualmente, el órgano judicial señala que si bien el TS entiende que no procede sobreseer la ejecución hipotecaria por las especiales ventajas que entraña para el consumidor; en el litigio por él enjuiciado, el consumidor deudor hipotecario solicitaba el sobreseimiento de la ejecución basándose en la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y, por lo tanto, renunciaba a tales ventajas, renuncia que debería admitir en aplicación de la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM*.

El Abogado General señala que, según la jurisprudencia del TJUE, el criterio de si el contrato subsiste o no tras la supresión de la cláusula abusiva debe apreciarse únicamente en el plano jurídico, esto es, debe comprobarse si, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato es jurídicamente posible. Por lo tanto, no se trata de atender a si el banco habría concedido el préstamo o no, sin la garantía hipotecaria, o cuáles serían las consecuencias que se derivarían para el acreedor de la eliminación de la cláusula abusiva (así que su situación sería irrazonablemente onerosa).

Finalmente, y dado que los órganos judiciales remitentes preguntan sobre si la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional que supedita el disfrute de ventajas materiales al requisito de que el consumidor se someta a un *procedimiento de ejecución hipotecaria particularmente expeditivo, no siéndole reconocidas*

tales ventajas en otros procedimientos, el Abogado General responde que el mero hecho de que el legislador nacional reconozca al consumidor algunos derechos y ventajas en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, procedimiento particularmente expeditivo, y no en el marco de otros procedimientos, no implica, por sí solo, que aquel procedimiento sea contrario a las exigencias del principio de efectividad (principio que exige que la regulación procesal no haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13). Es decir, la exigencia de efectividad de los derechos concedidos por la Directiva 93/13 no se opondría a una norma procesal nacional que supeditase el disfrute de derechos específicos o ventajas materiales al requisito de que el deudor hipotecario se someta a un procedimiento de ejecución hipotecaria particularmente expeditivo, cuando tales derechos y ventajas no se le reconocen en el marco de otros procedimientos.

3. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-486/16

Este asunto tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante. El órgano judicial remitente se plantea también la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con el sistema de protección de la Directiva 93/13.

La entidad bancaria Caja de Ahorros de Valencia, Castellón y Alicante había celebrado con el Sr. Sánchez Martínez y la Sra. Sánchez Triviño un contrato de préstamo hipotecario para financiar la compra de una vivienda habitual por importe de 140.000 euros, préstamo que debía devolverse en 35 años. La entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el préstamo ante el impago de dos mensualidades y parte de una tercera.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Alicante, ante quien se presentó la primera demanda ejecutiva, había estimado la oposición a la ejecución hipotecaria planteada por los deudores (en la que se alegaba la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado) y había sobreseído la ejecución hipotecaria. El auto de sobreseimiento fue confirmado por el Tribunal de Apelación por entender que la falta de pago de dos mensualidades no era suficientemente grave para permitir el vencimiento anticipado (la cláusula de vencimiento anticipado preveía este para el caso de impago a su vencimiento, en todo o en parte, de *alguna* de las amortizaciones de capital o intereses pactadas).

Unos dos años después, la entidad bancaria presentó nueva demanda de ejecución hipotecaria con fundamento en el mismo título ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante. El órgano judicial denegó la ejecución por medio de auto de 14 de octubre de 2015, pues la cláusula de vencimiento anticipado había sido declarada nula en un procedimiento anterior, pero la AP de Alicante anuló dicho auto basándose en la circunstancia de que los deudores habían dejado de pagar 38 cuotas mensuales. Dado que dicho auto dictado en apelación no ordenó el despacho de la ejecución, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alicante debía decidir de nuevo sobre esta cuestión, por lo que antes de resolver, suspendió el procedimiento y planteó cuestión prejudicial al TJUE.

El Abogado General señala que la particularidad de este asunto reside en el hecho de que la petición de decisión prejudicial se produce en el marco del segundo procedimiento de ejecución hipotecaria. De hecho, el órgano judicial remitente indica que el auto del Tribunal de Apelación «parece tener acomodo» en la STS de 23 de diciembre de 2015, confirmada por la STS de 18 de febrero

de 2016 y que el Tribunal de Apelación le ha devuelto el asunto para que estime la demanda ejecutiva, dado que el incumplimiento en que incurrieron los prestatarios entre la primera y segunda demanda ejecutiva había adquirido a su juicio una gravedad suficiente. No obstante, el órgano judicial remitente considera que si bien debe respetar el auto del Tribunal de Apelación, existen dudas sobre la conformidad de la interpretación del TS, y consiguientemente, de dicho auto con la Directiva 93/13. Por ello solicita al TJUE que dilucide si, habida cuenta del principio de efectividad, los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13 se oponen a una interpretación de la normativa procesal nacional que impone a un órgano jurisdiccional inferior dar curso a una ejecución hipotecaria fundada en una cláusula de vencimiento anticipado, declarada abusiva en resolución firme dictada por un órgano jurisdiccional superior, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria anterior entre las mismas partes y basado en el mismo título ejecutivo.

El Abogado General entiende que ambas ejecuciones hipotecarias fueron iniciadas con base en la misma cláusula y que el hecho de que la entidad bancaria no diera inicio al segundo procedimiento de ejecución hasta el impago de 38 mensualidades consecutivas es un elemento fáctico que no ha de tenerse en cuenta, pues en el ámbito de la protección de los consumidores un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo (lo que ya fue apreciado en el primer procedimiento ejecutivo) no priva a una cláusula de su carácter abusivo.

Por otro lado, considera que una cláusula abusiva declarada nula nunca ha existido y nunca ha producido ningún efecto. Por ello, la aplicación en este asunto del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 tendría como consecuencia práctica que el procedimiento de ejecución hipotecaria instado en segundo término no podría iniciarse, ya que la cláusula de vencimiento anticipado que recoge el contrato ha sido declarada abusiva, y por tanto, nula y sin efecto. Si pudiera subsanarse la nulidad de la cláusula mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, ello equivaldría *de facto* a permitir que los jueces nacionales modificaran dicha cláusula, pero al juez nacional no debe atribuírsele tal facultad, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que sobre los profesionales ejerce el hecho de que la cláusula abusiva pura y simplemente no se aplique.

Sentado lo anterior, el Abogado General estima que una interpretación del Derecho procesal nacional que no permita al órgano jurisdiccional remitente dejar sin aplicar la cláusula de vencimiento anticipado, por el hecho de que este órgano jurisdiccional queda vinculado por la resolución dada por el Tribunal de Apelación en el segundo procedimiento ejecutivo, iría en contra del principio de efectividad en la medida en que implicaría en la práctica que el consumidor seguiría vinculado por una cláusula contractual abusiva, lo que le haría imposible o excesivamente difícil hacer valer sus derechos¹⁷.

El Abogado General concluye, pues, indicando que «habida cuenta del principio de efectividad, los artículos 6, apartado 1 y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponen a una interpretación de las normas procesales nacionales que impone a un órgano jurisdiccional inferior despachar una ejecución hipotecaria tomando como fundamento una cláusula de vencimiento anticipado cuyo carácter abusivo ha sido declarado en una resolución firme dictada por un órgano jurisdiccional superior en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria anterior que oponía a las mismas partes y que se basaba en el mismo título ejecutivo».

VIII. CONCLUSIONES

I. La cláusula de vencimiento anticipado aparece regulada en nuestro ordenamiento interno en el artículo 693.2 LEC, modificado a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013.

II. En ausencia de esta cláusula, el acreedor debía obtener el vencimiento anticipado legal de la obligación o bien reclamar exclusivamente las cuotas impagadas.

III. Recientemente, el Tribunal Supremo, apartándose de la jurisprudencia anterior, ha permitido en una sentencia del Pleno de la Sala Primera la resolución del contrato de préstamo por la vía del artículo 1124 del Código civil, siempre que el préstamo sea oneroso.

IV. El Tribunal Supremo tiene sentada una doctrina jurisprudencial según la cual, apreciada en abstracto la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, sería posible continuar la ejecución, una vez valorado en el caso concreto el ejercicio no abusivo por el acreedor del vencimiento anticipado, con la finalidad de permitir que el deudor hipotecario se beneficie de las ventajas exclusivas que entiende le confiere el procedimiento de ejecución hipotecaria.

V. Diversos órganos judiciales y el propio Tribunal Supremo han planteado cuestiones prejudiciales al TJUE sobre los *efectos* de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, pues o bien consideran que la doctrina del Tribunal Supremo en este punto es contraria a la doctrina del TJUE (que exige la inaplicación de la cláusula nula y la no integración de la misma), o bien, en el caso del Tribunal Supremo, propone la aplicación del *blue pencil test*, con vistas a obtener la nulidad parcial de la parte abusiva de la cláusula y el mantenimiento de la parte no abusiva.

VI. El Abogado General ante el TJUE en sus tres conclusiones fechadas el 13 de septiembre de 2018, insta al TJUE a mantener su doctrina jurisprudencial y considera que la propuesta del Tribunal Supremo español no es propiamente una aplicación del *blue pencil test* sino una modificación conservadora de la cláusula de vencimiento anticipado.

VII. El Abogado General entiende, no obstante, que si el consumidor, tras haber sido debidamente informado por el juez nacional del carácter no vinculante de la cláusula, prestase su consentimiento libre e informado y manifestase su intención de no hacer valer el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, la ejecución hipotecaria podría continuar.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE, de 4 de junio de 2009
- STJUE, de 14 de junio de 2012
- STJUE, de 21 de febrero de 2013
- STJUE, de 14 de marzo de 2013
- STJUE, de 30 de mayo de 2013
- STJUE, de 30 de abril de 2014
- STJUE, de 21 de enero de 2015
- STJUE, de 26 de enero de 2017
- ATJUE, de 11 de junio de 2015
- ATJUE, de 17 de marzo de 2016
- Conclusiones del Abogado General, 13 de septiembre de 2018, Asunto C-70/17 y Asunto C-179/17

- Conclusiones del Abogado General, 13 de septiembre de 2018, Asunto C-92/16 y Asunto C-167/16
- Conclusiones del Abogado General, 13 de septiembre de 2018, Asunto C-486/16
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 9 de marzo de 2001
- STS de 7 de febrero de 2004
- STS de 13 de mayo de 2004
- STS de 2 de enero de 2006
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS (Pleno), de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS (Pleno), 11 de julio de 2018
- Nota de la Sala Primera del TS de 21 de enero de 2016
- ATS 8 de febrero de 2017
- AAP de Valencia, Sección 9.^a, de 14 de julio de 2015
- AAP de Zamora, Sección 1.^a, de 29 de septiembre de 2015
- AAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 30 de octubre de 2015
- AAP de Palma de Mallorca, Sección 3.^a, de 24 de noviembre, de 2015
- AAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 27 de noviembre de 2015
- AJPI núm. 2 de Santander, de 10 de septiembre de 2014
- AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015
- AJPI núm. 6 de Alicante, de 14 de octubre de 2015

X. BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, F. (2017). STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español. *Diario La Ley*, núm. 8922, 1-37 (formato PDF).
- (2018). Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejecuta el vencimiento anticipado. *Diario la Ley*, núm. 9152, 1-28 (formato PDF).
- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). La cuestión prejudicial del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado. Integración de cláusulas abusivas y falta de confianza del Supremo en el mercado hipotecario. Comentario del auto TS de 8 de febrero de 2017. *Diario La Ley*, núm. 8950, 1-20 (formato PDF).
- CASTILLO MARTÍNEZ, C del C. (2018). Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecaria y su posible abusividad. *Actualidad Civil*, núm. 9, 1-16 (formato PDF).
- CRUZ GALLARDO, B. (2017). Declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y las consecuencias en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8989, 1-24 (formato PDF).
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^ª; SANJUÁN Y MUÑOZ, E; ANTÓN GUIJARRO, J., y HÉRNANDEZ RODRÍGUEZ, M.^a del M. (2016). ¿Cuáles son los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado inserta en contratos de préstamo hipotecario suscrito con consumidores? En concreto, ¿la nulidad de la cláusula impide acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria? *Revista*

- Consumo y Empresa*, núm. 1, 1-12 (formato PDF). <http://vlex.com/vid/cuales-efectos-nulidad-clausula-594142131>
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016). Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado en la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional. La integración *pro consumatore* de la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1677-1705.
- JUAN SANJOSÉ, R. (2015). Cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de pago. Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por abusiva. *Diario La Ley*, núm. 8610, 1-25 (formato PDF).
- MARTÍNEZ CARRIÓN, S. (2017). Dudas que suscita el ATS de 8 de febrero de 2017 planteando la cuestión prejudicial sobre vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 8931, 1-8 (formato PDF).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2018). *La hipoteca y su reclamación judicial*. Madrid: Editorial La Ley.
- MORENO TRAPIELLA, P. (2016). Los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva. Especial referencia cláusula interés moratorio y de vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 8789, 1-52 (formato PDF).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PAZOS CASTRO, R. (2017). Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus). *La Ley Unión Europea*, núm. 45, 1-10 (formato PDF).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. (2016). Algunas reflexiones sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, tras las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016. *Diario La Ley*, núm. 8791, 1-39 (formato PDF).
- SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2018). *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado. (A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17) *Diario La Ley*, núm. 9171, 1-14 (formato PDF).
- VELA TORRES, P. J. (2018). Resolución de contrato de préstamo de dinero por incumplimiento grave. *Diario la Ley*, núm. 9301, 1-6 (formato PDF).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R y SERRA RODRÍGUEZ, A. (Coord.). (2015). *Derecho Civil III. Derechos Reales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R y CHAPARRO MATAMOROS, P. (2015). El préstamo. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil II, Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 429-452.

NOTAS

¹ Artículo 130 LH: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

² DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 434.

³ Para CASTILLO MARTÍNEZ, en cambio, «la cláusula de vencimiento anticipado constituye una suerte de la genérica resolutoria expresa» (CASTILLO MARTÍNEZ, 2018, 3).

⁴ DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 430. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2016, 565-566.

⁵ *Cfr.*, DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 430-435. La STS de 27 de marzo de 1999 apreció la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, in-

dicando que si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido. No obstante, *resoluciones posteriores admitieron la validez* de este tipo de cláusulas. La STS de 12 de diciembre de 2008 indicó que no debía tener en cuenta el criterio de la STS de 27 de marzo de 1999, dado que manifestaba un criterio aislado y sin continuidad en la Sala Primera, de manera que en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor no está obligado a esperar el transcurso del plazo convenido para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, pues cabe que por pacto se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, al amparo del artículo 1255 del Código civil (*Cfr.*, AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015).

⁶ *Cfr.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, Vol. 2, 158.

⁷ Siendo el préstamo un contrato unilateral, como hemos indicado antes, la falta de cumplimiento de la obligación de devolución por parte del deudor solo permite al acreedor exigir el cumplimiento forzoso (no la resolución, propia de contratos bilaterales). Si el préstamo contempla un cuadro de amortizaciones y no hay pacto de vencimiento anticipado (o este es expulsado del contrato a causa de ser nulo por abusivo), para lograr la devolución de la íntegra cantidad prestada, con pérdida por el deudor del beneficio del plazo, sería preciso obtener en juicio declarativo la declaración de vencimiento anticipado por concurrencia de una causa legal, presupuesto necesario para que prospere la acción de cumplimiento. «...[La] jurisprudencia se muestra contraria a entender aplicable la categoría de la resolución por incumplimiento, dado que al ser el mutuo un contrato real, este solo genera obligaciones para el prestatario, por lo que falta la reciprocidad de las obligaciones a las que el artículo 1124 del Código civil supedita el ejercicio de la facultad resolutoria» (STS de 13 de mayo de 2004) (DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 436). Sin embargo, el TS en reciente sentencia del Pleno de la Sala Primera, de 11 de julio de 2018, ha sentado que si el prestatario «no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 del Código civil». Pero que «la situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto con su devolución, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe (*arg. ex art.* 1274 CC en relación con el art. 1124 CC). En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 del Código civil, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente». Si se entiende que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega del dinero prestado (tesis del contrato real), en todo caso, «la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario». El TS aprecia pues un sinalagma que justifica el ejercicio de la facultad resolutoria (art. 1124 CC). De este modo, «el TS adecúa su jurisprudencia a la opinión doctrinal mayoritaria, que considera que en el contrato de préstamo de dinero, cuando se pacta algo más que la simple devolución del capital recibido, es posible la resolución por incumplimiento del prestatario, en atención al artículo 1124 del Código civil». Al tratarse de una sentencia del Pleno, «se cierra la controversia sobre la aplicabilidad del artículo 1124 al contrato de préstamo». «En la práctica, se podrá instar la resolución del contrato de préstamo con interés aun en el caso de que no se haya pactado una cláusula de vencimiento anticipado, y siempre que

se cumplan los requisitos para la resolución de los contratos bilaterales» (VELA TORRES, 2018, 1-6). Manifestación de esa opinión mayoritaria serían DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, quienes afirman en relación con la jurisprudencia anterior que su posición «a pesar de ser impecable conceptualmente, no parece adecuada, al menos respecto del mutuo oneroso, en el que el prestamista entrega un capital con el fin de obtener su restitución y obtener unos intereses, propósito este, que, exteriorizado y compartido por ambas partes, se incorpora a la causa del contrato; por ello, si el mutuuario no restituye la cantidad prestada o deja de pagar los intereses convenidos, pierde todo sentido la entrega del capital realizada por el mutuante y, en definitiva, quiebra la finalidad perseguida por este con la celebración del contrato; de ahí que, en tal caso, debiera reconocérsele la posibilidad de resolver el contrato». No hay que olvidar, sin embargo, que el mutuo o simple préstamo es «un contrato de duración temporal: supone que hay un mínimo de tiempo entre la entrega y la devolución de otro tanto; y un máximo en el que se debe devolver. Se ha destacado (por GULLÓN BALLESTEROS, a quien cita O'CALLAGHAN) que una de las deficiencias del artículo 1740 es que no incluye entre los elementos del mutuo la dilación o aplazamiento que da precisamente valor y significado a las dos transferencias inversas; sin dilación realizarían un absurdo cambio instantáneo de prestaciones iguales; una dilación, aunque sea brevísima, es esencial en el mutuo» (O'CALLAGHAN, 2016, 566). Tampoco hay que olvidar que es un contrato por el que se transfiere la propiedad de la cosa fungible, estando obligado a devolver *otro tanto* de la misma especie y calidad. Es por eso que la consideración en el préstamo de un sinalagma contractual y la consecuente facultad resolutoria podría desvirtuar la propia naturaleza del préstamo que sería entendido como una especie de arrendamiento de cosa fungible, por otro lado, no permitido por el del Código civil (art. 1545 en relación con el art. 337 CC).

⁸ Disposición transitoria primera de la Ley 1/2013: «Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento». Disposición transitoria cuarta de la misma norma: «Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar».

⁹ Artículo 7.1 Directiva 93/13: «Los Estados miembro velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

¹⁰ La STJUE de 21 de enero de 2015 y el ATJUE de 11 de junio de 2015 han venido a señalar que el control del carácter abusivo de una cláusula ha de ejercerse con independencia de las concretas previsiones legales que puedan delimitar su contenido. Existiría, pues, un principio de independencia entre el canon legal y el control del carácter abusivo de una cláusula contractual, por lo que si la escritura de constitución de préstamo hipotecario hubiera establecido, por hipótesis, un vencimiento anticipado por impago de tres cuotas mensuales o más, ello no impediría el control de abusividad (*cf.* AAP de Palma de Mallorca, Sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2015). Por su parte, el AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015 señala que el requisito del artículo 693.2 LEC (mínimo de tres mensualidades impagadas) integra un requisito de viabilidad procesal para el despacho de las ejecuciones hipotecarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 15 de mayo, tanto si se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado como si solamente se reclaman los plazos vencidos e impagados según el artículo 693.1 LEC. Pero dicho precepto no agota la cuestión de la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, lo que dependerá de la normativa de consumo aplicable y de los criterios jurisprudenciales. Ello no excluye el tener en cuenta el criterio legal como punto de referencia al valorar la cláusula o la conducta contractual de la parte ejecutante al ejercitar dicha cláusula, pero por sí mismo no genera un efecto automático o excluyente del análisis de la posible abusividad, que debe valorarse en función de los parámetros fijados por la STJUE de 14 de marzo de 2013.

¹¹ Artículo 83 TRLGDCU en la redacción dada por Ley 3/2014: «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa

audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». En su redacción originaria el artículo 83 TRLGDCU indicaba: «1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad *se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva*. A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas *integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes*, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato».

¹² Vid., también STS de 18 de febrero de 2016.

¹³ Cfr., PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 158.

¹⁴ Cfr. JIMÉNEZ PARÍS, 2016.

¹⁵ En la misma línea que este Voto particular, SAP de Valencia (Sección 11.ª), de 19 de enero de 2015.

¹⁶ Esta expresión introducida en 1988 por la doctrina alemana, hace alusión al acto de tachar con un rotulador azul el elemento que se estima abusivo.

¹⁷ Señala el Abogado General que «a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las condiciones de aplicación de los motivos de oposición admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria y de las facultades conferidas al juez competente para analizar la legitimidad de las cláusulas contractuales en virtud de las que se estableció el título ejecutivo forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en aplicación del principio de autonomía procesal de los Estados miembro, a condición, sin embargo de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)».

2. DERECHO MERCANTIL

Perspectivas futuras en torno a la conceptualización legal de la marca

Future prospects regarding the legal concept of the brand

por

MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS

Profesora Titular de Derecho mercantil

Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: En esta investigación se analizan los nuevos preceptos que nos proporcionan tanto la Directiva 2015/2436 y Reglamento UE 2017/1001 respecto a la conceptualización de la marca —no solo europea sino también nacional—, en especial, en la no necesidad de representación gráfica del signo diferenciador, siendo conveniente que el objeto susceptible de marca sea *claro y preciso*. De tal suerte que se incorporan al elenco de posibles marcas otras no reconocidas legalmente hasta el momento, tales como las marcas olfativas, táctiles o gustativas, entre otras. Esto supone una «pequeña revolución» en el Derecho marcario y, en particular, en la futura legislación española, dándose un amplio margen de interpretación tanto a los organismos de registro, a los consumidores como a la propia interpretación de los tribunales de justicia. Planteándose así varios desafíos en el futuro Derecho marcario.

ABSTRACT: *This research analyzes the new precepts provided by Directive 2015/2436 and EU Regulation 2017/1001 regarding the conceptualization of the brand —not only European but also national—, especially in the absence of representation graphic of the differentiating sign, it being convenient that the object of a mark is clear and precise. In such a way that other brands that are not legally recognized until now, such as olfactory, tactile or gustatory brands, among others, are added to the list of possible brands. This supposes a «small revolution» in the trademark law and, in particular, in the future Spanish legislation, giving a wide margin of interpretation both to the registration organizations, to the consumers and to the interpretation of the courts of justice. Raising several challenges in the future Marking Law.*

PALABRAS CLAVE: Propiedad industrial. Derecho de marcas, concepto y tipos de marcas.

KEY WORDS: *Industrial Property. Trademark Law, concept and types of trademarks.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LA MARCA.—II. EL MARCO LEGAL DE LA MARCA.—III. EL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA MARCA: 3.1. ¿QUÉ ES UN SIGNO COMO MARCA? 3.2. CARÁCTER DISTINTIVO. 3.3. SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE LA MARCA

Los problemas interpretativos y de aplicación del Derecho de la Propiedad Industrial no es algo novedoso de nuestros días. Nótese que la propiedad industrial es ante todo un tipo especial de propiedad regulada y reconocida en el artículo 33 de la Constitución española de 1978. Dicha propiedad está integrada por una variedad de modalidades que hay que amparar y potenciar como son, a modo de ejemplo, las patentes y las marcas; adviértase que los signos distintivos —la marca— objeto central de nuestra investigación cuentan ya con un entorno y una tradición en cuanto a su regulación no solo desde la perspectiva nacional, sino sobre todo desde la vertiente internacional, toda vez que han sido diversos instrumentos jurídicos de este cariz (Convenio de Berna, Convenio de la Unión de París, entre otros), además de una labor incesante de diversos organismos internacionales (Oficina de Armonización del Mercado Interior —ahora EUIPO—, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Organización Mundial del Comercio, entre otros) los que han posibilitado que exista una aproximación regulatoria sobre esta materia. En este sentido, destaca la labor realizada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (junto a los Convenios de París de 1883 y de Berna de 1886, a los que hay que agregar los Arreglos de La Haya de 1925 y de Locarno de 1968) y la Organización Mundial del Comercio, cabe significar los Acuerdos relativos a los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, en adelante Acuerdos TRIP's), junto a ello un importante abanico de legislación.

Adviértase que a nivel internacional, bajo el término propiedad intelectual se engloban dos categorías, de un lado, la propiedad industrial y, de otro, los derechos de autor tal y como se colige del texto de la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo (Derechos de propiedad industrial: una estrategia para Europa)*, COM (2008), 465 final, 16 de julio de 2008. En este contexto, subráyese que la esencia de la propiedad industrial se basa en «la protección de la propiedad intelectual, que es una condición general esencial para la innovación, el estímulo de la inversión en I+D y, la transferencia de conocimientos desde el laboratorio al mercado (...) esencial para lograr que la «quinta libertad», esto es, la libre circulación del conocimiento, sea una realidad». Pero para entender la denominada «quinta libertad» no podemos descuidar tampoco el hito que viene ilustrado en las otras libertades que hacen efectivo el mercado interior de la Unión Europea. A tal propósito, resulta crucial la virtualidad de las innovaciones ilustradas en las modalidades de la propiedad industrial, a modo de ejemplo, sucede con la marca comunitaria, y así aparece reflejada en el Considerando número 10 de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008¹, relativa a la *aproximación de las legislaciones de los Estados miembro en materia de marcas* —versión codificada—, al declarar que «es fundamental, para facilitar la libre circulación de productos y la libre prestación de servicios, garantizar que las marcas registradas gocen de la misma protección en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembro. Ello, no obstante, sin perjuicio de que los Estados miembro tengan la facultad de conceder una protección más amplia

a las marcas que hayan adquirido renombre». En similar línea de actuación se pronuncia el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009 sobre la *marca comunitaria* (Versión codificada)².

Al hilo de lo descrito, resulta conveniente estimular cada vez más como un factor esencial para el crecimiento económico y el desarrollo industrial de un país, las diferentes vertientes de la propiedad industrial³. La globalización de la actividad económica, el desarrollo de las nuevas tecnologías y la equiparación técnica, han dado lugar a un nuevo escenario en el que conceptos tales como innovación y diferenciación han cobrado especial protagonismo. La marca se convierte, de esta suerte, en clave y herramienta de primer orden para alcanzar nuevos productos y servicios más eficaces y productivos⁴, así como para otorgar a los productos un valor añadido y seducir a los potenciales consumidores⁵, estableciendo la diferenciación⁶. Sin olvidar que amén de la diferenciación que caracteriza a la marca, esta cumple otras múltiples funciones de gran calado, tales como la de información, garantía y, en particular, la publicitaria asociada a una marca, o el «*selling power*» como también se le denomina, por cuanto se convierte en una herramienta fundamental para que un producto se posicione en el mercado, según los norteamericanos, no basta con buscar la buena reputación de la marca, sino que es la misma marca la que va a lograr este posicionamiento, y es mediante anuncios comerciales en TV, radio, internet, espectáculos, eventos y cualquier otro medio que dé a conocer la marca y logre así atraer⁷ una clientela que la marca va a encontrar su auge. En este sentido, la publicidad catapulta a la marca en el mercado y, es un pilar en el éxito de un producto.

II. EL MARCO LEGAL DE LA MARCA

La reglamentación de las marcas se contiene dependiendo del ámbito geográfico de actuación, al punto que nos encontramos:

En el ámbito nacional, la Ley 17/2001, de *marcas*⁸ (en adelante LM) y el RD 687/2002, 12 de julio, *reglamento de ejecución de la Ley de marcas*. En el momento presente existe un *Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 17/2001*, de 7 de diciembre, de Marcas, de 18 de abril de 2017⁹, en adelante, ALMPLM, elaborado por la OEPM, para incorporar al Derecho español la nueva Directiva 2015/2436¹⁰.

En el ámbito europeo, el Reglamento (UE) 2017/1001¹¹, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017 y la Directiva 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro en materia de marcas, que profundiza e intensifica el proceso de aproximación de los Derechos nacionales de los Estados miembro.

En el ámbito internacional, la materia marcaria viene desarrollada en el ya conocido Convenio de la Unión de París (CUP) de 1883, el Arreglo de Madrid sobre Registro Internacional de Marcas de 1891 y el Protocolo del Arreglo de 1989, el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relativos al Comercio (AADPIC/ OMC) de 1994 y el Tratado sobre Derecho de Marcas (TDM) de 1994.

III. EL CONCEPTO Y CARACTERES DE LA MARCA

Observemos seguidamente la definición de marca desde la perspectiva del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua española*¹², que dice: «Del b. lat.

marca, y este del germ. *mark 'territorio fronterizo'; cf. nórd. mark, a. al. ant. marka. 1. f. Señal que se hace o se pone en alguien o algo, para distinguirlos, o para denotar calidad o pertenencia. f. Distintivo o señal que el fabricante pone a los productos de su industria, y cuyo uso le pertenece exclusivamente. f. Marca de fábrica o de comercio que, inscrita en el registro competente, goza de protección legal».

Por su lado, el concepto legal de marca se contiene en el artículo 4 de la vigente Ley 17/2001, en adelante, LM, al establecer:

1. Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.

De esta definición se extraen las principales características que identifican y configuran la marca¹³. Es decir, cuando hablamos de marca nos estamos refiriendo a:

- Un signo.
- Carácter distintivo en el mercado de los productos o servicios de una empresa en relación con otras¹⁴.
- Susceptible de representación gráfica.

En otros términos explicativos, podríamos poner de manifiesto los diferentes elementos que se integran en la definición de marca, a saber:

- La marca debe ser un signo,
- Que ese signo debe de ser perceptible visiblemente,
- Que su finalidad es diferenciar productos o servicios de una empresa frente a productos o servicios de otras que concurren en el mercado y,
- Que la buena calidad o la buena imagen, que un productor o prestador de servicios imprima a su marca gracias al prestigio ganado a través del buen nombre o publicidad en el mercado, queda fuera de la definición legal de la marca.

Nadie discute el planteamiento que la marca es útil para crear una identidad al producto, así como a la empresa que los produce, permitiendo crear una relación estrecha que queda plasmada en el consumidor, y que ayuda a este a identificar determinado producto con su marca.

La marca es una herramienta fundamental para posicionar un producto en el mercado específico en el que busca introducirse o desarrollarse, sin esta el producto carecería de singularidad y se vería mermado en posibilidades de convencer a los consumidores.

Sea como fuere, indagaremos aún más acerca de los condicionantes principales en torno a la marca:

1. ¿QUÉ ES UN SIGNO COMO MARCA?

Hemos de investigar sobre cada uno de estos caracteres para comprender que sea una marca¹⁵. A tal efecto, el apartado 2.º, del artículo 4 de la LM, nos viene a relatar un catálogo de posibles signos susceptibles de convertirse en marcas.

Prescribe el apartado 2.º, *tales signos podrán, en particular, ser:*

- a) *Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.*
- b) *Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.*
- c) *Las letras, las cifras y sus combinaciones.*
- d) *Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.*
- e) *Los sonoros.*
- f) *Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.*

Según lo relatado, el artículo 4.2 de la LM desarrolla un catálogo ejemplificativo de posibles signos: las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas (marcas denominativas); las imágenes, figuras, símbolos y dibujos (marcas gráficas, logos); las letras, cifras y sus combinaciones; las formas tridimensionales (envoltorios, envases y la forma del producto o de su presentación); los sonoros; y cualquier combinación de los signos¹⁶, que se mencionan en los apartados anteriores. De aquí se infiere una clasificación de marcas, a saber:

- Una primera clasificación que se suele hacer es la que distingue entre marcas de productos y marcas de servicios.
- Un segundo criterio de clasificación viene determinado por el diferente tipo de signos que se utilicen para su configuración. Así se puede hablar de marcas denominativas (palabras o conjuntos de palabras), gráficas (dibujos, imágenes o símbolos), mixtas (combinaciones de las dos anteriores) o tridimensionales (las formas de los productos, de sus envases o envoltorios).
- En tercer lugar se pueden distinguir por su grado de conocimiento por el público en general, en cuyo caso se habla de marcas ordinarias, notorias y renombradas.
- En cuarto lugar se pueden distinguir las marcas nacionales, europeas o internacionales.
- Finalmente, podríamos hablar incluso —el por qué no— de marcas convencionales o tradicionales reconocidas por todos y, aquellas otras bajo la denominación de marcas no convencionales¹⁷ de difícil representación gráfica.

2. CARÁCTER DISTINTIVO

Este planteamiento de la marca se configura como un elemento fundamental del concepto y sintetiza la función primordial de la marca¹⁸, como lo prueba el listado de las prohibiciones absolutas del artículo 5 LM que giran en su gran mayoría alrededor de este elemento, especialmente las referidas al carácter genérico, descriptivo o habitual del signo, prohibiciones en las que subyace la falta de fuerza distintiva¹⁹.

Para verificar si se cumple con este requisito se debe apreciar, por un lado, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro; y, por otro, la percepción que de la marca tenga el público pertinente (STPICE de

27 de septiembre de 2005, caso «Cargo Partner»; STJCE de 22 de junio de 2006, A. C-24/05 P, caso «August Storck» TOL955.791).

Baste apuntar algunos ejemplos relacionados con las prohibiciones absolutas:

— *Los signos que carezcan de carácter distintivo.* Las marcas deben servir para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. Los signos genéricos carecen de capacidad distintiva.

Se habla de que existe: Genericidad innata o sobrevenida. (Hecho originario o Hecho sobrevenido). La genericidad debe apreciarse en relación con unos concretos productos o servicios. Los signos solo son genéricos en relación con un determinado producto o servicio (STS de 27 de febrero de 2003, que denegó la marca «LOTERIA» para identificar este juego).

Carecen de carácter distintivo:

- Signos banales. (STPI de 5 de abril 2006, denegó como marca, una línea longitudinal acabada en triángulo).
- Signos excesivamente complejos. (STS de 22 de diciembre de 2004 rechazó como marca el gráfico muy complicado, basado en el relieve esmerilado de los vidrios que distinguía) que «no permitía asegurar que los consumidores tuviesen capacidad para identificar los productos a que se refería».
- Color en sí mismo considerado.

— *Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir en el comercio para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características del producto o del servicio.*

- Monopolizaría un signo o denominación de una característica común.
- *Numerus apertus* (STS de 17 de julio de 2007: «El sitio del deporte»).
- No se admite 0'0 para designar una marca.

— *Los que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales para designar los productos o los servicios en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio.*

Se produce en estos casos el fenómeno de la vulgarización de la marca: pérdida de la distintividad inicial de la marca; y, por tanto, la denominación o el grafismo se convierte en genérico. La marca mueve éxito: se convierte en la denominación habitual del producto. (STS de 9 de mayo de 2002 «Puente aéreo»). Ejemplo de vulgarización de marcas nos encontramos con papel *albal*, para referirse al papel de aluminio; *típex*; *tampax*; *kleenex*, etc.

Sea como fuere, se ha de hacer hincapié que una de las funciones, —por no decir la principal—, que tiene toda marca es la de distinguir, diferenciar en pos de que se otorgue el registro de marca si cumple con dicha finalidad, véase C-323/09, caso «Interflora», 22 de septiembre de 2011, A. Otro ejemplo: CORONAS es una marca de vinos registrada por Miguel Torres S.A. La OEPM denegó de oficio el registro de la marca: CORONILLA para vinos, por considerarse que podría causar confusión en el consumidor en orden a no poderse diferenciar bien los productos afectados.

3. SUSCEPTIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA

Siguiendo con el análisis del concepto y caracteres de la marca, hay que precisar que de conformidad a las últimas normas habidas en el Derecho europeo, en particular, el artículo 4 Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento y el Consejo y, a su vez, el artículo 3 de la Directiva 2015/2436, incorporan una nueva concepción en torno a la marca, al punto que a futuro será lo que constituya el nuevo derecho marcario europeo y nacional. En concreto, ordena el artículo 3 de la Directiva 2015/2436 lo que sigue: *«podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres propios, o los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma de productos o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para:*

- a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas;
- b) *ser representados en el Registro de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a sus titulares».*

Se descuelgan del precepto dos cuestiones a valorar; una, desaparece la necesidad de que la representación tenga que ser gráfica²⁰, de suerte que será suficiente con *cualquier tipo de representación* que se pueda incorporar en el Registro y permita verificar el *objeto claro y preciso* de la protección del signo, tanto por el órgano de control (OEPM o EUIPO), como por los consumidores, que será el público en general. En otros términos, se excluye un público especializado o informado, basta que sea cualquiera que consuma o utilice con frecuencia dichas marcas. Es decir, —en terminología de la jurisprudencia— un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

Para entender que el signo tiene que tener un objeto claro y preciso, hemos de acudir al tenor del considerando 13 de la Directiva 2015/2436, donde se nos aclara: «A dicho efecto, conviene establecer una lista de ejemplos de signos que puedan constituir una marca en cuanto que sean aptos para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras. Con el fin de cumplir los objetivos del sistema de registro de marcas, consistentes en garantizar la seguridad jurídica y una buena administración, es también esencial exigir que el signo pueda representarse de una manera clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva. Por tanto, *se debe permitir que un signo se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación ofrezca garantías satisfactorias a tal efecto*» (la cursiva es de nuestra autoría). En la misma línea se manifiesta el considerando número décimo (10) del Reglamento 2017/1001²¹.

La razón de ser de esta modificación se encuentra en la formulación que el legislador europeo quiere introducir bajo el halo protector de la marca a una serie de signos, que hasta la fecha no podían ser tales por no poder o tener clara su representación gráfica²². Nos estamos refiriendo a las marcas inmateriales o no tradicionales sean olfativas²³, gustativas, cromáticas, sonoras y táctiles, entre otras. Estas difícilmente tienen fácil o clara representación gráfica bien por su subjetividad, bien por la dificultad de encontrar una fórmula química, entre otros supuestos. No obstante, a partir del 1 de octubre de 2017, se tendrá que acoger por los organismos de registro estas variantes en torno a lo que se constituye

como marca. En el supuesto de la «marca de la Unión», hay que apuntar que si bien la Directiva del año 2015 ha entrado en vigor el 23 de marzo de 2016, el concepto de marca, entre otras cuestiones está prevista su entrada en vigor para el 1 de octubre de 2017, fecha coincidente con la entrada en aplicación del Reglamento 2017/1001 (*ex art.* 212).

Puntualizar aquí que la marca sonora, ya se había abierto paso a su registro. En los ámbitos de convergencia definidos recientemente en relación con la representación y descripción de las marcas no tradicionales, el Comité Permanente de la OMPI sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas (SCT) ha acordado que «las oficinas podrán exigir que la representación de [las marcas sonoras] consista en la notación musical en un pentagrama, en una descripción del sonido que constituye la marca, en una grabación analógica o digital de ese sonido, o en una combinación de todo lo anterior. Cuando esté disponible la presentación electrónica, podrá presentarse un fichero electrónico junto con la solicitud. Sin embargo, en algunas jurisdicciones se considerará que únicamente la notación musical en un pentagrama representa de manera adecuada la marca».

La OAMI determinó en 2005 (asunto núm. EX-05-3) que los solicitantes podían adjuntar un archivo de sonido a los formularios de solicitud electrónicos o presentados por Internet, y esa resolución sigue en vigor. El archivo adjunto ha de estar en formato MP3, su tamaño no ha de superar 1 Mb, y no se admite la ejecución repetitiva (loop) ni la transferencia ininterrumpida de datos (streaming). La finalidad del archivo adjunto es aclarar y apoyar la solicitud. *INLEX IP Expertise* fue el primer solicitante que logró obtener el registro de una marca sonora comunitaria por este procedimiento. *Deutsche Telekom* también ha registrado su sintonía como marca sonora conforme al Protocolo de Madrid²⁴.

En el supuesto de las marcas gustativas tal vez resulte más fácil la representación gráfica —según el SCT, «[e]n un caso concreto, el requisito de representación gráfica se satisfizo por medio de una descripción por escrito del sabor e indicando que corresponde a una marca gustativa»—, pero cumplir el requisito de carácter distintivo y probar la ausencia de funcionalidad resulta aún más problemático que en los otros tipos de marcas.

En la resolución del asunto R 120/2001-2, la OAMI rechazó la solicitud de registro del aroma a fresa artificial formulada por la compañía farmacéutica Eli Lilly, fundándose en que cualquier fabricante tiene derecho a añadir el aroma a fresa artificial a sus productos para disimular el sabor desagradable que puedan tener, o simplemente para hacerlos agradables al gusto, y en que, por otro lado, es improbable que el sabor sea percibido por el consumidor como una marca: es mucho más probable que presuma que su finalidad es disimular el sabor desagradable del producto. La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (USPTO) rechazó una solicitud similar, presentada por N.V. Organon para registrar el sabor a naranja como marca de productos farmacéuticos. Como señaló el Tribunal de Primera Instancia y de Apelación de Marcas, es difícil que un sabor actúe como marca cuando los consumidores solo lo experimentan después de haber comprado el producto.

Como puede vislumbrarse, la tarea en el ámbito de las marcas no tradicionales continúa, y los fabricantes-proveedores confeccionan y comercializan continuamente nuevos tipos de productos, por lo que es muy probable que asistamos a una interesante e imparable transformación en el mundo de las marcas.

También se van a plantear cuestiones en torno a la utilización de imágenes animadas, hologramas y gestos: Las técnicas de comunicación multimedia han hecho posibles nuevos tipos de marcas no tradicionales, como los hologramas, los

gestos y las imágenes animadas o en movimiento, para cuyo registro se exige normalmente una secuencia de imágenes que permita ver en qué consiste la marca.

Las marcas animadas son posiblemente las marcas multimedia más comunes. Los aficionados al cine reconocen sin dificultad el logotipo de la *20th Century Fox Film Corporation* rodeado de haces de luz que atraviesan el cielo, pero pocos saben que es una marca registrada (USPTO 1.928.424). El tenista australiano Lleyton Hewitt trató de registrar como marca su gesto «C'mon», pero resultó no ser tan diferenciador como creía, toda vez que ya había constancia documental de su uso por otro deportista en la década de los 80²⁵.

Sea como fuere, lo precedente se traduce en el hecho que el requisito de representación gráfica dejará de aplicarse al presentar una solicitud de marca a partir del 1 de octubre de 2017. Esto significa que, a partir de esa fecha, los signos podrán representarse de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, siempre que la representación sea clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.

El resultado es un sistema de «lo que ves es lo que obtienes» (WYSIWYG, *what you see is what you get*), cuya finalidad es que las inscripciones de marcas en el Registro de la Marca de la UE sean más claras, accesibles y fáciles de buscar.

Continuando con nuestras explicaciones, cabe decir al punto que la realidad práctica ya ha venido acogiendo ciertos signos diferentes de los tradicionales, a modo de ejemplo, en:

- Holanda: Una empresa dedicada a la fabricación de pelotas de tenis logró registrar como marca olfativa pelotas de tenis 'con olor a césped fresco recién cortado'.
- UK: Una empresa logró registrar como marca olfativa relativa a neumáticos con aroma o 'fragancia floral que recuerda al de las rosas'.
- UK: Otra empresa logró registrar como marca olfativa dardos 'con olor acre de la cerveza amarga'.

Ítem más, entre los signos gustativos: la apreciación como marca del sabor a fresa o naranja artificial para medicinas. Y, entre las táctiles: la textura de la botella de whisky *Old Parr*.

Se ha de reseñar en cuanto a los signos olfativos, que la doctrina especializada no es unánime, es decir, se encuentra dividida desde hace algún tiempo, si bien el sector mayoritario se manifiesta en contra de su reconocimiento. De similar forma tanto la OEPM como la OAMI (ahora EUIPO).

Por cuanto hace a los signos sonoros, —ya referidos— estos están habilitados desde hace algún tiempo y así se recoge expresamente en el catálogo ejemplificativo del artículo 4.2.e) LM. Con la nueva regulación introducida por el Reglamento europeo, —insistimos— las marcas sonoras se representarán mediante un archivo de audio o por una representación exacta del sonido en notación musical.

En lo tocante a los signos cromáticos, cabe señalar que con la reglamentación incorporada por la LM de 2001 desapareció de la lista de prohibiciones absolutas la mención a un color por sí solo. Ahora, con la nueva regulación, se clarifica la situación en relación a los signos cromáticos, porque en el caso de un solo color sin contornos, lo que se exige es la presentación de una reproducción del color y la indicación de un código de color generalmente reconocido.

Recientemente, véase la sentencia núm. T-101/15 de Tribunal General de la Unión Europea, de 30 de noviembre de 2017. Número de Resolución: T-101/15, se dilucida el no registro de la marca de la Unión Europea Red Bull GmbH contra

Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO). Mediante un procedimiento de nulidad de marca; la marca de la Unión consiste en una combinación de los colores azul y plateado: Motivo de denegación absoluto — Representación gráfica suficientemente clara y precisa — Necesidad de una disposición sistemática que asocie los colores de manera predeterminada y permanente — Confianza legítima. Es de aplicación a los artículos 4 y artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 [actualmente artículo 4 y artículo 7, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) 2017/1001]. La representación debe ser clara y precisa del objeto susceptible de registro. Se declara que «la recurrente presentó documentos adicionales para acreditar el carácter distintivo adquirido por el uso de la primera marca impugnada. El 11 de octubre de 2004, la recurrente aportó una descripción de la primera marca impugnada, redactada del siguiente modo: «La protección solicitada incluye los colores azul (RAL 5002) y plateado (RAL 9006). La proporción de los colores es de aproximadamente 50%-50%». 4 Los productos para los que se solicitó el registro están incluidos en la clase 32 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada, (...)».

Y, en el supuesto, de una combinación de colores sin contornos como marca, habrá de procederse a la presentación de una reproducción que muestre la disposición sistemática de la combinación de los colores, con referencia a un código de color reconocido, a lo que se puede añadir, de manera complementaria, la descripción detallada de la disposición sistemática de los colores.

Luego, a la luz de lo descrito, la representación por cualquier medio del signo en cuestión vendrá a ser a futuro el «caballo de batalla» que habrá que recoger la futura normativa marcaria española, teniendo muy en consideración el Derecho europeo. En este sentido, en el nuevo Reglamento de ejecución (UE) 2017/1431²⁶ de la *marca de la Unión*, nos encontramos con disposiciones específicas respecto a los requisitos a observar para llevar a efecto la representación, en particular, en su artículo 3 («Representación de la marca»): «1. La marca deberá estar representada en cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, siempre que pueda reproducirse en el registro de manera clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva, de un modo que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar con claridad y exactitud el objeto preciso de la protección otorgada a su titular.

En otras palabras, el signo ha de poder representarse de manera «clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva», estos son los criterios del caso *Sieckmann* Asunto C-273/00²⁷, ya aludido.

2. La representación de la marca definirá el objeto del registro. En los casos en que la representación vaya acompañada de una descripción con arreglo al apartado 3, letras d), e), f), inciso ii), y h), o al apartado 4, la descripción deberá concordar con la representación y no extender su ámbito de protección.

3. Cuando la solicitud se refiera a cualquiera de los tipos de marcas enumerados en las letras a) a j), deberá contener una indicación al respecto. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 o 2, el tipo de la marca y su representación coincidirán entre sí, como sigue:

a) en el caso de una marca constituida exclusivamente por palabras o letras, números u otros caracteres tipográficos habituales o una combinación de ambos (marca denominativa), la marca estará representada por la presentación de una reproducción del signo en escritura y disposición normales, sin características gráficas o color;

b) en el caso de una marca con caracteres, estilización o disposición especiales o con una característica gráfica o un color (marca figurativa), incluidas las marcas que estén compuestas exclusivamente por elementos figurativos o por una combinación de elementos verbales y figurativos, la marca estará representada por la presentación de una reproducción del signo con todos sus elementos y, en su caso, sus colores;

c) en el caso de una marca consistente en, o ampliada a, una forma tridimensional, incluidos los recipientes, el embalaje, el producto mismo o su apariencia (marca de forma), la marca estará representada por la presentación o bien de una reproducción gráfica de dicha forma, incluidas las imágenes generadas por ordenador, o bien de una reproducción fotográfica. La reproducción gráfica o fotográfica podrá contener distintas vistas. Cuando la representación no se facilite electrónicamente, podrá contener hasta seis vistas diferentes;

d) en el caso de una marca consistente en la manera específica en que la marca se coloca o figura en el producto (marca de posición), la marca estará representada por la presentación de una reproducción que identifique adecuadamente la posición de la marca y su tamaño o proporción en relación con los productos de que se trate. Los elementos que no forman parte del objeto del registro deberán ser ignorados visualmente, preferentemente por líneas discontinuas o punteadas. La representación podrá ir acompañada de una descripción en la que se detalle la forma en que se coloca el signo sobre los productos;

e) en el caso de una marca constituida exclusivamente por un conjunto de elementos que se repiten periódicamente (marca de patrón), la marca estará representada por la presentación de una reproducción que muestre el patrón de repetición. La representación podrá ir acompañada de una descripción que detalle cómo sus elementos se repiten periódicamente;

f) en el caso de una marca de color, i) cuando la marca esté compuesta exclusivamente de un solo color sin contornos, estará representada por la presentación de una reproducción del color y una indicación de dicho color por referencia a un código de color generalmente reconocido; ii) cuando la marca esté constituida exclusivamente por una combinación de colores sin contornos, estará representada por la presentación de una reproducción que muestre la disposición sistemática de la combinación de los colores de manera uniforme y predeterminada y una indicación de esos colores por referencia a un código de color generalmente reconocido; podrá añadirse también una descripción detallada de la disposición sistemática de los colores;

g) en el caso de una marca constituida exclusivamente por un sonido o combinación de sonidos (marca sonora), la marca estará representada por la presentación de un archivo de audio que reproduzca el sonido o por una representación exacta del sonido en notación musical;

h) en el caso de una marca compuesta de un movimiento o un cambio en la posición de los elementos de la marca, o que los incluya, (marca de movimiento), la marca estará representada por la presentación de un archivo de vídeo o una serie de imágenes que muestre el movimiento o cambio de posición o de una serie de imágenes secuenciales fijas que muestren el movimiento o el cambio de posición; en aquellos casos en los se utilicen imágenes fijas, estas podrán ir numeradas o acompañadas de una descripción explicativa de la secuencia;

i) en el caso de una marca constituida por la combinación de imagen y sonido, o que los incluya, (marca multimedia), la marca estará representada por la presentación de un archivo audiovisual que contenga la combinación de la imagen y del sonido;

j) en el caso de una marca compuesta por elementos con características holográficas (marca holograma), la marca estará representada por la presentación de un archivo de vídeo o una reproducción gráfica o fotográfica que contengan las vistas necesarias para identificar suficientemente el efecto holográfico en su totalidad.

4. Cuando la marca no esté cubierta por ninguno de los tipos enumerados en el apartado 3, su representación cumplirá las normas establecidas en el apartado 1 y podrá ir acompañada de una descripción.

5. Cuando la representación se facilite en formato electrónico, el director ejecutivo de la Oficina determinará los formatos y el tamaño del archivo electrónico, así como cualesquiera otras especificaciones técnicas pertinentes.

6. Cuando la representación no se presente por medios electrónicos, la marca deberá reproducirse en hoja aparte separada de aquella en la que figure el texto de la solicitud. La hoja en la que se reproduzca la marca deberá contener todas las visiones o imágenes pertinentes y sus dimensiones se limitarán al formato DIN A4 (29,7 cm de alto y 21 cm de ancho). Se dejará en toda su superficie un margen mínimo de 2,5 cm.

7. Si la correcta orientación de la marca no resulta evidente, se indicará con la mención «parte superior» en cada reproducción.

8. La reproducción de la marca será de calidad tal que pueda: a) reducirse a un tamaño no inferior a 8 cm de ancho por 8 cm de alto; o b) ampliarse a un tamaño no superior a 8 cm de ancho por 8 cm de alto. 9. La presentación de una muestra o un modelo no constituirá una representación adecuada de la marca». (los guiones son de nuestra autoría)

Este casuístico y largo precepto servirá de guía de actuación e interpretación para saber cómo representar el signo-marca y los diferentes tipos de marcas que se pueden presentar desde las denominativas hasta pasar por las marcas en formato electrónico. Remarquemos pues el planteamiento que el artículo 3 del Reglamento de Ejecución de la Marca de la Unión Europea (REMUE) viene a establecer normas y requisitos específicos para la representación de algunos de los tipos más populares de marcas, incluidos algunos requisitos técnicos, con arreglo a la naturaleza y los atributos específicos de la marca en cuestión²⁸. El objetivo último perseguido es incrementar la seguridad jurídica de los usuarios y reducir el número de objeciones debidas a formalidades ante las oficinas de registro oportuno.

Queda claro que a futuro el *Anteproyecto de modificación parcial de la Ley de marcas*, habrá de tener en aprecio las anteriores formulaciones al punto que se incorporarán nuevos modos o tipos de marcas, tal y como se ha descrito. Y, en especial, se tendrá muy en cuenta la representación de la marca, tal y como es entendida por el Derecho europeo, es decir, se habrá de incorporar nuevas técnicas que no sean solo la representación gráfica, empleada hasta ahora.

Así las cosas, no resulta extraño que en el Preámbulo del Anteproyecto de Ley de marcas nacional, en su considerando segundo se estipule que «el concepto de marca en sentido estricto, es decir, como signo que sirva en las transacciones mercantiles para distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas, no sufre modificaciones, pero sí se introduce una modificación en cuanto a la manera de delimitar a efectos registrales el bien inmaterial solicitado; se trata, en definitiva, de una cuestión de especial importancia por la propia naturaleza inmaterial del bien objeto de protección y por los efectos *erga omnes* que derivan de su inscripción registral. La anterior normativa exigía que el signo distintivo solicitado fuera susceptible de representación gráfica.

En la presente Ley, atendidos los avances tecnológicos, solo se exige que el signo sea susceptible de representación, sin más, en el Registro de Marcas, sin especificar el medio empleado, pero requiriéndose que esta representación permita no solo a las autoridades, sino también al público en general determinar el objeto de la protección que se otorgue al titular. La representación debe ser, por tanto, clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva. Esto permitirá emplear en la representación del signo la tecnología disponible en cada momento y que sea adecuada a los efectos mencionados».

Luego, se infiere del tenor legal la necesidad de representación dentro del concepto de la marca, aún cuándo no sea gráficamente, sino que dicha representación posibilite que el objeto susceptible de apreciarse como marca sea: *clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva*. Es decir, los calificativos demandados por la normativa y jurisprudencia europea.

De tal suerte, el artículo 2 del Anteproyecto de Ley de Marcas, redacta el nuevo artículo 4 de la Ley 17/2001, del siguiente modo: «Dos. Se modifica el artículo 4, que queda redactado de la siguiente forma: «Artículo 4. Concepto de Marca.

Podrán constituir marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, a condición de que tales signos sean apropiados para:

a) distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas y b) ser representados en el Registro de Marcas de manera tal que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular».

Quiere decirse con otras palabras, que el nuevo signo que constituye la marca se permita verificar el objeto de manera clara y precisa en aras de la protección por parte del órgano de control (OEPM o EUIPO), como por el público, que son los consumidores, ya calificados. De lo que se trata es de que la representación posibilite el fijar el objeto exacto de la protección, algo que hasta ahora se ha entendido que solo se cumplía mediante la representación gráfica, pero que desde hace algún tiempo se viene discutiendo sobre la posibilidad real de concretar el objeto de la protección por otros medios que las nuevas tecnologías ponen al alcance de todos. Bajo esta nueva configuración jurídica el legislador europeo trata de dar entrada a una serie de signos a los que hasta ahora le ha estado vetado el acceso a los registros de marcas²⁹. En particular a las denominadas marcas inmateriales (olfativas, gustativas y táctiles), tal y como venimos anticipando y explicando, así como a las marcas eslogan³⁰, que tienen que demandar una mayor exigencia y requerimientos respecto a las simples marcas denominativas en pos de mantener el carácter distintivo, puesto que si no pueden plantearse inseguridades en torno a que un consumidor medio pueda identificar el origen empresarial por medio de este tipo de signos.

IV. CONCLUSIONES

I. A la luz de lo descrito, queda claro que se ha de tener en consideración el Derecho comunitario en mor de la nueva conceptualización de la marca, en especial, por lo que hace a su (no) representación gráfica. En este sentido, hemos de atender a la par a lo disciplinado en el Reglamento de la (UE) 1001/2017 y Reglamento de ejecución (UE) 1431/2017 de la *marca de la Unión*, que describe

cuáles son los mecanismos para llevar a efecto la representación en dependencia de la clase-tipo de signo-marca que queramos registrar. Desde el 1 de octubre del pasado año 2017, no cabe el requisito formalista de la representación gráfica, no obstante ello, hay algunos operadores y profesionales del sector que entienden que la desaparición de este requisito implica el desbloqueo para el registro de las marcas no tradicionales, que hasta ahora respondía fielmente a los requisitos *Sieckmann*.

II. Bajo esta tesitura, nos encontramos ante un progreso legislativo que, a mi juicio y coincidente con otros autores³¹, aún queda mucho trabajo por realizar, puesto que parece se han resuelto algunas dudas desapareciendo la representación gráfica, pero se abren nuevas aristas y desafíos³², que se han de solventar. Además, la supresión de este condicionante no basta para afianzar el registro de marcas no convencionales, por el contrario, se deja en el aire esta opción y habrá que estar a la actuación-reacción de las Oficinas de registro frente a las primeras solicitudes de marcas no convencionales-tradicionales habidas desde el 1 de octubre de 2017.

En cualquier caso, el pequeño avance estriba en comprender ahora como marcas no solo las conocidas hasta estos momentos como tradicionales, sino que se incorporan otros tipos de marcas, tales como las olfativas, gustativas, táctiles, entre otras.

III. Como no podía ser de otro modo, el *Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley de Marcas nacional*, ya contempla una nueva redacción del artículo 4 de la Ley 17/2001, dónde desaparece la representación «gráfica» y, hay que estar al desarrollo y mecanismos de representación que se contienen en el Reglamento *ut supra* referido. El interrogante que surge a continuación es si será suficiente con lo prescrito en el precitado Reglamento, o se plantearán más de alguna dificultad de interpretación en torno a la plasmación de los diferentes tipos de marcas hasta ahora rechazados por el Registro de marcas (OEPM, EUIPO) en mor de la dificultad de su plasmación y comprensión, teniendo que atender a que estos signos —cualquier de ellos puede ser marca— sean ahora: «clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva». Planteamientos que la realidad práctica a través de la labor de la jurisprudencia especializada irá colmando e interpretando, así como ofreciéndonos soluciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2016). Una perspectiva comparada sobre el concepto de marca, el régimen de los signos distintivos notorios y las prohibiciones de registro en las normativas española y nicaragüense, núm. 21. *Revista de Derecho*, 45-74.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. (2010). Un modo de entender la marca para enfrentar la crisis empresarial. Vol. 30. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, 141-166.
- CASADO CERVIÑO, A. (1990). La nueva Ley española de marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento: Razones para una reforma: Concepto de marca: Signos, núm. 3. *Actualidad civil*, 587-617.
- CEPEDA-PALACIO, S.D. (2014). Alcances actuales del concepto de marca. Un estudio comparativo, en la historia. Vol. 10, núm. 2. *Entramado*, 128-142.
- DURÁN HERRERA, J. J. y CERVIÑO FERNÁNDEZ, J. (2013). La marca en la orientación de la empresa a la creación de valor. Año núm. 31. N. 134. *Economistas*, (ejemplar dedicado a: Marcas y competitividad), 6-15.

- GALLEGO, L. (2017). 2017: ¿Tenemos finalmente registro de marca olfativa?, 13 de septiembre de 2016, en <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/2017-tenemos-finalmente-registro-de-marca-olfativa> (consultado por última vez el 5 de diciembre de 2017).
- LEMA RASTROJO, S. (2017). Nuevo concepto de marca. Especial referencia a las marcas olfativas. Núm. 9. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 181-192.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2005). Reflexiones en torno a la inclusión de los signos olfativos en el concepto jurídico de marca, núm. 661. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2-7.
- NÚÑEZ BARRIOPEDRO, E., CUESTA VALIÑO, P. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, P. (2013). Posicionamiento del valor de marca de firmas de moda, núm. 7. *aDResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, 8-19.
- SUÑOL, A. (2016). Las marcas no convencionales: signos gustativos, sonoros y olfativos, 16 de noviembre, en línea: <http://almacenederecho.org/las-marcas-no-convencionales-signos-gustativos-sonoros-olfativos/> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2017).
- RUIZ MUÑOZ, M. (2017). Derecho de Marcas. En AA.VV. *Derecho de Autor y Propiedad Industrial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 475-653.
- VARGAS BIANCHI, L. (2011). Familiaridad de marca: Crítica al concepto actual y nueva propuesta de una composición multidimensional, núm. 16. *Questiones publicitarias: revista internacional de comunicación y publicidad*, 77-90.

NOTAS

¹ DO L 299/25, 8 de noviembre de 2008.

² DOUE L 78, 24 de marzo de 2009.

³ CANDELARIO MACÍAS, M.^a I. y RODRÍGUEZ GRILLO, L. (2010). Un modo de entender la marca para enfrentar la crisis empresarial. Vol. 30. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, noviembre.

⁴ Cfr., DURÁN HERRERA, J. J. y CERVIÑO FERNÁNDEZ, J. (2013). La marca en la orientación de la empresa a la creación de valor. Año núm. 31. N. 134. *Economistas*, (Ejemplar dedicado a: Marcas y competitividad).

⁵ Al respecto, *vid.*, NÚÑEZ BARRIOPEDRO, E., CUESTA VALIÑO, P. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, P. (2013). Posicionamiento del valor de marca de firmas de moda. N.º.7. *aDResearch: Revista Internacional de Investigación en Comunicación*, 8-19.

⁶ «(...) La importancia de la marca radica en su capacidad para vender más y mejor. Los productos, las empresas, son elementos que se representan con una marca para poder ser identificados y recordados entre las diferentes opciones. Una marca sonora, pregnante y memorable permitirá el desarrollo del negocio, su crecimiento y su continuidad. Una buena marca es aquella que evoca una emoción y nos ayuda a tomar una decisión de compra». Véase más en <https://ignaciojaen.es/la-importancia-de-la-marca-en-el-desarrollo-del-negocio/> (consultado por última vez el 11 de diciembre de 2017).

⁷ Tal y como apunta y trae a colación SUÑOL, A. (2016). Las marcas no convencionales: signos gustativos, sonoros y olfativos, 16 de noviembre, en línea: <http://almacenederecho.org/las-marcas-no-convencionales-signos-gustativos-sonoros-olfativos/> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2017): «(...) algunos estudios parecen indicar que el recurso a marcas no convencionales es imprescindible e inevitable en la práctica moderna del marketing. En particular, la psicología económica ha mostrado que los consumidores están algo saturados de las comunicaciones comerciales tradicionales y que las marcas que se basan en una determinada apariencia externa o una percepción sensorial son más efectivas y captan más la atención del consumidor que las marcas tradicionales compuestas por letras o gráficos (v. *ad ex.* Troussel/Meuwissen, (2012) Because consumers do actually eat

trade marks: an assessment of current law regarding non-conventional trade marks in the European Union, *Era Forum*, volumen 13, núm. 3, 423-438».

⁸ *BOE* núm. 294, de 8 de diciembre de 2001. Respecto a los antecedentes, véase los comentarios del Prof. CASADO CERVIÑO, A. (1990). La nueva Ley española de marcas, nombre comercial y rótulo de establecimiento: Razones para una reforma: Concepto de marca: Signos, núm. 3. *Actualidad civil*, 587-617.

⁹ En efecto, tal y como se precisa por el Colegio oficial de agentes de la propiedad industrial: «Con motivo de la aprobación de la DIRECTIVA (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembro en materia de marcas, se hace necesaria la transposición de sus normas a los ordenamientos de los Estados miembro y, en consecuencia, al ordenamiento jurídico español.

Este Anteproyecto tiene como objetivo esta transposición, homogeneizando el sistema nacional de registro de marcas con el sistema de registro de marcas de la Unión Europea (EUIPO). Además, incorpora ciertas mejoras normativas impuestas tanto por la experiencia práctica obtenida como por la jurisprudencia o doctrina científica.

Todas las modificaciones entrarán en vigor, previa aprobación del anteproyecto, el 14 de enero de 2019, salvo la competencia de la OEPM para decretar por vía directa la nulidad o caducidad de marcas que queda demorada al día 14 de enero de 2023». Más en <http://www.coapi.org/propiedad-industrial/?q=content/anteproyecto-de-ley-de-modificacion%C3%B3n-parcial-de-la-ley-172001-de-7-de-diciembre-de-marcas>.

Véase más en https://www.oepm.es/es/sobre_oepm/noticias/2017/2017_04_18_AnteproyectoLeyModificacionParcialLey17_2001_7dicMarcas.html

¹⁰ *DOUE* L 336, 23 de diciembre de 2015.

¹¹ *DOUE* L 154, 16 de junio de 2017.

¹² Más en <http://dle.rae.es/?id=OML142i> (consultado por última vez el 11 de noviembre de 2017).

¹³ *Cfr.*, VARGAS BIANCHI, L. (2011). Familiaridad de marca: Crítica al concepto actual y nueva propuesta de una composición multidimensional, núm. 16. *Questiones publicitarias: revista internacional de comunicación y publicidad*, 77-90. CEPEDA-PALACIO, S.D. (2014). Alcances actuales del concepto de marca. Un estudio comparativo, en la historia. Vol. 10, núm. 2. *Entramado*, 128-142.

¹⁴ Señalar que «Las marcas son, en muchos sentidos, el reflejo de su negocio. Permiten a sus clientes distinguir sus productos y servicios de los de sus competidores, ofreciendo a su PYME la posibilidad de comercializar de la manera más adecuada sus productos o servicios. Pero las marcas no se utilizan simplemente como identificadores. Se considera asimismo que garantizan una calidad constante. Un cliente satisfecho de la calidad de su producto o servicio seguirá adquiriéndolo basándose en las expectativas de calidad que reposan en la marca conocida. Por consiguiente, deberá usted escoger y diseñar cuidadosamente una marca apropiada, protegerla, utilizarla con precaución en la publicidad, y supervisar que no induzca a engaño o sea utilizada de manera indebida por terceros. Al seleccionar una marca, deberá averiguar si la marca escogida o marcas similares han sido registradas ya por otras empresas para la categoría de productos o servicios y mercados en los que está usted interesado. Este tipo de información se obtiene realizando una búsqueda de marcas. Resulta capital hacerlo lo antes posible a fin de evitar conflictos innecesarios con otras empresas y la consiguiente pérdida de recursos». Al respecto, véase http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/marks/tm_relevance.htm (consultado por última vez el 12 de diciembre de 2017).

¹⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, E. (2016). Una perspectiva comparada sobre el concepto de marca, el régimen de los signos distintivos notorios y las prohibiciones de registro en las normativas española y nicaragüense, núm. 21. *Revista de Derecho*, 45-74.

¹⁶ *Cfr.*, STS de 2 de febrero de 2017, ponente don Rafael SARAZÁ JIMENA. Número sentencia: 151/2017. Número recurso: 1016/2014. Numroj: STS 726:2017 (TOL 5.984.432), señala «como ha puesto de manifiesto la recurrida, esta sala ha asumido la jurisprudencia del TJUE en relación con las llamadas “marcas de cobertura”, contenida en la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011, caso Fédération Cynologique Internationale, en la que el TJUE declaró que «el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria de prohibir a

cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca comunitaria posterior; sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca». Esta Sala, en las sentencias 520/2014, de 14 de octubre, 520/2014, de 14 de octubre, 586/2014, de 24 de octubre, y 302/2016, de 9 de mayo, afirmó: «Por ello, en evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca anterior reciba en este que en otros Estados miembro, según que el Derecho nacional respectivo le permita o no ejercitar la acción de violación de su marca sin tener que interponer, previamente o a la vez, la de nulidad del registro de la infractora, procede que modifiquemos, en este particular, la jurisprudencia, para admitir que el titular de una marca protegida en España pueda prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a ella, siempre que hubieran sido registrados con posterioridad, sin necesidad de una declaración previa de nulidad —al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales: artículos 55 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, y 51, apartado 2, de la Ley 20/2003, de 7 de julio—. Asimismo, el TJUE, en el auto de 10 de marzo de 2015, asunto C-491/14, caso Rosa dels Vents, declaró que la doctrina que la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011, eran también aplicables a las marcas nacionales, como es el caso de las marcas de los litigantes en este litigio. El TJUE declaró en este auto: «Estas consideraciones sobre el alcance del derecho exclusivo conferido por la marca comunitaria resultan pertinentes a la hora de interpretar el alcance, tal como ha sido armonizado por la Directiva 2008/95, del derecho exclusivo conferido por las marcas que hayan sido objeto de registro en un Estado miembro o en la Oficina Benelux de la propiedad intelectual o que hayan sido objeto de un registro internacional que surta efectos en algún Estado miembro».

3. Por tal razón, aunque la marca posterior de la demandada hubiera estado registrada para productos o servicios de la clase 41, no habría evitado el carácter ilícito del uso del signo por producir riesgo de confusión con la marca anterior de la que es titular la demandante».

¹⁷ De acuerdo con SUNOL, A. (2016). «Las marcas no convencionales: signos gustativos, sonoros y olfativos», 16 de noviembre, en línea: <http://almacenederecho.org/las-marcas-no-convencionales-signos-gustativos-sonoros-olfativos/> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2017), expresa que «Las marcas no tradicionales por contraste con las tradicionales, pese a que se perciben por cualquiera de los cinco sentidos, no se perciben tan fácilmente como fuentes de identificación del origen empresarial de productos o servicios y su representación en la solicitud de la correspondiente marca ante las oficinas de registro de propiedad industrial plantea ciertas dificultades. Y ello, entre otras razones, porque en muchos casos para capturar su verdadera esencia precisan representarse a través de métodos que no son los tradicionales. De entre ellas se incluyen los colores (*Color azul de Barclays*, *Color lila de Milka*); los hologramas; los gustativos (*Sabor a fresa o naranja artificial para medicinas*); los olfativos (*olor a césped recién cortado para pelotas de tenis*); los signos en movimiento o *motion trademark*; los sonidos, etc.».

¹⁸ Véase la STS de 22 de julio de 2015 (TOL 5.211.608) relativa al Derecho de marcas. Marca nacional *Spain's national treasure* (denominativa) (clase 29). Artículo 5.1 b) de la ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas: prohibición absoluta de registrar como marca signos que carezcan de carácter distintivo. Artículo 5.1 g) LM: prohibición absoluta de registrar como marcas signos que puedan inducir al público a error sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio. Sánchez romero carbajal jabugo, s.a. Ley 17/2001 51 genérico marca. Numroj: STS 3181:2015, «consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación adecuada de la prohibición absoluta de registro contemplada en la referida disposición legal, que establece que no podrán registrarse como marcas los signos «que puedan inducir al público a error, por ejemplo, sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o del servicio», en relación con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Marcas, que configura el presupuesto del carácter distintivo de la marca para acceder al registro, en cuanto que apreciamos que la inclusión de los términos «Spain's National» en la composición de la marca novel evoca la idea de que los productos reivindicados gozan de algún tipo de reconocimiento oficial o institucional por su calidad o específicas o singulares características».

¹⁹ En palabras de RUÍZ MUÑOZ, M. (2017). Derecho de Marcas. En AA.VV. *Derecho de Autor y Propiedad Industrial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

²⁰ Véase el Asunto C-421/13 de Tribunal de Justicia. Apple. Procedimiento prejudicial. Marcas. Directiva 2008/95/CE. Artículos 2 y 3. Signos que pueden constituir una marca. Carácter distintivo. Representación por medio de un dibujo de la disposición de una tienda insignia («flagship store»). Registro como marca para «servicios» relativos a los productos que se hallan a la venta en dicha tienda. Teléfonos Apple.10/07/2014 (TOL 4.427.911), se declara: «(...) el Tribunal de Justicia recuerda para empezar que, en virtud de la Directiva sobre marcas, 1 para poder constituir una marca, el objeto de la solicitud de registro debe cumplir tres requisitos: debe constituir un signo, debe poder ser objeto de una representación gráfica y debe ser apropiado para distinguir los «productos» o los «servicios» de una empresa de los de otras. A este respecto, el Tribunal de Justicia estima que una representación que, como la del caso de autos, representa visualmente la disposición de un espacio de venta mediante un conjunto continuo de líneas, contornos y formas, puede constituir una marca siempre que sea apropiada para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras. Además, según el Tribunal de Justicia, no cabe excluir que la disposición de un espacio de venta representada visualmente mediante dicho signo permita identificar que los productos o los servicios de que se trate proceden de una empresa determinada. Esto puede suceder cuando la disposición representada visualmente difiera de manera significativa de la norma o de los usos del ramo de que se trate. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que la capacidad general de un signo para constituir una marca no implica que dicho signo tenga necesariamente carácter distintivo en el sentido de la Directiva. En la práctica, dicho carácter debe apreciarse en relación, por una parte, con los productos o servicios designados, y, por otra, con la percepción de estos por parte del público pertinente (constituido por el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz). La autoridad competente debe determinar, también mediante un examen de cada caso concreto, si el signo es o no descriptivo de las características de los productos o servicios de que se trate o si está comprendido dentro de alguna de las causas de denegación del registro enumeradas en la Directiva.

El Tribunal de Justicia declara que los criterios de apreciación que debe seguir la autoridad competente en el caso de un dibujo que representa la disposición de un espacio de venta no difieren de los empleados para otro tipo de signos».

²¹ Según RUIZ MUÑOZ, M., Derecho de Marcas, *op. cit.*, 491: «hay que decir que el nuevo concepto de marca proviene en buena medida de las propuestas formuladas por el Instituto Max Planck en su Estudio sobre el funcionamiento general del sistema europeo de marcas de 8 de marzo de 2011, donde se parte de los siguientes principios: 1) el requisito de la representación gráfica resulta obsoleto, se debe modificar para permitir la representación de los signos no tradicionales, pero respetando las exigencias de seguridad jurídica de la sentencia «Sieckmann»; 2) todas las formas imaginables de signos que pueden ser percibidas por los sentidos humanos son capaces de cumplir una función de comunicación, por tanto sirven para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra; 3) la preponderancia del carácter distintivo, que es lo que determina la protección de la marca, frente a la representación gráfica que únicamente debe tener relevancia en el marco del sistema registral; y 4) que es cierto que sigue existiendo incertidumbre en relación con las marcas no tradicionales, pero puede haber sistemas de representación que incluso mejoren a la representación gráfica, como sucede con las grabaciones de sonido, si bien se insiste en el hecho de que la flexibilización en los medios de representación debe respetar la idea básica que subyace en los criterios contenidos en «Sieckmann». Para más información, véase además *The Max-Planck Study on the overall functioning of the European Trade Mark System*, en http://www.ecta.org/IMG/pdf/519b_von_muhlenndal_2_.pdf

²² *Cfr.*, RUIZ MUÑOZ, M., Derecho de Marcas, *op. ult. cit.*, 488 y 489, expresa que «La exigencia de representación gráfica cumple una función instrumental y aporta un alto grado de seguridad jurídica al sistema registral marcario. Esto se verifica tanto en el momento de la solicitud como durante toda la vida de marca, porque con la presentación de la representación gráfica en la solicitud de la marca se facilita la confrontación con las anterioridades, y del mismo modo se facilita enormemente la protección de los signos inscritos frente a las posibles usurpaciones y frente a los riesgos de confusión. El problema que tradicionalmente viene planteando la exigencia de representación gráfica es que impide el reconocimiento de

las denominadas marcas inmateriales, como pueden ser las marcas olfativas, las táctiles o las gustativas. Desde hace algún tiempo existe una fuerte confrontación doctrinal respecto al reconocimiento de este tipo o variedad de marcas, especialmente por lo que se refiere a las olfativas».

²³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A. (2005). Reflexiones en torno a la inclusión de los signos olfativos en el concepto jurídico de marca, núm. 661. *Actualidad jurídica Aranzadi*, 2-7. LEMA RASTROJO, S. (2017). Nuevo concepto de marca. Especial referencia a las marcas olfativas, núm. 9. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 181-192.

²⁴ Al respecto, véase el comentario en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html

²⁵ Más en http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html, (consultado por última vez el 9 de diciembre de 2017).

²⁶ DOUE L 205 de 8 de agosto de 2017.

²⁷ En la sentencia del 12 de diciembre de 2002 del TJUE ('caso Sieckmann'), el TJUE rechazó prácticamente todos los argumentos que motivadamente se aportaron, alegando que *la representación gráfica de la marca olfativa ha de ser clara, precisa, completa, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva*. El TJUE llegó a las siguientes conclusiones:

— La descripción de una fórmula química no es legible ni clara, ni precisa respecto al olor. Entendió, que no se representaba el olor, sino la sustancia.

— La descripción de olores no es clara, ni precisa ni objetiva.

— El depósito de muestras de olores no es suficientemente estable ni duradero, pues las propiedades de estas muestras pierden sus propiedades y su esencia con el tiempo.

Tampoco se atendía a razón cuando los interesados intentaban ampararse en medios alternativos que facilitaban descripciones técnicas del olor o fragancia de los productos como las aromatografías o cromatografías de gases.

El olor no puede derivarse de la propia naturaleza del producto: Se pueden diferenciar 3 categorías de productos: 1) Los aromas primarios o productos cuya función principal es perfumar, como por ejemplo los perfumes y ambientadores; 2) Productos en los que resulte habitual añadirles aromas, a pesar de que la emisión de aromas no es su función principal, como por ejemplo los jabones; 3) Por último, productos que normalmente no tienen ningún olor específico pero a los que se les incorpora un aroma determinado. Por ejemplo, el aroma floral aplicado a hilos de coser y bordar o el olor a césped recién cortado en pelotas de tenis u otros que se listan a continuación (...).

En este sentido, los olores que se consideren habituales en el producto que se pretende registrar, por ejemplo fragancias o productos comprendidos en la categoría de aromas primarios, verían vetada la posibilidad de registrar los productos pues la norma y la jurisprudencia entienden que la distintividad del producto debe primar sobre cualquier otra característica». Sobre este particular, véase más en GALLEGU, L. (2017). 2017: ¿tenemos finalmente registro de marca olfativa?, 13 de septiembre de 2016, en línea: <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/2017-tenemos-finalmente-registro-de-marca-olfativa> (consultado por última vez el 5 de diciembre de 2017).

²⁸ Véase el cuadro que contiene una lista de los tipos más populares de marcas, su representación y si se requiere una descripción adjunta, así como el formato aceptado por la EUIPO al presentar una solicitud de marca a partir del 1 de octubre de 2017. Más en <https://euipo.europa.eu/ohimportal/es/elimination-of-graphical-representation-requirement>

²⁹ RUIZ MUÑOZ, M., Derecho de Marcas, *op. cit.*, 481.

³⁰ Más sobre el particular, RUIZ MUÑOZ, M., Derecho de Marcas, *op. cit.*, 498 y 499.

³¹ *Cfr.*, las reflexiones de GALLEGU, L. (2017). 2017: ¿tenemos finalmente registro de marca olfativa?, 13 de septiembre de 2016, en <http://www.legaltoday.com/blogs/nuevas-tecnologias/blog-ecija-2-0/2017-tenemos-finalmente-registro-de-marca-olfativa> (consultado por última vez el 5 de diciembre de 2017). Se plantea qué sucede con el sector de los perfumes: «Entonces, ¿la eliminación del requisito de representación gráfica da luz verde al registro de perfumes por las grandes casas de cosméticos y moda para poder protegerlos frente falsificaciones? Si bien nos hemos librado de una barrera de dimensiones considerables como es la representación gráfica a la hora de solicitar el registro de una marca olfativa como pudiera ser un perfume, los tribunales entienden que las solicitudes de registro de

perfumes continúan topándose con la exigencia de que el olor no se derive de la propia naturaleza del producto».

³² Compartimos las opiniones vertidas por SUÑOL, A. (2016). Las marcas no convencionales: signos gustativos, sonoros y olfativos, en línea: <http://almacenederecho.org/las-marcas-no-convencionales-signos-gustativos-sonoros-olfativos/> (consultado por última vez el 29 de noviembre de 2017), al decir que «(...) los problemas se proyectan en otros aspectos y, en particular y a grandes trazos, en los siguientes:

- La posibilidad de que no sean percibidos como signos que identifican el origen empresarial.

- En ocasiones pueden incurrir en la prohibición de registro de signos genéricos, que carecen de carácter distintivo en concreto (p. ej. un perfume para perfumes).

- Como hemos visto, examinar si habido infracción de marca sonora, gustativa u olfativa plantea enormes obstáculos.

- Finalmente, y no en último lugar, esta clase de marcas en muchas ocasiones entran de lleno a mi juicio en la doctrina estadounidense que se conoce como la doctrina de la *funcionalidad* que trata de impedir que un operador pueda obtener un derecho de marca sobre la característica de un producto que es esencial para su uso o finalidad o afecta a su coste o calidad (v. *ad ex*. DOGAN/LEMLEY A Search-Costs Theory Of Limiting Doctrines In Trademark Law, Trademark Reporter, 2007 y LALONDE/GILSON Getting Real With Nontraditional Trademarks: What's Next After Red Oven Knobs, The Sound Of Burning Methamphetamine, And Goats On A Grass Roof?, 101 Trademark Rep. 186, 2011). El principal escollo al que han de enfrentarse estas marcas es que su concesión podría eliminar la competencia, con el consiguiente perjuicio para los consumidores, lo que traicionaría abiertamente el sistema de marcas, que persigue reducir costes de búsqueda de los consumidores y estimular a los agentes a que inviertan en calidad y *goodwill* de los productos y servicios que ofrecen en el mercado.

- En fin, no solo es que no parece que esta clase de marcas reduzcan los costes de transacción de los consumidores sino que además son costosas de obtener (en EE.UU. obtener una marca de esta clase precisa unos 30 meses) y procesar (las oficinas de registro habrán de contar con los aparatos necesarios para examinarlas) y su infracción o no es difícil de probar tanto para el titular como para el competidor».

3. URBANISMO

La cancelación registral de las declaraciones de obra nueva

Cancellation of a declaration of new building in the Real State Registry

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se realiza un análisis sistemático de las reglas aplicables a la cancelación de las inscripciones de declaración de obra nueva o constancia registral de su desaparición, contemplando tanto aquellos supuestos en que el asiento resulta ordenado o provocado por una resolución judicial o administrativa como aquellos otros en que responde a la voluntad del titular registral de la obra inscrita.

ABSTRACT: *This commentary contains, a systematic analysis of the rules applicable to the cancellation of the registration of new buildings or to the registration of their disappearance, contemplating both those cases in which the record entry is ordered or caused by a judicial or administrative resolution and those others in which it responds to the will of the registered owner.*

PALABRAS CLAVE: Cancelación. Declaración de obra nueva.

KEY WORDS: *Cancellation. Declaration of new building.*

Resolución de 12 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CANCELACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. 2. LA CANCELACIÓN ORDENADA O PROVOCADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL. 3. CANCELACIÓN DERIVADA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 4. CANCELACIÓN VOLUNTARIA: A) *Constancia de la desaparición del edificio.* B) *Constancia de la demolición del edificio.* C) *Cancelación parcial o constancia de la modificación de la obra.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El titular registral de una finca procede a su segregación y a la venta de la porción segregada. El comprador, considerando que en dicha venta se encontraban incluidas una serie de construcciones preexistentes (aunque no se mencionaban en la correspondiente escritura), otorgó una escritura de declaración de obra nueva sobre las mismas que se hizo constar en el folio de la finca adquirida, resultante de la segregación.

Ante la discrepancia existente entre las partes sobre la titularidad de las indicadas construcciones, el comprador instó un procedimiento declarativo reivindicando la titularidad de las mismas. Los demandados se opusieron a las pretensiones del titular registral alegando que dichos elementos constructivos no se incluyeron en la escritura de compraventa, quedando comprendidas en la finca matriz de la que fue segregada la registral vendida al actor.

La sentencia que puso fin al procedimiento, y que ganó firmeza, desestimó íntegramente las pretensiones del comprador demandante.

Por la representación de la vendedora demandada se presentó en el Registro de la Propiedad un testimonio de la aludida sentencia junto a una instancia solicitando que las construcciones litigiosas se eliminaran de la descripción de la finca inscrita a nombre del actor-comprador.

La registradora rechazó la práctica de la rectificación solicitada al entender que en el presente caso el Juzgado se limitaba a desestimar la pretensión del demandante, pero sin reconocer derecho a favor de persona alguna y sin que se ordenase en la sentencia la rectificación registral de la descripción de las fincas, así como por considerar que la inscripción solicitada no coincidía con el objeto del documento presentado.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso gubernativo contra la anterior calificación, la Dirección General desestimó el recurso en su resolución de 12 de septiembre de 2016 confirmando la nota de calificación con base en la argumentación contenida en los fundamentos 2 y 3, que se transcriben a continuación.

«2. Los claros términos del párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria no dejan lugar a dudas en cuanto a que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los tribunales, lo que constituye una manifestación del principio hipotecario de legitimación registral o de presunción de exactitud; esto supone, que los asientos producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley, lo que se exalta en los artículos 38 y 39 de la Ley Hipotecaria.

Por su parte, de lo establecido en el artículo 40.d) de la misma ley se deduce que la rectificación de una inexactitud como la que se pretende en la instancia objeto de la nota de calificación recurrida, solo podrá llevarse a efecto con el consentimiento del titular registral de la finca, o, en su defecto, por medio de la correspondiente resolución judicial dictada en un procedimiento declarativo seguido contra dicho titular.

3. En el presente caso, como se ha expuesto, don C. A. C. D. adquirió la finca registral 44.477 por virtud de escritura de segregación y compraventa y con posterioridad, mediante sendas escrituras de declaración de obra nueva, procedió a inscribir en el Registro de la Propiedad una serie de edificaciones,

entre las que se encontraban un garaje y un cuarto de aperos, inscribiéndolas. Es el propio titular registral quien entabló el procedimiento declarativo contra los titulares de la finca matriz de la que procede la 44.477, al objeto de reivindicar la propiedad del garaje y del cuarto de aperos que en el Registro ya aparecen inscritos a su nombre, y del terreno intermedio entre dichas edificaciones y la vivienda ubicada en su finca.

La sentencia dictada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia Provincial, en congruencia con el objeto de la reivindicatoria interpuesta, si bien en su parte expositiva deja claro que la descripción correcta de la finca vendida es la que resultaba de la licencia de segregación y que, en consecuencia, el garaje y el cuarto de aperos forman parte de la finca matriz propiedad de los vendedores demandados, en el fallo se limita a desestimar la demanda, sin hacer ningún pronunciamiento sobre la eventual cancelación de las inscripciones de declaración de obra nueva y sin tampoco hacer una nueva descripción de la finca.

Debe tenerse en cuenta que la parte demandada no formuló en su momento la oportuna reconvención, ni la anotación preventiva de la demanda, conforme al artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que hubiera sido el mecanismo adecuado para pedir del juez que ordenase en la sentencia la rectificación de los asientos registrales solventándose así la inexactitud registral que se infiere del contenido de la misma.

Por tanto, la sentencia que se acompaña a la instancia objeto de calificación no es título suficiente para proceder a la rectificación del Registro en los términos previstos en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, procediendo en consecuencia la confirmación del defecto apreciado por la registradora en su nota.

No obstante, en aras de la mejora y plenitud de la publicidad registral y de una más completa información tabular de la situación jurídica de cada finca, no se entra por esta Dirección General (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), por no haber ordenado el juez mandamiento alguno, si de haberlo ordenado, sería la sentencia objeto de publicidad provisional.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora».

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA CANCELACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

La sencillez conceptual de la declaración de obra nueva contrasta poderosamente con la complejidad que reviste la aplicación en la práctica de su régimen legal, el cual se ha venido desarrollando de manera excesivamente dispersa y convulsa. El primer calificativo obedece a su falta de regulación global y unitaria, ya que son numerosas las normas, estatales y autonómicas, a las que hay que acudir para tratar de configurar el régimen jurídico aplicable a su inscripción registral, como son la legislación hipotecaria, el Real Decreto 1093/1997, la legislación del suelo, la de ordenación de la edificación o la normativa sobre el procedimiento para la obtención de la certificación de eficiencia energética.

Además, la evolución de este régimen legal en los últimos años se ha producido de manera convulsa porque ha experimentado un incesante vaivén de modificaciones que parecen sugerir una cierta dificultad por parte del legislador para afrontar la regulación de esta institución de una manera definitiva y del todo coherente¹.

A pesar de la innegable voluntad legislativa especialmente activa en esta materia, hay algunos extremos del régimen registral de las declaraciones de obra nueva que se mantienen huérfanos de regulación, como es el caso de la cancelación de las mismas cuando hayan dejado de existir tal y como figuraban inscritas en el Registro o, en otros términos, la constancia de su desaparición. La constatación registral de este hecho reviste gran relevancia en orden a procurar la necesaria concordancia entre los asientos del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, que constituye la primera aspiración de todo sistema hipotecario y que plantea en la práctica ciertos problemas que no son fáciles de sortear sin realizar un esfuerzo interpretativo adicional.

En cuanto a la clase de asiento a practicar, ARNAIZ EGUREN² habla abiertamente del asiento de cancelación, mientras que ARNAIZ RAMOS³ considera que «en la medida en que la inscripción de la declaración de obra nueva constituye una operación registral a través de la cual se refleja en el Registro una realidad edificatoria terminada o en construcción, a fin de posibilitar una definición completa del objeto del derecho de propiedad inscrito, se ha de entender que la desaparición de la edificación no provoca tanto un asiento de cancelación de la inscripción de obra nueva como una nueva inscripción de la que resulta su desaparición y, con ello, la adecuación del reflejo tabular a la realidad física». Por su parte, la Dirección General habla con frecuencia de la cancelación de la inscripción de obra nueva⁴, si bien también se refiere en algunos casos al asiento de inscripción⁵ y en otros se limita a aplicar las normas sobre rectificación del Registro del artículo 40 de la Ley Hipotecaria sin entrar a determinar la clase de asiento a practicar⁶.

La cancelación de la inscripción de declaración de obra nueva o la inscripción de su desaparición puede revestir una pluralidad de modalidades. Así, por su origen, cabe distinguir entre la forzosa (como sería el caso de la impuesta en una resolución judicial) y la puramente voluntaria (cuando obedece a la simple intención del propietario de hacer constar la desaparición de un edificio arruinado o demolido). También puede responder a la tramitación de un expediente administrativo o a una rectificación de errores, tanto del título en cuya virtud se practicó la correspondiente inscripción como del propio asiento.

Desde el punto de vista de su alcance, la desaparición de la obra inscrita no tiene necesariamente que afectar a la totalidad de la misma sino que podría circunscribirse a solo una parte de ella, como sucedería por ejemplo en el caso de demolición de una o varias plantas impuesta por un expediente de disciplina urbanística, o en los de ruina parcial de una edificación.

Como punto de partida, parece claro que, dado que la finalidad del asiento del que tratamos es procurar la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral mediante el reflejo de la inexistencia material de la obra inscrita o de una parte de ella, este hecho habrá de ser acreditado ante el registrador pues en otro caso el efecto del asiento podría ser el contrario.

2. LA CANCELACIÓN ORDENADA O PROVOCADA POR RESOLUCIÓN JUDICIAL

La necesidad de proceder a la cancelación de la inscripción de la declaración de obra nueva puede obedecer a una sentencia firme dictada tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en la civil. Como ejemplo de lo primero cabe citar la sentencia que declare la nulidad de la licencia en cuya virtud se inscribió la obra nueva u ordene su demolición. En la jurisdicción civil tal necesidad

puede venir determinada, entre otros supuestos, por una sentencia dictada ante el ejercicio de una acción reivindicatoria o de una acción declarativa del dominio.

En todo caso, desde la perspectiva del título inscribible, hay que hacer una nueva distinción: la sentencia firme que ponga fin al correspondiente procedimiento puede constituir por sí sola título inscribible para la práctica de la cancelación cuando en ella se ordene así de manera expresa, pero con frecuencia sucederá que la sentencia no contenga ese mandato directo, en cuyo caso constituirá únicamente un antecedente o presupuesto para que, cuando se den las condiciones precisas, pueda procederse a la cancelación. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando se trate de sentencias que anulen la licencia o decreten la demolición de lo construido pero no se pronuncien sobre la cancelación.

En esos supuestos en que no se ordena directamente la cancelación por la propia sentencia firme, habría que esperar a la acreditación de la efectiva demolición de la obra, lo que podría obtenerse, por ejemplo, mediante el auto que ponga fin al incidente de ejecución de sentencia del que resulte tal efectividad. Mientras no tenga lugar dicha acreditación, solo cabría preparar el camino para la ulterior cancelación de la obra nueva, bien mediante la inscripción de la sentencia firme correspondiente, para lo que la legislación urbanística exige que el titular registral «haya participado» en el procedimiento⁷, bien mediante la nota marginal prevista en el artículo 75 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aplicable también a los procedimientos administrativos, y que en favor del titular registral exige que «haya sido citado» en el procedimiento.

En los casos en que, conforme a lo dicho, el título presentado sea susceptible de provocar la cancelación de la obra nueva o la inscripción de su desaparición, deberá reunir las condiciones generales exigidas por la legislación registral, respetándose en particular los llamados principios hipotecarios. Entre las aludidas condiciones destaca la constatación de la intervención del titular registral en el procedimiento, a cuyo fin debe estarse a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, en la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre llamamiento de los interesados al proceso y, en cuanto a sus aspectos registrales, a la doctrina del Centro Directivo sobre la materia, sintetizada en la resolución de 1 de marzo de 2013, según la cual «como ya dijera esta Dirección General, en su resolución de 7 de noviembre de 2002 (y en las posteriores de 2 de junio de 2006, 16 de julio de 2010 y 3 de marzo de 2011), el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria».

Respecto de quienes puedan adquirir la condición de titular registral con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo o judicial, el mecanismo de publicidad idóneo será la solicitud y obtención de la anotación preventiva acordada en el procedimiento correspondiente, de conformidad con las reglas establecidas en general en la legislación hipotecaria y procesal; cuando se trate

de un procedimiento contencioso-administrativo, habrá de estarse a lo dispuesto en el Capítulo VIII del Real Decreto 1093/1997, que contempla las anotaciones preventivas ordenadas en esta clase de procedimientos.

3. CANCELACIÓN DERIVADA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El supuesto más frecuente dentro de esta categoría será la cancelación de la inscripción de la declaración de obra nueva con ocasión de un expediente de disciplina urbanística.

Durante la tramitación del expediente de disciplina cabe obtener la anotación preventiva de su incoación, específicamente contemplada para tal supuesto en el Capítulo VII del Real Decreto 1093/1997. A este respecto resulta de interés la resolución de la Dirección General de 20 de octubre de 2008, en la que se plantea si para tomar esta anotación preventiva basta la certificación municipal de incoación del expediente, debidamente notificado al titular registral, o se requiere también que conste que se notificó a los interesados el propio acuerdo ordenando tomar la anotación, como exigía el registrador. La resolución da la razón al recurrente y estima el recurso en este punto al concluir que el artículo 57 de dicho Real Decreto presupone que «lo que tiene que notificarse al interesado, como vía para que pueda ser cumplido el trámite de audiencia (para a su vez cumplir con el principio registral de tracto sucesivo y con el principio constitucional de tutela judicial efectiva), es el acuerdo mismo de incoación del expediente de disciplina urbanística, siendo la solicitud de la práctica de la anotación preventiva un acto de mero trámite o de impulso procedimental que será notificado a los interesados a posteriori por la Administración, una vez practicada; máxime teniendo en cuenta que la práctica de la anotación preventiva no es un acto que decida directa o indirectamente el fondo del asunto, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, de manera que la eventual oposición a tal acto de trámite solo podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento».

Una vez terminado el expediente administrativo y firme la resolución que acuerde la nulidad de la licencia u ordene la demolición de la obra ilegal, la certificación de dicha resolución no debería ser suficiente para la cancelación del asiento registral que refleje la edificación, ya que de lo contrario tal cancelación podría consumir una inexactitud registral en tanto no tuviera lugar la efectiva demolición de aquella y se acreditara así debidamente. Para que pueda tener lugar la cancelación de la inscripción de la obra nueva en virtud de la resolución administrativa firme, parece razonable exigir, además de la certificación administrativa de dicha resolución, que se acredite que la obra nueva ha dejado de existir en la realidad extrarregistral, lo que bien podría producirse cuando en la propia certificación o en otra complementaria se constate que la obra ha sido efectivamente demolida en cumplimiento de aquella resolución.

Mientras no se acredite la efectiva desaparición de la edificación, consideramos que, al igual que se ha expuesto en relación con los procedimientos judiciales, la sola presentación de la resolución administrativa firme que ponga fin al expediente únicamente podría ser objeto del asiento de inscripción previsto en el artículo 65.1.g) del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana o de la nota marginal del artículo 75 del Real Decreto 1093/1997 en los

términos antes citados, pero no podría dar lugar por sí sola a la cancelación de la obra nueva.

En cuanto a la intervención del titular registral en el procedimiento administrativo, habrá de acudirse a las reglas generales previstas en la legislación sobre el procedimiento administrativo común, siendo necesario a estos efectos, en general, que el interesado haya sido notificado en debida forma para que pueda participar en el expediente mediante la presentación de las alegaciones o los recursos que correspondan a fin de evitarles indefensión. En particular, habrá de estarse a las normas de la Ley 39/2015, de 10 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre notificaciones (arts. 40 y sigs.) y sobre el trámite de audiencia a los interesados (art. 82) y a la interpretación que de los mismos realiza el Centro Directivo a la hora de aplicar las reglas de calificación y los requisitos para la inscripción de los documentos administrativos en relación con el titular registral y los terceros que ulteriormente adquieran este carácter.

La resolución de 1 de marzo de 2013 contiene las siguientes reflexiones al respecto: «La cuestión que tiene trascendencia hipotecaria es el grado de intervención que debe tener el titular registral al objeto de que se haga constar en el Registro de la Propiedad la declaración de nulidad de una licencia de edificación por resolución judicial.

Como ya dijera esta Dirección General, en su resolución de 7 de noviembre de 2002 (y en las posteriores de 2 de junio de 2006, 16 de julio de 2010 y 3 de marzo de 2011), el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y Tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido citados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

De esta forma, aunque los titulares registrales en el momento de la iniciación de tal procedimiento fueran citados, no se puede dejar indefensos a los titulares actuales, los cuales deberían haber sido advertidos oportunamente de la situación existente —lo que en consecuencia, hubiera evitado su indefensión— si la demanda se hubiera anotado preventivamente, tal y como previene el artículo 53.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y artículo 67 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (sentencia del Tribunal Constitucional 192/1997, de 11 de noviembre). Esta actuación preventiva de situaciones oponibles a terceros futuros, en concreto la declaración de nulidad de licencia de obra, ha preocupado al legislador que, como dice la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, añade medidas de publicidad como la incorporación al Registro de la Propiedad a fin de que los futuros adquirentes de inmuebles conozcan la situación litigiosa en que se encuentran. El reforzamiento legal se ha traducido en una reforma que ha hecho obligatoria la anotación preventiva de la interposición de recursos contencioso-administrativos que pretendan la anulación de actos administrativos de intervención (*vid.* art. 53 Texto Refundido de la Ley de Suelo)».

En el expediente contemplado por esa resolución, el adquirente de la finca no tuvo la oportunidad de conocer el procedimiento ni a través de la anotación preventiva de la demanda en el Registro, ni a través de un emplazamiento en el procedimiento correspondiente por lo que, no habiéndose instado oportunamente la anotación preventiva de la demanda —pudiendo hacerse—, no se consideró procedente hacer efectiva la sentencia dictada en la jurisdicción contencioso-administrativa contra el actual titular registral que no tuvo participación en dicho procedimiento. Añade la resolución que «no quiere esto decir que los intereses generales urbanísticos queden sin protección, sino que la Administración debe iniciar una nueva actuación contra el titular registral con el objeto de acomodar los pronunciamientos registrales a la normativa urbanística, a través de un procedimiento en el que el titular registral sea oído y pueda alegar lo que a su derecho convenga».

Por otro lado, y con independencia de lo expuesto respecto de los expedientes de disciplina urbanística, también podría proceder la cancelación de la inscripción declaración de obra nueva o la constatación de su desaparición con ocasión de la presentación de un proyecto de compensación o de equidistribución. Aunque el artículo 7.7 del Real Decreto 1093/1997 solo contempla entre las circunstancias que ha de contener el título inscribible la «descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican» añadiendo que «se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral», no parece haber obstáculo en que se haga constar el hecho inverso, esto es, la inexistencia en la realidad extrarregistral de las obras nuevas inscritas en el folio de una finca de origen o aportada al proceso reparcelatorio.

4. CANCELACIÓN VOLUNTARIA

Al margen de los supuestos examinados, cabe también contemplar el de cancelación de la inscripción de obra nueva por voluntad del titular registral de la finca, supuesto que admitiría una pluralidad de modalidades que se analizan seguidamente.

A) Constancia de la desaparición del edificio

Esta primera modalidad tendría lugar en el caso de ruina o destrucción involuntaria de la edificación inscrita por su antigüedad o por caso fortuito y con ella se trataría de hacer concordar el Registro y la realidad extrarregistral mediante la constatación tabular de tal hecho jurídico.

Producido el evento, y ante la falta de regulación legal de la cancelación de la inscripción de obra nueva, parece lógico exigir la acreditación de la realidad de aquel, sin que a nuestro juicio baste con la sola presentación de una escritura en la que el titular registral manifieste su voluntad de hacer constar la desaparición de la obra. Así cabe entenderlo, en primer lugar, por analogía con las normas de constatación registral de hechos jurídicos, que exigen en general la debida acreditación de su realidad. Es el caso, por ejemplo, de las normas sobre alteración de las circunstancias descriptivas de las fincas, sobre los excesos de cabida o las que regulan la propia declaración de obra nueva, conforme a lo previsto en los artículos 199 a 202 de la Ley Hipotecaria según la redacción dada a todos ellos por la Ley 13/2015, de 24 de junio.

En segundo término, no debe olvidarse que en nuestro Derecho hipotecario no se acoge en términos generales la figura del consentimiento formal propio del Derecho alemán, por lo que es precisa la constancia de la causa o razón de ser del asiento pretendido. En este sentido cabe traer a colación las siguientes reflexiones de la resolución de 2 de noviembre de 1992 que, aunque referidas a la cancelación de una hipoteca, contiene afirmaciones que, por su generalidad, pueden considerarse aplicables al supuesto que ahora analizamos: «El párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria no puede ser interpretado aisladamente, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, las cuales responden, a su vez, a nuestro sistema civil causalista. Ha de advertirse, en primer lugar, que no hay razón suficiente para hacer, en el sistema general, una excepción cuando de lo que se trata es de reflejar en el Registro, por vía de asiento de cancelación, la extinción o la reducción de un derecho real inscrito (cfr. arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria), pues en estos casos el asiento de cancelación, aunque con forma propia, tiene naturaleza genérica y los efectos de las inscripciones. Son objeto de inscripción, en sentido genérico, los títulos por los que se produce cualquier vicisitud en el dominio o en los derechos reales y, entre ellos, los títulos por los que los derechos reales se modifiquen o extingan (cfr. art. 2º, 2, de la Ley Hipotecaria), aunque el modo formal de reflejar registralmente la procedente inscripción de extinción o de reducción sea precisamente por vía de cancelación total, o parcial, del derecho inscrito (cfr. arts. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria). También rigen respecto de los asientos de cancelación los principios registrales que rigen en materia de inscripciones: de rogación, legalidad (cfr. arts. 19 y 99 de la Ley Hipotecaria), prioridad, tracto sucesivo, etc. Para la presunción de que se concreta la fuerza legitimadora del Registro hay que tener en cuenta todos los asientos, también las cancelaciones: "cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere" (art. 97 Ley Hipotecaria) (...). Esta igualdad de naturaleza y efectos entre la inscripción y las cancelaciones que tienen por fin consignar en el Registro la extinción de un derecho real exige que, en general —y a salvo la preferente aplicación de las reglas especiales sobre cancelación—, sean aplicables a estas cancelaciones las reglas de las inscripciones.

Es doctrina de este Centro Directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere la expresión de la naturaleza del título causal, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadoradora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan. Esta misma doctrina ha de regir cuando, por consistir la vicisitud jurídico-real en la extinción o en la reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación, total o parcial (cfr. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria), no ya solo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones: En aplicación del principio de determinación registral, se exige, entre las circunstancias del asiento de cancelación, la expresión de la causa o razón de la cancelación (cfr. art. 193, 2º, del Reglamento Hipotecario) (...). En esta interpretación —la única que permite la congruencia sistemática— no carece de sentido el texto del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Su finalidad no es la de introducir un disonante y excepcional consentimiento formal, sino otra mucho más modesta que resulta de su contexto. Se trata con este

artículo y con los que le siguen de señalar en qué casos —los más frecuentes— rige la doctrina general sobre nuevas inscripciones en relación con el dominio o derecho real ya inscrito (se necesita título otorgado por el titular registral o sus causahabientes o sentencia en juicio ordinario seguido contra ellos; cfr. arts. 1º-III, 20-1, 40, 82-I y 85-I y II de la Ley Hipotecaria y 105 y 213 del Reglamento Hipotecario), en qué casos ni siquiera se exige un título especial (cfr. art. 82-II y concordantes de la Ley Hipotecaria) y en qué casos, por el contrario y aunque el titular registral esté de acuerdo en la cancelación, no basta para conseguirla un título simplemente otorgado por él (cfr. arts. 83 y 85-I de la Ley Hipotecaria).

Entender, en cambio, que es posible la cancelación en virtud de un mero consentimiento formal equivaldría a admitir la desinscripción al arbitrio del titular del derecho que el asiento publica (...).

Por su parte, la resolución de 9 de agosto de 2011, relativa a una escritura de aclaración y anulación parcial de otra escritura de agrupación y declaración de obra nueva, afirma: «Como ha señalado este Centro Directivo (véase resoluciones señaladas en los "Vistos"), es incuestionable la posibilidad de rectificar las declaraciones vertidas en una escritura pública cuando no se ajustan a la realidad y la posibilidad de inscribir tales rectificaciones, siempre que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente y, consiguientemente, la razón o causa de la modificación o rectificación».

Finalmente, si a pesar de lo dicho se considerase admisible en estos casos un mero consentimiento formal para la cancelación, sin necesidad de acreditar la realidad del hecho que se trata de constatar, podrían eludirse con facilidad las normas relativas a la demolición de edificaciones y, en particular, a la obtención de la preceptiva licencia municipal prevista a tal fin, extremos a los que nos referimos en el apartado que sigue.

B) Constancia de la demolición del edificio

La segunda modalidad de cancelación por voluntad del titular registral de la finca sería la de la demolición de la obra nueva previa obtención de la correspondiente licencia, con independencia de si va o no seguida de la reconstrucción de aquella.

En la modalidad que ahora contemplamos cabe plantearse si, además de la realidad material de la desaparición de la edificación, hay que acreditar para la práctica de la cancelación la obtención de la correspondiente licencia de demolición. Ni la legislación del suelo ni la hipotecaria imponen este requisito, si bien parece prudente exigir tal acreditación para que pueda realizarse una completa calificación de la legalidad del título inscribible y, en todo caso, entendemos que una eventual regulación específica de la cancelación de la inscripción de obra nueva debería contener tal prescripción.

Si, además de la cancelación de la obra preexistente se pretendiera hacer constar la reconstrucción del edificio demolido, habrían de cumplirse también los requisitos generales legalmente establecidos para la inscripción de las declaraciones de obra nueva.

C) Cancelación parcial o constancia de la modificación de la obra

Finalmente, puede suceder que la destrucción o demolición de la obra sea solo parcial, con subsistencia del resto no afectado por la misma y ya sea con o

sin reconstrucción de parte de aquella, en cuyos casos, más que ante un asiento de cancelación parcial nos encontraríamos ante una modificación de la inscripción de la declaración de obra nueva, que estaría sujeta al cumplimiento de los requisitos generales de su inscripción como sugiere el primer inciso del artículo 45 del Real Decreto 1093/1997 y así lo ha manifestado reiteradamente la Dirección General. La resolución de 12 de noviembre de 2012 exige la licencia de rehabilitación para la constancia registral de la reconstrucción de una casa en ruinas. Por su parte, la resolución de 13 de noviembre de 2013 considera posible que la modificación de la inscripción de la declaración de obra nueva se haga constar tanto mediante la aplicación de las reglas generales previstas para tal inscripción (es decir, las relativas a la licencia de obras o, en su caso, de rehabilitación, a la certificación de técnico competente y a los restantes requisitos legales) como, cuando proceda, mediante la acreditación de la antigüedad de la obra en los términos establecidos para las denominadas obras antiguas (arts. 52 del citado Real Decreto y 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015).

NOTAS

¹ Sin ánimo exhaustivo cabe citar en este sentido las alteraciones que ha experimentado la regulación de esta figura desde la incorporación del control de legalidad impuesto a notarios y registradores por la Ley del Suelo de 1990 pasando por el Real Decreto 1093/1997, la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, la Ley del Suelo de 2007 y su Texto Refundido de 2008, las modificaciones de este último en esta materia en julio de 2011 y en junio de 2013, la reforma en junio de 2015 del artículo 202 de la Ley Hipotecaria y, en fin, las introducidas por el vigente Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015.

² ARNAIZ EGUREN, R. (1991). Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva: El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, 2157-2206.

³ ARNAIZ RAMOS, R., *La inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva* (2013), 261. Hospitalet de Llobregat (Barcelona): Bosch.

⁴ Entre otras, cabe citar la resolución de 9 de agosto de 2011.

⁵ Por ejemplo, la inscripción de la sentencia que decreta la demolición de una edificación o declara la nulidad de la licencia en cuya virtud se inscribió la obra nueva (resolución de 16 de julio de 2010).

⁶ Entre otras, la resolución de 19 de octubre de 2016. En la resolución de 12 de septiembre de 2016 no se citan las normas sobre cancelación en el apartado de "Vistos", a diferencia de otras, sino que se hace referencia tan solo al artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

⁷ Así lo hace la legislación del suelo desde el texto refundido de 1992 en su artículo 309.1 hasta el actual artículo 65.1.g) del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

MADRID

El día 16 de enero de 2019, en el Colegio de Registradores, tuvo lugar la Jornada, «GESTIÓN DEL SUELO INDUSTRIAL», con el siguiente programa:

Inauguración de la jornada, con la participación de:

Excma. Sra. Dña. María Emilia ADÁN GARCÍA. Decana del Colegio de Registradores de España.

Excma. Sra. Dña. Reyes MAROTO. Ministra de Industria, Comercio y Turismo del Gobierno de España.

Molt Honorable Sr. Ximo PUIG. Presidente de la Generalitat Valenciana.

Sr. D. Santiago SALVADOR. Presidente de CEDAES.

Conferencia: «*El Nuevo modelo de gestión de las áreas industriales*», a cargo del Excmo. Sr. D. Juan Manuel BADENAS CARPIO. Catedrático de Derecho civil y Presidente del ICBP.

Mesa redonda: «El modelo valenciano sobre gestión y promoción de las áreas industriales (su posible extensión a otras partes de España)», interviniendo:

Ilma. Sra. Dña. Blanca MARÍN. Secretaria autonómica de Industria y Energía de la Generalitat Valenciana.

Sr. D. Diego ROMÁ. Gerente de la Federación Valenciana de Polígonos Industriales (FEPEVAL).

Sra. Dña. María SORIANO BAYOT. Registradora de la Propiedad de Xativa núm. 2.

Sr. D. Joaquín SÁNCHEZ. Secretario general de FEPEMUR.

Sr. D. Pablo GARCÍA-VIGÓN. Presidente de AREAS de Asturias.

Sr. D. Miguel Ángel CUARTERO. Gerente de ADECA, Campollano (Albacete).
Clausura, a cargo de la Excm. Sra. Dña. María Emilia ADÁN GARCÍA.

ANDALUCÍA

El día 19 de febrero de 2019 tuvo lugar en Sevilla una Jornada de Retribución de Administradores: CRITERIOS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL REGISTRO MERCANTIL DE SEVILLA, en la sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental, con el siguiente programa:

Presentación: a cargo de D. Juan José JURADO JURADO, Registrador Mercantil de Sevilla I.

Exposición a cargo de:

D. Miguel Ángel NAVARRO ROBLES. Magistrado titular del Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla. Sección 3.^a

«Algunas consideraciones judiciales sobre la retribución de los administradores sociales».

D. Ricardo ASTORGA MORANO. Abogado socio director de ZURBARÁN ABOGADOS. Profesor asociado de Derecho mercantil de la Universidad de Sevilla.

«La retribución de los administradores en la práctica societaria. Pasado, presente y futuro».

D. Juan Ignacio MADRID ALONSO. Registrador mercantil de Sevilla III.
«Criterios prácticos del Registro Mercantil de Sevilla».

Moderador: D. Alberto GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO. Director del Servicio de Estudios registrales. Registrador de la Propiedad de Valverde del Camino.

El 7 de marzo de 2019, organizada por El Decanato Territorial de Andalucía Occidental y Decanato Territorial de Andalucía Oriental, tuvo lugar en Sevilla la Jornada Tributaria. COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN DE LOS TRIBUTOS. CONSTITUCIONALIDAD DEL IMPUESTO DE SUCESIONES.

Con el siguiente programa:

Presentación a cargo de:

Dña. Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana Territorial de Andalucía Oriental

Exposición a cargo de:

D. Marc VILALTA REIXACH. Profesor lector de Derecho administrativo en la Universidad de Barcelona.

Marco normativo de la colaboración interadministrativa en la aplicación de los tributos.

Dña. María BERTRÁN GIRÓN. Profesora adjunta de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad Loyola Andalucía.

Aplicación de los tributos por las Oficinas Liquidadoras.

D. Carlos COLOMER FERRÁNDIZ. Director del Departamento Fiscal del CORPME.

Presente y futuro de las Oficinas Liquidadoras.

Conferencia a cargo de:

D. Javier LASARTE ÁLVAREZ. Catedrático de Derecho financiero y tributario de la Universidad Pablo de Olavide. Académico de número de la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia.

Reflexiones constitucionales sobre el impuesto de Sucesiones.

Moderador:

D. José Carlos ISLÁN PEREA. Vocal de OOLL de Andalucía Occidental. Registrador de Cazalla de la Sierra.

El 20 de marzo de 2019 tuvo lugar en Sevilla la Jornada Urbanística «Las edificaciones y el uso del suelo: particularidades de las viviendas destinadas a uso turístico y nuevos mecanismos de colaboración tras la ley 13/2015», organizada conjuntamente por el Decanato y la Asociación de Inspectores de Ordenación de Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía.

Con el siguiente programa:

Presentación a cargo de: Dña. Luisa CHAMIZO CALVO, Arquitecta Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Presidenta de la AIOTUV.

Exposición a cargo de:

Dña. Elena YUST ESCOBAR, Arquitecta funcionaria de la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla. Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. «Particularidades urbanísticas de las viviendas destinadas a usos turísticos».

D. Antonio Jesús NAVARRO VALIENTE, Registrador de la propiedad de Moguer. Colaborador en DGRN. «La actividad colaboradora del Registro de la Propiedad en la inspección del territorio: La información territorial asociada».

D. Francisco SÁNCHEZ DÍAZ, Geógrafo. Asesor Técnico de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo de la Junta de Andalucía.

Dña. Luisa CHAMIZO CALVO, Arquitecta Inspectora de Ordenación del Territorio, urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Presidenta de la AIOTUV. «Medios de acceso al Planteamiento Urbanístico».

Dña. Gloria MIRANDA HERNÁNDEZ, Inspectora de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía. Coordinadora. «Coordinación entre el Registro de la Propiedad/Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Andalucía».

Moderador:

D. Alberto GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, registrador de la propiedad de Valverde del Camino. Director del Servicio de Estudios Registrales.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

MUÑIZ ESPADA, Esther. *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa*, Edit. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, 204 páginas.

por

LAURA ZUMAQUERO GIL
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil.
Universidad de Málaga

Esta obra tiene por objeto el análisis del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, a partir de un estudio crítico sobre el contenido de la futura Ley, y que va referido tanto a cuestiones formales, como de fondo, relacionadas con algunas de las soluciones por las que ha optado el legislador español en cumplimiento de su misión de transponer la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

El Libro se estructura en seis capítulos, además de unas conclusiones finales. En un primer capítulo introductorio, la autora expone los principales problemas que a su juicio presenta esta propuesta de regulación. Partiendo de la idea de que la finalidad de esta Ley es proteger el crédito y no al consumidor, la profesora MUÑIZ ESPADA afirma que se trata de una normativa sectorial para la ordenación de una parte del ámbito financiero y bancario, cuyo eje central es la ordenación del mercado. Desde luego, no le falta razón, si analizamos algunas de las soluciones que se han adoptado en esta futura Ley para proteger al consumidor. La autora critica, por otra parte, que no se haya aprovechado esta reforma para reordenar la regulación existente, a través de una simplificación legislativa, toda vez que resulta caótica la dispersión normativa existente en esta materia.

Ya en un segundo capítulo, la profesora MUÑIZ ESPADA aborda el estudio de la ordenación sistemática de la Ley. Bajo el título “Sistemática de la proyectada Ley de contratos de crédito inmobiliario”, la autora realiza una exposición detallada de la estructura de este texto normativo, del cual destaca la distribución, un tanto aleatoria, de la ordenación de las tres secciones entre las que se reparten sus veintitrés artículos, relativos a las normas de protección del prestatario; o la falta de tratamiento de algunos aspectos que debieron ser regulados, como es el caso de los gastos de constitución de la hipoteca y su reparto o la problemática de los contratos vinculados en el caso de la compraventa de vivienda. Además, a medida que va exponiendo el contenido concreto de esta regulación, realiza comentarios críticos, muchos de ellos bastante acertados, de algunas de las cuestiones reguladas, a partir de un estudio doctrinal y jurisprudencial de cada uno de los temas abordados. Es el caso de la regulación del vencimiento anticipado o los intereses moratorios.

En el capítulo tercero encontramos un estudio más detallado de las contradicciones e insuficiencias de la proyectada Ley, de su ámbito de aplicación y algunas

referencias a la vivienda colaborativa. En él se destaca la falta de justificación de un tratamiento diferenciado, a efectos de aplicación de la Ley, cuando se produce una adquisición de un inmueble para realizar una actividad profesional, dependiendo de que exista o no de por medio una garantía sobre un inmueble de uso residencial (solo en caso de que exista se aplicará la Ley), la imprevisión de aquellos casos en los que la concesión del préstamo está destinada a la renovación de bienes inmuebles residenciales cuando se hace referencia a la conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, o la importancia de clarificar que habrá de entenderse incluida en la protección de esta futura Ley la adquisición del préstamo para cualquier modalidad de acceso a la vivienda, incluyendo todo lo relativo a tenencias intermedias.

En los capítulos cuarto, quinto y sexto del Libro se analizan desde el ámbito subjetivo de la Ley, a los protocolos jurídicos de actuación en relación a los deberes de información del prestamista, (también aplicables a modelos de economía colaborativa para la vivienda) o los controles de seguridad respecto la evaluación de la solvencia del solicitante del crédito o préstamo.

Finaliza esta obra con un último capítulo en el que se recogen las conclusiones a las que llega la autora tras el estudio del contenido de la proyectada Ley. Para la profesora MUÑIZ ESPADA, además de llegar tarde y ser su contenido incompleto, existiendo un exceso de remisiones para un desarrollo posterior; el Proyecto de Ley plantea problemas de coherencia y coordinación. No ha querido tampoco la autora dejar pasar por alto el hecho de que una mayor información, como aquí se pretende, no implica una mejor protección del consumidor o prestatario. No se trata tanto, a su juicio, de que esté informado, sino de evitarle el desequilibrio y los perjuicios, aunque él los conozca. Con respecto a la vivienda colaborativa, se propone la existencia de una regulación protectora también de este tipo de contratante, que aunque pueda tener una naturaleza cuasi profesional, no es exactamente este, tratándose de un sujeto más débil. En último término, se hace mención también a la necesidad de abordar, desde un punto de vista legislativo, el tema del mercado inmobiliario y la economía colaborativa, a través de una ley o código de Derecho de obligaciones y contratos europeo, en lugar de refundir el Derecho de consumo o actualizar el Derecho de obligaciones y contratos nacional.

En definitiva, se trata de una obra que analiza, de forma clara y comprensible, y desde una perspectiva crítica, el contenido de la proyectada reforma del crédito inmobiliario, proponiendo soluciones a los problemas ya detectados en el propio texto del Proyecto de Ley.

VÁZQUEZ MUÑOZ, Tania. *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018, 414 páginas; prólogo a cargo de la profesora Carmen Callejo Rodríguez.

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

La presente obra realiza un análisis del control de transparencia y de las consecuencias que se derivan de la falta de transparencia cuando nos encontramos con cláusulas que versan sobre el objeto del contrato y la relación calidad/precio.

Es de destacar la coherencia interna que preside este estudio y la seguridad que demuestra la doctora Tania VÁZQUEZ MUIÑA manteniendo como eje central a lo largo de toda su investigación que, la falta de transparencia de las cláusulas provoca de forma automática el carácter abusivo de las mismas, de manera directa, autónoma y diferenciada del control del contenido.

Ahora bien, aunque se analiza la falta de transparencia con relación a la cláusula suelo y se trata de dar solución a toda la problemática que ha surgido en torno a esta estipulación; se avanza un paso más y se ofrece un profundo análisis sobre el control de transparencia de las cláusulas predispuestas, resaltando la importancia de este control en el ámbito bancario en los últimos años, llegando con ello a ponerse de manifiesto por la autora que, el control de transparencia tiene un efecto expansivo que sirve para solventar los conflictos surgidos con otras cláusulas del propio préstamo hipotecario (IRPH) o, incluso, de otros productos financieros.

Se estructura en cinco capítulos. En el primero, se abordan los aspectos más generales de la cláusula suelo, como el concepto y finalidad, así como la regulación que le han otorgado los diversos textos normativos comunitarios y nacionales actualmente en vigor.

Se destaca por la autora que, los préstamos hipotecarios que contienen cláusulas suelo no debían haberse comercializado como préstamos a interés variable, sino como préstamos a interés mixto; y, asimismo, merece resaltarse el análisis jurídico-crítico que, lleva a cabo sobre la expresión manuscrita.

En el capítulo segundo se estudia la naturaleza jurídica de la cláusula suelo. Se hace especial hincapié en la conexión entre la cláusula suelo y el objeto principal del contrato, lo que resulta esencial para la aplicación del control de transparencia (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE). Asimismo, se lleva a cabo un examen exhaustivo no solo del requisito de la imposición, sino también del interés remuneratorio en su relación con la cláusula suelo.

Por otra parte, se analiza de forma acertada la función preventiva de los notarios y registradores y el papel que desempeñan en el control de transparencia. Asimismo, se destaca y se ofrece soluciones a qué sucede con la cláusula suelo cuando el tipo de interés es negativo.

En el capítulo tercero se lleva a cabo un profundo análisis del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de las consecuencias de la falta de transposición a nuestro Derecho interno del control de transparencia, así como la exégesis del mismo y su adecuada implantación por el Tribunal Supremo. Se constata por la autora que el citado artículo 4.2 es un precepto liberal desde el punto de vista económico que, hace que los elementos económicos estén al margen del Derecho en una economía de mercado y que el Derecho solo incide en ellos para determinar si son o no transparentes.

Asimismo, se examina el citado artículo 4.2 desde multitud de perspectivas (literal, teleológica, etc.) con el objetivo de ofrecer una visión completa del concepto y alcance del control de transparencia y constatar la conexión entre la falta de transparencia de las cláusulas y el carácter abusivo.

Ciertamente, se observa por la doctora Tania VÁZQUEZ MUIÑA que, el deber de transparencia es una obligación no exclusivamente vinculado al control de incorporación, por lo que tiene su base legal no solo en el artículo 4.2 sino también en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE. Respecto de este último precepto se destaca que, el deber de transparencia representa una obligación que ha de exigirse a lo largo de todo el *iter* contractual, por lo que no solo debe operar en la fase de incorporación al contrato, sino que se ha de manifestar en todas las

fases contractuales, teniendo su vulneración una consecuencia jurídica u otra dependiendo de la fase contractual en la que nos encontramos.

De ahí que, en nuestro ordenamiento la sanción que se va a derivar de aquellas cláusulas que no cumplan con el requisito de incorporación será, precisamente, su no incorporación al contrato; si se trata de cláusulas abusivas la sanción será la nulidad de la cláusula y su expulsión del contrato.

Si se trata de cláusulas ambiguas dependerá la sanción del grado de abusividad o ambigüedad que presenten; de forma que, si la cláusula es incomprensible hasta el punto que no puede ser conocido por el adherente o puede ser interpretado de múltiples formas, la sanción será más grave: la no incorporación; mientras que si su sentido se comprende, pero resulta dudoso en algún punto, o susceptible de varias interpretaciones, la cláusula quedará incorporada al contrato, si bien será objeto de una interpretación *contra proferentem*.

Ahora bien, la autora, una vez estudiada la conexión entre la falta de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas, se cuestiona si la vulneración del control de transparencia determina automáticamente el carácter abusivo de las cláusulas o si su vulneración representa un presupuesto habilitante que da paso al control de contenido, siendo en este momento donde se declara abusiva la cláusula.

Al respecto, considera la doctora Tania VÁZQUEZ MUIÑA que, precisamente, la vulneración del deber de transparencia lleva aparejada automáticamente la declaración del carácter abusivo. Si bien, destaca el hecho que el control de contenido es un control que se aplica a las cláusulas de contenido jurídico y que las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio son cláusulas económicas; de ahí que, se excluyan del control del contenido y queden sometidas exclusivamente al control de transparencia.

En fin, se constata el perjuicio o la lesión para el consumidor se deriva la falta de transparencia, pues, se ve privado de la información precontractual en el momento de contratar, lo que conlleva que el consumidor no tenga una idea real del producto o servicio que se le ofrece. Ciertamente, si se le proporcionase toda la información necesaria, podría comprender lo que implica el bien o servicio que, pretende adquirir y asimismo, podría comparar ofertas en el mercado y elegir la que considerase más oportuna.

En todo caso, se pone de manifiesto que, la regla general es que la violación del control de transparencia no conlleva necesariamente un perjuicio, aunque si se excepcione esta regla en relación con las cláusulas suelo.

En el capítulo cuarto se estudia la doctrina del Tribunal Supremo sobre el doble control de transparencia, esto es, el conocido como control de inclusión y control de comprensibilidad real.

Este capítulo es uno de los más complejos y extensos, pues, en él no solo se analiza ese doble control de transparencia, sino que además se proponen mejoras al mismo, a la par que se toma en consideración sus implicaciones en diversas situaciones como la subrogación y ejecución hipotecaria.

Sobre tales premisas se destaca por la autora, después de un análisis del mismo que, el control de incorporación no garantiza el perfecto conocimiento del adherente del clausulado del contrato. Además se demuestra que, la normativa de transparencia bancaria únicamente satisface los requisitos del control de incorporación. Lo que no garantiza que el consumidor esté perfectamente informado. Y por otra parte, se corrobora que la base normativa del control de transparencia cualificado reside en el artículo 60.1 de TRLDCU y en los artículos 8.1 letra c) y 82 del citado texto legal interpretados *a sensu contrario*.

Asimismo, se abordan otras vías de enjuiciamiento de las cláusulas suelo: la falta de reciprocidad y los vicios del consentimiento, y se pone de manifiesto que, el control de transparencia solo opera en relación con los consumidores; mientras que, a los profesionales se les aplica un pseudo control de transparencia a través del artículo 1258 del Código civil.

En cuanto a lo que representa la controversia sobre los efectos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo por defecto de transparencia, se aborda en el último y quinto capítulo de la obra. A tal fin, se analiza la doctrina y la posición adoptada por el Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor sobre el alcance de los efectos restitutorios, así como su adecuación o no de tales posiciones a nuestro ordenamiento interno y al derecho comunitario, y, todo ello, además mediatizado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que pone final al debate sobre esta cuestión, dictaminando la devolución íntegra de las cantidades en acciones individuales. También se analiza el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero de medidas urgentes de protección de consumidores en cláusulas suelo, en tanto como medida gubernamental tiene como finalidad ofrecer soluciones a la problemática suscitada por los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo —que quedaron, en principio, limitados por el Tribunal Supremo al 9 de mayo de 2014— y que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia citada ha corregido sobre la base del artículo 1303 del Código civil, determinando su eficacia *ex tunc* y, obligando al Alto Tribunal a rectificar su inicial posición jurisprudencial.

Al introducir el citado cuerpo normativo medidas tributarias, el presente estudio realiza una breve aproximación a las consecuencias fiscales derivadas de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de la cláusula suelo y oportunamente deducidas por los consumidores en la declaración del impuesto sobre la renta.

En fin, queremos resaltar que, esta obra representa un exhaustivo estudio de la cláusula suelo, estipulación que afecta a las cuotas hipotecarias de un gran número de préstamos, pero también constituye un minucioso análisis de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas en general, como del control de transparencia, mecanismo de enjuiciamiento, de la meritada cláusula como de otras que integran los préstamos hipotecarios.

Para ello, la autora utiliza una importante base doctrinal y jurisprudencial tanto nacional como comunitaria que, le permite argumentar con una indudable profundidad sobre la materia y ofrecer una meritada reflexión sobre la misma digna de elogio. Por supuesto, destacar la soberbia línea argumental que emplea la autora en su trabajo de investigación la firme defensa de su postura que se mantienen inamovible a lo largo del libro como es que, la vulneración del control de transparencia conlleva la declaración del carácter abusivo de la cláusula de forma automática, postura que no siempre resulta coincide con la mayoritaria.

Por último, indicar que, esta obra es la versión corregida y actualizada de la tesis doctoral «La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia» defendida el 28 de junio de 2017 en la Universidad Complutense de Madrid ante el tribunal constituido por los proferores Silvia DÍAZ ALABART, María Dolores HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Virginia MÚRTULA LAFUENTE y Marta ORDÁS ALONSO, y evaluada con la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

