

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCIV • Septiembre-Octubre • Núm. 769

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 XCIV • Septiembre-Octubre 2018 • Núm. 769

---

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](http://www.revistacritica.es)  
[revista.critica@corpme.es](mailto: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 Gállego**  
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

**Francisco Javier Gómez Gállego**  
Presidente de la Revista Crítica  
de Derecho Inmobiliario

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

**Basilio Aguirre Fernández**  
Secretario de la Revista Crítica de Derecho  
Inmobiliario

**Francisco Marín Castán**  
Consejero de la Revista Crítica de Derecho  
Inmobiliario

**Celestino Pardo Núñez**  
Consejero de la Revista Crítica de Derecho  
Inmobiliario

### Secretario

**Basilio Aguirre Fernández**  
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

## 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 Gállego**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

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

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

**Vicente Domínguez Calatayud**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Juan José Pretel Serrano**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

**Luis Fernández del Pozo**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

**Joaquín Delgado Ramos**  
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

**María Paz García Rubio**  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Santiago

**Eugenio Gomeza Eleizalde**

Registrador de la Propiedad y Mercantil  
adscrito a la DGRN

**Vicente Guilarte Gutiérrez**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

**Guillermo Jiménez Sánchez**

Catedrático Emérito de Derecho Mercantil  
Universidad de Sevilla

**Francisco Marín Castán**

Presidente de la Sala Primera del Tribunal  
Supremo

**Cristina Martínez Ruiz**

Registradora de la Propiedad y Mercantil

**Fernando Pantaleón Prieto**

Catedrático de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**María Ángeles Parra Lucán**

Magistrada de la Sala Primera  
del Tribunal Supremo  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Zaragoza

**Juana Pulgar Ezquerra**

Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad Complutense de Madrid

**Encarnación Roca Trías**

Magistrada del Tribunal Constitucional

**Ignacio Sancho Gargallo**

Magistrado de la Sala Primera  
del Tribunal Supremo

**Ignacio Tirado Martí**

Profesor de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**Ángel Valero Fernández-Reyes**

Registrador de la Propiedad y Mercantil

**Fátima Yáñez Vivero**

Catedrática de Derecho Civil  
UNED Madrid



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### **ESTUDIOS / STUDIES**

- ADROHER BIOSCA, Salomé: «La nueva regulación de la adopción en España: En interés superior del menor» / *The new regulation of adoption in Spain: in the best interest of the child*..... 2429
- ARRUÑADA, Benito: «Limitaciones de *blockchain* en contratos y propiedad» / *Limitations of Blockchain in Contracts and Property* ..... 2465
- DEL MORAL BARILARI, José Luis: «La causa y la situación patrimonial justa» / *The cause and the fair patrimonial situation*..... 2495

### **DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES**

- BOTELLO HERMOSA, Pedro: «Posible inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria española como medio de protección patrimonial de las personas incapacitadas» / *Possible unconstitutionality of the Spanish Trustship as a mean of protection of people with disabilities* ..... 2527

### **DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW**

- GLUHAIA, Diana: «La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo en la federación de Rusia» / *International jurisdiction in international consumer contracts in the Russian Federation* ..... 2551



**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.....	2579
---	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE» / *Cross-border rights of access for grandparents to their grandchildren according to the European Union Court of Justice*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2671

1.2. Derecho de familia:

- «La compensación por desequilibrio y la pensión de viudedad. Dos medidas económicas interrelacionadas» / *The compensation for imbalance and the pension of widowhood. Two economic interrelated measures*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT ..... 2683

1.3. Derechos reales:

- «El tiempo inmemorial: análisis crítico de su noción y aplicabilidad en el del Derecho civil y administrativo según la legislación y jurisprudencia contemporáneas» / *Time immemorial: a critical analysis of the concept and its applicability in civil and administrative law under contemporary legislation and case-law*, por Beatriz BADORREY MARTÍN ..... 2723

1.4. Sucesiones:

- «Condición de socio durante el proceso sucesorio y transmisión *mortis causa* de la titularidad de acciones y de participaciones sociales» / *Partner's status during the succession and transmission mortis causa the ownership of shares and equity interest*, por Carmen MUÑOZ DELGADO ..... 2745

1.5. Obligaciones y Contratos:	
— «Nulidad de los contratos de adhesión a clubs vacacionales y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico» / <i>Nullity of membership in holiday clubs contracts and timesharing real estate</i> , por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.....	2765
1.6. Responsabilidad civil:	
— «Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido» / <i>Agreements in anticipation of marital breakdown: legality and content</i> , por Blanca SILLERO CROVETTO .....	2780
1.7. Concursal:	
— «Las plataformas de financiación participativa en la Ley de Fomento de la Financiación empresarial. Aproximación a la regulación del <i>crowdfunding</i> en España» / <i>The crowdfunding platforms in the Law for the Promotion of Business Financing. Approach to crowdfunding regulation in Spain</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..	2808
2. DERECHO MERCANTIL:	
— «Fianza y Consumidores» / <i>Contract of guarantee and consumers</i> , por Francisco REDONDO TRIGO .....	2833
3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «La acreditación registral de la identidad de propietarios y titulares de derechos reales en la modificación del planeamiento general» / <i>The identification of the real estate owners and real rights holders during the General Plan modification</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	2845
4. DERECHO BANCARIO:	
— «La fijación del precio de derivados extrabursátiles de cobertura del riesgo de tipo de interés y su calificación como conducta colusoria de acuerdo con el artículo 1 LDC y 101 TFUE» / <i>Price setting in over-the-counter interest rate derivatives and its classification as a collusive con-</i>	

<i>duct under Articles 1 LDC and 101 TFEU</i> derivatives and its classification as a collusive conduct under Articles 1 LDC and 101 TFEU, por Bruno MARTÍN BAUMEISTER .....	2859
--	------

#### **ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS**

Información de actividades .....	2885
----------------------------------	------

#### **RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

«Manual de Derecho civil vasco», de JACINTO GIL RODRÍGUEZ, (Dir.), por Santiago ARAGONÉS SEJO .....	2899
«La sustitución fideicomisaria especial introducida por la ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España», de Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA, por M <sup>a</sup> Fernanda MORETÓN SANZ .....	2903

# ESTUDIOS



# La nueva regulación de la adopción en España: en interés superior del menor\*

## *The new regulation of adoption in Spain: in the best interest of the child*

por

SALOMÉ ADROHER BIOSCA

*Profesora propia ordinaria*

*Facultad de Derecho. Universidad Pontificia Comillas*

**RESUMEN:** El año 2015 entraron en vigor varias leyes que han supuesto una modificación en profundidad del sistema de protección de menores en España en general y de la adopción en particular: las dos leyes de infancia y adolescencia<sup>1</sup> junto con otras tres normas que contienen disposiciones en la materia<sup>2</sup>.

El objeto de este trabajo es analizar la nueva regulación de la adopción, fruto estas reformas, desde la perspectiva del interés superior del niño, que ha sido el motor de las mismas. Se expondrán los principios inspiradores en la materia, para analizar a continuación sus líneas fundamentales en relación a los tres protagonistas del triángulo adoptivo (el adoptado, la familia de origen y la familia de adopción), para terminar con las principales novedades relativas a la adopción internacional<sup>3</sup>.

La garantía de los derechos a la infancia en España, y singularmente del derecho a vivir en familia, es uno de los grandes desafíos jurídicos y sociales del siglo XXI. El descenso mundial de la adopción internacional, junto con los

---

\* Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Plan nacional I+D+I: *Prospectiva sobre el ejercicio de la capacidad: la interrelación entre las reformas legales en materia de discapacidad y menores*. DER2016-75342-R (I.P: María Victoria MAYOR). 2016-8.

serios interrogantes que la maternidad subrogada plantea<sup>4</sup>, 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 familiar para los 13.000 menores que viven en residencias en España.

*ABSTRACT: Different legal reforms that took place in Spain during 2015, had, as one of its main objectives, the recognition of the best interest of the child in the protection system and particularly in the adoption regulations.*

*This article analyzes the new framework, starting with the general principles, to follow with the new status of the three protagonists of the adoptive triangle: the child, the biological family and the adoptive family. Some considerations will be done, finally, concerning intercountry adoption.*

**PALABRAS CLAVE:** Interés superior del niño. Adopción.

**KEY WORDS:** *Best interest of the child. Adoption.*

**SUMARIO:** I. PRINCIPIOS.—II. EL ADOPTADO.—III. LA FAMILIA DE ORIGEN: 1. FAMILIAS QUE DESAMPARAN. 2. FAMILIAS QUE RENUNCIAN.—IV. LA FAMILIA DE ADOPCIÓN: 1. SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES. 2. EL PROCESO DE ADOPCIÓN: A) *Fase administrativa.* B) *Fase judicial.*—V. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL: 1. CUESTIONES GENERALES. 2. NUEVO MARCO COMPETENCIAL. 3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—VI. CONCLUSIONES.

## I. PRINCIPIOS

Los principios relativos al Derecho español de adopción, se encuentran hoy explicitados en diversos preceptos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) y del Código Civil (CC) modificados en 2015; la principal idea que se recoge en ellos es que el interés superior al que se debe atender es el de los menores por encima de otros, pero que la familia es el mejor recurso de protección de los mismos.

El primer precepto relevante es el artículo 2 de la LOPJM en el que, de acuerdo con la Recomendación General núm. 14 del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, define el interés superior del menor, por vez primera en el ordenamiento jurídico español desde un contenido triple. Por una parte, como derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a

la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor así como su desarrollo integral. Este artículo 2 ha pasado, en la reforma de 2015, de tener carácter ordinario a ser orgánico, reforzando de esta manera el derecho fundamental de los menores a que su interés superior tenga una consideración primordial<sup>5</sup>. Esta fue en 2010 una de las recomendaciones del Senado<sup>6</sup> y del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas<sup>7</sup>. En este precepto, se recogen varias disposiciones directamente aplicables a las medidas de protección de menores, y singularmente a la adopción<sup>8</sup> y se constituye como el eje vertebrador de todo el sistema: en las últimas décadas se ha pasado de tener como principal referencia el interés de los padres adoptantes, a la búsqueda del beneficio del hijo adoptado como objetivo primordial de la institución<sup>9</sup>.

En segundo lugar, y también con carácter orgánico, el artículo 9 de la LOPJM ahora regula el derecho del menor a ser oído y *escuchado*<sup>10</sup> cuestión esta de especial relevancia tanto en el procedimiento judicial de la adopción, como en el procedimiento administrativo previo<sup>11</sup>.

En tercer lugar, en el artículo 11 de la LOPJM se establecen una serie de principios rectores para las Administraciones Públicas<sup>12</sup>, y en el 12 se recoge la filosofía del sistema de protección inspirada claramente en los principios reflejados en diversos documentos del Servicio Social Internacional<sup>13</sup>.

Finalmente, es oportuno mencionar otros preceptos modificados en 2015 que completan este cuadro de los nuevos principios del derecho de filiación adoptiva. Así, la nueva concepción de la patria potestad como responsabilidad parental y como función (arts. 154, 9.4 del Código Civil...), o el cambio de paradigma en la regulación del derecho a relacionarse entre hijos y padres regulado en el artículo 160 del Código Civil<sup>14</sup>.

## II. EL ADOPTADO

Diversas disposiciones modificadas relativas al adoptado, tienen como elemento común el reconocimiento del derecho a su doble identidad familiar, y en ocasiones también «nacional». Por ello, se refuerza la regulación de la búsqueda de orígenes, se regula *ex novo* la adopción abierta, y, en el caso de adopción internacional, se reconoce la posibilidad de una doble nacionalidad.

La búsqueda de orígenes de los adoptados, como parte del derecho fundamental a la identidad filial<sup>15</sup>, estaba ya prevista en el artículo 180 del Código Civil, pero ha sido regulada de una forma más completa, concretando el tipo



de información que las Entidades públicas deben custodiar y el tiempo que debe conservarse, cumpliendo así con lo previsto en el CEA<sup>16</sup>; por otra parte se ha establecido la obligación de las entidades públicas o privadas que hayan tenido relación con el adoptado y puedan tener información relevante sobre él, a colaborar con las entidades públicas en este ámbito<sup>17</sup>. Esta reforma entró en vigor justamente en la década en la que algunos casos de niños robados durante el franquismo salían a la luz pública y se organizaban en asociaciones que presentaban demandas al respecto. Ya se ha producido alguna resolución sobre el particular<sup>18</sup>.

En segundo lugar, se regula por vez primera en Derecho español común la adopción abierta en el artículo 178.4 del Código Civil<sup>19</sup> si bien no ha supuesto una novedad total en España: ya se contemplaba en el Código Civil de Cataluña<sup>20</sup> (art. 235-47-4) y en la Ley 3/2011 de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (art. 74.1, si bien en este caso solamente en relación a los hermanos), y un año antes de su introducción en el ordenamiento jurídico estatal, había llegado, al menos, un caso de solicitud de reconocimiento de una adopción abierta realizada en EEUU y la DGRN señaló que esta institución no era «extraña» al Derecho español<sup>21</sup>. Como se ha afirmado<sup>22</sup> esta nueva figura responde al interés superior del menor y solo puede acordarse cuando este lo aconseje; la razón de ser de su introducción estriba en la necesidad de favorecer soluciones familiares en casos concretos<sup>23</sup>.

El nuevo precepto describe el concepto de este tipo de adopción y los casos en los que puede proponerse<sup>24</sup>; establece las líneas generales del procedimiento de su constitución<sup>25</sup> y la posibilidad de suspensión y supresión<sup>26</sup>. Además prevé que, en estos casos, los adoptantes deberán ser valorados como idóneos para este tipo de adopción<sup>27</sup>.

Como se ha afirmado<sup>28</sup>, la norma es intencionadamente flexible tanto en el tipo de relaciones (contacto directo y presencial, comunicaciones personales no presenciales, o incluso mera transmisión de noticias sin contacto directo), como en los familiares implicados, si bien se menciona particularmente a los hermanos.

Como ha señalado MARTÍNEZ DE AGUIRRE<sup>29</sup>, la adopción abierta puede constituirse a partir de una guarda con fines de adopción abierta (prevista en el art. 176 bis 2) o no, ya que es posible proponerla en el momento de constitución de la adopción. Y también cabe la posibilidad de que tras una guarda preadoptiva abierta los futuros adoptantes, tras la experiencia de contacto con la familia de origen, no consientan a la adopción abierta.

Ya están comenzando a dictarse sentencias en las que se advierten los beneficios de esta figura<sup>30</sup> y la doctrina pone de relieve que su introducción obliga a revisar diversas cuestiones relativas al procedimiento adoptivo, tanto al previo (idoneidad, preparación...), como al apoyo y acompañamiento postadoptivo<sup>31</sup>.

La adopción abierta fue objeto de una reunión monográfica de la Comisión especial de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la

que se expusieron la diversidad de regulaciones en los sistemas jurídicos al respecto (siendo una práctica consolidada en países anglosajones pero progresivamente aceptada en otros, como es el caso de Alemania, Irlanda, Países Bajos o Finlandia), la necesidad de preparación y acompañamiento profesional de los protagonistas durante el proceso, y sus ventajas y riesgos<sup>32</sup>.

En tercer lugar, se introduce en el artículo 19.3 del Código Civil un nuevo supuesto de doble nacionalidad prevista unilateralmente por el Derecho español para los casos de adopción internacional en los cuales el adoptado puede mantener la nacionalidad de origen<sup>33</sup>. Este precepto se incluyó en el Código Civil tras la adopción del Convenio hispano-ruso en la materia cuyo artículo 11.6 prevé este mismo supuesto en los casos bilaterales<sup>34</sup>.

### III. LA FAMILIA DE ORIGEN

A la constitución judicial de la adopción se puede llegar por dos vías: por la de la adopción «intrafamiliar» (en la cual no interviene la Entidad Pública de menores toda vez que el menor no está en desamparo y por tanto la Entidad Pública no es su tutora) y la adopción «extra-familiar» de menores que proceden del sistema de protección, en la cual la Entidad Pública, como tutora, hace la propuesta previa.

A las primeras no voy a referirme, ya que habitualmente no suscitan una problemática especial<sup>35</sup>, si bien en algunos casos de filiación a través de reproducción asistida y de «maternidad subrogada» están comenzado a suscitarse problemas cuando posteriormente se constituye una adopción. Por ejemplo, ha habido alguna sentencia en la que se plantea el necesario asentimiento del donante de material genético como padre biológico del menor, y que ha anulado la adopción por falta de dicho asentimiento<sup>36</sup>.

En relación a las segundas, podría simplificarse señalando que hay dos tipos de familias de origen: por una parte, las familias «desamparadoras», es decir, aquellas que habiendo incurrido en alguna de las causas previstas legalmente, han sido objeto de una declaración administrativa de desamparo tras la cual la Entidad pública ha constituido la tutela administrativa de su hijo; y en segundo lugar, aquellas que han entregado voluntariamente a su hijo en adopción, normalmente a través de una renuncia hospitalaria.

#### 1. FAMILIAS QUE DESAMPARAN

El artículo 18 de la LOPJM ha incorporado un listado de supuestos de desamparo a nivel estatal, que básicamente suponen el maltrato del hijo; de hecho, se introduce una importante previsión tendente a garantizar que los

niños no sean separados de su familia únicamente por la razón de su pobreza o discapacidad<sup>37</sup>. Además, el procedimiento de desamparo se mejora y agiliza para impedir que los recursos de la familia biológica impidan la adopción de medidas más estables para el menor (art. 172 del Código Civil).

Por otra parte, se ha introducido una disposición en la LOPJM (art. 19 bis) que eleva a norma legal una previsión reiterada en una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo para la cual, el retorno a la familia de origen no puede decidirse solamente sobre la base de la recuperación de esta, sino por el interés superior del menor entendido como el vínculo de apego del mismo con la familia de origen y la de acogida<sup>38</sup>. Esta previsión ha sido aplicada analógicamente por el Tribunal Supremo en una reciente sentencia para oponerse al derecho de visitas de la familia de origen en relación a sus hijos que se encuentran en acogimiento preadoptivo (guarda con fines de adopción)<sup>39</sup>.

En relación a la participación en el proceso judicial de adopción, los progenitores del menor, que debían en todo caso ser citados por el juez, debían bien prestar su asentimiento, o bien ser simplemente oídos. Como puede suponerse, la diferencia entre la mera audiencia y el asentimiento ha dado lugar a abundante jurisprudencia en la que se resuelve sobre la petición de padres biológicos que exijan no ser meramente oídos. El principal problema que se ha suscitado ante los tribunales, es que según el Código Civil no era necesario que prestaran su asentimiento los padres privados de la patria potestad por sentencia firme, pero también los que estuvieran «incursos» en causa legal de privación<sup>40</sup>. Era precisamente en el procedimiento de adopción, que se transformaba en estos casos en contencioso, en el que el juez de la adopción debía valorar si los progenitores estaban incursos, o no, en tal causa de privación. La reforma ha introducido un nuevo supuesto «objetivo» de innecesidad del asentimiento de los progenitores que va a facilitar mucho la resolución de estos casos<sup>41</sup>.

No obstante los progenitores pueden activar un procedimiento *para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción previsto en el artículo 781 de la LEC* que provoca la suspensión del procedimiento de adopción y su conversión, en su caso, en un expediente contencioso<sup>42</sup>. La nueva ley «regula con gran detalle este proceso que carecía de ella»<sup>43</sup>, e introduce nuevas garantías en el proceso de asentimiento previstas en el CEA (art. 5.2)<sup>44</sup>.

Finalmente debe destacarse un reciente e importante auto del Tribunal Supremo<sup>45</sup> que establece que no cabe recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación en un procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción seguido bajo el régimen de la LEC tras su reforma por Leyes 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, señalando entre sus argumentos, la finalidad «agilizadora» del procedimiento de adopción en estas reformas<sup>46</sup> así como razones de naturaleza procesal<sup>47</sup>.

## 2. FAMILIAS QUE RENUNCIAN

La reforma ha querido prestar especial atención a las mujeres que deciden entregar a su hijo tras el parto. En algunos estudios se había puesto de relieve la necesidad de acometer modificaciones legales que protegieran mejor a estas madres que se enfrentan a una decisión tan difícil y tan valiente<sup>48</sup>.

Estas mujeres, tenían que renunciar tres veces. En el hospital, ante los servicios sociales hospitalarios, tras el alumbramiento; un mes después ante la Entidad pública; y finalmente, en un plazo indeterminado pero que podía llegar a ser dos años o más, debía prestar su asentimiento ante el juez que instruía el procedimiento de adopción. Las reformas que se han producido son las siguientes:

Por una parte, se amplía el plazo para reiterar, por segunda vez, la renuncia de un mes a seis semanas, tal y como exige el CEA<sup>49</sup>. De esta manera, una decisión tan trascendente, puede adoptarse con una mayor distancia emocional del momento del nacimiento. Además, se establece que no será obligación de la madre promover la inscripción de nacimiento en el Registro Civil<sup>50</sup>, ya que en algunas provincias se instaba a la madre, al salir del hospital sin su hijo a inscribirlo ella misma, lo cual no tenía sentido dado que en ese momento ya estaba bajo la tutela de la Entidad pública, además del daño emocional consiguiente.

Por otra parte, la nueva normativa de Registro Civil establece que en dicha inscripción no se dará publicidad al domicilio de la madre<sup>51</sup>. Esta reforma responde al hecho de que al inscribir el nacimiento en el Registro Civil se rellenaba un parte estadístico del parto que se remitía al padrón, quedando el menor empadronado en el domicilio de la madre, lo cual, lógicamente carecía de sentido y además podía vulnerar el derecho de intimidad de estas mujeres ya que su entorno podía llegar a conocer el hecho del embarazo y de la renuncia.

Por fin, en relación al procedimiento de adopción, el nuevo asentimiento de la madre no será necesario si la renuncia se ha hecho ante la Entidad pública o en documento público, salvo que hayan transcurrido 6 meses desde la renuncia (art. 37.1 Ley de Jurisdicción Voluntaria-LJV). Normalmente, y lamentablemente, el proceso de adopción no suele tener lugar antes de este plazo, debido al trabajo acumulado de gran parte de los juzgados, por lo cual, la madre en casi todos los casos debe reiterar su decisión una vez más y ante un juez. Este hecho le produce no solo los problemas emocionales de remover afectos y reabrir heridas, sino puede producirle problemas prácticos e incluso legales: estas mujeres recibían una citación del juzgado en su domicilio, y en ocasiones eran citadas por edictos, lo cual a muchas les ha producido problemas con su entorno personal y familiar que en este momento se enteraban que habían tenido un hijo al que habían entregado en adopción. En todo caso, su no comparecencia no paraliza el procedimiento de adopción<sup>52</sup>.

Si estas son las reformas legales, queda pendiente también protocolizar los aspectos socio-sanitarios. Así se recoge en el Plan integral de apoyo a la familia

2015-7 coordinado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad<sup>53</sup>. La medida núm. 66 de dicho plan propone *Elaborar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, un protocolo socio-sanitario común como guía para coordinar las actuaciones en los casos de entrega de un recién nacido por su madre en adopción cuando esta y su entorno más próximo no pueden hacerse cargo del mismo.*

Y es que según datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, anualmente se producen en España entre 300 y 380 renunciaciones hospitalarias, y se advierten diversas cuestiones que deberían ser protocolizadas. La primera, y más importante es la información a la madre, ya que no existen apenas medios específicos de información para quienes se encuentran en esta situación, ni en los servicios sociales ni en los sanitarios<sup>54</sup>. La segunda es la información a terceros, en particular a los padres de la mujer, si esta es menor de edad, o al presunto padre de la criatura<sup>55</sup>.

#### IV. LA FAMILIA DE ADOPCIÓN

En relación a las familias adoptantes, las reformas tienen que ver con dos aspectos fundamentales: su selección y el proceso de adopción.

##### 1. SELECCIÓN DE LOS ADOPTANTES

En relación a su selección, lo primero que debe advertirse es un cambio terminológico en la denominación de las familias que inician el proceso de adopción: ya no se denominan solicitantes de adopción sino personas que se ofrecen para la adopción (art. 176 del Código Civil y diversos preceptos de la Ley de adopción internacional), intentando reforzar con ello la centralidad del interés superior del niño en el proceso<sup>56</sup>.

La determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente padres adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español, y en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, que se den tres condiciones<sup>57</sup>:

1. Ser considerado capaz conforme a las exigencias de capacidad objetivas previstas en el Código Civil. La capacidad para adoptar se tiene o no se tiene, es absoluta en unos casos o relativa en relación con un determinado menor en otros, y no es preciso que nadie la declare.

2. Ser declarado idóneo por la administración autonómica competente. La administración realizará un estudio psico-social a los adoptantes capaces para determinar el grado de adecuación de sus capacidades, recursos y proyecto adoptivo a la realidad de la adopción. No todos los adoptantes capaces serán declarados idóneos.

3. *Ser asignado*. De todos los que se ofrecen como adoptantes y que son considerados capaces y declarados idóneos, solo serán elegidos para ser asignados a niños adoptables aquellos que mejor se ajusten a las necesidades de dichos niños.

Pues bien; en la reforma se han introducido nuevos requisitos de capacidad relativos a la edad, a las incapacidades de los tutores, y al estado civil que responden a los nuevos modelos familiares y al interés superior del menor<sup>58</sup>.

En relación a la edad, el Código Civil español fijaba la edad mínima de 25 años y una diferencia mínima de 14 años más que el adoptado, pero no señalaba una diferencia de edad máxima que, sin embargo, era establecida por la normativa autonómica, como criterio de idoneidad en unos casos, o de asignación en otros. La reforma ha elevado la diferencia de edad mínima a los 16 años (para alinearla con las edades también modificadas de matrimonio y de consentimiento sexual) y ha incluido una diferencia de edad máxima de 45 que, sin embargo no opera, lógicamente, en los casos de adopciones intrafamiliares y especiales<sup>59</sup>. De esta manera, las normas de capacidad del Código Civil se ajustan al criterio de *adoptio imitatur naturae*<sup>60</sup> y además se asegura un criterio objetivo en todo el territorio nacional evitando los fraudes de algunos «solicitantes» de adopción que se desplazaban a otra comunidad autónoma distinta de la de su residencia para adoptar obviando las limitaciones de edad de su territorio de origen<sup>61</sup>, no pudiendo considerarse esta condición de diferencia de edad máxima como criterio de discriminación por razón de edad<sup>62</sup>. Los problemas interpretativos que generó esta modificación fueron subsanados en una nota informativa emitida por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el 8 de octubre de 2015<sup>63</sup>.

Por otra parte, y dada la contradicción de que los requisitos de capacidad adoptiva eran más laxos que los de capacidad tutelar, se incluye en el artículo 175 del Código Civil un precepto en virtud del cual «no pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este Código»<sup>64</sup>.

Finalmente, y en relación al estado civil, el artículo 175 completa una serie de reformas sucesivas. En España pueden adoptar personas casadas, solteras y desde 1987 las parejas de hecho, pero solo las heterosexuales<sup>65</sup>. La posibilidad de que pudieran adoptar también las parejas de hecho del mismo sexo se había incluido en diversas normas autonómicas<sup>66</sup> y en 2015 ha sido introducida en el Código Civil<sup>67</sup>, si bien no ha sido acogida de forma homogénea por la doctrina<sup>68</sup>. De la misma manera, cabe la adopción por pareja divorciada<sup>69</sup>. Esta previsión que puede chocar, dada la necesidad de que, en interés superior del niño, se le ofrezcan entornos familiares estables, responde a la realidad de matrimonios que, estando en proceso de adopción, quizá tras varios años de acogimiento previo, no podían adoptar de forma conjunta al menor en caso de ruptura<sup>70</sup>.

En relación a la idoneidad, son varias las modificaciones introducidas y de gran relevancia<sup>71</sup>.

En primer lugar, se ha incluido en el Código Civil un concepto de idoneidad, tomado de la ley de adopción internacional<sup>72</sup>, dado que la inexistencia de un concepto mínimo estatal había sido suplida por normativa autonómica, en ocasiones diversa<sup>73</sup>.

En segundo lugar, se ha establecido que el proceso de valoración de la idoneidad debe imperativamente suponer que esta valoración y resolución debe ser necesariamente anterior a la propuesta de adopción<sup>74</sup> para «evitar que, por interés del menor que ya haya establecido vínculos con la familia, se acabe por declarar idóneo a quien, en otras circunstancias, podría no haber sido declarado como tal pero está ya en el tramo final del proceso adoptivo»<sup>75</sup>.

Y en tercer lugar, se ha incluido un supuesto «estatal» de causa de no idoneidad que, llamativamente no estaba recogido con carácter general en la normativa autonómica: *No podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, ni quienes tengan confiada la guarda de su hijo a la Entidad Pública.* (176 del Código Civil). Como se ha puesto de relieve en algún estudio<sup>76</sup>, se advierte la existencia de adopciones truncadas, de niños «devueltos», y algunas de estas familias desamparadoras, han iniciado nuevos procesos de adopción. La nueva norma impide con carácter estatal estas situaciones intolerables<sup>77</sup> a las que también especialmente (pero no solo), está destinado el nuevo artículo 172 ter 4 del Código Civil que prevé la posible demanda de alimentos a estos padres<sup>78</sup>.

## 2. PROCESO DE ADOPCIÓN

El proceso de adopción comprende una fase administrativa previa y una fase judicial posterior. La primera solo se da en los casos en que se trate de una adopción que la Entidad pública va a instar posteriormente ante el juez; básicamente se trata de las adopciones de niños que están tutelados por las Entidades Públicas y son estas las que proponen su adopción<sup>79</sup>. En el caso de adopciones intrafamiliares, no hay fase administrativa previa ni interviene la Entidad Pública.

### A) Fase administrativa

El procedimiento administrativo tiene varias fases, fundamentalmente dirigidas a los futuros adoptantes, pero también al proceso de asignación al niño adoptable<sup>80</sup>.

En primer lugar, las familias que se acercan a la Entidad Pública para ofrecerse como adoptantes, son informadas, a través de entrevistas individualizadas o grupales, y formadas en cuestiones relativas del proceso de adop-

ción, sus motivaciones y las necesidades de los niños. Las leyes de 2015 han introducido la obligatoriedad de la asistencia a estas sesiones de información y formación previa<sup>81</sup>. Como se ha señalado las mejores experiencias en países de nuestro entorno demuestran que tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo «una autoevaluación de los padres previa a la evaluación de la Administración (a través de la información y la preparación) puede ser más eficaz y más fácilmente aceptada que una selección de los adoptantes basada exclusivamente en la idoneidad»<sup>82</sup>. En definitiva, su introducción se justifica en el interés superior del menor.

En segundo lugar, las familias que tras esta información y preparación deciden seguir adelante, deben presentar su ofrecimiento que, una vez admitido, será objeto de la valoración psicosocial que desemboca en la declaración administrativa de idoneidad (o de no idoneidad). Ya he señalado en el apartado anterior algunas cuestiones relevantes que se han visto modificadas en 2015 en relación a esta valoración.

En tercer y último lugar, la Entidad Pública asigna de entre todas las familias idóneas, aquella que es más adecuada para el niño adoptable y que tiene bajo su tutela, y si la familia lo acepta, se propone la guarda con fines de adopción. El acogimiento preadoptivo desaparece en la reforma de 2015, y se transforma en esta etapa del procedimiento administrativo de la adopción<sup>83</sup>, lo cual supone una agilización del procedimiento<sup>84</sup>, y además tiene un valor pedagógico al dejar más claro que la finalidad institucional del acogimiento no es la adopción<sup>85</sup>.

## *B) Fase judicial*

Las reformas relativas al proceso de adopción están relacionadas con las dos vías a través de las cuales puede promoverse judicialmente la adopción; a instancia de la Entidad Pública y a instancia del propio adoptante. El procedimiento judicial de adopción está regulado en los artículos 33 a 42 de la LJV y en el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que prevé un proceso civil contradictorio que puede suscitarse cuando se tramita una adopción. Por su parte las condiciones sustantivas están previstas en el Código Civil<sup>86</sup>.

Los principios que informan este proceso son, a juicio de GARCIMARTÍN<sup>87</sup>, además del principio de oficialidad (que supone una amplia iniciativa y libertad del juez en el proceso, imponiéndose además la presencia del Ministerio Fiscal), el de reserva, que tiende a evitar que la familia de origen conozca los datos de la familia de adopción, lo cual supone la no publicidad de las actuaciones y que las citaciones sean separadas.

Son dos las vías posibles de constitución de la adopción: a *propuesta* de la Entidad pública que insta la adopción ante el juez, y a *solicitud* de los adoptantes



en los casos previstos en el artículo 176 del Código Civil<sup>88</sup>. En cualquiera de ambos casos, el contenido de la propuesta, o de la solicitud, debe incluir las condiciones personales y medios de vida de adoptante y adoptado, último domicilio del cónyuge del adoptante si debe prestar su consentimiento y en el caso de la propuesta si han formalizado su consentimiento o en el caso de solicitud, justificación de que se encuentra en los casos del artículo 176 del Código Civil que permiten esta forma de incoación del expediente.

A propuesta de la Entidad Pública en los casos en los que ha encomendado una guarda con fines de adopción y antes de que transcurra el año desde su constitución. Esta figura será utilizada en los casos de renunciaciones hospitalarias, en los supuestos de desamparo con imprevisibilidad de retorno<sup>89</sup>, y en casos de menores que han estado en desamparo ordinario durante cierto tiempo<sup>90</sup>. Los acogedores familiares que no ostenten la tutela del menor, no pueden iniciar el procedimiento judicial de adopción, salvo que sea la Entidad Pública la que lo inicie como tutora administrativa (art. 176.2. del Código Civil) en favor suyo.

A solicitud de los futuros adoptantes aparte de los casos de tutelas intrafamiliares, el artículo 176 del Código Civil prevé otros supuestos en los cuales los potenciales adoptantes de un menor declarado en desamparo pueden proponer directamente al juez su adopción. Se incluye en estos supuestos al guardador con fines de adopción transcurrido un año desde la constitución de la guarda y los tutores judiciales del menor. Estos últimos casos han respondido habitualmente a las tutelas intrafamiliares, pero con la reforma operada en el artículo 239 del Código Civil, cabría considerar también la posibilidad de que un acogedor familiar permanente «por sus relaciones con el menor» se considere legitimado para promover judicialmente la acción de privación de la patria potestad y nombramiento judicial del tutor<sup>91</sup>; posteriormente podría proponer la adopción del menor acogido primero y tutelado después.

En cualquiera de ambos casos, el procedimiento, al ser de jurisdicción voluntaria no está sujeto a plazos y es bastante flexible.

Tras la presentación de la propuesta o la solicitud, el juez citará a los que tienen que prestar su consentimiento, su asentimiento o su audiencia. Ya he hecho alusión a las principales novedades que las leyes de 2015 presentan a este respecto especialmente en lo relativo a la familia de origen. Solo cabe añadir en este punto, que, en coherencia con el nuevo estatuto del acogedor familiar previsto en esta reforma, este deberá ser oído, también, en el proceso de adopción del niño que ha tenido a su cargo.

## V. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional ha ido progresivamente disminuyendo en España, como en el resto de países de destino, debido fundamentalmente a las políticas de los países de origen de los menores adoptados<sup>92</sup>.

La Ley 54/2007 de adopción internacional (LAI)<sup>93</sup> que respondió al *boom* de la adopción internacional en España en esa década, ha sido modificada también en diversos aspectos a través de las leyes de 2015<sup>94</sup>. El objeto de estas reformas ha sido, también, el de garantizar el interés superior del menor en estos casos<sup>95</sup>.

Las novedades más importantes se pueden ordenar en tres grandes apartados.

### 1. CUESTIONES GENERALES

Se modifica, en primer lugar, el artículo 1 que regula el objeto de la ley<sup>96</sup> y el concepto de adopción internacional<sup>97</sup> para evitar importantes problemas prácticos que había generado la redacción de 2007<sup>98</sup>.

En segundo lugar, en el artículo 3.1, se amplía la remisión a los instrumentos internacionales en la materia (no solo a la CNUDN<sup>99</sup> y al CH93<sup>100</sup>, sino también al CH96<sup>101</sup>, al del CEA y al Reglamento Bruselas II bis) y se establece que se procurará incorporar los principios recogidos en dichos textos en los convenios bilaterales que se suscriban (art. 3.2).

En tercer lugar, se reconocen nuevos derechos a los futuros adoptantes, tales como la posibilidad de tramitación simultánea de adopción nacional e internacional (art. 10.5) y la posibilidad de acudir a la intermediación de cualquier organismo acreditado en España, aunque no esté domiciliado en su Comunidad Autónoma (art. 8.1). Además, diversas modificaciones de la normativa laboral operadas por Ley 26/2015 buscan mejorar la conciliación de la vida laboral y familiar de estas familias (art. 48 del Estatuto Básico del Empleado Público, artículo 37.3.f del Estatuto de los trabajadores). Por otra parte, también se establecen nuevos deberes de los futuros adoptantes, como es el caso de los relativos a sus obligaciones pre y post adoptivas (art. 11).

### 2. NUEVO MARCO COMPETENCIAL

Un segundo bloque de modificaciones es el relativo al nuevo marco competencial y de intermediación. La distribución competencial de la Ley de adopción internacional fue objeto de preocupación manifestada a España por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño en 2010<sup>102</sup>, y la reforma ha adaptado el sistema a estas recomendaciones<sup>103</sup>.

En primer lugar, se operan determinadas modificaciones relativas a la apertura y cierre de países para la adopción y el control de los flujos. En el artículo 4, estas cuestiones se califican como «política exterior» y por tanto competencia de la Administración General del Estado (AGE)<sup>104</sup>. Así, se reforma la regulación de alguna causa de no apertura y se regula el control de flujos adoptivos introduciendo una previsión que evite la acumulación de expedientes abiertos y pendientes, situación que ha supuesto para las familias adoptantes, en el pasado, listas de espera interminables y generación de expectativas irrealizables.

En segundo lugar se modifican las funciones de intermediación en los artículos 6, 7 y 8 estableciendo que esta será a través de organismo acreditado y solo podrá ser por *protocolo público* si el país es parte en el CH93.

Y en tercer y último lugar, se establece que la acreditación de los organismos privados se realizará por la AGE<sup>105</sup> con informe preceptivo favorable y vinculante de la Entidad Pública.

Estas modificaciones prevén un desarrollo reglamentario que ha sido sometido ya a consulta pública por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y han sido acogidas muy positivamente por el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño<sup>106</sup>.

### 3. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En relación a otras figuras de protección de menores distintas de la adopción, la ley realiza una incorporación por referencia del CH96 respecto de la competencia judicial internacional y la ley aplicable<sup>107</sup>.

En relación a la adopción, se producen diversas modificaciones tanto en las normas de competencia judicial internacional<sup>108</sup> como en las de ley aplicable y reconocimiento.

En relación a la ley aplicable, además de suprimirse la previsión del artículo 21, muy criticada por la doctrina española<sup>109</sup>, se reintroduce una norma, (art. 19.4<sup>110</sup>), que desapareció en el trámite parlamentario del año 2007, que impide, entre otras cosas, constituir adopciones tras kafalas<sup>111</sup>, en línea con la regulación de otros países europeos, y lo que ha dispuesto el TJUE en dos importantes sentencias<sup>112</sup>. Ya ha habido alguna sentencia posterior que, si bien no aplica este precepto todavía no vigente en el momento de la demanda, exige el consentimiento de la madre biológica marroquí, obtenido por comisión rogatoria, en el procedimiento de adopción en España de una niña «kafalada» en Marruecos<sup>113</sup>.

En relación al reconocimiento, se modifica el presupuesto del control de la competencia judicial internacional y se suprime el control de la ley aplicable, ajeno a la tradición jurídica española en la materia, determinando el contenido del orden público (materialmente orientado) centrado en el interés superior del

niño y su adoptabilidad (art. 26<sup>14</sup>); además, se determina el procedimiento del reconocimiento (bien el previsto en el CH93 y en su defecto el control registral incidental (art. 27) y se regula el proceso de conversión de una adopción simple en plena (art. 30)<sup>15</sup>.

Finalmente, se introduce una norma sobre cooperación internacional de autoridades, el nuevo artículo 24, destinado a dar respuesta a muy numerosas peticiones recibidas en la Administración General del Estado en casos de españoles residentes en el extranjero que inician un procedimiento de adopción de un menor en su país de residencia, y las autoridades de dicho país requieren información sobre el futuro adoptante de las autoridades españolas.

## VI. CONCLUSIONES

A lo largo de las anteriores páginas, he expuesto el nuevo marco jurídico de la adopción en España analizando la aplicación jurisprudencial del mismo y los primeros comentarios doctrinales a las Leyes de 2015.

Puede concluirse que este marco refuerza los derechos fundamentales de los protagonistas del proceso de adopción.

I. Por una parte, los derechos de las familias biológicas, protegiendo su consentimiento o asentimiento, pero impidiendo su «derecho de veto» a cualquier medida de protección familiar de su hijo. El nuevo marco legal garantiza, además, en los casos que sea posible, el mantenimiento de las relaciones personales con el menor, y se protege a la madre que renuncia a su hijo en el parto como situación de especial vulnerabilidad.

II. En segundo lugar se modifica el estatuto de las familias adoptivas. Pasan de ser solicitantes a «oferentes», y se mejora la regulación estatal de los requisitos de capacidad e idoneidad para el proceso adoptivo. Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de establecer una frontera más flexible entre el estatuto de los acogedores y el de los adoptantes. Si las soluciones familiares deben primar, y la adopción es la solución familiar por excelencia, debería establecerse una «pasarela» para que los acogedores familiares permanentes puedan convertirse en adoptantes permitiendo que pudieran solicitar la adopción al juez, con el necesario consentimiento, en estos casos, de la Entidad Pública en el proceso de adopción; esta sería una manifestación evidente de la primacía de las soluciones permanentes frente a las temporales.

III. En tercer lugar, y en relación al adoptado, principal protagonista del proceso se reconoce como esencial su «derecho» a la doble identidad familiar y nacional y se refuerzan las garantías en el proceso de adopción internacional para evitar tráfico de menores en estos casos; es evidente que la reforma tiene como prioridad la defensa de su superior interés sobre el de las familias de origen y de adopción.

IV. Sin embargo, es importante que estos cambios normativos estén acompañados de un cambio de mentalidad de los profesionales del sistema de protección de menores. Este ha respondido, durante muchos años, a una primacía del acogimiento residencial como recurso de protección menos problemático para las familias biológicas y a su interés o «derecho» al hijo. Si sus derechos deben ser protegidos y reconocidos, también lo deben ser los de las familias acogedoras y adoptantes, pero por encima de unas y otras, los derechos de los niños, no siempre garantizados, a vivir y crecer en una familia. En el análisis de la jurisprudencia realizado se advierten ya los cambios en el ámbito judicial, poniéndose en evidencia la necesidad de instrumentos jurídicos que facilitaran actuar en interés superior del niño en todos estos casos.

## INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Sentencia de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89)
- Sentencia de 16 diciembre 2014 (TEDH 2014, 101)

### TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 febrero de 2013 (*RJ* 2014, 833)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 1132)
- Auto del Tribunal Supremo de 4 octubre de 2017 (*JUR* 2017, 250598)
- Auto del Tribunal Supremo de 22 enero 2018 (*JUR* 2018, 43796).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero de 2018 (*RJ* 2018, 452).

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la AP de Asturias de 1 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 184211)
- Sentencia de la AP de Burgos de 28 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 251326)
- Sentencia de la AP de Coruña de 18 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 62344).
- Auto de la AP de Guadalajara de 13 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 244906)
- Sentencia de la AP de Guipuzcoa de 17 de marzo de 2017 (*AC* 2017, 648)
- Sentencia de la AP de Jaén de 22 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 188162)
- Auto de la AP de León 21 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 202445)
- Auto de la AP de León de 13 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 247057)
- Sentencia de la AP de Málaga 30 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 267412)
- Sentencia de la AP de Murcia de 23 de diciembre de 2015 (*AC* 2015, 1841)
- Sentencia de la AP de Navarra de 22 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 697)

- Sentencia de la AP de Ourense de 21 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 196781)
- Sentencia de la AP de Ourense 25 de noviembre de 2016 (*AC* 2016, 1822)
- Sentencia de la AP de Pontevedra de 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 110331)
- Sentencia de la AP de Soria de 26 de octubre de 2017. *JUR* 2017, 294108)
- Sentencia de la AP de Teruel de 13 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 247637)
- Auto de la AP de Valencia de 10 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 248303)
- Sentencia de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2017 (Roj: AAPV 3805/2017)
- Auto de la AP de Zaragoza de 21 de febrero de 2017 (*AC* 2017, 369)

#### DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 215920)
- Resolución de la DGRN de 14 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 255457)

#### BIBLIOGRAFÍA

##### LIBROS

- AADV. *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y de la adolescencia en España*. Defensor del pueblo andaluz. Sevilla, 2017.
- BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. *Las adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid. Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2003.
- CABEDO MALLOL, V. J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.) *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CALVO BABÍO, F. *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*. Dykinson, Madrid, 2003.
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 2: relaciones paternofiliales. 9.<sup>a</sup> Ed. REUS, Madrid 1985.
- GALLEGO, C. y BERROCAL, A.I. (Coords). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio*. Madrid, La Ley 2017.
- GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINACERO DE LA FUENTE, M. A. *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2006.
- GOMEZ BENGOCHEA, B. *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid, Dykinson 2007.

- GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. (Coords.). *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. *El «interés del menor» en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid, Lex Nova, 2004.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos procedimientos, jurisprudencia, formularios*. Tirant lo Blanch, Valencia 2016.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Ed. Thomson Reuters, 2016.
- MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Ed. Thomson Reuters, 2016.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2009.
- MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J. *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Save the children, 2015.
- PÉREZ TESTOR, C. (Coord.) *Postadopción y vínculo familiar*. Fundación Vidal y Barraquer, Barcelona, 2008.
- POUS DE LA FLOR, M. P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.). *Protección jurídica del menor*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

#### ARTÍCULOS

- ADROHER BIOSCA, S. Capacidad idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional. Un reto para el ordenamiento jurídico español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007.
- La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los «santos inocentes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 711, 2009.
- La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y extranjería*. 45, mayo-agosto de 2017.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Diario La Ley* núm. 6910, martes 25 de marzo de 2008.
- ANGUITA RÍOS, R. M. La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2016.
- CALVO BABÍO, F. Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional. *IURIS* núm. 25, marzo de 2008.
- <http://confilegal.com/20161030-posible-constituir-espana-una-adopcion-la-base-la-kafala-islamica>
- DURÁN AYAGO, A. La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña. *Revista de Derecho de Extremadura* núm. 2, 2008.

- NUÑEZ ZORRILLA, C. El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, vol. 73, (2015/2).
- LOPEZ AZCONA, A. 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. *BIMJ*, enero de 2016, núm. 2185.
- VIDAL PRADO, C. El derecho a conocer la filiación biológica: (con especial atención a la filiación materna). *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996.

## NOTAS

<sup>1</sup> Leyes 8/2015 y 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2015 y núm. 180 de 29 de julio de 2015).

<sup>2</sup> La Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria (*BOE* núm. 158, de 3 de julio de 2015), la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (*BOE* núm. 167, de 14 de julio de 2015), y finalmente, el Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el Reino de España y la Federación de Rusia, hecho en Madrid el 9 de julio de 2014 (*BOE* núm. 74 de 27 de marzo de 2015).

<sup>3</sup> Son varias las publicaciones posteriores a estas reformas que analizan críticamente la regulación de la adopción en las mismas; CABEDO MALLOL, V.J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (Coord.), (2016). *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch; MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) (2016). *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*. Pamplona: Thomson Reuters; MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) (2016). *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y a la adolescencia*. Pamplona: Thomson Reuters; POUS DE LA FLOR, M.P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.) (2017) *Protección jurídica del menor*. Valencia: Tirant lo Blanch; BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.) (2017) *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia tras la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio y la Ley 26/2015 de 28 de julio*. Madrid: Wolters Kluwer.

<sup>4</sup> Magistralmente expuestos en la sentencia del TS 835/2013 de 6 de febrero (*RJ* 2014, 833).

<sup>5</sup> Un extenso y profundo comentario sobre la reforma de este artículo y del 9 que regula el derecho a ser oído y escuchado es el de NÚÑEZ ZORRILLA, C., El interés superior del menor en las últimas reformas llevadas a cabo por el legislador estatal en el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. *Persona y Derecho*, vol. 73, (2015/2), 117-160. Celebran también esta nueva regulación: FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. (2016), Protección de la infancia: una visión desde el Consejo General del Poder Judicial respecto de las últimas reformas. En MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 71, y HUETE NOGUERAS, J. (2016), Desafíos de la nueva ley: nuevos derechos de los menores y papel del ministerio fiscal, *ibid*, 89; LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.) (2016). *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos procedimientos, jurisprudencia, formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 410.

<sup>6</sup> «Comisión Especial para el estudio de la adopción nacional y otros temas afines». (BOCD Senado, 17 de diciembre de 2010): *Definir el interés superior del menor de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado en toda su extensión, y permita una interpretación más homogénea por parte de jueces y tribunales, introduciéndose criterios básicos para su determinación, conforme a las conclusiones*.

<sup>7</sup> *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales: España*. 55.º periodo de sesiones 13 de septiem-



bre a 1.º de octubre de 2010. CRC/C/ESP/CO/3-4: *El Comité recomienda al Estado parte que: adopte todas las medidas adecuadas para asegurarse de que el principio del interés superior del niño oriente todas las medidas y decisiones que adopten los gobiernos central y autónomos en relación con las disposiciones jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas, que repercutan en los niños.*

<sup>8</sup> *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. 2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales...: 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.*

<sup>9</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2016). El trámite judicial de la adopción, en MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 351 y sigs.

<sup>10</sup> Se señalan en cursiva las modificaciones: Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, *teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.*

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. *La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.*

*Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.*

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, *indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración.*

<sup>11</sup> Puede verse al respecto la Circular 9/2015 sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria ([www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)).

<sup>12</sup> Artículo 11. *Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional.*

<sup>13</sup> Artículo 12.1. *En las actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas.*

<sup>14</sup> Se ha pasado de la regulación de esta relación como un derecho de los padres (la redacción anterior señalaba *Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*) a la concepción de la misma como derecho de los hijos (*Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el art. 161*).

<sup>15</sup> Diversos estudios se han ocupado de este tema. Destacan, entre otros, VIDAL PRADO, C. (1996). El derecho a conocer la filiación biológica: (con especial atención a la filiación materna), *Revista jurídica de Navarra*, núm. 22, 265-282; GARCÍA VILLALUENGA, L. y LINACERO DE LA FUENTE, M. A. (2006). *El derecho del adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho comparado*. Madrid, Ministerio de Trabajo e Inmigración; GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2007) *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*. Madrid: Dykinson.

<sup>16</sup> Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

<sup>17</sup> Aparece en cursiva el texto incluido en la reforma: *5. Las Entidades Públicas asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva. La conservación se llevará a cabo a los solos efectos de que la persona adoptada pueda ejercitar el derecho al que se refiere el apartado siguiente.*

6. Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.

*A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.*

<sup>18</sup> Es el caso de la resolución de la DGRN núm. 30/2015 de 18 diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 215920) que frente a la demanda de una mujer nacida y adoptada en España en los 70 de acceso a la información registral para conocer sus orígenes, la Encargada del Registro denegó la pretensión por considerar que el derecho a obtener la información solicitada debía canalizarse a través de otras entidades porque el expediente no ofrece datos complementarios relevantes acerca de los progenitores biológicos. La DGRN afirma: *La nueva Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha reforzado ese derecho de acceso a los orígenes obligando a las entidades públicas a garantizarlo y a mantener la información durante el plazo previsto en el Convenio europeo de adopción, precisando —en lo que aquí interesa— en su disposición adicional primera que la expresión «Entidad Pública» utilizada en los textos legales se refiere a la entidad pública de protección de menores competente territorialmente, con la que están obligadas a colaborar el resto de entidades.*

<sup>19</sup> Ya hay doctrina al respecto: ANGUITA RÍOS, R. M. (2016). La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2016.

<sup>20</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia (DOG núm. 5686, de 5 de agosto de 2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010) artículo 235 47. Efectos específicos de la adopción: «La autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor».

<sup>21</sup> Resolución de la DGRN núm. 30/2014 de 14 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 255457). Se pretende la inscripción de las adopciones constituidas respecto de dos menores nacidos en Estados Unidos en 2004 y 2005. En los autos de adopción se incorporan sendos convenios de contacto postadopción, en los que se establece un régimen de visitas de la madre biológica a los menores adoptados. Ante la denegación de la inscripción de la adopción por el encargado del RC consular por falta de equivalencia, o correspondencia de efectos de las adopciones con la prevista en Derecho español, la DGRN resuelve estableciendo que procede la inscripción toda vez que la previsión de contactos postadopción no suponen falta de equivalencia sustancial con el concepto «español» de adopción que como señala el artículo 26 de la Ley de Adopción Internacional suponen tres cosas: la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes. En concreto señala: *el hecho de que se establezca un convenio post adopción que incluya determinadas visitas con la madre biológica de los menores adoptados, no entra en contradicción con lo establecido en la Ley española relativo a la necesidad de extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen, puesto que el establecimiento de dicho convenio entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos.*

<sup>22</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). La historia interminable: una nueva reforma de la adopción, en MAYOR DEL HOYO, M.V. (Dir.) *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 344-6.

<sup>23</sup> Señala GÓMEZ BENGOCHEA, B. Regulación de la adopción en la nueva legislación de protección de menores, en AAVV (2017). *Principales modificaciones legislativas en el marco de la protección de la infancia y de la adolescencia en España*. Sevilla: Defensor del pueblo andaluz, 42, que «una figura de este tipo, que ocupa un lugar intermedio entre el acogimiento permanente y la adopción cerrada, puede venir a resolver muchos de los casos que existen en nuestro sistema de protección de menores, y a dotar de estabilidad a muchos niños que pasan gran parte de su infancia sujetos a medidas de protección en principio temporales».

<sup>24</sup> *Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.*

<sup>25</sup> *En estos casos el juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviere suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. En todo caso, será oído el adoptando menor de doce años de acuerdo a su edad y madurez. Si fuere necesario, dicha relación se llevará a cabo con la intermediación de la Entidad Pública o entidades acreditadas a tal fin. El juez podrá acordar, también, su modificación o finalización en atención al interés superior del menor. La Entidad Pública remitirá al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas*

de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos a petición del juez.

<sup>26</sup> Están legitimados para solicitar la suspensión o supresión de dichas visitas o comunicaciones la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años.

<sup>27</sup> En la declaración de idoneidad deberá hacerse constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían adoptar a un menor que fuese a mantener la relación con la familia de origen.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. La historia interminable..., *op. cit.*, 344-6.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, 346.

<sup>30</sup> Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1132). Se trataba de un caso en el que se proponía la adopción de un menor que se encontraba en acogimiento residencial con un hermano. El Ministerio Fiscal en aplicación del vigente artículo 178.4 del Código Civil en relación con el artículo 176 bis del Código Civil entiende conveniente que se favorezca la relación entre ambos hermanos con la supervisión y vigilancia de la Entidad Pública. El TS afirma: «consecuencias del mandato del artículo 39 de la Constitución, de los cambios sociales y de la doctrina que se ha ido creando sobre protección de menores, ha sido la reciente publicación de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio. (...) Qué duda cabe que sería aún más beneficioso para su interés por aproximación a su familia biológica, que el acogimiento fuese conjunto con su hermano, y así lo pretendió la Entidad Pública aunque con resultado infructuoso. La petición que hace el Ministerio Fiscal sobre la conveniencia de la relación entre ambos hermanos resulta, en principio, razonable, pero al no haber sido objeto de debate con la singularidad necesaria, esta Sala no debe decidir sobre tal extremo, sino que habrá de plantearse por quienes se encuentran legitimados para ello ex novo».

Es también el caso de la sentencia de la AP de Navarra de 22 de noviembre de 2016 (AC 2017, 697) que aunque considera beneficiosos los contactos postadoptivos, no los puede autorizar por razones de derecho transitorio. Así, ante la suspensión administrativa de unas visitas de la madre biológica del menor, la AP señala: *la resolución acordando la adopción es firme y en esta nueva situación entendemos que no es de aplicación la Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, al estar en tramitación el presente procedimiento al tiempo de su entrada en vigor (disposición transitoria primera). Por tanto hemos de remitirnos al tenor literal del artículo 178 del Código Civil vigente en ese momento y según el cual la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos lo cual conlleva la separación definitiva de la familia biológica y por tanto la imposibilidad de mantener o establecer visitas entre el adoptado y sus padres biológicos.*

<sup>31</sup> GOMEZ BENGOCHEA, B. (2016). La adopción, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.). *Tratado del menor... op. cit.*, 441.

<sup>32</sup> JEANNIN, C. (2016). Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH 1993. En MAYOR DEL HOYO, M. V. (Dir.). *El nuevo régimen jurídico del menor... op. cit.*, 387-409.

<sup>33</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen, el menor adoptado mantiene su nacionalidad, esta será reconocida también en España.

<sup>34</sup> El menor obtendrá la nacionalidad del Estado receptor desde la fecha de entrada en vigor de la sentencia de adopción dictada en el Estado de origen y mantendrá la nacionalidad del Estado de origen. El menor no puede quedar privado de la nacionalidad del Estado de origen tanto a solicitud de los padres adoptivos como a solicitud de terceras personas hasta su mayoría de edad.

<sup>35</sup> Aunque también ha habido algún litigio en estos casos. Es por ejemplo el supuesto resuelto por el Auto núm. 125/2017 de 21 de febrero de la AP de Zaragoza (AC 2017, 369), en el que se determina la no necesidad de asentimiento de un padre biológico divorciado,

a la adopción de su hija por el nuevo marido de su exmujer toda vez que ha incurrido en causa de privación de la patria potestad: *de lo actuado se desprende la absoluta dejación, durante años, por parte de Ángel Daniel, de sus deberes como padre y ello tanto desde el punto de vista emocional (ausencia de contacto con su hija), como económico (ausencia de contribución a los gastos y ausencia de pago de pensión de alimentos), no sirviendo de excusa lo que alega en la demanda de modificación de medidas, pues el horario laboral no justifica años sin ver a la hija y las dificultades económicas no le han impedido tener otro hijo por el que, selectivamente, afirma sí ha pagado pensión.*

<sup>36</sup> Es el caso resuelto por el Auto del TS de 4 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 250598), que sin embargo inadmite el recurso por cuestiones procesales. En la exposición de los hechos se señala lo siguiente: «*En virtud de la adopción, aquella fue adoptada por la esposa de su madre biológica. Alegaba el actor en su demanda, que reclama como padre biológico de la menor, pues no tuvo intervención en el expediente de adopción por causas ajenas a su voluntad. A la demanda se opone la parte demandada, aquí recurrente, alegando en síntesis que el actor fue un simple donante de material genético sin derecho alguno sobre la menor. Mediante sentencia dictada en primera instancia se estima la demanda, por cuanto se considera que el actor es su padre biológico y no tuvo intervención en el expediente de adopción por causas ajenas a él. En consecuencia se revoca la adopción y se anula la inscripción de la adopción en el Registro Civil.*»

<sup>37</sup> *La situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no será en ningún caso la única circunstancia para valorar la situación de desamparo. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.*

<sup>38</sup> *Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. (19 bis LOPJM).*

<sup>39</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 78/2018 de 14 de febrero (*RJ* 2018, 452): «Las anteriores consideraciones (art. 19 bis LOPJM) son extrapolables al régimen de visitas. En concreto, si favorece el interés de los niños ser visitados por los padres biológicos, en la situación de acogimiento familiar pre-adoptivo en que se encuentran, o, si por el contrario, podría perjudicarles para su desarrollo físico, intelectual o de integración en su nuevo medio». Con este criterio, critica, y casa la sentencia de la Audiencia, que «a pesar de insistir en el interés del menor, pone el foco de la *ratio decidendi* en los progenitores y en el interés de estos, por encomiable que sea, por recuperar la proximidad de sus hijos, para ofrecerles a aquellos una oportunidad. En ningún momento se analiza qué repercusión negativa podría tener sobre los menores esa aproximación, y si alteraría su estabilidad emocional. Faltan informes precisos que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo». En sentido muy similar se pronuncia, en relación en este caso a las visitas de abuelos, la sentencia de la AP de Coruña, núm. 15/2018 de 18 de enero (*JUR* 2018, 62344).

<sup>40</sup> *Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurros en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio (art. 177.2CC).*

<sup>41</sup> *Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad o cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo*

lo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada (177.2 del Código Civil). LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). *Tratado de Derecho de familia, op cit.* 444, señala que la nueva regulación «permitirá admitir o rechazar con mayor rigor la legitimación para impugnar la adopción».

Es el caso del auto de la AP de León (núm. 62/2017 de 21 de junio, JUR, 2017, 202445) en el cual se señala al respecto: «*La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el artículo 177.2 del Código Civil un nuevo párrafo de acuerdo con el cual no es necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad (...). Es lo cierto que en presente caso la oposición a la declaración de desamparo de las menores formulada por la actora fue desestimada (...) sin que conste que, posteriormente, la actora haya solicitado en ningún momento la revocación de misma por desaparición de las causas que la motivaron. Dicha modificación, como señala la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1, en su sentencia de 8 de octubre de 2015, «[.] responde a la necesidad de dar coherencia al sistema. Si el objetivo es evitar que se hagan crónicas situaciones de guardas voluntarias en las que los progenitores ceden el cuidado de sus hijos a las Administraciones Públicas «sine die» o no reaccionan frente a la situación de desamparo de sus hijos en un plazo prudente, privándoles por esta vía de soluciones familiares y permanentes, precisamente durante los años clave de la primera infancia, el interés superior de los menores exige no demorar la adopción de medidas que permitan su inserción en otra familia».* En sentido muy similar se expresan el auto de la misma AP núm. 69/2017 de 13 de julio (JUR 2017, 247057), la sentencia de la AP de Murcia núm. 759/2015 de 23 diciembre (AC 2015, 1841), la sentencia de la AP de Ourense núm. 242/2017 de 21 de junio (JUR 2017, 196781).

Es también el caso de la sentencia de la AP de Soria (núm. 144/2017 de 26 octubre, JUR 2017, 294108) que destaca la novedad de la reforma y su fundamentación en el interés superior del menor: *Pero es más, la ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, introduce en el artículo 177.2 del Código Civil, un nuevo párrafo, de acuerdo con el cual, no es necesario el asentimiento de los progenitores, que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubiera transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada y es lo cierto que sucede en el presente caso, en el que ha transcurrido con exceso el plazo de los dos años, desde la fecha de la declaración de desamparo. Habiendo recurrido dicha decisión la actora, y habiendo sido desestimada la misma. No se puede cuestionar que el interés de la madre es digno de protección, pero no lo es menos que debe estar supeditado al superior interés del menor. El artículo 172 ter 2.º, del Código Civil, señala que, «Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos».*

Muy clarificadora resulta también la sentencia de la AP de Asturias núm. 214/2017 de 1 de junio (JUR 2017, 184211) que señala al respecto: «*El artículo 177.2 del Código Civil dice expresamente que (...). En las actuaciones ha quedado probado que: 1. La Consejería declaró en desamparo a Lucía por resolución de 5 de septiembre de 2013, 2. En comparecencia celebrada en la Consejería, el 18 de octubre de 2013, se notifica a Edurne y Jose Luis la declaración de desamparo de su hija Lucía, y que la misma queda bajo la tutela legal de la Administración, informándoles expresamente de: a) las consecuencias legales que conlleva dicha declaración, b) de las acciones legales que pueden entablar contra la misma, c) de la posibilidad de acudir al Servicios de Asistencia Jurídica Gratuita del Colegio de Abogados y de los plazos de recursos legales, d) de la posibilidad de impugnar esa resolución ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Oviedo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 779 y sigs., de la LEC con abogado y procurador, e) de las consecuencias que conlleva, el trascurso de dos años sin impugnar esa resolución. Pese a ello, los hoy recurrentes, desde esa fecha 18/10/13 no han formulado impugnación u oposición alguna a esa declaración de desamparo,*

habiendo presentado su demanda, donde solicita que se les llame para prestar asentimiento, el 20 de septiembre de 2016, es decir una vez transcurrido con creces ese plazo de dos años. Así mismo, en todo este periodo, los hoy recurrentes, han formulado una oposición, vía judicial, en relación al acogimiento pre-adoptivo iniciado por la Administración y limitación del régimen de visitas vigente a favor de los familiares de la menor, escrito presentado el 30 de septiembre de noviembre de 2014 con abogado y procurador, que dio lugar al expediente del Juzgado de Primera Instancia 7 de Oviedo; pretensión que fue desestimada por sentencia de 22 de enero de 2015 en Primera Instancia, confirmada en apelación por sentencia de esta misma sección de 24 de junio de 2015, en las que se pone de manifiesto que no existe circunstancias nuevas que permitan dejar sin efecto la declaración de desamparo, o la re-inscripción de la menor en la familia extensa. Por lo tanto en aplicación del citado artículo 177.2 Edurne y José Luis, en el expediente de adopción de su hija Lucía, no deben prestar asentimiento, sino solo deben ser oídos (...).

En el caso resuelto por la sentencia núm. 403/2016 de 25 noviembre de la AP de Ourense (AC 2016, 1822) la representación de la Xunta de Galicia alega el nuevo precepto que sin embargo no es aplicable por las normas de Derecho transitorio, pero se considera finalmente que el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, de manera que por esa razón se determina la innecesariedad de su asentimiento.

Hay otras resoluciones judiciales que, sin embargo, no advierten todavía estas reformas y basan la resolución sobre la innecesariedad de asentimiento de los padres biológicos en la previsión previa a la reforma de haber sido privados de la patria potestad «o estar incurso en causa de privación» como es el caso de la sentencia de la AP de Teruel núm. 77/2017 de 13 de septiembre (*JUR* 2017, 247637), la de la AP de Jaén núm. 315/2017 de 22 de mayo (*JUR* 2017, 188162), el auto de la AP de León de núm. 62/2017 de 21 de junio (*JUR* 2017, 202445).

<sup>42</sup> Esta previsión es aplicada por el auto de la AP de Valencia (Sección 10.<sup>a</sup>) auto núm. 402/2017 de 10 de julio (*JUR* 2017, 248303) que señala «el artículo 781 LEC brinda a los padres biológicos que pretenden que se reconozca la necesidad de su asentimiento en el expediente de adopción de su hijo, un procedimiento contradictorio a tramitar por el artículo 753 de la LEC que produce la suspensión del expediente de adopción».

<sup>43</sup> GISBERT POMATA, M. (2016). Procesos relativos a menores o de especial incidencia en su protección. En MARTÍNEZ GARCÍA, C. (Coord.) *Tratado del menor... op. cit.*, 627.

<sup>44</sup> *Los consentimientos y asentimientos deberán otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias»* (177.4 del Código Civil). En el auto núm. 56/2017 de 13 de junio de la AP de Guadalajara (*JUR* 2017, 244906) se analiza precisamente esta exigencia toda vez que la madre biológica de la menor cuyo procedimiento de adopción se ha iniciado, solicita la nulidad del expediente administrativo de adopción de medidas de protección al haberse vulnerado las garantías procesales en su tramitación, por no haber podido participar en el mismo con el raciocinio y conocimiento que se requiere, al no saber leer y escribir en castellano. A pesar de que el Ministerio Fiscal se adhiere a este recurso, la magistrada ponente, M.<sup>a</sup> Elena MAYOR, justifica de forma magistral en un auto detallado, toda la trayectoria de madre e hija, y las evidencias del desamparo de la segunda, y demuestra que la madre ha sido informada claramente de las consecuencias de los diversos actos administrativos.

<sup>45</sup> Auto del Tribunal Supremo de 22 de enero 2018 (*JUR* 2018, 43796).

<sup>46</sup> «La Exposición de Motivos de la Ley 26/2015 destaca que la finalidad de la reforma del artículo 781. LEC es la «agilización» del procedimiento, lo que en principio parece poco compatible con la posibilidad de recursos extraordinarios». Además como subraya el Ministerio Fiscal, «no debe olvidarse, por un lado, que el interés del menor también puede requerir una especial celeridad que excluya los recursos extraordinarios»

<sup>47</sup> «Conforme al artículo 37 LJV y a la nueva redacción del artículo 781 LEC, una vez presentada la demanda se dictará decreto declarando contencioso el expediente y acordando la tramitación de la demanda como “pieza separada” del procedimiento de adopción, de lo que resulta su carácter incidental.

3.a) Aunque la pieza separada finalice por sentencia, el expediente principal se resuelve mediante auto, resolución contra la que no caben los recursos extraordinarios».

<sup>48</sup> MORENO-TORRES SÁNCHEZ J. (2009). *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

<sup>49</sup> *El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto* (art. 177.2 del Código Civil).

<sup>50</sup> Artículo 45 LRC: *Obligados a promover la inscripción de nacimiento. Los progenitores. No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente.*

<sup>51</sup> Artículo 49.4. *Si la madre hubiera renunciado a su hijo en el momento del parto el domicilio de la misma estará sujeto al régimen de publicidad restringida, y no figurará a efectos estadísticos.*

<sup>52</sup> *En las citaciones que deban prestar su asentimiento o ser oídas se incluirá el apercibimiento de que si fueran citados personalmente y no comparecieran se seguirá el trámite sin más citaciones. Si no respondieran a la primera citación y no se hubiera realizado la citación en su persona, se les volverá a citar para dentro de los quince días siguientes, con el apercibimiento de que aunque no comparezcan el expediente seguirá su trámite* (art. 38 LJV).

<sup>53</sup> <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/home.htm>

<sup>54</sup> Información sobre las diversas alternativas en estos casos; información específica sobre las consecuencias jurídicas de la adopción, el procedimiento a seguir, la posibilidad de decidir o no sobre determinadas cuestiones (ver al niño, ponerle nombre, tener visitas...) o la responsabilidad de la propia madre (estar localizable, colaborar en la búsqueda de orígenes...).

<sup>55</sup> La importancia del padre biológico se pone de relieve en el caso resuelto por la sentencia de la AP de Pontevedra núm. 113/2017 de 9 de marzo (*JUR* 2017, 110331). Adrián y Gema iniciaron en julio de 2010 una relación de pareja estable. A comienzos de 2012, Adrián marchó a buscar trabajo a Holanda, coincidiendo con el anuncio del embarazo de Gema. En noviembre de 2012, Adrián recibió un SMS de la demandada informándole que «*ha fallecido el bebé*». En agosto de 2013 al regresar a España tras la ruptura de la pareja, se enteró de que en el pueblo se decía que Gema había dado a luz a un niño hacia aproximadamente un año y lo había entregado en adopción. Tras intentar obtener información en el Hospital en la Consejería y en el Registro Civil le confirmaron el nacimiento del niño. Adrián presentó un escrito en la Fiscalía, que recabó y examinó el expediente tramitado por la entidad pública, sin advertir irregularidad alguna en su proceder al asumir la tutela del menor, previa declaración de desamparo, dado que la única referencia Gema hizo con respecto al padre del menor, en la entrevista mantenida al tiempo del nacimiento del mismo, es que habían roto su relación y que al ser persona conflictiva ninguna confianza le inspiraba en el cuidado y atención del menor, negándose a facilitar datos personales e identificativos del padre. Adrián solicitó que se declarase su paternidad biológica acordándose la oportuna inscripción registral de la filiación, previa la práctica, si se estimasen necesarias, de las pruebas biológicas y demás precedentes, para paralelamente a través del procedimiento pertinente interesar la extinción, revocación y/o nulidad de cualquier resolución administrativa y/o judicial de tutela, guarda, acogimiento y/o adopción que se hubiere podido adoptar respecto de dicho menor. En la sentencia se accede a la reclamación de paternidad y se ordena en consecuencia que se modifique la inscripción de los apellidos de origen del menor (incluyendo el del padre), pero no se modifica su situación familiar al haberse entregado el niño en adopción. No obstante, la solicitud de nulidad por falta de asentimiento en la adopción como padre biológico, está justificada si bien, en estos supuestos, el TS ha señalado que el interés del menor puede desaconsejar la nulidad cuando esta se pide años después y se dan situaciones de hecho ya consolidadas (STS de 18/3/1987).

<sup>56</sup> Como señala CALZADILLA MEDINA, M.A. (2017), La vertiente internacional de la institución adoptiva, en BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.) *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 428, «la actual expresión no conlleva implícito un derecho a adoptar que no existe (de la misma forma en que no existe un derecho a ser padre o madre)». En este mismo sentido señala GÓMEZ BEOGOECHEA, B. (2017), Regulación



de la adopción..., *op. cit.*, 38: «Parece un cambio de términos sin importancia, pero supone recolocar la adopción en el lugar que le corresponde: una manera de encontrar familia para niños que la necesitan, y no de buscar hijos para aquellos que los desean».

<sup>57</sup> Así se clasificaban en ADROHER BIOSCA, S. (2007), Capacidad idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional. Un reto para el ordenamiento jurídico español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, mayo-junio de 2007, y así se recogen hoy en algunas sentencias como es el caso de la sentencia de la AP de Guipuzcoa núm. 49/2017 de 17 de marzo (AC 2017, 648) que señala: *Se debe tener en cuenta que la determinación de la aptitud de los que se ofrecen para la adopción para ser finalmente adoptantes, requiere en el ordenamiento jurídico español que se den tres condiciones: Ser considerado capaz, ser declarado idóneo y ser elegido.*

<sup>58</sup> Así lo señala MORENO TORRES, J. (2015). *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Madrid: Save the children, 46, «Las normas se han hecho eco de la realidad social: son muchas las situaciones familiares en que estando en proceso de adopción se produce una crisis familiar por lo que era necesario reconocer el derecho a la adopción a ambas partes en situaciones de este tipo, en interés de los menores, y con las obligaciones y derechos inherentes a la adopción (visitas, guarda y custodia, pero también a efectos de alimentos o herencia)».

<sup>59</sup> *La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años (14) y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior* (art. 175 del Código Civil).

<sup>60</sup> Así se ha reclamado ya hace años por la doctrina civilista clásica. Ya CASTÁN señalaba en 1985. «no hay en cambio una edad máxima lo que no deja de resultar contradictorio si se parte del ya anotado mayor control por el ordenamiento de los requisitos de capacidad (...) parece lógico que entre padres e hijos adoptivos deba existir una diferencia de edad que haga verosímil la generación» [CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985) *Derecho civil español común y foral*. Tomo V. Derecho de familia. Vol. 2: relaciones paternofiliales. 9.ª Ed. Madrid: REUS, 350]. La introducción de esta diferencia de edad máxima es celebrada por la doctrina civilista (POUS DE LA FLOR, M.P. (2017). La adopción, en POUS DE LA FLOR, M.P. y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.), *Protección jurídica del menor...*, *op. cit.*, 90-1).

<sup>61</sup> Así lo recoge ahora la jurisprudencia. Es el caso de la sentencia de la AP de Guipúzcoa núm. 49/2017 de 17 de marzo ya citada que señala: *Ley 26/2015 (RCL 2015, 1181) modifica el artículo 175.1 del Código Civil estableciendo una diferencia de edad máxima para adoptar de cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 del Código Civil. Añadiendo que cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Y que si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior. El objetivo de introducir esta diferencia de edad máxima, como se recoge en el Preámbulo de la Ley, es evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables. Tras esta modificación podemos decir que el legislador, con las salvedades que han quedado señaladas, configura el requisito de la diferencia de edad máxima al igual que la diferencia de edad mínima, que como hemos dicho constituye requisito ó presupuesto de capacidad, como factor automáticamente excluyente de aquellos solicitantes de adopción que superen los límites de edad establecidos (...).*

<sup>62</sup> Así, en la sentencia citada en la nota anterior la ponente M.ª del Carmen BILDARRAZ justifica brillantemente en la jurisprudencia del TEDH esta normativa: *Por lo demás se recordará que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado si la exclusión de la*

adopción por motivos de edad es compatible con el artículo 14 del CEDH, en relación con el artículo 8, confirmando que el deber de adoptar medidas proporcionadas para proteger el interés superior del niño tiene una importancia fundamental. Así por ejemplo en la sentencia de 19 [sic] de junio de 2010, asunto Schwizgebel contra Suiza, la demandante, una mujer soltera de 47 años que no pudo adoptar un segundo niño por la diferencia de edad entre ellos, alegaba haber sido víctima de discriminación por razón de edad. El TEDH consideró que la denegación de autorización para acoger un niño para su posterior adopción en el caso de la demandante buscaba el fin legítimo de proteger el bienestar y los derechos del niño. Dada la falta de consenso europeo sobre el derecho de las personas solteras a adoptar, los límites máximos y mínimos de edad del adoptante y la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, así como el consiguiente amplio margen de apreciación del Estado en este ámbito y la necesidad de proteger el interés superior del niño, la denegación de la autorización para la acogida de un segundo niño no contraviene el principio de proporcionalidad. El Tribunal consideró, por tanto, que la justificación ofrecida por el Estado parecía objetiva y razonable y que la diferencia de trato no había sido discriminatoria en el sentido del artículo 14 del CEDH.

<sup>63</sup> Así lo señalan BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.) (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia...*, op. cit., 337, que también se refieren a los frutos de esta unificación normativa en Cantabria y en la Comunidad Valenciana.

<sup>64</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, op. cit., 321 y sigs., critica esta introducción y considera que hay causas de inhabilidad para ser tutor «patrimonial» (estar quebrado y no rehabilitado) que no deberían incapacitar para ser adoptante.

<sup>65</sup> A estas últimas la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 21/1987 les reconoció la capacidad adoptiva a través de una técnica jurídica cuestionada porque no modificó de frente el Código Civil sino «a escondidas» a través de una disposición adicional, y además porque no concretaba el concepto de «pareja de hecho».

<sup>66</sup> Es el caso del artículo 8.1. de la Ley navarra 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables (BON 82, de 7 de julio de 2000) y del artículo 115.2 del Código de familia catalán (Llei 9/1998, de 15 de julio, del Codi de família. (DOGC, núm. 2687, 23 de julio de 1998) así como en esta misma CA de la Ley 3/2005, de 8 de abril de modificación de diversas disposiciones (DO. Generalitat de Catalunya de 19 de abril de 2005, núm. 4366, [pág. 9935]) en cuyo preámbulo se señala: «Lo que hace esta Ley es equiparar a las personas homosexuales que conviven “more uxorio” con los convivientes heterosexuales, y les reconoce el derecho a ser valorados como posibles padres o madres adoptivos». En idéntico sentido Decreto 81/1994, de 4 de noviembre de la región de Murcia, disposición adicional tercera, modificada por Decreto 48/2002, de 1 de febrero.

<sup>67</sup> Artículo 175. 4 del Código Civil. Se recoge en cursiva el texto añadido. Nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. Esta previsión será también de aplicación a las parejas que se constituyan con posterioridad. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.

<sup>68</sup> Así, valora positivamente la modificación POU S DE LA FLOR, M. P. (2017), *La adopción*, op. cit., 87. Sin embargo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, op. cit., 321 y sigs.) es crítico con ella sobre todo por el empleo del concepto jurídico indeterminado de «pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal» que a su juicio puede dar lugar a no pocos problemas interpretativos y prácticos.

<sup>69</sup> En caso de que el adoptando se encontrara en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, la separación o divorcio legal o ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción, no impedirá que pueda

*promoverse la adopción conjunta siempre y cuando se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.*

<sup>70</sup> Debe advertirse, que además, cabe la adopción por una sola persona que sin embargo se encuentra casada o en pareja. En estos casos el artículo 177 del Código Civil exige el asentimiento del «no adoptante»: El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, *excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta*. Es crítico con esta previsión considerando que no promueve un entorno familiar estable al menor adoptado MARTÍNEZ DE AGUIRRE AL-DAZ, C. (2016), *La historia interminable...*, *op. cit.*, 321 y sigs. También se refieren a las dificultades interpretativas que puede generar este precepto BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.) (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 341-9.

<sup>71</sup> Debe advertirse que la valoración no se hace en todos los casos: en las adopciones intrafamiliares no procede; solamente en los casos en los que se trate de la adopción de un menor declarado en desamparo.

<sup>72</sup> *Se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción. La declaración de idoneidad por la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias. Dicha declaración de idoneidad se formalizará mediante la correspondiente resolución.*

<sup>73</sup> Así se recoge en ADROHER BIOSCA, S. (2007). *Capacidad idoneidad y elección...*, *op. cit.* Celebra esta introducción LINACERO DE LA FUENTE, M. (Dir.). (2016) *Tratado de Derecho de familia*, *op. cit.*, 442 y BERROCAL, A.I., y CALLEJO, C. (Coords.), (2017). *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 359 que ponen de relieve que esta coincidencia en la definición permite la compatibilidad de la tramitación conjunta de un ofrecimiento para una adopción nacional y otra internacional.

<sup>74</sup> La declaración de idoneidad *deberá (podrá, señalaba anteriormente el Código Civil) ser previa a la propuesta.*

<sup>75</sup> GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016). La adopción, en *Tratado del menor*, *op. cit.*, 452.

<sup>76</sup> Puede verse al respecto la obra de BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. (2003) *Las adopciones internacionales truncadas y en riesgo en la Comunidad de Madrid*. Madrid: Consejo económico y social de la Comunidad de Madrid.

<sup>77</sup> Ver el artículo de El País «Adopciones truncadas» de 4 de marzo de 2012.

<sup>78</sup> *En los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos.*

<sup>79</sup> Los datos que se publican anualmente sobre adopciones nacionales por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, hacen referencia exclusivamente a estas adopciones de menores procedentes del sistema de protección. Los últimos publicados señalan que en 2016 se constituyeron 588 adopciones (*Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Boletín número 19 Datos 2016).

<sup>80</sup> Expuestas por GÓMEZ BENGOCHEA, B. (2016), La adopción, en *Tratado del menor...*, *op. cit.*, 450-5.

<sup>81</sup> Artículo 176 del Código Civil: *Las personas que se ofrezcan para la adopción deberán asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por Entidad colaboradora autorizada.*

<sup>82</sup> ADROHER BIOSCA, S. (2008), Desafíos jurídicos de la etapa post-adoptiva, en *Postadopción y vínculo familiar*, (PÉREZ TESTOR, C. Coord.) Barcelona: Fundación Vidal y Barraquer, 119-146.

<sup>83</sup> Artículo 176 bis del Código Civil. *La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el apartado 4 del artículo 178. La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año. En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor».*

<sup>84</sup> MORENO TORRES, J. (2015), *Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: Guía para profesionales y agentes sociales*. Madrid: Save the children, 48: «Suprimido el acogimiento preadoptivo se simplifica la adopción, ya que la guarda con fines de adopción se constituirá por resolución de la Administración sin intervención del Juzgado. No obstante, si se constituye este tipo de guarda, los progenitores podrán acudir al Juzgado y formular recurso en el plazo general de dos meses siempre que no hayan pasado dos años desde la notificación del desamparo. En caso de que se proponga la adopción, conforme a las nuevas reglas de la LEC, pueden acumularse los procedimientos».

<sup>85</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2016). *La historia interminable...*, *op. cit.*, 338.

<sup>86</sup> GARCIMARTÍN MONTERO, R. (2016). El trámite judicial de la adopción, en *El nuevo régimen jurídico del menor...*, *op. cit.*, 351 y sigs., considera que el legislador debería haber unificado todas las normas en un solo cuerpo legal pero no advierte ni reiteraciones ni contradicciones en la regulación.

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> *No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. b) Ser hijo del cónyuge o de la pareja unida al adoptante por relación de naturaleza análoga a la conyugal. c) Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. d) Ser mayor de edad o menor emancipado.*

<sup>89</sup> Así se recoge en el artículo 172.2. del Código Civil: *Durante ese plazo de dos años, la Entidad Pública, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, podrá adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen.*

<sup>90</sup> Es, por ejemplo, el caso resuelto por la sentencia de la AP de Burgos Sentencia núm. 243/2017 de 28 de junio (*JUR* 2017, 251326) en el que la propuesta de guarda con fines de adopción se hace cuando la niña tiene 5 años, y lleva desde que tiene uno en acogimiento

familiar. Esta nueva figura también se advierte en el Auto núm. 56/2017 de 13 de junio de la AP de Guadalajara (*JUR* 2017, 244906).

<sup>91</sup> Se destacan en cursiva las modificaciones: artículo 239.1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública.

2. *No obstante*, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. *En estos supuestos, previamente a la designación judicial de tutor ordinario o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o remoción del tutor, en su caso.*

3. *Estarán legitimados para el ejercicio de las acciones de privación de patria potestad, remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela».*

<sup>92</sup> En 2016 el número de adopciones internacionales en España fue de 567 (*Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia*. Boletín número 19, Datos 2016). Desde 2004, año en el que se alcanzó la cifra máxima de 5.541, las adopciones internacionales han disminuido cada año. La promoción de la adopción nacional, en aplicación del principio de subsidiariedad en países como China y Rusia, junto a la prohibición de adopciones de extranjeros en países como Etiopía, explican, en parte, esta progresiva disminución.

<sup>93</sup> Fueron varios los estudios que señalaron los aspectos de esta ley que debían ser modificados. Puede verse, entre ellos, ADROHER BIOSCA, S. (2009). La nueva regulación de la adopción internacional en España. Comentarios generales a la ley 54/2007 de 28 de diciembre de los «santos inocentes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), 711, 2009; 13-55.

<sup>94</sup> Se exponen sintéticamente estas novedades en ADROHER BIOSCA, S. (2017). Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*. (GUZMÁN ZAPATER, M. ESPLUGUES MOTA, C. (Dirs.) y HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, M. (Coods.). Valencia: Tirant lo Blanch, 333-52.

<sup>95</sup> Un estudio completo y documentado sobre el mismo en el marco de los convenios de La Haya es el de HERRANZ BALLESTEROS, M. (2004) *El «interés del menor» en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* Madrid: Lex Nova.

<sup>96</sup> Que señalaba: *La presente ley regula la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas y la determinación de la ley aplicable a las adopciones internacionales así como la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras»* y ahora establece: *«La presente ley regula la intervención de la Administración General del Estado, de las Entidades Públicas y de los organismos acreditados para la adopción internacional, la capacidad y requisitos que deben reunir las personas que se ofrecen para adoptar, así como las normas de Derecho internacional privado relativas a la adopción y otras medidas de protección internacional de menores en los supuestos en que exista algún elemento extranjero».*

<sup>97</sup> La ley definía la adopción internacional como el vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos, y sin embargo los capítulos I y II del título I regulaban exclusivamente los supuestos de adopción internacional en los que se incluye un traslado del niño del país de origen a España, es decir, de «intercountry adoption» en el sentido del Convenio de La Haya. Ello había dado lugar a situaciones muy problemáticas, jurídicamente. Por ello, el nuevo artículo 1 incorpora una nueva definición, a efectos, exclusivamente de las normas del título I: *A los efectos del título I de esta ley se entiende por adopción internacional aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España».*

<sup>98</sup> Comentarios críticos a esta modificación son los siguientes. HERRANZ BALLESTEROS, M. (2017). El ámbito de aplicación de la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción

internacional tras la reforma de julio de 2015. En *Persona y familia...*, *op. cit.*, 387-398; En el mismo volumen ORTIZ VIDAL, D. (2017). El nuevo concepto de adopción internacional después de la entrada en vigor de la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 399-410; SÁNCHEZ CANO, M.J., Las reformas legislativas de 2015: una visión desde la adopción internacional. En *El nuevo régimen jurídico del menor...*, *op. cit.*, 365-85.

<sup>99</sup> Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño de 1989.

<sup>100</sup> Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

<sup>101</sup> Convenio de 19 de octubre de 1996 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.

<sup>102</sup> *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención Observaciones finales: España*. 55.º periodo de sesiones 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010. CRC/C/ESP/CO/3-4: «El Comité acoge con satisfacción la Ley núm. 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, que refuerza las garantías de los procesos de adopción internacional proporcionando disposiciones regulatorias claras para garantizar el respeto de los derechos e intereses del niño. Sin embargo, preocupa al Comité que la existencia de 23 autoridades centrales, a los efectos del Convenio de La Haya relativo a la adopción internacional, y de numerosos organismos privados de adopción oficialmente autorizados y Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI) complique el control, la evaluación y el seguimiento, y que la eficacia de esos organismos y entidades dependa del apoyo, la capacitación, la supervisión y el control del Estado».

<sup>103</sup> Celebra este nuevo marco competencial CALZADILLA MEDINA, M.A., La vertiente internacional de la institución adoptiva, en BERROCAL, A.I. y CALLEJO, C. (Coords.), *La protección jurídica de la infancia y la adolescencia ... op. cit.*, 428, señalando que «de esta manera se consigue dar unidad a las decisiones en todo el territorio nacional lo que responde a una reivindicación de las asociaciones de padres y madres adoptivos que cuestionan (con razón en mi opinión) el diferente tratamiento que reciben según se resida en una u otra CCAA».

<sup>104</sup> La cual la ejercerá en colaboración con las Entidades Públicas, teniendo también en consideración los informes de los organismos acreditados, los de otros países y los de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya.

<sup>105</sup> OLIVA MARTÍNEZ, J.D. (2017). Los organismos acreditados para las adopciones internacionales ¿un conflicto competencial a la vista? En CABEDO MALLOL, V. J. y RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (coord.) *Comentarios sobre las leyes... op. cit.* 331-360.

<sup>106</sup> *Consulta pública previa sobre un proyecto de Real Decreto que desarrolle la ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional* ([www.msssi.gob.es](http://www.msssi.gob.es)).

*Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Spain* (CRC/C/ESP/CO 5-6, 2 February 2018:

«The Committee welcomes the adoption of amendments to the Law on Inter-country Adoption with a view to ensuring the same processes, guarantees and safeguards throughout the State party, and the forthcoming creation of a single national registry for adoption at the beginning of 2018. The Committee recommends that the State party: (a) Expedite the revision of the regulations on intercountry adoption ensuring they are in line with the Convention; (b) Allocate sufficient resources to the State General Administration in charge of intercountry adoption matters; (c) Increase coordination and collaboration among the entities responsible for adoption».

<sup>107</sup> «Artículo 33. *Ley aplicable a otras medidas de protección de menores*. La ley aplicable a las demás medidas de protección de los menores se determinará con arreglo a los Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España en particular por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, 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».

<sup>108</sup> Se suprime la alusión a figuras inexistentes en nuestro Derecho tales como la modificación y revisión de la adopción; se regula la adopción consular circunscribiendola a las adopciones en las que no es precisa la propuesta previa de entidad pública (es decir, adopciones intrafamiliares que en muchos casos no es posible constituir ante las autoridades del país de residencia) y se aclara que el procedimiento de adopción consular será el de jurisdicción voluntaria.

<sup>109</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2008). Reflexiones sobre la Ley 54/2007 de adopción internacional. *Diario La Ley* núm. 6910; DURÁN AYAGO, A. (2008). La incidencia de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre Adopción internacional en la normativa extremeña. *Revista de Derecho de Extremadura* núm. 2, 2008; CALVO BABÍO, F. (2008). Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional. *IURIS*, núm. 25, marzo de 2008.

<sup>110</sup> 4. *En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.* El Dictamen del Fiscal General del Estado 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala concluye al respecto: 1. *La Kafala tiene diversos regímenes jurídicos en los países en los que se reconoce, siendo compatible con la adopción en algunos de ellos, no siendo posible establecer un criterio general.* 2. *En los casos en los que la legislación nacional no resulte compatible con la adopción, supuesto en el que se encuentra la Legislación del Reino de Marruecos, operará la limitación contenida en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional.* 3. *Para que opere la referida limitación, debe quedar suficientemente constatado que la legislación nacional prohíbe o no contempla la adopción.* 4. *La limitación contenida en el apartado 4 del artículo 19 de la Ley de Adopción Internacional, requiere que el menor conserve su nacionalidad de origen, ya que si el menor adquiere la nacionalidad española, tal limitación dejaría de ser operativa.* 5. *En los supuestos en los que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, puede promoverse su adopción, dejando de surtir efectos la limitación referida.*

<sup>111</sup> Reintroducción que aplaude algún autor (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. *BIMJ* enero de 2016, núm. 2185, 3-89) y lamenta algún otro (FLORA CALVO en <http://confilegal.com/20161030-possible-constituir-espana-una-adopcion-base-la-kafala-islamica>).

<sup>112</sup> Sentencias de 4 de octubre de 2012 (TEDH 2012, 89) y de 16 de diciembre de 2014 (TEDH 2014, 101). Puede verse un tratamiento del tema en ADROHER BIOSCA, S. (2017). La kafala islámica: ¿medida de protección de menores o estrategia migratoria? *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 45, mayo-agosto de 2017, 203-220. Una sentencia que resuelve sobre un supuesto previo a la entrada en vigor de las normas de 2015 y permite una adopción sin intervención de la Entidad Pública tras una kafala es la de la AP de Málaga núm. 484/2016 de 30 de junio (*JUR* 2016, 267412).

<sup>113</sup> Sentencia de la AP de Valencia de 19 de diciembre de 2017 (Roj: AAP V 3805/2017): «Así pues, el precepto establece un trámite de obligado cumplimiento que no puede ser soslayado respecto de la madre biológica de la menor. La renuncia que la madre biológica hizo a favor de la Sra. Angustias y su marido de acuerdo con la legislación marroquí carece del alcance y efecto que exige el artículo 177 del Código Civil, sin que la dificultad que quepa presumir en el cumplimiento de la comisión rogatoria por la correspondiente autoridad marroquí permita o autorice el incumplimiento de la Ley española; todo ello sin perjuicio de la valoración jurídica que pueda otorgarse al resultado de tal diligencia. Alegan los solicitantes de la adopción que la comisión rogatoria para que la madre de la menor sea oída sobre la adopción podría dar lugar a perjuicios irreparables, en tanto que Marruecos prohíbe la adopción y el juzgado que concedió la «kafala» a favor de los demandantes, de enterarse, podría extinguir de oficio ese derecho. Tal planteamiento, sin embargo, resulta inadmisibile;

la aplicación de la ley española es obligatoria para el juez nacional que está tramitando la adopción solicitada, sin que dicha aplicación pueda quedar supeditada por razón de las creencias o normas de un país extranjero. Llegado el caso, y de producirse algún cambio en la situación jurídica de la menor que incida sobre el presente expediente de adopción que se ha incoado por los Sres. Leandro y Angustia, deberá procederse en los términos que vengan autorizados por el ordenamiento jurídico español».

<sup>114</sup> «La adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos (...) que la adopción no vulnere el orden público. A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación».

<sup>115</sup> Las adopciones simples fueron objeto de alguna monografía anterior a la ley de 2007: CALVO BABÍO, F. (2003) *Reconocimiento en España de adopciones simples realizadas en el extranjero*. Madrid: Dykinson.

*(Trabajo recibido el 22-3-2018 y aceptado  
para su publicación el 17-7-2018)*





# Limitaciones de *blockchain* en contratos y propiedad

## *Limitations of Blockchain in Contracts and Property*

por

BENITO ARRUÑADA\*

*Catedrático de Organización de Empresas*

*Universidad Pompeu Fabra*

**RESUMEN:** Este trabajo identifica qué valor añade la tecnología *blockchain* a los procesos relacionados con la contratación y la propiedad, explorando su potencial y analizando las principales dificultades que encara su aplicación. Sostiene que, contrariamente a concepciones ingenuas que proclaman el fin de la participación de intermediarios y del propio Estado, las aplicaciones de *blockchain* se basarán en una variedad de especialistas dedicados a proporcionar servicios de interfaz, y de perfeccionamiento y ejecución contractual, los cuales incluirán intervenciones públicas estándar, sobre todo en el ámbito de las transacciones con efectos reales. Sin estas intervenciones públicas, las aplicaciones de *blockchain* permitirán a lo sumo intercambiar derechos personales, en lugar de reales, facilitando transacciones personales, basadas en el conocimiento y

---

\* Universidad Pompeu Fabra y Barcelona GSE. E-mail: benito.arrunada@upf.edu. Este trabajo es una traducción adaptada por Luis Torras y Juan Barenys, y revisada y actualizada por el autor, de Benito Arruñada, «Blockchain's Struggle to Deliver Impersonal Exchange», *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 2018, vol. 19, 55-105. Su elaboración y adaptación han contado con el apoyo del Ministerio de Economía y Competitividad a través del proyecto ECO2017-85763-R y del Programa Severo Ochoa para Centros de Excelencia en Investigación y Desarrollo (SEV-2015-0563).

reputación de las partes, en lugar de aquellas verdaderamente impersonales, que se basan en derechos reales sobre los activos.

*ABSTRACT: The paper identifies what value blockchain adds to contractual and property processes, exploring its potential and analyzing the main difficulties it is facing. It argues that, contrary to naive conceptions that proclaim the end of intermediaries and state involvement, blockchain applications will rely on a variety of interface, completion, and enforcement specialists, including standard public interventions, especially for property transactions. Without these interventions, blockchain applications will at most enable trade in personal claims instead of property (i.e., in rem) rights, therefore facilitating personal instead of truly impersonal—that is, asset-based—transactions.*

**PALABRAS CLAVE:** Derechos de propiedad. Ejecución contractual. Costes de transacción. Intercambio impersonal. *Blockchain*. Contratos inteligentes.

**KEY WORDS:** Property rights. Enforcement. Transaction costs. Impersonal exchange. *Blockchain*. Distributed ledgers. Smart contracts.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. *BLOCKCHAIN* Y *SMART CONTRACTS*: A. LA NATURALEZA DEL *BLOCKCHAIN*. B. LOS CONTRATOS INTELIGENTES.—III. LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS PERSONALES: A. LA PRESENCIA DE CENTRALIZACIÓN. B. CÓMO «COMPLETAR» CONTRATOS INTELIGENTES.—IV. LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES: A. LA NECESIDAD DE INTERMEDIARIOS ENTRE DERECHOS PERSONALES Y REALES. B. COMENTARIO SOBRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD.—V. EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE *BLOCKCHAIN* EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD: A. EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD. B. TRANSACCIONES Y REGISTROS SOCIETARIOS. C. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—VI. CONCLUSIONES SOBRE EMPRESAS, CONTRATOS Y PROPIEDAD.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La tecnología *blockchain* (que cabría traducir como «cadena de bloques» aunque aquí usaré la expresión inglesa, por su amplia aceptación) se ha posicionado en el escenario económico como una de las innovaciones tecnológicas con mayor potencial. Pese a que resulta imposible separar la sustancia de la exageración, lo cierto es que desde 2015 se han lanzado miles de aplica-

ciones de esta tecnología, y que grandes empresas de todos los sectores le han dedicado cuantiosos recursos. Sin embargo, con estos esfuerzos también empiezan a ser visibles las limitaciones y obstáculos a los que se enfrenta esta tecnología cuando pretende traducirse en productos y servicios útiles para el usuario final.

Este documento intenta determinar la importancia y potencial de esta nueva tecnología, así como obtener algunas pautas que pueden orientar las decisiones y las estrategias, tanto de las empresas como de las instituciones públicas. Tras presentar los conceptos básicos sobre *blockchain* y su aplicación más disruptiva (los denominados «contratos inteligentes» o *smart contracts*), explora los principales desafíos a los que se enfrentan las aplicaciones del *blockchain*<sup>1</sup>.

Esta investigación se aborda desde la perspectiva del análisis económico de los derechos de propiedad, prestando especial atención, por un lado, a la distinción entre derechos personales (*in personam*) y reales (*in rem*) (e.g., MERRILL y SMITH, 2000; HANSMANN y KRAAKMAN, 2002); y, por otro, al distinto papel que pueden representar la «ordenación» u orden privado y público, en el sentido del *private y public ordering* de matriz hayekiana (ARRUÑADA, 2016; ARRUÑADA, 2017). El trabajo complementa así los numerosos esfuerzos que se efectúan en la literatura para comprender los efectos económicos de *blockchain*, pero que simplifican considerablemente el problema al limitarse a analizar transacciones que de hecho solo tienen como objeto derechos personales<sup>2</sup>.

El análisis se basa en la premisa teórica y empírica de que, si bien los participantes en el mercado pueden negociar derechos personales fácilmente en virtud de acuerdos de orden privado basados en su reputación y en la expectativa de obtener beneficios en transacciones futuras, la negociación de derechos reales requiere un mínimo de ordenación pública, en particular un ejecutor o *enforcer* que sea neutral e independiente no solo respecto a las partes de cada contrato, sino respecto a todos los titulares de derechos de propiedad en activos del mismo tipo sobre el que dichas partes negocian (ARRUÑADA, 2012, 67-71).

De acuerdo con esta premisa, este documento analiza el problema común de algunas aplicaciones pioneras en *blockchain* que consiste en sobreestimar el poder de la ordenación privada entre las partes, minimizando el papel de todo tipo de intermediarios, lo que a menudo ha generado cierta frustración de expectativas. No se trata de un problema nuevo: la titulación de tierras y los esfuerzos de simplificación administrativa han sufrido problemas similares por las mismas razones (ARRUÑADA, 2007; ARRUÑADA, 2017). Por ello, el desarrollo de *blockchain* puede beneficiarse de los conocimientos desarrollados en el análisis crítico de los errores sistemáticos que se suelen cometer en esas áreas. Esto es particularmente cierto en el ámbito de la propiedad, como analizaré en el apartado VI.

## II. BLOCKCHAIN Y SMART CONTRACTS

### A. LA NATURALEZA DEL BLOCKCHAIN

*Blockchain* es la tecnología criptográfica y organizativa detrás de bitcoin, el dinero electrónico o criptomoneda que ha revolucionado el mundo financiero en los últimos años. Al igual que con cualquier otra forma de dinero, el dinero electrónico debe garantizar que cambie de manos sin riesgo de ser desviado o de que el mismo individuo lo gaste dos veces. Los sistemas de pago tradicionales resuelven ambos problemas recurriendo a entidades centralizadas y fiables, como bancos, compañías de tarjetas de crédito o cámaras de compensación.

En contraste, el *blockchain* es un libro mayor «distribuido» o, dicho más simplemente, descentralizado (un *distributed ledger*) que permite el intercambio entre iguales y sin intermediarios (persona-a-persona, *peer-to-peer* o P2P). Esto es posible gracias a que la *blockchain* es capaz de contener el historial de todas las transacciones anteriores, por lo que constituye por sí misma una fuente de evidencia para establecer *quién* posee *qué* en cada momento. Para lograrlo, este gran libro contable se replica en una multitud de computadoras o «nodos», que trabajan de manera coordinada, haciendo que todas las transacciones de la red sean públicas, accesibles y ampliamente descentralizadas entre los usuarios.

Para asegurar una acción coordinada entre los diferentes nodos dentro de la *blockchain*, antes de contabilizar cualquier transacción esta debe conseguir el *consenso* de la comunidad mediante un protocolo por el cual los participantes aceptan implícitamente cambiar la *blockchain*.

Supongamos que *A* quiere transferir un activo (por ejemplo, un bitcoin) a *B*, ambos con sus correspondientes *wallets* o billeteras digitales. Primero, *A* propone cambiar la *blockchain* desde su *wallet* para reducir su saldo y aumentar el saldo de *B*. Esta propuesta circula por la red invitando a los participantes a confirmarla consultando el libro contable. Un ejercicio que requiere resolver un complejo rompecabezas criptográfico. Se trata de resolver un acertijo mediante un proceso de prueba y error que en esencia solo requiere poder de computación. Algunos especialistas (los llamados «mineros») compiten entre sí para resolverlo. El incentivo de estos mineros es que cobran un determinado número de bitcoins cuando aciertan y crean un nuevo bloque, después de que otros mineros hayan confirmado la solución. Solo entonces, ya validado por el consenso el nuevo bloque, este se agrega a la cadena. De ahí el nombre de «cadena de bloques» o *blockchain*. Por último, la nueva versión del libro se distribuye entre los miles de computadoras de la red y es aceptado por la mayoría, lo que permite el intercambio sin intermediarios y mantener actualizada la red de forma descentralizada.

El conjunto del sistema está protegido contra alteraciones y revisiones mediante la duplicación de la cadena en múltiples nodos. El problema criptográ-

fico mencionado anteriormente se refiere al encabezamiento de cada bloque que contiene un código o *hash* producido por una función criptográfica más algunos otros datos específicos del bloque (por ejemplo, cada bloque contiene una marca de tiempo y un enlace a un bloque anterior). El encabezado es fácil de producir sobre la base de la información en la cadena. Por lo tanto, si los contenidos de la cadena se modificaran, el cambio causaría una discrepancia fácilmente observable, y el último bloque sería rechazado.

Alterar la *blockchain* es difícil porque no es posible predecir qué minero específico resolverá el rompecabezas. Además, ningún minero puede manipular la cadena porque los participantes trabajan en la cadena más larga. En el momento en que un minero (imaginemos la transacción anterior entre *A* y *B*) fuera capaz de manipularlo, otros participantes ya estarían trabajando en una cadena alternativa. Por lo tanto, un *A* malévolo necesitaría alargar la cadena más rápido que todos los demás usuarios, lo que en principio requeriría que *A* controlase más de la mitad de las computadoras de la red (KROLL *et al.*, 2013).

## B. LOS CONTRATOS INTELIGENTES

Las aplicaciones de la tecnología *blockchain* se han ido expandiendo a partir de aplicaciones que se benefician de la ventaja que puede suponer contar con un libro mayor abierto y descentralizado (*distributed ledger*): desde el archivo y almacenamiento de todo tipo de datos hasta los intentos de generar plataformas para el intercambio de todo tipo de activos sin intermediarios. Mediante el intercambio de *tokens* digitales, valiosos por sí mismos y existentes solo en el libro mayor, los interesados pueden intercambiar representaciones de todo tipo de activos físicos o digitales existentes fuera de esta forma de registro sin necesidad de confiar en terceros.

Una de sus aplicaciones más ambiciosas es el desarrollo de *contratos inteligentes* (*smart contracts*). Se trata contratos que incorporan distintas reglas que desencadenan respuestas predefinidas correspondientes a contingencias particulares previamente especificadas (SZABO, 1997). Las máquinas de *vending*, los cajeros automáticos los sistemas de video *on demand*, VOD, pueden verse como antecedentes simples de *smart contracts*. La novedad con *blockchain*, es que el *smart contract* usa la propia cadena como mecanismo de ejecución, por lo que se beneficia de su inmutabilidad.

Comprendiblemente, con frecuencia se define *blockchain* como una «máquina de confianza» puesto que, supuestamente, «permite a personas, que no tienen especial confianza entre ellas, colaborar sin tener que recurrir a una autoridad neutral central»<sup>3</sup>. Del mismo modo, algunos autores argumentan que los contratos inteligentes suponen tal innovación en la organización de las transacciones y que el alcance de su aplicación es tan amplio que amenazan la posición de

todo tipo de intermediarios. Sin embargo, los contratos inteligentes padecen serias limitaciones. Como veremos más adelante, excepto para transacciones extremadamente simples, es necesario considerar un gran número de contingencias, lo que multiplica exponencialmente la dificultad de codificar cuál es el resultado apropiado.

En este sentido, es importante no caer en la trampa señalada por HAYEK con respecto a la planificación económica: la información científica y estadística es relativamente fácil de recopilar, agregar y transferir, pero la información específica incluye «circunstancias de tiempo y lugar» que son casi imposibles de transmitir (HAYEK, 1945). El conocimiento necesario para completar contratos a menudo depende de esas circunstancias específicas que no pueden estandarizarse o transmitirse fácilmente. Además, dado que las renegociaciones son costosas, el pago de daños por incumplimiento puede ser preferible a la ejecución automática del contrato: su incumplimiento puede ser eficiente (e.g., COOTER *et al.*, 2008, 262-66).

### III. LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS PERSONALES

Como hemos dicho, la tecnología *blockchain* promete hacer posible el intercambio sin necesidad de intermediarios. No es extraño encontrar afirmaciones como que el *blockchain* representa una amenaza para cualquier estructura jerárquica. En particular, se supone que los contratos inteligentes evitan el riesgo de que la parte que aporta confianza o un gobierno pueda manipular el contenido del libro mayor. En este sentido, podrían entenderse como un paradigma de un ordenamiento privado puro (TAPSCOTT *et al.*, 2016, 199-201; cfr., sin embargo, NARAYANAN *et al.*, 2016, 285).

Sin embargo, en realidad, las aplicaciones *blockchain* requieren que intervengan intermediarios para, entre otras funciones: escribir el código, ejecutar el sistema y almacenar los datos, a fin de administrar, lo que desde el punto de vista jurídico deben verse solo como derechos personales (MERRILL *et al.*, 2000; HANSMANN y KRAAKMAN, 2002; ARRUÑADA 2012, 15-34 y 2016a).

Además de estas figuras, la tecnología *blockchain* suele requerir de otros agentes como los «cuidadores» o *curators*, que cumplen una notable variedad de funciones, incluida la preselección de propuestas de aplicaciones y la prevención de ataques; y los «oráculos», agentes encargados de aportar información externa a la cadena y que determinan las condiciones que desencadenan la ejecución contractual de los *smart contracts*: por ejemplo, si el precio de mercado del petróleo llega a cierto nivel cuando ese nivel se especifica en una cláusula condicional del contrato. La dependencia de estos oráculos «socava el objetivo de que los acuerdos estén perfectamente libres de fallo humano»<sup>4</sup>.

También resulta innegable que los cuidadores representan un cierto grado de centralización y aplicación especializada.

Por lo demás, cabe pensar que el desarrollo de aplicaciones y, en especial, de contratos inteligentes dependerá cada vez más de módulos creados y examinados por especialistas<sup>5</sup>: el lado de la oferta de la industria probablemente estará basado en una cadena de proveedores vinculados verticalmente, lo que, en conjunto, apunta hacia la existencia de límites con respecto al grado de descentralización que es posible alcanzar con esta tecnología (Brener, 2016).

#### A. LA PRESENCIA DE CENTRALIZACIÓN

Al margen de estos elementos centralizadores, los contratos inteligentes requieren también la presencia de *enforcers* en su versión más tradicional, como evidenció el incidente sufrido en 2016 por la plataforma Ethereum, que lidera Vitalik Buterin y es considerada el paradigma para crear tales contratos inteligentes. Ethereum nació de hecho con el objetivo de implementar el principio acuñado por LESSIG de que *el código es ley (code is law)*, según el cual el propio código informático proporciona una ejecución concluyente del contrato (LESSIG, 1999 y 2006; WRIGHT *et al.*, 2015).

Sin embargo, un incidente con uno de sus proyectos estrella, la organización autónoma descentralizada conocida como el DAO (acrónimo de *Decentralized Autonomous Organization*), pronto mostró que la implementación de este principio es más difícil de lo que parece. Sucedió que un error en la redacción codificada del contrato requirió de una revisión posterior, mostrando que, en contra de lo predicado, el contenido de la cadena *blockchain* no era inmutable.

El DAO funcionaba de manera similar a un fondo de capital de riesgo. Cualquier inversor podía contribuir, a cambio de *ether*, la moneda de Ethereum, adquiriendo a cambio una especie de acciones y derechos de voto, que luego habría de ejercitar para decidir en qué proyectos se invertirían los fondos recaudados. Enseguida, sin embargo, después de haber reunido 250 millones de dólares en los meses previos, se descubrió en junio de 2016 que alguien había explotado un «error» del código para, ejecutando los propios términos del *smart contract* que definía al DAO, «desviar» de sus dueños alrededor de 60 millones de dólares.

Ante este escenario, los líderes de Ethereum decidieron implementar lo que se denomina un *hard fork*, solución que consiste en modificar las reglas de la cadena y se emplea para perseguir objetivos diversos, generalmente poco conflictivos, como es el de implementar nuevas funciones (NARAYANAN *et al.*, 2016, 73-75). Obviamente, en este caso, el fin era altamente conflictivo, pues consistía en revertir transacciones ya validadas. Ciertamente, se proponía revertir una transacción imprevista e injusta pero al precio de negar la inmuta-



bilidad del *blockchain*. Se hizo visible que existía de hecho un grado notable de centralización en manos de los líderes de la plataforma, pues los hechos demostraron que eran capaces de convencer a la mayor parte de la comunidad para alterar el contenido del *blockchain*.

A la mayor parte, que no a toda, pues ocurrió algo muy interesante: la división o *split* de la comunidad y de la propia moneda, el *ether* en, por un lado, Ethereum (ETH), que da por buena la reversión; y, por otro, Ethereum Classic (ETC), que sigue usando el *blockchain* original. La bifurcación vino así a crear dos mundos: el de Ethereum, donde ni el DAO ni las consecuencias de su saqueo han ocurrido; y el de Ethereum Classic, que sí da por buenos tanto el DAO como su posterior saqueo.

Esta posibilidad de bifurcación es una característica distintiva de las criptomonedas. Los usuarios de una moneda convencional pueden dejar de usarla (por ejemplo, irse del peso al dólar). Si cuentan con suficientes seguidores, los usuarios de criptomonedas disponen de otra opción: pueden intentar bifurcar las reglas, para lo cual han de, primero, proponer reglas distintas a las de la moneda original; y segundo, convencer a toda la comunidad o, al menos, a una parte sustancial de ella, para que las adopten (Narayanan *et al.*, 2016, 171).

En estas bifurcaciones, la evolución de ambas redes en el mercado (compuesto aquí no solo de inversores sino también de mineros), en términos principalmente de precio y volumen, permite inferir cuál de los dos consensos o conjunto de reglas es mejor valorado por usuarios e inversores. En el caso que analizamos, Ethereum Classic, ETC, se convirtió inmediatamente en la tercera criptomoneda, detrás solo de bitcoin y la versión *hard fork* de Ethereum, ETH. La supervivencia de las dos monedas, más el hecho de que su valor total superase pronto el valor anterior a la bifurcación, sugiere que la diversidad de reglas (y, tal vez, la disponibilidad de un proceso competitivo para establecerlas) es, en sí mismo, valiosa, quizá porque aumenta la capacidad de adaptación y mejora el control de los líderes por parte de la comunidad.

Es notable, no obstante, que, si bien la vocación y el objetivo declarado de Ethereum Classic era y es preservar la inmutabilidad de la *blockchain* y el carácter concluyente de las transacciones, sus rimbombantes afirmaciones en esos términos de «código es ley» se diluyen cuando inmediatamente, desde un principio, proponen que, para resolver casos como el que dio lugar al *split*, esta infraestructura descentralizada y *peer-to-peer* requiera... del sistema judicial (SEHRA, 2016, 10). Por lo demás, hoy por hoy (2018), la capitalización relativa de las dos monedas da la razón a los líderes de Ethereum: en una interpretación positiva, cabe entender su actuación como dirigida a «completar» eficientemente un contrato, aunque haya sido mediante su incumplimiento formal (en línea con el argumento del incumplimiento eficiente o *efficient breach* mencionado con anterioridad).

Este de Ethereum Classic no es un caso único. Bitcoin también pasó por una experiencia similar en el verano de 2017, cuando intentaba llegar a un consenso para resolver un conflicto técnico, económico e ideológico entre los mineros, que querían aumentar el tamaño de los bloques, y los desarrolladores, que hacían hincapié en la seguridad. La incertidumbre perjudicó la cotización de la moneda y dio lugar a otro *split* que implicó la creación de la nueva moneda Bitcoin Cash.

## B. CÓMO «COMPLETAR» CONTRATOS INTELIGENTES

Estos casos permiten extraer algunas lecciones generales sobre el tipo de tensiones a las que se enfrenta *blockchain*. En primer lugar, los casos observados se parecen al conflicto tradicional entre la aplicación ciega y automática de principios legales formales que deberían permitir transacciones impersonales y su resolución más matizada a través de excepciones basadas en principios de equidad, buena fe y conocimiento, las cuales, en el fondo, introducen un elemento personal, muchas veces incluso político, y que resultan más adecuados para el intercambio personal.

En segundo lugar, como en otros intentos de facilitar el intercambio impersonal, se demuestra que la simplicidad contractual es imprescindible. Por ejemplo, en su raíz, el problema del DAO fue similar al viejo problema al que se enfrenta todo contrato mínimamente complejo cuando opera en un entorno incierto y cambiante, lo que agudiza la necesidad de adaptación. Una complejidad que se incrementa con la inevitabilidad de que el código contenga errores, frecuentes e imposibles de erradicar, como también ocurre en los contratos convencionales (BLOCH, 2006).

Con una complicación añadida. Y es que, una vez que se lanza un contrato inteligente, este ya pasa a estar fuera del control de su creador, a menos que el poder para cambiar el código se asigne a un *master*, otro elemento más propio de sistemas centralizados. Por lo tanto, tiene sentido pensar que los contratos automáticos necesitan de una programación lo más simple posible. Algunas plataformas esquivan el problema y satisfacen esta demanda de simplicidad ejecutando una parte significativa —la más compleja— de los contratos fuera de la *blockchain*.

ABRAMOWICZ apunta en la misma línea al destacar el elemento de «juicio» que suele ser necesario para «completar» los contratos: «hasta que los programas de computadora puedan exhibir inteligencia artificial, carecerán de juicio. Por ejemplo, no podrán determinar si se han cumplido las disposiciones vagas del contrato. Las criptomonedas no pueden resolver el problema de los contratos incompletos, y mientras los contratos sean incompletos, harán falta seres humanos para resolver las ambigüedades» (ABRAMOWICZ, 2016, 362).

El papel de la simplicidad y las dificultades para completar el contrato *ex ante* ayudan a explicar por qué *blockchain* parece estar ganando más terreno en el mundo financiero y, en particular, en áreas como el comercio de derivados, por tratarse de un ámbito donde se suele operar con contratos altamente estandarizados.

Obviamente, la simplicidad contractual y de la propiedad se correlaciona negativamente con el valor de las transacciones: para las de bajo valor, los contratos complejos son demasiado costosos de escribir y hacer cumplir; y los activos de bajo valor tampoco son lo suficientemente valiosos como para definir derechos múltiples sobre ellos. Por ello, es comprensible que los contratos inteligentes y de *blockchain* también se desarrollen más rápido en esos contextos de bajo valor.

Por último, *blockchain* claramente añade valor al facilitar la verificabilidad del contenido de los documentos contractuales. Sin embargo, no está tan claro en qué medida o en qué casos es capaz de hacer que el cumplimiento contractual sea verificable por terceros o incluso que la verificación sea innecesaria, a excepción de contratos muy abstractos, extremadamente formalizados o que versen sobre activos virtuales.

Por lo tanto, el impacto del *blockchain* en los contratos relacionales será más bien bajo si por «relacionales» nos referimos a contratos que son completados por las partes *ex post*, en algún momento en el futuro después de haberse comprometido a ello en el contrato (WILLIAMSON, 1985). (Piense, por ejemplo, en cómo los contratos laborales o de sociedad mercantil disponen mecanismos formales e informales para tomar decisiones futuras). En tales casos, el contrato queda incompleto porque habría sido ineficiente o incluso imposible completarlo *ex ante*. La mera verificabilidad del contenido contractual (que es en donde *blockchain* disfruta probablemente de su mayor ventaja comparativa) no parece constituir un factor de suficiente peso como para afectar sustancialmente este tipo de problema.

Por otro lado, *blockchain* podría afectar más el funcionamiento de los contratos relacionales cuando por «relacional» entendemos un intercambio salvaguardado por la reputación o la expectativa de ganancias futuras (KLEIN *et al.*, 1981; SHAPIRO, 1983), en cierto modo lo opuesto al intercambio impersonal. En este contexto, las aplicaciones *blockchain* podrían confiar en sistemas «privados» o «autorizados», que están abiertos solo a usuarios pre-aprobados y en los que el consenso puede así alcanzarse por un número reducido de nodos (BUTERIN, 2015). Estas *blockchains* privadas podrían aplicarse con rapidez a la gestión de las cadenas de suministro, modernizando las redes ya existentes de proveedores, fabricantes y distribuidores, que ya se caracterizan por fenómenos tales como la «fabricación subcontratada» (ARRUÑADA y VÁZQUEZ, 2006), así como también la «integración virtual» (ARRUÑADA, 2002). Las entidades financieras son otra punta de lanza en este terreno.

Sin embargo, desde la perspectiva de *blockchain*, todos estos sistemas se enfrentarán con una contradicción básica: cuanto más pequeña sea la red, menor será el alcance y las ventajas de la descentralización, y más fácil será manipularla. Por lo tanto, pueden terminar con escasa descentralización y pocos cambios sustanciales. Incluso corren el riesgo de que se produzca colusión entre las empresas ya instaladas. Además, confrontan una paradoja desde la perspectiva de la contratación relacional. El motivo reside en que la ventaja de *blockchain* —al hacer que el *contenido* de los contratos (en oposición a la *ejecución* contractual) sea verificable— puede hacerla desaconsejable para aquellos contratos que las partes, a propósito, optan por no formalizar con el fin de evitar que puedan ser objeto de litigio y ejecución judicial (HADFIELD y BOZOVIC, 2016, 1019-32).

#### IV. LA TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LA CONTRATACIÓN DE DERECHOS REALES

##### A. *La necesidad de intermediarios entre derechos personales y reales*

Un atributo clave de una criptomoneda es contar con «un protocolo para enviar, recibir y registrar valor de forma segura utilizando métodos criptográficos» (EVANS, 2014). Una pregunta clave es hasta qué punto, además de intercambiar *valor*, estos sistemas son capaces de intercambiar derechos de propiedad reales, *in rem* (MERRILL y SMITH, 2000; HANSMANN y KRAAKMAN, 2002). Abundan al respecto las afirmaciones exageradas pero convenientemente imprecisas. Por ejemplo, uno de los autores del Informe Walport afirmó que «[*blockchain* puede usarse como un registro global que no se puede editar: para declarar un testamento, por ejemplo, o para asignar la propiedad de los bienes» (TAYLOR, 2016).

Sin embargo, incluso la mayoría de los pioneros que efectúan transacciones relativamente simples, pensemos en Bitcoin, dependen inevitablemente de ciertas figuras intermedias como los *exchanges* o mercados digitales y las *wallets* (los servicios de almacenamiento digital, similares en gran medida a los que presta la banca *online* convencional). Por cierto, estos intermediarios han dado abundantes muestras de ser inseguros, sufriendo frecuentes ataques fraudulentos (véase, por ejemplo, REDMAN, 2017).

Además, la presencia de estos intermediarios no es necesariamente negativa. A pesar de que, como correctamente señalan los partidarios de *blockchain*, la aplicación especializada y, en general, la intermediación implican costes de transacción, también disfrutaban de las ventajas de su especialización; y no debemos olvidar que el crecimiento económico se basa en aprovechar las ventajas de especialización mediante el comercio, aun incurriendo en los costes de transacción que ello comporta.

En redes de *blockchain* más complejas, en las que las partes intercambian derechos sobre activos existentes fuera de la *blockchain*, estas interfaces entre el mundo digital y el real se asemejan a la interfaz tradicional entre derechos personales y reales. Con la excepción de los sistemas puramente basados en la posesión, el intercambio de derechos de propiedad requiere al menos un intermediario (un registro o un tribunal) entre el mundo de las meras pretensiones (el de los derechos personales) y el mundo de los derechos reales (ARRUÑADA, 2015).

Por ejemplo, en el derecho de la propiedad, dos cadenas de títulos contradictorias podrían sobrevivir durante algún tiempo, pero (1) en cualquier momento, como máximo, solo un individuo posee el derecho sobre el activo; (2), lo más importante, es que para transformar una pretensión en un derecho real, se necesita una autoridad externa e imparcial, que represente los intereses de todos los posibles titulares de derechos, y no solo los intereses de los que están representados en la cadena de títulos—un aspecto este último relevante para aplicaciones *blockchain*—. (Por lo demás, en cierto sentido, una cadena de escrituras en papel también es «virtual», ya que refleja meras pretensiones; por lo tanto, si las partes en el contrato están de acuerdo, puede respaldar el comercio sin que necesariamente tenga un efecto real en términos de los activos negociados que pretende representar).

Este análisis es consistente con los relatos de aplicaciones *blockchain* en «propiedad inteligente», pues estos usan ejemplos en los que, de hecho, están describiendo transferencias de derechos posesorios en lugar de transferencias de derechos de propiedad. Así, en cuanto se analiza el famoso ejemplo de un «automóvil cuya *propiedad* está controlada a través de un *blockchain*» dicha propiedad resulta ser mera posesión:

«La transacción del *blockchain* no representa *simplemente* un cambio en la propiedad del automóvil: *además*, transfiere el control físico real o la posesión del automóvil. Cuando un automóvil se transfiere de esta manera, la llave del propietario anterior deja de funcionar, y la llave del nuevo propietario adquiere la capacidad de abrir la cerradura y encender el motor. Igualar la propiedad con la posesión de esta manera tiene profundas implicaciones» (NARAYANAN *et al.*, 2016, 274, énfasis añadido).

Las implicaciones son ciertamente profundas; pero se logran degradando la *propiedad* en mera *posesión*, es decir, limitando a uno solo los múltiples derechos que en otro caso podrían existir sobre el activo en cuestión. El precio que se paga es enorme: la economía moderna se basa en la especialización (separación) de propiedad y control (este último equivale, en su sentido más simple, a la posesión). Si la propiedad inteligente de *blockchain* se limitara a derechos posesorios, la palabra «*simplemente*» de la cita anterior debería ser suprimida y

la palabra «además» reemplazada por «solo». En términos prácticos, esto limitaría las aplicaciones autónomas (esto es, sin terceros confiables) de los sistemas de propiedad inteligente a activos de bajo valor (NARAYANAN *et al.*, 2016).

En cierto sentido, el sistema de decisión utilizado por *blockchain* parece situarse más cerca del que se aplica en el ámbito del derecho inmobiliario que del dinero: las decisiones en *blockchain* se basan en la obtención del consentimiento de los usuarios, algo similar a la transferencia de la propiedad en bienes inmuebles cuando se requiere el consentimiento de los titulares de derechos para transferir derechos reales (ARRUÑADA, 2013). Si *V* transfiere a *C* un derecho propiedad de *O*, *C* puede adquirir un derecho *in personam* contra *V* pero ello no afecta de ninguna manera el derecho real de *O* sobre el correspondiente activo. Del mismo modo, la transferencia de bitcoins requiere un consenso por parte del conjunto de la red. En contraste, en una transferencia bancaria solo los bancos involucrados certifican la transferencia, mientras que el efectivo cambia de manos simplemente transfiriendo la posesión de los billetes. Las transferencias en efectivo ni siquiera dejan un registro: Bitcoin es similar al efectivo por ser también un instrumento al portador, pero con un registro de su trazabilidad y un elemento de consentimiento.

Existen dos diferencias fundamentales en cuanto a cómo se establece el consentimiento en los ámbitos de la propiedad y de *blockchain*. Primero, los usuarios de *blockchain* se parecen más a observadores que a titulares de derechos, y sus incentivos no están necesariamente bien alineados. Segundo, no todos los titulares de derechos en activos reales son usuarios de *blockchain*; por lo tanto, cualquier procedimiento de depuración o «purga» requeriría mecanismos adicionales para asegurar que los intereses de estos titulares de derechos estén bien representados. Los derechos reales requieren que todos los titulares otorguen su consentimiento, y no solo aquellos que figuran en la cadena de títulos, ya conste esta en papel o en un registro digital.

Estas preocupaciones ponen en tela de juicio la idea de que cualquier tipo de activo puede ser transferido usando únicamente tecnología *blockchain*. Los efectos jurídicos de tales transferencias, al menos, se limitarían a las partes que transfieren. Otra manera de expresarlo es que, si bien puede teóricamente transferirse todo tipo de activo, no es igual de viable transferir todo tipo de derecho jurídico sobre dichos activos.

La clave reside en que los derechos reales hacen referencia a un orden jurídico público; un orden privado puro solo es viable cuando las partes comercian con derechos personales. Como el tipo de derecho entraña obvias implicaciones en términos de una ejecución o *enforcement* más débil, es comprensible que las partes demanden derechos reales. Satisfacer esta demanda requiere la intervención de un tercero con una función necesariamente pública, ya que debe ser imparcial respecto a todos y prevalecer ante las partes de cualquier contrato (ARRUÑADA, 2016, 305).

Para empezar, dicho tercero es necesario para definir el conjunto de titulares legales de derechos, y los mecanismos y requisitos probatorios para que transmitan su consentimiento con respecto a las transacciones que se pretendan efectuar. Es revelador al respecto que las iniciativas *blockchain* a menudo exijan un papel más activo de los gobiernos en la fijación de estándares de lo que implica, en esencia, tal definición de titulares.

Estas preocupaciones también resuenan en las advertencias que a menudo se introducen al prever aplicaciones de *blockchain*. Por ejemplo, Marc ANDREESSEN, pionero de Internet y ahora de *blockchain*, afirma que «Bitcoin brinda por primera vez la posibilidad de que un usuario transfiera una propiedad digital única a otro usuario, de manera segura y sin que se pueda cuestionar la legitimidad del intercambio... Las consecuencias de este avance serían difíciles de exagerar» (ANDREESSEN, 2014). Sin embargo, el adjetivo «digital» en la primera frase no es tan evidente en bienes inmuebles donde se incluye no únicamente el pago sino también la transferencia efectiva de la posesión del activo. De modo similar, ABRAMOWICZ advierte algunas limitaciones de Bitcoin en este mismo sentido: «Lo que hace que Bitcoin sea notable es que soluciona el problema más controvertido: quién posee riqueza, sin necesidad de un aparato para hacer cumplir la ley. Bitcoin se puede ver no solo como una moneda, sino más grandiosamente como una institución que crea y hace cumplir derechos de propiedad. Sin embargo, es una institución que *puede resolver un solo tipo de cuestión: decidir si las supuestas transferencias de Bitcoins serán validadas y agregadas a una lista de transferencias aprobadas, conocida como blockchain*» (ABRAMOWICZ, 2016, 361, énfasis añadido). Conviene apreciar que el significado implícito de «derechos de propiedad» en la cita anterior es el de meros derechos *in personam*. Por la misma razón, es comprensible que la ejecución de intercambios persona-a-persona (P2P) sea más fácil cuando dichos intercambios versan sobre recursos digitales que mantiene el propio sistema. No solo el perdedor tiene menos capacidad para evitar la ejecución, sino que es poco probable que los tribunales interfieran, ya que, por lo general, no hay pretensiones de terceros.

## B. COMENTARIO SOBRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

Aspectos adicionales de *blockchain* pueden ser ilustrados por elementos específicos de la teoría de la propiedad. En primer lugar, la distinción entre la asignación inicial de derechos y la recurrente, a sabiendas de que esta última es un requisito para los derechos reales (ARRUÑADA, 2012b). La discusión y las iniciativas de *blockchain* son todavía demasiado incipientes como para haber sufrido la inclinación general que sufren los proyectos de reforma institucional en el ámbito de la propiedad y la simplificación administrativa a enfatizar la

asignación inicial de los derechos de propiedad, prestando escasa atención a su asignación recurrente (ARRUÑADA, 2017).

Sin embargo, incluso en el escenario poco creíble de que la asignación recurrente pudiera efectuarse de manera más segura mediante una tecnología basada en *blockchain*, tal sistema requeriría al menos dos intervenciones públicas para, en primer lugar, producir algún tipo de primera inscripción en el registro (conocido en la jerga *blockchain* como «*gateway problem*»), es especialmente agudo, para bienes tales como inmuebles y sociedades sujetas a titulación pública; pero se plantea en menor medida para aquellos que carecen de ella, tales como los diamantes); y, segundo, definir el *blockchain* como la única o al menos una fuente privilegiada de evidencia judicial para propósitos de titulación.

Por el contrario, en sus esfuerzos sobre titulación de la propiedad y simplificación administrativa las aplicaciones *blockchain* están ya siguiendo las pautas habituales, al prestar escasa atención a los aspectos jurídicos, a pesar de ser este el determinante principal de la funcionalidad de este tipo de aplicaciones y, por lo tanto, de su valor económico.

Este sesgo es muy visible en los diagnósticos de los sistemas tradicionales por parte de los proyectos basados en *blockchain* en el área de propiedad, cuyos fallos se atribuyen estrechamente a una deficiente gestión de datos. Por ejemplo, se afirma que «el fallo de [los proyectos tradicionales de software de registro de propiedad] para lograr un cambio se puede remontar a defectos de diseño que en última instancia impiden el trabajo de los auditores y hacen que la información sea demasiado flexible» (ABSHISHEK y REGAN, 2016).

Sin embargo, el principal problema de los registros de propiedad no es el almacenamiento de la información, sino el hecho de que en muchos países producen información poco fiable. Es decir, el problema no reside en «mantener» un registro de derechos de propiedad perfectamente «purgados», sino en la propia incapacidad para purgar esos derechos, es decir en la incapacidad para asegurar que las transacciones no sean contradictorias con los derechos de propiedad preexistentes, de modo que no generen nuevas colisiones entre pretensiones contrapuestas. No cabe suponer, como se hace a menudo, que la información existente es fiable (ANAND *et al.*, 2016). A pesar de que se trata sobre todo de un problema jurídico, no tecnológico, las aplicaciones *blockchain* en el ámbito de los registros de propiedad se han centrado en mantener la integridad del archivo, prestando escasa atención a cómo se produce dicha información y, especialmente, al proceso de purga entre pretensiones contradictorias.

Además, para este proceso de purga, que resulta clave, *blockchain* es más bien de poca utilidad. Todos estos elementos desinflan sustancialmente muchas de las afirmaciones hiperbólicas que se han venido haciendo sobre el potencial que puede alcanzar esta tecnología en este ámbito.

Merece una crítica similar la iniciativa interinstitucional sueca para aplicar el *blockchain* a la transmisión y registro de inmuebles, cuando considera



cuáles son los principales problemas del Registro de la Propiedad sueco (el *Lantmäteriet*):

«el Registro solo participa en unos pocos pasos al final de las transacciones inmobiliarias. Como consecuencia, la mayoría del proceso no es transparente, en otras palabras, visible para el público u otras partes interesadas... que el sistema es lento en el registro de transacciones inmobiliarias. El tiempo entre la firma de un contrato de compra legalmente vinculante y cuando *Lantmäteriet* recibe la escritura de compraventa y la inscribe suele ser de tres a seis meses... [y] los problemas anteriores han provocado que vendedores, compradores, bancos y agentes inmobiliarios se vean obligados a crear sus propios procesos complejos y burocráticos para llegar a acuerdos, ya que deben asegurarse de que las cosas no salgan mal, dado que el valor de las transacciones es grande» (KEMPE, 2016, 8-9).

Cabe hacer al respecto algunas matizaciones importantes. En primer lugar, no es del todo cierto que el registro sueco solo esté «involucrado en unos pocos pasos al final de las transacciones inmobiliarias» porque brinda información crucial sobre posibles derechos conflictivos desde el principio y durante todo el proceso de contratación. Por ejemplo, en el tercer paso del propio proceso convencional de transmisión, tal y como lo describe el propio KEMPE (2016), el agente inmobiliario se pone en contacto con el registro y ordena un extracto de la información registral para verificar la situación jurídica de la propiedad, es decir, que el vendedor es el propietario y que puede vender la propiedad (KEMPE, 2016, 23). Se realizan contactos similares en los pasos 10 y 21, antes de firmar el contrato de compra y antes del cierre «para garantizar que no haya ningún problema que impida la venta de la propiedad» (KEMPE, 2016, 24), y los bancos efectúan aún más contactos en relación con las hipotecas en los pasos 25 y 27 (KEMPE, 2016, 26). Además, no solo existen beneficios asociados a la transparencia sino también costes, y su balance no siempre se puede suponer positivo.

En segundo lugar, la típica queja de que los sistemas son «lentos para registrar las transacciones» debe tomarse con cierta reserva, ya que la mayor parte del tiempo total dedicado a la transmisión de bienes inmuebles suele dedicarse a actividades como publicidad, negociación e inspección de los inmuebles, así como a verificar la solvencia de los prestatarios (KEMPE, 2016, 23-25), actividades que tienen poco que ver con los procesos burocráticos en sí mismos. En consecuencia, surgen dos dudas sobre, primero, el tiempo que realmente se dedica a los trámites burocráticos que, por lo tanto, podrían acortarse mediante la aplicación de *blockchain* u otras tecnologías similares; y, segundo, el valor económico de tales ahorros de tiempo. En otros términos: para la mayoría de las

transacciones, acortar el tiempo puede tener poco valor, especialmente cuando las transacciones urgentes se pueden procesar con rapidez.

Por último, tenemos el asunto clave de qué seguridad son capaces de proveer estos sistemas alternativos de registro, incluido el *blockchain*. Muy especialmente al principio. Los nuevos sistemas necesitan un periodo de aprendizaje para revelar sus verdaderas debilidades, pues muchas veces estas son imposibles de anticipar en la fase de diseño; mientras que los sistemas antiguos ofrecen la ventaja de haber acumulado ese conocimiento como consecuencia de haber procesado millones de transacciones.

## V. EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE *BLOCKCHAIN* EN EL ÁMBITO DE LA PROPIEDAD

El análisis precedente proporciona una base para determinar el potencial de la tecnología *blockchain* en las áreas de las transacciones personales y reales y evaluar qué circunstancias pueden obstaculizar o favorecer su desarrollo.

Me centraré a continuación en discutir los principales problemas en el área de la propiedad, definida en sentido amplio para cubrir la ventaja comparativa de los diferentes tipos de intermediarios y de soluciones, e incluyendo no solo las limitaciones y oportunidades en las áreas de la transmisión y registro de la propiedad, sino también las transacciones societarias.

Para empezar, conviene advertir tres notas previas que invitan a la prudencia. Primero, recuerde el elemento social antes mencionado en los derechos de propiedad. Incluso Nick SZABO parece estar contemplando derechos *in personam* al implementar su idea de los *property clubs* cuando señala que: «en realidad, hacer que los usuarios finales respeten los derechos de propiedad acordados por este sistema dependerá de la naturaleza específica de la propiedad, y eso está más allá del alcance de esta investigación» (SZABO, 2017). Ciertamente, inmediatamente añade que «el propósito de la base de datos replicada es simplemente *acordar de forma segura quién es dueño de qué*» (énfasis añadido por el autor), y este «acuerdo seguro» es esencial para pasar de derechos *in personam* a derechos *in rem*.

Segundo, en el mundo real, la descentralización está limitada por el propio comportamiento de los individuos.

«Al reducir la propiedad al problema de conservar claves privadas, aumentamos la apuesta por la seguridad digital, un problema ya de por sí difícil y del que los individuos somos el eslabón más débil. Los programadores informáticos se han esforzado durante décadas por escribir código sin errores, pero el desafío sigue siendo difícil de alcanzar. [Igualmente,] han intentado convencer a los usuarios menos

técnicos para que utilicen sus claves privadas de manera que estas puedan resistir tanto el robo como la pérdida accidental; pero también con escaso éxito... Además, si bien pueden disponerse mecanismos que protejan contra estos accidentes, tales mecanismos tienden a retrotraernos hacia el uso de intermediarios y sistemas centralizados, reduciendo así los beneficios del modelo descentralizado que estábamos buscando (NARAYANAN *et al.*, 2016, 283).

Es este un problema que está presente en todo tipo de aplicaciones pero que, comprensiblemente, restringe especialmente aquellas en las que hay más en juego, lo que lleva a las personas a exigir una mayor seguridad.

Por último, la mala conducta con respecto a la seguridad es solo un ejemplo de un fenómeno más amplio y profundo: la libertad individual tiene un precio en términos de *responsabilidad individual*, un precio que no todo individuo está siempre dispuesto a pagar. Por el contrario: conociendo sus propias debilidades, a menudo prefieren confiar en soluciones centralizadas, basadas en custodios privados y públicos. Ciertamente, esta opción cobra más sentido bajo supuestos realistas de conducta. Observe, por el contrario, que quienes desarrollan aplicaciones de *blockchain* suelen suponer racionalidad perfecta, un supuesto que, fuera del contexto de la teoría de juegos, puede generar un entusiasmo injustificado.

Esta preferencia por confiar en terceros más que en sí mismos impone una restricción particularmente grave a las aplicaciones en el ámbito de la propiedad porque su naturaleza universal exige que se apliquen las mismas reglas a todos los titulares de derechos sobre cada bien. En un hipotético sistema de propiedad *plenamente descentralizado*, todas las personas deberíamos estar otorgando o negando nuestro consentimiento a todo tipo de proyectos transaccionales que puedan afectar nuestros derechos de propiedad. En consecuencia, nos convertiríamos en los únicos custodios no solo de nuestras claves criptográficas (para obtener el aviso y otorgar el consentimiento) sino también para proteger la integridad legal de nuestros derechos.

#### A. EL PROBLEMA DE LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

El impacto de *blockchain* en la transmisión y titulación de la propiedad se verá afectado por las características básicas de ambos procesos jurídicos, que, de acuerdo con los incentivos de los participantes, son en su mayoría privadas en la transmisión e intrínsecamente públicas en el registro (ARRUÑADA, 2003, 423-24). En particular, se definen por el hecho de que en todos los sistemas de propiedad, las partes son libres para elegir a sus abogados, transmisores y notarios. Por el contrario, la protección de terceros lleva a la ley a restringir

universalmente su elección de en qué oficina pública registra sus títulos o qué registrador preserva sus derechos, así como también qué juez preside una demanda para «purgar» la propiedad o cualquier proceso equivalente (ARRUÑADA, 2003, 424-28; ARRUÑADA, 2012a). Por lo tanto, debería ser más fácil aplicar *blockchain* a la notaría y el archivo de datos, pero resultará más difícil reemplazar los registros de propiedad, especialmente en jurisdicciones, como las de Australia, Inglaterra, Alemania o España, dotadas con registros de derechos (ARRUÑADA, 2003, 406-23).

De entrada, en la medida en que incluso en las jurisdicciones de derecho civil los notarios públicos son elegidos libremente por las partes de los contratos privados, es probable que *blockchain* juegue un papel más importante en la notaría, incluso de transacciones inmobiliarias. Las únicas funciones para las cuales los notarios solían ser claramente superiores eran para identificar a las partes y, más claramente, para determinar su capacidad legal y servir como proveedores de servicios de liquidación, cierre y depósito para las partes (ARRUÑADA, 2007). Estas ventajas, que durante décadas ya se vieron amenazadas por el desarrollo de las tecnologías de identificación personal y la disponibilidad de registros relacionados con la capacidad jurídica de las personas, ahora se ven afectadas sustancialmente por el *blockchain*, ya que este permite desarrollar servicios de *autenticación*, para demostrar a otras partes que eres quien dices ser, y de *autorización*, para demostrarles que tienes los permisos necesarios para un determinado acto (THOMAS *et al.*, 2013; THOMAS y HUANG, 2015). Del mismo modo, con respecto a la liquidación, el comercio implementado a través de *blockchain* ya puede proporcionar un cierre simultáneo condicionada mediante el uso del principio de «atomicidad», que, en esencia, asegura que las partes cumplen sus obligaciones simultáneamente (NARAYANAN *et al.*, 2016, 274).

En segundo lugar, la aplicabilidad a los registros de una *blockchain* verdaderamente descentralizada (es decir, sin intermediarios de confianza) será más limitada porque estos desempeñan una función pública, protegiendo el interés de terceros no representados. Son, por lo tanto, mucho más que simples bases de datos o «libros mayores». (Incluso en los registros de documentos, que se limitan a fechar los documentos y establecer su prioridad jurídica sin eliminar contradicciones entre los posibles titulares alternativos, la fecha de entrada tiene graves consecuencias jurídicas, pues es ella y no la fecha del contrato la que establece la prioridad entre pretensiones contradictorias). Por todo ello, la centralización y el monopolio de los registros no se basan principalmente en la existencia de economías de escala, sino en la necesidad de una neutralidad máxima (no solo con respecto a las partes del contrato sino también respecto a quienes son ajenos al mismo), que es necesaria para alcanzar efectos jurídicos universales.

Sin embargo, esto no excluye que los contratos inteligentes puedan ser complementarios de muchas maneras a los registros de propiedad y sociedades.

Por ejemplo, los registros de propiedad pueden verse afectados por la capacidad de aplicaciones como Ethereum no solo para registrar y rastrear propiedades sino también para definir nuevos tipos de derechos de propiedad, incluidos los de propiedad y uso compartido de activos, con asignaciones de derechos de uso sofisticadas y matizadas.

En principio, además, al considerar el impacto de *blockchain* para los registros de propiedad, es necesario distinguir al menos entre los registros de documentos, tales como los de Francia o los Estados Unidos, y los registros de derechos, como el sistema alemán (*Grundbuch*) o el Torrens australiano. Este último no solo fecha y conserva los documentos o «escrituras» que reflejan las transacciones privadas de las partes, sino que también verifica, como una condición necesaria para ingresar en el Registro, que las transacciones respeten todos los demás derechos reales que posibles terceros ostentan sobre el correspondiente activo (ARRUÑADA, 2012a, 55-67).

Es concebible que un registro de escrituras pueda ser reemplazado por un sistema automático para datar los contratos privados y preservar sus contenidos, si las partes en dichos contratos privados no pueden manipular ambas funciones una vez que hayan firmado. Sin embargo, incluso en ese caso, aún es preciso que la ley establezca las reglas en que se sustenta la evidencia judicial: esto es, que establezca el valor de la *blockchain* como una fuente de evidencia para la adjudicación *in rem*. Por ejemplo, para que una *blockchain* produzca efectos *in rem*, todas las partes deben estar obligadas a expresar su voluntad a través de dicha cadena. Además, la ley debe confiar en aquellos que diseñan, implementan y —en cierta medida— gobiernan, o al menos afectan, al gobierno del sistema.

El informe oficial del proyecto piloto llevado a cabo en el condado de Cook, que incluye la ciudad de Chicago (YARBROUGH, 2017), concuerda con este análisis, ya que concluye que depender de un sistema de contratación P2P «sin permisos» sería demasiado costoso en términos de energía y obligaría a la mayoría de los propietarios a confiar en terceros. Todo ello lleva a los autores del informe a recomendar sistemas «con permisos» y a enfatizar el uso de *blockchain* para transmitir bienes y presentar títulos al registro, pero manteniendo el marco legal, según el cual «el registro público del condado es el único registro oficial» (YARBROUGH, 2017, 22). Además, la mayoría de los aspectos positivos destacados por el informe o bien no son exclusivos de *blockchain* (como sucede con la posibilidad de combinar transmisión y presentación en un solo evento); o bien mejoran la práctica registral con componentes que se emplean pero no definen la tecnología *blockchain* (en particular, Cook County ha decidido añadir el *hashing* de archivos para mejorar la integridad de los datos); o bien se refieren a aspectos ajenos al *blockchain* (como, por ejemplo, el consolidar en un solo sitio web la información hoy dispersa en varias oficinas gubernamentales o dificultar el fraude protegiendo las transmisiones con claves criptográficas).

*Blockchain* también puede reducir los costes de identificación de derechos y activos, haciendo viables nuevos tipos de registros. Podrían emerger así nuevas soluciones para derechos más detallados en el ámbito de la propiedad intelectual; y también registros completamente nuevos dedicados a ciertos activos de alto valor, como sugiere la iniciativa Everledger para registrar diamantes y otros activos especialmente valiosos. Obsérvese a este respecto que el ordenamiento privado goza de cierta ventaja cuando los derechos no son exigibles *in rem*, como sucede con activos que son «fácilmente portables, universalmente valiosos y prácticamente imposibles de rastrear», como los diamantes, lo que explica por qué la industria del diamante se ha basado tradicionalmente en un «sistema de distribución milenario que dependía de múltiples capas de intercambio personal» (RICHMAN, 2009). *Blockchain* conseguiría alterar dicha ventaja si fuese capaz de relajar dicha restricción, de modo que fuera económicamente viable identificar cada activo individual, uno de los objetivos establecidos del registro Everledger (LOMAS, 2015).

## B. TRANSACCIONES Y REGISTROS SOCIETARIOS

El caso de los registros de empresas es en parte similar al de los registros de documentos. Sin embargo, las iniciativas como el *blockchain* de Ethereum podrían desafiar a los registros de las empresas, ya que su objetivo es crear organizaciones descentralizadas y autónomas virtuales que se definirían solo por un conjunto determinado de reglas que se ejecutan en el *blockchain*. En principio, estas organizaciones pueden organizarse de manera flexible, asignando funciones administrativas y contractuales especializadas de diferentes maneras.

Sin embargo, una perspectiva histórica arroja luz sobre la contribución potencial y las posibles dificultades de este enfoque contractual para la incorporación de la compañía. La experiencia de las sociedades irregulares (*unincorporated companies*) en el Reino Unido antes de la creación del registro de sociedades en 1844 proporciona información relevante a este respecto (HARRIS, 2000; ARRUNADA, 2010a, 558-62). En términos generales, sugiere que, incluso suponiendo una inmutabilidad perfecta de la *blockchain*, el respaldo explícito de la ley y las resoluciones judiciales es indispensable para evitar futuros conflictos *ex post* y para proporcionar a las partes la certeza necesaria *ex ante*.

Una iniciativa menos ambiciosa es la de desarrollar un estándar internacional para identificar entidades legales, conocido como el Registro de Organizaciones Legales (ROLO). Es revelador que, a pesar de estar liderado por la industria, dado que la mayoría de las transacciones son entre empresas, *business-to-business* (B2B), defienden la necesidad de aplicar ROLO «en cada nación», así como la presencia esperada de un elemento obligatorio. En particular, «inscribirse en un ROLO a un nivel de aseguramiento es voluntario; sin embargo, estar en ROLO

se volverá obligatorio como requisito futuro de alta seguridad, ciberseguridad y aseguramiento. También se puede esperar que sea obligatorio para contratistas públicos y empresas de sectores regulados». En Inglaterra, cuenta con el apoyo del registro de sociedades, la *Companies House* (COAKLEY, 2016).

Las implicaciones de *blockchain* son más claras en aquellas áreas societarias que son intrínsecamente contractuales. Por ejemplo, tiene el potencial de automatizar las transacciones en el área de las «acciones corporativas»: cualquier anuncio hecho por una sociedad que afecte a sus valores y que pueda requerir una acción por parte de los inversores o de sus agentes representativos. Los ejemplos incluyen el pago de dividendos y cupones, las ofertas para emitir o canjear valores, los *splits* de acciones, las fusiones y las segregaciones. La mayoría de estos datos se comunican hoy a los inversores a través de canales complejos, en los que participan proveedores de datos financieros, custodios de valores y gestores de fondos de inversión, que también han de transmitir las decisiones de los inversores en la dirección opuesta. En ambas direcciones, *blockchain* podría hacer todo el proceso mucho más eficiente y automático.

### C. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Todos los registros de derechos incluyen un registro de documentos que toma la forma de su libro de entrada o «diario», libro que utilizan para establecer la prioridad antes de someter las transacciones privadas a la revisión o «calificación» registral. El análisis previo sobre los registros de documentos se aplica directamente a esta parte de los registros de derechos.

Además, en comparación con los registros de documentos y los registros de sociedades, los registros de derechos deberían verse menos afectados por *blockchain*, en la medida en que la calificación registral no puede ser ejercida fácilmente por un sistema automático (incluso por uno centralizado), pues confrontaría dificultades similares a las considerados anteriormente con respecto a la tarea de «completar» el contrato.

La solución histórica estándar al crear los modernos registros de propiedad ha consistido en reducir la variedad de derechos reales, definiendo un número menor y cerrado de tales derechos reales —el principio del *numerus clausus* tratado por MERRILL y SMITH (2000), HANSMANN y KRAAKMAN (2002) y ARRUÑADA (2003)— y hacer que las transacciones de propiedad sean más «abstractas» (es decir, formales). Esta simplificación de los derechos de propiedad vale la pena en la medida en que hace posible el funcionamiento de los registros de derechos o, en general, reduce las asimetrías de información en el mercado (ARRUÑADA, 2003, 416-23). Sin embargo, también puede ser costoso porque reduce el conjunto de derechos que se beneficia del enforcement *in rem*. En este sentido, la propuesta de tener parte de la transacción «fuera del

*blockchain*» podría terminar creando un proceso de transmisión en dos pasos similar a la separación entre las etapas «causal» y «abstracta», presente en muchos sistemas jurídicos como el alemán (KOHLE, 1996).

Además, en un sistema de propiedad completamente descentralizado, todas las personas se harían cargo de proteger sus derechos por sí mismas, ya que las reglas de evidencia utilizadas para establecer la prioridad deben ser las mismas para todas las partes que poseen derechos sobre ese tipo de activo. Tendrían por ello que conservar sus claves criptográficas y decidir sobre cualquier transacción que propusieran otras personas y que pudieran afectar a sus derechos. Como mencioné anteriormente, muchas personas, probablemente la mayoría, prefieren confiar, al menos parcialmente, en intermediarios privados e institucionales.

Las propuestas para aplicar *blockchain* en Registros de la Propiedad confirman este análisis. Por ejemplo, el mencionado proyecto sueco se limita, en esencia, a reorganizar la transmisión de derechos personales que precede a la transmisión de derechos reales<sup>6</sup>. Los cambios propuestos se asemejan así en parte a los introducidos en Nueva Zelanda en 2009 (ARRUÑADA 2010b), pero con una diferencia clave: el registro sueco retendría todos sus poderes para calificar las transacciones y aceptar o denegar la correspondiente inscripción en el Registro: «En la fase inicial, la base de datos del Lantmäteriet permanece intacta. Si bien las entradas en el *blockchain* se efectúan digitalmente y están sujetas a una serie de requisitos legales, lo que minimiza los errores en la información, es el Lantmäteriet quien recupera y verifica los cambios que se pretenden efectuar en el registro... Lantmäteriet está, en principio, completamente separado de la solución» (KEMPE, 2016, 33-34)<sup>7</sup>. Además, el Registro define también los activos y (supuestamente) la autoridad para contratar: «Lantmäteriet garantiza qué representación digital tiene cada inmueble» (KEMPE, 2016, 22). Para saber quién está autorizado a transmitir, el proyecto confía, en cambio, en la identificación mediante telefonía móvil, a lo que no es ajeno el hecho de que la compañía de telecomunicaciones Telia sea socia del consorcio promotor.

Por lo tanto, el único cambio substancial propuesto en el proyecto es el desarrollo de un *blockchain* para facilitar transmisiones electrónicas, lo que debe hacer posible que todas las partes involucradas trabajen con la misma información, reduciendo duplicaciones y errores. Adicionalmente, la aplicación proporcionaría a todas las partes acceso instantáneo a cualquier documento que se presente en el registro y pudiera afectar a la prioridad de los derechos objeto del negocio.

Por otra parte, el sistema está pensado para trabajar con «títulos de propiedad pendientes» durante todo el proceso de transmisión hasta que tiene lugar la correspondiente inscripción registral. Los promotores confían que todos estos títulos pendientes sean inscritos, pero esa confianza se basa en un supuesto de dudosa relevancia: el de que la causa de la mayoría de las negativas a inscribir



reside actualmente en errores burocráticos: «El riesgo de que el derecho no se inscriba se reducirá drásticamente, pues el sistema puede asegurar que la información que se requiere por ley es requerida por el sistema antes de que las partes puedan firmar» (KEMPE, 2016, 32). Sin embargo, aunque muchas de las actuales calificaciones negativas del registro se deban a errores burocráticos, es probable que las más importantes en términos de valor y seguridad jurídica sean las que impiden transacciones dudosas o incluso fraudulentas y en daño de terceros. En principio, no está claro cómo afectaría el nuevo sistema a la incidencia de este tipo de transacción intencionalmente defectuosa. Pero dos importantes consecuencias parece probables. En primer lugar, las funciones desempeñadas por el Registro en el periodo supuestamente transicional se convertirán en características definitivas del sistema. De otro modo, existe el riesgo de transformar inadvertidamente un registro de derechos en un registro de documentos (ARRUÑADA, 2012, 210-12). En segundo lugar, acelerar todo el proceso y mantener el mismo nivel de seguridad jurídica requiere introducir una calificación registral avanzada en las primeras etapas. Esos títulos de propiedad «pendientes» se convertirían así en títulos «condicionales».

## VI. CONCLUSIONES SOBRE EMPRESAS, CONTRATOS Y PROPIEDAD

Se afirma a menudo que *blockchain* no necesita confianza para funcionar. Sin embargo, lo que de hecho hacen no solo *blockchain* sino otras tecnologías institucionales y físicas que sostienen el intercambio impersonal es reemplazar la confianza entre las partes por la confianza de todas ellas en un intermediario, ya sea este un registro, un mercado «organizado» (como los de derivados financieros), un banco, un sistema de pago mediante tarjeta de crédito, etc. Los entusiastas de *blockchain* afirman que prescinde de los intermediarios, pero esta afirmación resulta exagerada: es más un Santo Grial que un objetivo realista. Este trabajo muestra los principales roles desempeñados por diferentes tipos de intermediarios dentro de ese universo *blockchain*. Su presencia tiene consecuencias clave para las oportunidades de especialización, la estrategia de las empresas y la estructura de los procesos de contratación y propiedad.

En primer lugar, es probable que las aplicaciones de *blockchain* tiendan a basarse en estructuras duales de transacciones causales y formales, siendo la etapa formal más abstracta, utilizando contratos más simples y empleando un menor número de derechos *in rem*, perdiendo la posibilidad de disponer de una variedad más amplia de tales derechos.

En segundo lugar, la estructura persona-a-persona de *blockchain* enfrenta dificultades insuperables para completar los contratos e interactuar con el mundo real, dos dificultades que se han enmarcado aquí en términos de los conceptos jurídicos de, respectivamente, derechos personales y reales.

En tercer lugar, para superar estas dificultades y complementar su estructura persona-a-persona, el desarrollo de *blockchain* alentará la proliferación de una miríada de nuevos especialistas para completar eficazmente los contratos, así como interfaces entre el mundo virtual y el real para la mayoría de los usuarios finales, al menos para activos valiosos.

En cuarto lugar, la aparición de agentes especializados reducirá algunos costes al precio de generar conflictos de intereses adicionales y aumentar por esta vía los costes de transacción. Esto abrirá oportunidades adicionales para el fraude y generará mayor demanda de regulación.

En términos más generales, debido al papel de los intermediarios, es probable que *blockchain* afecte a los costes de transacción en todo tipo de transacciones, modificando la ventaja comparativa de diferentes formas, viéndose afectado, por ejemplo, el grado óptimo de integración vertical y horizontal en empresas comerciales y otras organizaciones; e incluso la ventaja comparativa de los mercados y la política como mecanismos de información, decisión y asignación. Sin embargo, hoy por hoy no solo es dudoso el alcance sino el signo de muchos de estos impactos. Por lo tanto, contrariamente a muchas afirmaciones cotidianas, es discutible si *blockchain* realmente favorece las transacciones de mercado sobre las empresas comerciales, o en qué medida.

Por último, al *blockchain* le resultará más fácil habilitar transacciones en derechos personales que en derechos reales. Pasar del mundo personal al real requerirá interfaces e intervenciones e públicas (como mínimo, para la inscripción inicial de los activos y para establecer el estatuto del *blockchain* como prueba judicial). Por lo tanto, las aplicaciones de *blockchain* en transacciones de propiedad probablemente se limitarán a la notarización de documentos y la transmisión de pequeñas cantidades y transacciones basadas en la posesión, así como, a lo sumo, al uso de *blockchains* privadas para propósitos de archivo.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABHISHEK, D., y MATTHEW, R. (2016). Immutability & Auditability: The Critical Elements in Property Rights Registries. *2016 World Bank Conference on Land and Poverty*. The World Bank, Washington DC, 14-18 de marzo.
- ABRAMOWICZ, M. (2016). Cryptocurrency-Based Law. *Arizona Law Review* 58(2), 359-420.
- ALLISON, I. (2017). *Blockchain*-Based Ubiquity Pilots with Brazil's Land Records Bureau, *International Business Times*, 5 de abril.
- ANAND, A., MATTHEW, McK., y FRANK, P. (2016). Colored Coins: Bitcoin, *Blockchain*, and Land Administration. *2016 World Bank Conference on Land and Poverty*. The World Bank, Washington DC, 14-18 de marzo.
- ANAND, S. (2018). A Pioneer in Real Estate *Blockchain* Emerges in Europe: Sweden's Lantmäteriet Will Test Using *Blockchain* Technology for Property Sales. *The Wall Street Journal*, 6 de marzo.

- ANDREESSEN, M. (2014). Why Bitcoin Matters. *New York Times*, 21 de enero. <http://dealbook.nytimes.com/2014/01/21/why-bitcoin-matters>.
- ARRUÑADA, B., y VÁZQUEZ, X. H. (2006). When Your Contract Manufacturer Becomes Your Competitor. *Harvard Business Review*, 84(9), 135-45.
- ARRUÑADA, B. (2002). The Quasi-Judicial Role of Large Retailers: An Efficiency Hypothesis of their Relation with Suppliers. En Eric Brousseau y Jean-Michel Glachant, eds., *The Economics of Contracts: Theories and Applications*. Cambridge: Cambridge University Press, 337-57.
- (2003). Property Enforcement as Organized Consent. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 19(2), 401-44.
- (2007). Market and Institutional Determinants in the Regulation of Conveyancers. *European Journal of Law and Economics*, 23(2), 93-116.
- (2010a). Institutional Support of the Firm: A Theory of Business Registries. *The Journal of Legal Analysis*, 2(2), 525-76.
- (2010b). Leaky Title Syndrome? *New Zealand Law Journal*, 115-20.
- (2012a). *Institutional Foundations of Impersonal Exchange: Theory and Policy of Contractual Registries*. Chicago: University of Chicago Press.
- (2012b). Property as an Economic Concept: Reconciling Legal and Economic Conceptions of Property Rights in a Coasean Framework. *International Review of Economics*, 59(2), 121-44.
- (2015). The Titling Role of Possession. En Yun-chien Chang, ed., *The Law and Economics of Possession*. Cambridge: Cambridge University Press, 207-33.
- (2016a). Coase and the Departure from Property. En Claude Ménard and Elodie Bertrand, eds., *The Elgar Companion to Ronald H. Coase*. Cheltenham UK: Edward Elgar Publisher, 305-19.
- (2017). Property as Sequential Exchange: The Forgotten Limits of Private Contract. *Journal of Institutional Economics*, 13(4), 753-83.
- BLOCH, J. (2006). Extra, Extra - Read All About It: Nearly All Binary Searches and Mergesorts are Broken. <https://research.googleblog.com/2006/06/extra-extra-read-all-about-it-nearly.html>.
- BRENER, D. (2016). The Ugly Truth About *Blockchain*. *Medium*, 29 de septiembre. <https://blog.zepelin.solutions/the-ugly-truth-about-blockchain-applications-73e55cad9582>.
- BUTERIN, V. (2015). On Public and Private *Blockchains*. *Ethereum Blog*, 7 de agosto. <https://blog.ethereum.org/2015/08/07/on-public-and-private-blockchains/>.
- CATALINI, C., y JOSHUA, S. GANS. (2016). Some Simple Economics of the *Blockchain*. *NBER Working Paper 22952*.
- CHANG, YUN-CHIEN, ed. (2015). *The Law and Economics of Possession*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CHROMAWAY. (2018). *Blockchain* and Future House Purchases: Third Phase to be Completed in April 2018. <http://chromaway.com/landregistry/>.
- COAKLEY, A. (2016). The Block Chain Network: Accelerating Adoption (Notes from a 2<sup>nd</sup> roundtable discussion about the block chain and distributed ledger technology). Sopra Steria. Londres, 25 de noviembre. <http://www.slideshare.net/AndrewCoakley1/blockchain-final-25112015-v11>.
- CONSENSYS. (2017). Introducing OpenLaw. *Medium*, 25 de julio. <https://media.consensys.net/introducing-openlaw-7a2ea410138b>.

- COOTER, R., y THOMAS, U. (2008). *Law And Economics*, 5.<sup>a</sup> ed., Pearson: Boston.
- EVANS, D. S. (2014). Economic Aspects of Bitcoin and Other Decentralized Public-Ledger Currency Platforms. University of Chicago, Coase-Sandor Institute for Law & Economics, *Working Paper* 685, abril. <http://www.law.uchicago.edu/files/file/685-dse-economic.pdf>.
- HADFIELD, G. K., e IVA BOZOVIC. (2016). Scaffolding: Using Formal Contracts to Support Informal Relations in Support of Innovation. *Wisconsin Law Review*, 5, 981-1032.
- HALABURDA, H. (2018). *Blockchain Revolution Without the Blockchain*. Bank of Canada, *Staff Analytical Note* 2018-5. Ottawa. <https://www.bankofcanada.ca/2018/03/staff-analytical-note-2018-5/>.
- HANSMANN, H., y REINIER KRAAKMAN. (2002). Property, Contract, and Verification: The *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights. *Journal of Legal Studies* 31(2), S373-S420.
- HARRIS, RON. (2000). *Industrializing English Law: Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844*, Cambridge University Press: Cambridge.
- HAYEK, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*, 35(4), 519-30.
- KEMPE, M., ed. 2016. The Land Registry in the *Blockchain*: A Development Project with Lantmäteriet, Telia Company, ChromaWay and Kairos Future. *White Paper*. Estocolmo.
- KLEIN, B., y KEITH B. LEFFLER. (1981). The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. *Journal of Political Economy* 89(4), 615-41.
- KOHLER, J. (1996). The Law of Rights in Rem. En W. F. Ebke and M. W. Finkin, eds., *Introduction to German Law*. The Hague: Kluwer, 227-50.
- KROLL, J. A., IAN C. D., y EDWARD W. FELTEN. (2013). The Economics of Bitcoin Mining, or Bitcoin in the Presence of Adversaries, 12<sup>th</sup> Workshop on the Economics of Information Security (WEIS 2013) Washington, DC, 11-12 de junio. <http://www.econinfosec.org/archive/weis2013/papers/KrollDaveyFeltenWEIS2013.pdf>.
- LESSIG, L. (1999). *Code, and Other Laws of Cyberspace*. Basic Books: New York.
- LESSIG, L.. (2006). *Code: Version2.0*. Basic Books: New York.
- LOMAS, N. (2015). Everledger Is Using *Blockchain* To Combat Fraud, Starting With Diamonds, *Tech Crunch*, 29 de junio. <https://techcrunch.com/2015/06/29/everledger/>.
- MERRILL, T. W., y HENRY E. SMITH. (2000). Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle. *Yale Law Journal*, 110(1), 1-70.
- MIZRAHI, A. (2016). A *Blockchain*-Based Property Ownership Recording System. Chroma Way. <http://chromaway.com/papers/A-blockchain-based-property-registry.pdf>.
- NARAYANAN, A., BONNEAU, J., FELTEN, E., MILLER, A., y GOLDFEDER, S. (2016). *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies: A Comprehensive Introduction*, Princeton University Press: Princeton.
- REDMAN, J. (2017). The Bitcoin Exchange Thefts You May Have Forgotten. *Bitcoin News*, 3 de febrero. <https://news.bitcoin.com/bitcoin-exchange-thefts-forgotten/>
- RICHMAN, B. D. (2009). Ethnic Networks, Extralegal Certainty, and Globalisation: Peering into the Diamond Industry. En Volkmar Gessner, ed., *Contractual Certainty in International Trade: Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*. Oxford: Hart Publishing, 31-49.

- SASSE, M. A. (2016). Security and Privacy. En Mark Walport, ed., *Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain*. London: Government Office for Science, 47-51.
- SEHRA, A. (2016). Building a Decentralised Ecosystem. *Slideshare*, 18 de agosto. [https://www.slideshare.net/arcatomia/ethereum-classic-18-august-2016?qid=f687c929-6875-4c92-9f42-422ceaba64cc&v=&b=&from\\_search=7](https://www.slideshare.net/arcatomia/ethereum-classic-18-august-2016?qid=f687c929-6875-4c92-9f42-422ceaba64cc&v=&b=&from_search=7).
- SHAPIRO, C. (1983). Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations». *The Quarterly Journal of Economics*, 98(4), 659-80.
- STINCHCOMBE, K. (2018). *Blockchain is Not Only Crappy Technology But a Bad Vision for the Future*. *Medium*, 5 de abril. <https://medium.com/@kaistinchcombe/decentralized-and-trustless-crypto-paradise-is-actually-a-medieval-hellhole-clca122efdec>.
- SZABO, N. (1997). The Idea of Smart Contracts. *Nick Szabo's Papers and Concise Tutorials*. [http://szabo.best.vwh.net/smart\\_contracts\\_idea.html](http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html).
- SZABO, N. (1998-2005). Secure Property Titles with Owner Authority. <http://szabo.best.vwh.net/securetitle.html>.
- TAPSCOTT, D., y TAPSCOTT, A. (2016). *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin Is Changing Money, Business, and the World*. Penguin: New York.
- TAYLOR, S. (2016). Definitions. En Mark Walport, ed., *Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain*. London: Government Office for Science, 17-18.
- The Economist*. (2015). The Trust Machine, 31 de octubre.
- The Economist*. (2016). Not-so-Clever Contracts, 28 de julio.
- THOMAS, R., LOW, R. y GRIGGS, L. (2013). Australasian Torrens Automation, Its Integrity, and the Three Proof Requirements, *New Zealand Law Review*, 2, 227-262.
- THOMAS, R., y HUANG, C. (2016). *Blockchain, the Borg Collective and Digitalisation of Land Registries*, *The Conveyancer*, December.
- VIGNA, P. (2016). Ethereum Gets Its Hard Fork and the 'Truth' Gets Tested, *Money Beat, WSJ Blog*, July 20. <http://blogs.wsj.com/moneybeat/2016/07/20/ethereum-gets-its-hard-fork-and-the-truth-gets-tested/>.
- WALPORT, M., ed. (2016). *Distributed Ledger Technology: Beyond Block Chain*. London: Government Office for Science. [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf).
- WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, Free Press: Nueva York.
- WRIGHT, A., y PRIMAVERA DE, F. (2015). Decentralized *Blockchain* Technology and the Rise of Lex Cryptographia». 10 de marzo. <http://www.ssrn.com/abstract=2580664>.
- YARBROUGH, K. A. (2017). *Blockchain Pilot Program Final Report 32-34*. Cook County Recorder of Deeds: Chicago. <http://cookrecorder.com/wp-content/uploads/2016/11/Final-Report-CCRD-Blockchain-Pilot-Program-for-web.pdf>.

## NOTAS

<sup>1</sup> A lo largo del artículo, me referiré tanto a «el» como a «la» *blockchain*, por ser tanto *un* sistema como *un* libro mayor, *una* cadena de bloques y *una* tecnología.

<sup>2</sup> Véanse, para sendas visiones críticas de las posibilidades de *blockchain*, con planteamientos más y menos teóricos, respectivamente, Halaburda (2018) y Stinchcombe (2018).

<sup>3</sup> «The Trust Machine», *The Economist*, 31 de octubre, 2015.

<sup>4</sup> «Not-So-Clever Contracts», *The Economist*, 28 de julio, 2016.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, la propuesta de OpenLaw:

«OpenLaw ofrece ‘plantillas jurídicas’ que se pueden mejorar utilizando nuestro lenguaje de ‘Legal Markup’, que opera de forma similar a los ‘texto wiki’ de Wikipedia pero con funciones adicionales, las cuales permiten a cualquier persona añadir información lógica y contextual a la prosa jurídica tradicional.

Este lenguaje acelera la penosa preparación de acuerdos legales, reduciendo drásticamente el tiempo necesario para generar y ejecutar una variedad de contratos, y no solo acuerdos simples. Cualquiera puede crear una plantilla, a menudo en cuestión de minutos, e identificar con rapidez las variables clave y los términos opcionales de un acuerdo.

Una vez que se crea una plantilla, la interfaz guía al usuario a través de las áreas que suelen ser personalizadas en cada acuerdo y regenera automáticamente los documentos en tiempo real dependiendo de las entradas del usuario» (Consensys, 2017).

<sup>6</sup> Véase, sobre todo, Kempe (2016, 27-31), así como Mizrahi (2016); y también ChromaWay (2018) para una demostración interactiva acerca de cómo se realizaría la compra de una propiedad usando la tecnología *blockchain*. En 2018, aún no se habían iniciado las pruebas piloto (Anand 2018). Otros proyectos menos ambiciosos suelen usar el *blockchain* solo como mero depósito de datos para preservar los índices del registro (Allison, 2017).

<sup>7</sup> Como cabría esperar, la interacción del *blockchain* con el registro sería mínima: «El *blockchain* para las transacciones es de código abierto y es validado por Lantmäteriet, pero puede ser verificado por cualquiera. La cadena de autorización, firmando con una ID de Telia, etc., puede ser editada. El *blockchain* almacena las claves de verificación del recibo y el contrato de compra. Una parte externa puede almacenar los documentos originales y sus claves de verificación, pero también puede almacenarlos digitalmente cada parte del acuerdo (banco, comprador, vendedor, agente, etc.). De este modo, tanto los documentos como las claves de verificación permanecen almacenados en múltiples ordenadores, lo que crea redundancia. Las claves se registran también en un *blockchain* externo, por lo que cada parte está segura de que, si las demás partes sufren una pérdida de datos, ella puede, por sí sola, recrear y demostrar toda la cadena de eventos» (Kempe, 2016, 33).

*(Trabajo recibido el 22-3-2018 y aceptado  
para su publicación el 17-7-2018)*



# La causa y la situación patrimonial justa

## *The cause and the fair patrimonial situation*

por

JOSE LUIS DEL MORAL BARILARI

*Abogado y Doctor en Derecho*

*RESUMEN:* El autor del presente artículo defiende que la causa no es el fenómeno productor de un efecto pues tal función lo verifica una acción. La causa no es más que la relación mental que el Hombre hace entre una acción y su efecto, fruto de experiencias anteriormente vividas en que ambos fenómenos se produjeron sin interrupción o solución de continuidad. Esto provocaría un vuelco en la concepción tradicional de la causa, relevándola a un papel puramente conectivo, dejando de estar presente en los acuerdos y no sirviendo para justificar una situación patrimonial legítima.

*ABSTRACT:* The author of this article defends that the cause is not the phenomenon that produces an effect, since such a function is verified by an action. The cause is no more than the mental relationship that Man makes between an action and its effect, the result of previously lived experiences in which both phenomena occurred without interruption or discontinuity. This would cause a shift in the traditional conception of the cause, limiting it to a purely connective role, ceasing to be present in the agreements and not serving to justify a legitimate patrimonial situation.

**PALABRAS CLAVE:** Causa. Acción. Efecto. Acto. Prestación. Motivo. Enriquecimiento injusto. *Animus*. Intención. Proposición. Consecuencia.



*KEY WORDS: Cause. Action. Effect. Act. Prestation. Motif. Unfair enrichment. Animus. Intention. Proposition. Consequence.*

**SUMARIO:** I. LA CAUSA: A) PRELIMINAR. B) CONCEPTO. C) DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES: a) *Del mismo acto.* B) *Provenientes de un acto anterior.*—II. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA.—III. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA CAUSA

### A) PRELIMINAR

Desde el principio de los tiempos, el hombre ha contemplado la naturaleza con constante asombro. Veía como, cada cierto tiempo, se producían delante de él fenómenos extraños e inexplicables. Un día veía un destello, que parecía dibujar una especie de una raya en el cielo (por lo que la llamo «rayo») que terminaba cayendo cerca suyo y, sin saber muy bien por qué, a los pocos segundos observaba cómo se generaba inmediatamente una fuente de luz. Como esa luz producía también una sensación agradable de calor, decidió llevarse a su cueva la rama donde había prendido para que los suyos también pudieran disfrutarla. El frío invierno glacial no daba tregua y el fuego (que es como se pasó a llamar ese fenómeno porque era el *focus* donde se reunía toda la tribu) hacía más habitable la cueva, razón por la que decidieron llamar a dicho espacio, a partir de ese momento, con el nombre de hogar (*fogar*). Por desgracia, un tiempo después, ese nuevo invitado se apagó y en la cueva volvió a imperar el frío y la oscuridad.

Tiempo después, otro miembro del clan llegó a la cueva con otro palo encendido con ese mismo «fuego». Automáticamente, el primero de los hombres que lo llevó a la cueva extrajo una conclusión: había caído otro rayo cerca de la cueva. ¿Por qué? Pues porque podía crear una relación —que no existía en la realidad, pero sí en su mente— entre un fenómeno que había visto (rayo) y lo que después se había producido (fuego).

Sin saberlo ninguno de los miembros de la tribu, la causa ya había hecho acto de presencia entre todos ellos. Y lo había hecho gracias, no a la naturaleza (un rayo y un fuego), sino a que su mente le permitía establecer esa relación: la relación causal.

### B) CONCEPTO

En la antigua Grecia no se hablaba de causa para hacer referencia a ese fenómeno, pues se utilizaba la palabra *αίτία* ó *aitía*, del verbo *aitomai* ΑΙΤΙΩΜΑΙ

(acusar) que da lugar a términos como etiología (que estudia la relación entre fenómenos) siendo solo en Roma<sup>1</sup> cuando se la empieza a denominar de tal forma, lo que hacen —extrañamente para la precisión técnica de la que normalmente hacían gala los romanos— con manifiesta y notoria impropiedad y falta de criterio<sup>2</sup>.

Desde el punto de vista intelectual, ningún jurista es indiferente ante la figura objeto de este artículo. Las inquietudes que suscita son grandes y, en la mayoría de los casos, se observa un cierto grado de respeto cuando comienzan a hablar de ella. En este sentido, autores como ALBALADEJO<sup>3</sup> o DíEZ-PICAZO<sup>4</sup> han demostrado esa posición de indudable respeto por esta figura. Sirvan de botón de muestra las reflexiones que el segundo de ellos hace en su conocida obra *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cuando comienza el estudio de esta materia con las siguientes palabras:

*«El concepto de “causa” dentro de la teoría del contrato es, seguramente, uno de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. No es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista puede creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa».*

Dos afirmaciones fundamentales pueden extraerse de este y otros apartados de su obra.

La primera que, según este autor, la causa resulta difícilmente ininteligible. Lo que ha llevado a dicho autor y a varios de nuestro entorno a propugnar, como ya ocurre en el derecho alemán y en el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía a intentar hacerla desaparecer virtualmente de nuestro ordenamiento jurídico.

Y que, a pesar de ello, lo que sea esa causa sigue siendo, en todo caso, de extraordinaria trascendencia, porque está presente a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico e incluso en todo el lenguaje en general.

Y a fe que es cierto lo que apunta DíEZ-PICAZO pues no en vano, a día de hoy múltiples palabras derivadas de dicho término plagan por doquier nuestro lenguaje: se habla de causar, incluso del inventado verbo «causalizar», de causante (el que provoca la causa) o de excusar (el que está fuera de la relación causal). Lo mismo ocurre con palabras como acusar (*ad-causare*: acercar la causa), acusador, acusación, causador, causafinalista, etc., que se han creado a lo largo de los tiempos partiendo de una concepción, como veremos, errónea de lo que es la causa.

Pues bien, con la omnipresencia legislativa de la causa que apunta DíEZ-PICAZO estoy, como es lógico, absolutamente de acuerdo. Pero con su in-

inteligibilidad y la conveniencia de su desaparición, no puedo estar en mayor desacuerdo. Y a demostrar la plena comprensibilidad de la causa y su, no solo inconveniente, sino imposible desaparición, voy a dedicar este artículo.

La causa no es nada, absolutamente nada que se coloque en uno de los dos extremos de una «cuerda». Es la «cuerda» misma. En puridad enlaza una acción (del latín *agere* y este, a su vez, del PIE \**ag*: mover) con su resultado, el *actum* o acto. La acción durante la producción y el acto como producto del mismo.

Si la acción era voluntaria se hablaba de *fectio* o fección y de *fectum* o fecto. Y dependiendo de que la acción o acto y fección o fecto fueran internas o externas al agente que los realizaba, de enacción/exacción, enacto/exacto y de enfección (posteriormente infección) y exfecto. El término *exfecto* o *exfectum* derivó a *effectum* y finalmente en ¡¡efecto!!

En puridad, por lo tanto, una acción no produce un efecto sino un acto o *actum* pero, para facilitar al lector el cambio de paradigma —de por sí ya bastante revolucionario— vamos a seguir estableciendo una relación entre acción y efecto. Veámoslo en la siguiente gráfica.



La causa se limita, pues a relacionar a esos dos elementos (acción y efecto).

Por las razones antedichas, ni puede hablarse de relación causa-efecto (porque sería como hablar de «relación-relación-efecto») ni de que una acción pueda ser la causa de un efecto. De lo que debe hablarse es de la relación o causa entre una acción y su efecto.

Esa causa, además, no es física sino inmaterial o intelectual —como la que condujo al hombre primitivo a pensar que había caído nuevamente un rayo— y permite, a través de la imaginación y de la experiencia, unir a dos realidades físicas —acción y efecto— separadas entre sí y defender que entre ellos puede formularse una cadena de sucesos sin ruptura intermedia ni solución de continuidad.

De hecho, así es como ocurre en la realidad. Una persona (agente) con una cerilla prende fuego en unos matojos (acción) y de ahí a un inmenso incendio

(efecto) no hay ninguna interrupción fenomenológica. La causa surge, por el contrario, cuando el proceso completo no ha sido visto. Se observa solo su parte final (hay un incendio) y, merced a experiencias anteriores, se elige de entre diversos agentes (una persona con una cerilla, otra con una azada y una tercera con una manguera) a la primera de ellos. Se le acerca a ella esa línea imaginaria o causa. Se le acerca, en definitiva, la causa. Y, por lo tanto, se le acusa (del latín *ad-causa* o acercar la causa).

Si se descubre que ha habido un incendio y que en las cercanías había una cerilla, la relación causal será la que nos permita construir que el incendio (efecto) fue el resultado del lanzamiento de una cerilla (actuación) por parte de un pirómano (agente) y no que el lanzamiento de la cerilla sea, además de actuación, la causa del incendio.

Al ser esta causa inmaterial e intelectual, es difícil de «ver». No faltan incluso algunos filósofos como HUME<sup>5</sup> que se niegan a hacerlo y llegan a afirmar que no existe, porque no tenemos «impresión» de la misma.

#### C) DISTINCIÓN CON FIGURAS AFINES

a) *Del mismo acto*: Dentro de un mismo acto en el que esté operando una causa entre su acción/fección y acto/efecto, la causa suele confundirse con las siguientes figuras que indico a continuación:

#### *Las prestaciones*

Los siguientes artículos que vamos a ver confunden la causa con prestación.

- El artículo 1275 del Código Civil indica que: «Los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». Con más razón si es a las dos.

- El artículo 1276 del Código Civil señala: «*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*».

- Y añade el artículo 1277: «*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*».

La acción, como hemos visto, pasa a denominarse fección cuando es voluntaria y, si además de voluntaria, es consensuada, pasa a llamarse prestación y préstamo su resultado.

Es esta prestación (y en modo alguno una causa) la que:

a) Debe ser lícita<sup>6</sup> (por no oponerse a las leyes o a la moral). Obviamente, la misma lo será siempre y cuando lo sean todos sus componentes (fundamen-

talmente la actividad y el elemento o bien). Por el contrario, la prestación será ilícita cuando haya una actividad ilícita sobre bien lícito, cuando lo ilícito lo sea el elemento, o cuando ambos componentes sean ilícitos.

a) Debe existir, porque si no el acuerdo está vacío de contenido y se produce simulación con ineficacia *ex tunc*, que nada tiene que ver, dicho sea de paso, con la ocultación (impropiamente denominada simulación relativa), que da lugar a una ineficacia sobrevenida *ex nunc*.

b) Y es también esa prestación la que no tiene por qué expresarse en el acuerdo presuponiéndose<sup>7</sup>, no obstante, su existencia y licitud.

### *El anima de las prestaciones*

También se confunde la causa con el *anima* (del griego *anemós*: viento) de las prestaciones.

El artículo 1274 del Código Civil señala que: «*En los contratos onerosos (en realidad, como veremos, mutuos) se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*».

El *anima* es la dirección que adoptan los bienes entre las distintas posiciones de un acuerdo. Indica exclusivamente si la prestación que va en una dirección va a ir seguida o no de una prestación en sentido contrario.

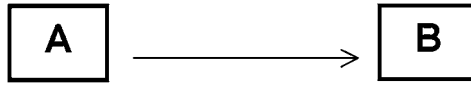
Este precepto se limita, por lo tanto, a apuntar uno de los criterios de clasificación típica de las prestaciones, que pueden distinguirse a estos efectos en mutuas o bidireccionales (*do ut des*) —ya sean recíprocas o no— y gratuitas o unidireccionales.

Las remuneratorias no son más que una especie de las bidireccionales por virtud de las cuales la prestación de una de las partes, al ser realizada *in faciendo*<sup>8</sup>, va siendo remunerada (del latín *re-muneris*: recargada) con la misma periodicidad que aquella se va realizando. Pero nada más. No deja de ser más que una modalidad de la prestación mutua.

Sobre todas ellas pesan, sin embargo, importantes confusiones seculares. Veámoslas.

### Gratiosa

Es graciosa (del latín *gratia*) aquella prestación en la que alguien da algo a otro sin recibir nada a cambio. Se produce con ello, una traslación sin cambio (del PIE \**kamp*: gamba, por la forma de cambio de dirección en U que tiene dicho crustáceo).



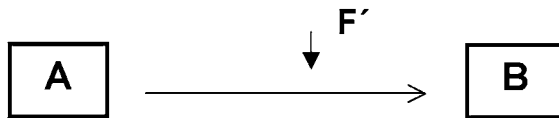
La graciousidad de una prestación debe medirse siempre desde la óptica del disponente y no, como se hace hoy en día, de la del beneficiario. Por ello, mientras el mismo no reciba de vuelta ninguna prestación contraria, la disposición seguirá siendo siempre graciosa. En tales términos, dice el artículo 794 del Código Civil: Será nula la disposición hecha bajo condición de que el heredero o legatario haga en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona. Entonces y, solo entonces, la disposición dejará de ser graciosa para convertirse en mutua.

Estas disposiciones gratias deben de distinguirse en:

a) Gratuitas (del latín *gratus*, distinto de *gratia*), indicativo de grato, en la medida en que el que lo recibe lo hace sin nada que lo aminore y, por lo tanto, «libre de peso». Es la donación habitual de los artículos 618 y siguientes o el legado de los 858 y siguientes.

b) Onerosas (del latín *onus* o peso, que suele confundirse habitualmente con el gravamen).

A ellas se refiere, con notoria impropiedad, el artículo 622 del Código Civil cuando habla de donaciones con «causa» onerosa, en vez de, en la medida en que es un simple pleonasma, donación onerosa sin más. Este *onus* opera como una fuerza física vertical (F) o peso sobre la prestación graciosa horizontal (F) y hace que llegue con menos fuerza o valor al destinatario. Evidentemente, una donación de valor 10 con una carga a favor de otro distinto del donatario que valga 2 finalmente «valdrá» 8. Por esa razón, el artículo 633 impone en la donación de inmuebles la necesidad de consignar aparte ese valor del *onus* impuesto.

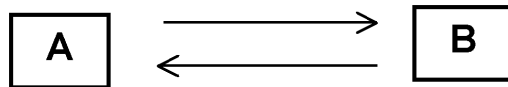


El que el *onus* sea superior o inferior al valor de lo dado en gracia es absolutamente diferente, en contra de lo que afirma el artículo 619 del Código Civil. Un *onus* superior a dicho valor hará, seguramente, que el donatario finalmente considere no aceptar la gracia pero, como dicha carga no es para el donante en modo alguno cambiará tal graciousidad. Cuestión distinta es el diferente régimen de saneamiento que deba corresponder a cada uno en los términos previstos en el artículo 638 del Código Civil.

No merece un capítulo aparte la falsa donación remuneratoria del mismo artículo 619 del Código Civil porque, aparte de que la remuneración no deja de ser mutua, la satisfacción de servicios no exigibles no deja de formar parte de la simple motivación —a la que nos referiremos después de una donación—.

### Mutua

Prestaciones mutuas o sinalagmáticas (del griego *Συνάλλαγμα* o *syn-allagmá*: con cambio) son aquellas prestaciones en las que se producen dos o más traslaciones que se cambian<sup>9</sup>. A ellas se refiere Paulo, D 18.5.5., pr: *Do ut des* (Doy para que des).



Esta era la instrumentación normal de los acuerdos en la época de Roma sin perjuicio de que el acreedor tenía excepcionalmente a su favor la *condictio causa data causa non secuta* para exigir la devolución de lo tradido en caso de incumplimiento.

### Recíproca

Posteriormente, los acuerdos mutuos o sinalagmáticos se hicieron recíprocos (del latín *recus procus*: hacia adelante y atrás).

La diferencia es que en el mutuo-recíproco, cualquiera de las partes puede dejar de efectuar su prestación ante el inicio de incumplimiento de la otra parte (razón por la que las dos flechas se graffan con diferente longitud). Ya no es un simple dar para que te den, sino un dar siempre que te den.

### *La conexión entre efecto y la consecuencia*

Tampoco hay causa entre un efecto y sus consecuencias términos que, asimismo, son confundidos de forma generalizada. El efecto y la consecuencia (del latín *con-sequi*, seguir conjuntamente) han sido producidas por la misma acción (puñetazo) pero mientras la primera se produce siempre (golpe), la segunda no tiene lugar necesariamente (moratón). No hay consecuencia sin efecto previo pues, si falta la consecuencia pasa a convertirse en efecto mismo. La relación

se produce entre la acción y su efecto y, en la medida en que, sobre este último giran las consecuencias, sobre estas también.

### *Las coacciones*

En algunas ocasiones se ha apuntado hacia el miedo como «causa» provocadora de un efecto. La razón estriba en que algunos textos históricos parecen mencionarla como tal, cuando se afirmaba *v.gr.* que *quod metus causa gestum erit*. El miedo y la intimidación (*in-timere-dare*: dar temor) no son más que coacciones que convergen (co-) en un único acto. Las coacciones provocan el único efecto y, entre ambas concurre la causa.

### *La intención y la proposición de la sensación*<sup>10</sup>

En la Roma antigua se conocía como *sensatio* o sensación al proceso de formación del *sensum*. La palabra «sentimiento» que no es más que el *sensum* cuando es utilizado como instrumento (*v.gr.* para la adopción de un acuerdo) ha sufrido a lo largo de los siglos un desplazamiento semántico muy importante pues en la actualidad se utiliza para hacer referencia a lo que se percibe por los sentidos, sin sometimiento a análisis racional alguno. Sin embargo, el sentimiento consiste precisamente en una mezcla «química» de lo impulsivo y reflexivo (término este último que se deriva de la posición del pensador, que suele ser la flexión del brazo para sostener la cabeza), En ese proceso hay:

- Un momento en que un factor externo (un helado) influye en la persona originando el impulso de su corazón (del latín *in pellere*: empujar por dentro) y provocando el querer o el no querer (del PIE *\*kerd-* corazón).
- Un momento posterior en el que ese querer o no querer se dirige a la mente, la cual utiliza hasta cinco herramientas de procesamiento:
  - La ciencia: del latín *scientia* y este, a su vez, del PIE *\*sker 2-* dividir), porque es el instrumento que sirve para distinguir si algo es bueno o malo. Solo cuando se junta con otra puede hablarse de consciencia.
  - El *gnocimiento*: del PIE *\*gno-* identificar, instrumento de la *gnitio* o gnición por el que se identifica lo visto con algo anterior. Con notoria impropiedad se habla de conocimiento para referirse a este fenómeno siendo así que, como vamos a ver en otras numerosas ocasiones, el prefijo co- es indicativo de un *gnocimiento* mutuo. De no ser así, el mutuo se denominaría co-co-*gnocimiento*.



Dicha *gnosis* o *gnitio* se realiza a través de los órganos perceptores (del latín *per-* a través y *cepere*: recibir), que por perversión lingüística vinieron a denominarse posteriormente sentidos, con la confusión que veremos a continuación.

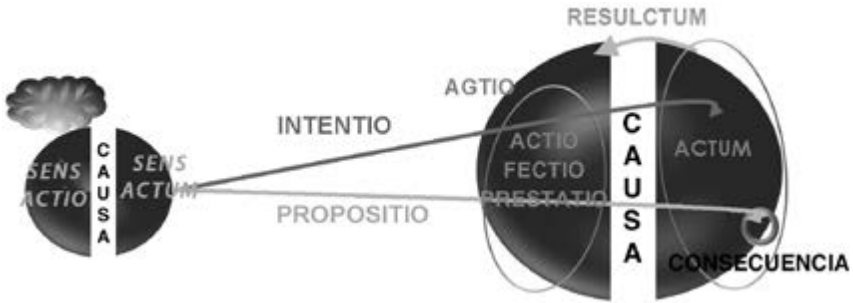
- El discernimiento (del PIE *-ker*: cortar) para cortar lo conocido y poder separar así los pros de sus contras. Este discernimiento no tiene edad fija y varía en función de lo que va a ser objeto de discernimiento. Ya tratamos esta cuestión con detenimiento en sede de capacidad, a cuyo capítulo y gráfica «La edad y el discernimiento» me remito.
- El pensamiento (del latín *pessare*: pesar lo separado y los pros y los contras).
- El razonamiento (del latín *ratio*, del verbo *reor* calcular, estimar, que da lugar a términos como ratificación en el sentido de que algo se detalla o desglosa y que da lugar a palabras como ratificación que consiste, precisamente, en el acto de ponderar y detallar la opinión de un perito que ha emitido previamente un informe). En este proceso se encuadraría lo que HEGEL venía a llamar la *Grund*.  
Este razonamiento opera con la información de que disponemos para obtener conclusiones, resolver problemas, realizar juicios, etc.

- A continuación, la persona decide lo que no va a hacer (decidir viene del latín *de-cadere*, separar y caer), de forma que la decisión no es lo que se hace finalmente, sino precisamente lo que no.
- Y finalmente, después de decidir, «siente» lo que va a hacer (del PIE *\*sent-*: dirigirse, como el sentido de las agujas del reloj o hacer un cambio de sentido, del que surgen palabras como sentencia). Pero, recuérdese, en ese sentimiento confluye tanto lo querido como lo razonado.

Se habla solo de sentimiento y no de consentimiento porque este último no es sino el resultado del encuentro de dos sentimientos (igual que el conocimiento antes señalado) y, del mismo modo que la contradicción es la suma de dos dicciones contrarias o una contraprestación la de dos prestaciones contrarias.

Es en el seno de este proceso de sensación en el que el Hombre desarrolla dos proyecciones mentales: La intención y la proposición. Veámoslo en la siguiente gráfica explicativa:

- INTENCIÓN: Del latín *intentio*, compuesto del prefijo *in-* (interior), la raíz *ten-* (estirar, controlar) y el sufijo *-tio* (indicativo de *agtio*: incluyendo tanto la sensación como la actuación). Se forma durante el proceso del *sensum* o sensación, de donde surge la palabra sensual, sustituida en el uso por el incorrecto término «subjetivo y a diferencia de lo actual, que no tiene nada que ver con lo que ocurre en ese momento sino con lo propio de la actuación, razón por la



que conserva ese significado en el inglés «*actually*» y que, igualmente ha sido sustituido por el incorrecto término «objetivo».

La intención, al igual que la proposición, es individual y no puede atribuirse a ficciones no humanas (sociedad) a diferencia del *animus* que, por el contrario, tal y como veremos, puede ser colectivo. Cuando esa intención se externaliza y se dirige a otro, se denomina *prae-ten-sio*.

El dolo es una intención (no un ánimo), formada durante la sensación y que se dirige hacia un resultado, no hacia una consecuencia (proposición). Es un tipo de reproche, conjuntamente con la negligencia y únicamente es penal (no civil). Por eso, ni es una coacción del sentir (engaño: art. 1269 del Código Civil) ni una mala fe o bajo grado de cumplimiento de una prestación (art. 1106.2 del Código Civil: que se refiere realmente a la mala fe, en contraposición con la buena fe del primer apartado y respecto del cual afirmamos su carácter objetivo a pie de página<sup>11</sup>). Tampoco tiene nada que ver con el fraude, que es también actual.

Ni existe el dolo civil, ni el dolo incidental ni el dolo bueno (exageración de las cualidades o defectos de las cosas o personas, normalmente para facilitar la comercialización de un producto).

A esta figura suelen referirse, con impropiedad notoria, los juristas al hablar del fin buscado por las partes. La palabra fin, al igual que la de objeto, carece de tecnicidad y no viene más que a indicar los límites o *finis* de algo.

— PROPOSICIÓN: La proposición (del latín *pro-positio*: lo que se sitúa delante) se genera, al igual que la intención, en la sensación.

Es sensual, al igual que la intención y a diferencia del *animus* actual que veremos después. Sin embargo, a diferencia de la intención —que simplemente busca el resultado— (como por ejemplo intención de ganancia<sup>12</sup>, la proposición busca más allá, en concreto, la consecuencia: v.gr. *propositio lucrandi*<sup>13</sup>).

Las consecuencias son, como hemos visto también en sede de causa, los fenómenos siguientes a los efectos y resultados y que sin embargo hayan sido provocados, al igual que el efecto, por la misma acción. Estas consecuencias

pueden ser muy numerosas y producirse en una dilación temporal muy importante respecto de la actuación inicial (razón por la que, en sede de prescripción, de aplicarse dicha institución, tenga sentido computarse el plazo a partir de la terminación de las mismas). No puede haber consecuencia sin efecto, pero sí a la inversa.

Todo el conjunto de consecuencias derivadas de una actuación, por muy distantes y diferentes que sean, compondrán el acto como una unidad y permitirán diferenciar ese acto de otro posterior o, incluso, coetáneo en el tiempo que nada tenga que ver con el trinomio originario del acto anterior (acción-causa-efecto).

Se diferencia del propósito en que este último es ya el producto (lucro, venganza) y en que, a diferencia de la proposición, solo tendrá lugar como consecuencia de un imponderable, por ejemplo, ser superiores las ganancias a las pérdidas o ser el resultado parecido a la ofensa que el ofendido recibió en el pasado.

El lucro, pues, no es un ánimo de la actuación sino una intención del actor, lo que hace que el que suscribe, por múltiples razones que no pueden ser expuestas en este artículo, abogue por la insustancialidad del acto jurídico mercantil.

La intención y la proposición se forman siempre durante el pensamiento (sensación) del ser humano y, ontológicamente, solo puede ser individual. El atribuirle a una ficción (persona jurídica) semejantes proyecciones del *sensum* es una muestra más del incorrecto entendimiento de lo que es una equivalencia jurídica<sup>14</sup>.

### *El momento de la efectividad*

Tampoco tiene nada que ver la CAUSA con el momento de producción de eficacia. El primero de los artículos que inicia el Título III del Libro III del Código Civil es el artículo 657 que advierte de que: «Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte».

Este precepto es un mero adelanto de lo que es uno de los dos fenómenos, además de la sucesión en las prestaciones, que a continuación va a regular: la transmisión después de la muerte. Y recuerda que ese fenómeno, que se rige igualmente por el sistema del título y el modo presenta una particularidad: que el Título se genera en vida del disponente pero el Modo no tendrá lugar hasta la muerte del mismo, es decir, *post mortem*. Una disposición, por lo tanto, no es *inter vivos* o *mortis causa* sino *inter vivos* o *post mortem*.

La muerte no es la «causa» de nada y, por lo tanto, tampoco de una disposición. Esa es la razón por la que hago referencia a tal fenómeno utilizando dicho nomenclátor, que es el del Derecho Romano clásico y no el «tradicional».

*El animus*<sup>15</sup>

El *animus* es lo que identifica actualmente la acción. A las personas les cuesta distinguir entre los adjetivos que se predicán de ellas mismas y los que pueden predicarse de sus acciones, al margen de ellas. Una persona puede ser mala y realizar un acto bueno y viceversa.

Estos *animus* son tasados, lo cual no quiere decir que pueden ser de muy distinto orden. Así:

- a) Una cuchillada, si es cerca del corazón es mortal tiene un *animus necandi* y si es en una pierna un *animus laedendi*.
- b) Un abandono o *derrelictio*, realizado en un sitio que manifiesta normalmente la idea de abandonar (contenedor de basura) tiene un *animus derrelinquendi*. Obsérvese la curiosidad de que en la antigüedad, ese acto se hacía a las afueras de la ciudad. De hecho, el origen de la palabra es francesa «*laissez a l'a bandon*», siendo la raíz ban- indicativa de límite, razón por la que las afueras se dice en francés *banlieu* o lugar al límite).
- c) Como veremos, un desplazamiento de un bien tiene un *animus locandi* en el arrendamiento y, por el contrario, *tradendi* en compraventa.
- d) Como también veremos, un *non dominus* —cuando está usucapiendo— tiene un *animus possidendi*, mientras que un *verus dominus* tiene un *animus dominandi*.
- e) Un arrendamiento tiene un *animus locandi* mientras que una compra tiene un *animus vendendi*.
- f) Y un depósito tiene un *animus depositandi* y no *prestandi*, razón por la que cualquier disposición sobre el mismo pueda ser considerado como un delito de usurpación. Véase el conocido asunto sobre la utilización de los depósitos de los aparatos del Canal + que he dejado abajo referenciado<sup>16</sup>.
- g) Una dación tiene un *animus solvendi* mientras que una compraventa tiene un *animus vendendi*. En contra STS de 7 de diciembre de 1983, STS de 26 de mayo 1988 (*RJ* 1988/4343) y STS de 23 de febrero de 2007 (*RJ* 2007/1475), que piensan que si lo dado en *solutio* tiene vicios debe aplicársele la normativa del saneamiento en vez de, como considero más adecuado, la potestad del acreedor de instar el renacimiento total o parcial de la deuda.
- h) Una donación (de cosa) tiene un *animus donandi* objetivo además una intención piadosa y una proposición *beneficiandi*. Ese *animus* está presente además en sus distintas formas:
  - Un perdón (de crédito), solo que su proposición es *liberandi*.
  - Una condonación, que no es más que un perdón consensuado.

- Una remisión (*re-mittere*; volver a enviar, devolver) que, como veremos, no es más que lo que actualmente se entiende por condonación presunta. 1188, 1189 y 1191 (amén de la recogida de dicha figura en los arts. 1143 y 1146).
- No ocurre lo mismo con la quita que, por el contrario, no tiene *animus donandi*, porque lo único que hace es aplazar la satisfacción de un crédito *sine die*, hasta que el deudor venga a mejor fortuna (*vid.* antiguo art. 1920 del Código Civil) —a diferencia de la espera que fija su fecha— y además tendría una intención de financiar y una proposición de cobro.

La distinción del *animus* como un componente actual de la actuación —que es evidente que es la base que inspiró la denominada por BETTI como «función económico-social de los acuerdos— se torna, por lo tanto, vital. Y no solo por lo expuesto (su diferenciación con otros acuerdos afines), sino porque es lo que permite diferenciar un tipo de acuerdos de otros con los que sí se puede mezclar (v.gr *leasing*) o no mezclar. Con respecto a esta última advertencia (prohibición de mezclar *animus* incompatibles), se han planteado problemas en las siguientes materias:

a) *Préstamo con precio*<sup>17</sup> *variable y/o cláusulas suelo*

Pactar un préstamo con un precio variable hace que ya no estemos en presencia de un simple préstamo. En tal caso habría un préstamo con *animus prestandi* combinado con juego con *animus iocandi*.

Si el precio, además, no es equilibrado (sin suelo o «red»), sigue siendo un juego, solo que un poco más peligroso.

El Tribunal Supremo ha tenido que darle a la imaginación para dejar sin efecto este último tipo de cláusulas llamadas «suelo», como consecuencia de la crisis hoy imperante. Así, en la STS de 9 de mayo de 2013, se dicen cosas del siguiente calibre: (\*) que las cuestiones importantes en un contrato deben estar más desarrolladas (\*) que, sin embargo, tampoco pueden tener mucho contenido (\*) que los consumidores son una parte débil (\*) que deben acompañarse simulaciones de producto (\*) e incluso ofertarse otros productos!

Todo menos que sea el Estado —como ocurre con las adhesiones que, aunque son actos de consenso, no son acuerdos al igual que las uniones (matrimonio o sociedad) y los convenios (instrumentales, preparatorios y accesorios)— quien fije el contenido de esta clase de manifestación de consenso. O decir que quien va a pedir un préstamo, no puede encontrarse con que se está poniendo también a jugar contra un banco (a diferencia de quien va a un casino).

Por eso se cuida mucho de defender su ineficacia, pero solo «en el modo y forma en que se utilizan». Lo contrario ¡habría supuesto atacar los pilares del 1255 del Código Civil!

*b) Préstamo participativo*

Otro tanto de lo mismo es predicable de esta figura, que nadie duda que es de préstamo, pero que evidentemente convierte un negocio presidido por un *animus prestandi* en otro gobernado por una *affectio societatis*. Y esos *animus* son, claramente, distintos. El negocio societario es para los que arriesgan en él bienes, trabajo o industria e incluso también para los que, desde dentro, arriesgando con la sociedad en su día a día, le prestan asimismo a la sociedad (art. 1682). Pero no para aquellos que, ajenos al riesgo y cobrando una cantidad fija de capital y usura garantizados, además, juegan a ver si sacan un rédito más, con la red que les da el que la garantía ya está asegurada «desde dentro».

*c) Swaps o «permutas» financieras*

El *swap* es, simple y llanamente —se realice o no en apoyo de un préstamo— un juego (también fuera del Casino) con *animus iocandi*.

Se disfraza de «permuta» o de «seguro» como si el cliente fuera a obtener a través del mismo, a cambio de una cantidad o precio, una prestación contraria segura. Pero es manifiesto y notorio que, en ningún momento, se le permuta absolutamente nada ni se le cubre absolutamente ninguna posición porque:

En el seguro, un asegurado abona una prima a un asegurador que, a cambio, le cubre de un posible riesgo. Pero en el *swap* el banco no asegura nada a su asegurado, solo le cubre una apuesta en la medida en que el otro le cubre la suya. Las partes, a través del mismo, se cubren respectivamente las posiciones al alza o a la baja que puedan producirse en un producto (*swaps* de *commodities*) o en un valor (*swaps* de divisas), etc., en un mercado determinado. Tampoco sería un seguro mutuo porque en el seguro se cubre un evento incierto (sinistro) y en el *swap* algo cierto (alzas o bajas de un precio) aunque se ignore cuánto.

Por lo tanto, nadie asegura a nadie contra nada, por mucho que, mientras las cosas sean favorables, haya esa sensación. A pesar de ello, como siempre, nuestro Alto Tribunal mantiene su posición liberal de conformidad de dicha figura a Derecho, permitiendo que préstamos y juego se mezclen sin problema o se limita a entender que, con una información simétrica, todo se arreglará.

Comparemos, para finalizar, las tres figuras:

a) *Animus*: (a) *possidendi* en la *tentio* (b) *dominandi* en el dominio (c) *donandi* en la donación (d) *condonandi* en la condonación (e) *laedendi* en la lesión (f) *iocandi* en el juego (g) *derelinquendi* en el abandono (h) *affectandi* (del latín *affectio*: compuesto de *ad-* y de *-facere*: hacer hacia, en el sentido de hacer cosas en común) en la sociedad.

b) Intención y proposición

- Intención: (a) capciosa en la *tentio* (b) provechosa en el dominio (c) piadosa en la donación (d) piadosa en la condonación (e) dolosa en la lesión (f) jocosa en el juego (g) desprofectuosa (desaprovechosa) en el abandono (h) gananciosa en cada socio individual.
- Proposición: (a) *proectiva* en la *tentio* (b) *exclusiva* en el dominio (c) *benefactiva* en la donación (d) *liberativa* en la condonación (e) *vindictiva* (venganza) en la lesión (f) *lucrativa* en el juego (f) *dispositiva* en el abandono (g) *lucrativa* en casa socio individual.

Como ya hemos visto, la *propositio lucrandi*. Cuando se ha obtenido, pasa a denominarse propósito de lucro.

Esta figura del *animus*, como hemos visto, es una de las peor entendidas por la doctrina y jurisprudencia modernas. Y sus consecuencias, sin embargo, son extraordinariamente importantes. Veámoslas:

### La *affectio societatis*

El término *affectio* es, en contra de lo que suele creerse, actual y no sensual. Igual ocurre con la *affectio maritalis*, que tenía el mismo sentido de «hacer cosas en común» y que, al sensualizarse, dio lugar a que el Papa Alejandro (1159-1181) ordenara retirar dicha expresión del lenguaje teológico jurídico en la Jurisprudencia Rotal de la Santa Sede, como consecuencia de las dificultades que creaba su interpretación entre los jueces eclesiásticos.

La caterva de interpretaciones sensuales de la *affectio societatis* ha sido ilimitada: intención de asociarse, espíritu de fraternidad, voluntad de unión, colaboración activa, intención de estar en lo bueno y en lo malo, etc.

La *affectio societatis* es un *animus* como el resto que hemos visto, solo que colectivo por su carácter actual. No es ni una voluntad<sup>18</sup> ni, a mi juicio, «un genérico consentimiento contractual aplicado al tipo de acuerdo», como entiende DÍEZ-PICAZO (que con tal expresión sí que apunta, por otro lado, hacia su naturaleza actual) ni lo que se afirma en otra interminable retahíla de posiciones jurisprudenciales, que vienen a decir lo mismo con distintas palabras<sup>19</sup>.

La *affectio societatis* es lo que también ha sido denominado en alguna ocasión como *animus contraendae societatis*, esto es, un fenómeno de carácter actual y colectivo, muy lejos de las intenciones o, incluso, del espíritu de fraternidad que en ocasiones se le apunta. El ánimo es lo que mueve el acto, no al actor. Los sentimientos son importantes para constituir y mantener una sociedad. Los sentimentalismos, no necesariamente.

### La *tentio* o tenencia

La *tentio* es un término que proviene del latín *tenere* y, a su vez, del PIE (-*ten\**: estirar, controlar) y da lugar a numerosas palabras como atención, contención, detención, tenencia, contienda, hipotenusa (lo que se extiende por debajo de los dos catetos), etc. Y es la actuación de control sobre una cosa.

Si utilizásemos la Filosofía para distinguir dos periodos o etapas en la evolución de las personas y el Derecho veríamos una primera en la que las personas están en una isla con la cosa y se limitan a entrar en contacto (*cum-tangere*) con ella. Cuando acercan el tacto están en contacto con ella y, cuando no lo hacen, no se produce absolutamente nada.

Posteriormente, las personas convergen en un mismo «continente» lo que hace necesario, ante los conflictos que se plantean, reconocer un área de control sobre la cosa para que sea respetada. La actuación tendente a mantener esa labor de control, pasó a denominarse *tentio* porque los humanos, al igual que los animales, estiraban su cuello para ejercer esa labor de control.

La *tentio* no precisa de contacto, pero está basada en el contacto, pues es potencia de contacto, razón por la que, como veremos, no cabe la tenencia de un valor inmaterial.

Esta tenencia —que como ya dije, solo se produce en el continente (pues en la isla solo hay contacto)— tiene lugar siempre con un determinado *animus*, el cual será *possidendi\** en el *non dominus* y *proficiendi* en el verdadero dueño. El término posesión (terminado en —sión, pues lo normal es que termine en -ción pero varía también a -sión e incluso a -xión), como si fuera indicativo de actuación, es propio del Derecho romano tardío. Porque tal fenómeno (*possidendi*) no es una actuación, sino un *animus* que acompaña, en gerundio, a la misma (la *tentio* y su *animus possidendi*).

La actuación no es, por lo tanto, la falsa posesión, sino la tención (actuación de la tenencia) y su *animus* es *possidendi* (del latín *po-sedere*, en el que *po-* deriva del griego *απο-* / *apo-* que significa separadamente, no escondidamente y *sedere* en referencia a sentarse para esperar a que se produzca... la usucapión o captura por el uso). Al ser una invención la posesión, otro tanto de lo mismo ocurre con su agente, el poseedor, que debe ser sustituido por: el tenedor.



La «posesión», por lo tanto, ni es un *corpus* conjuntamente con un *animus*, como decía SAVIGNY (porque el *corpus* es la *tentio* o tenencia), ni menos aún solo un *corpus* como defendía IHERING, sino solo un *animus*, que acompaña a la actuación o *corpus* de la *tentio* o tenencia. Cada uno de ellos existe por separado y ninguno de ellos se espiritualiza o materializa.

Aunque la historia, por lo tanto, demuestra la antigüedad de esta confusión, lo cierto es que el dueño no posee, solo tiene y, solo en el caso de que sea un no dueño, su acción va dirigida a obtener ese dominio a través de la usucapión, sentándose imaginariamente sobre la cosa, para que pueda pasar el tiempo. De todas estas cuestiones, en cualquier caso, voy a dar cumplida cuenta en un artículo que va a publicar la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario en breve, titulada «La posesión: Análisis crítico de una falsa institución».

b) *Provinientes de un acto anterior*

Ya hemos visto las figuras afines con las que se distingue una causa y que se desarrollan en el seno de un mismo acto. Pasemos a ver las que tienen su origen en un acto anterior a aquel en que se forma la causa.

B.1. Sensuales

- *El motivo*: Tampoco la causa tiene nada que ver con lo que mueve al actor hacia la actuación. Eso lo hace el motivo (del latín *motus* y del sufijo -ivo que indica función) que, si es a priorístico para todas las personas, se denomina móvil. También ostentan tal categoría la necesidad, el deseo, el desapego, etc.

No así la venganza, que es una proposición posterior, razón por la que no en vano, se dice de ella «que se sirve mejor en plato frío».



Mencionan realmente el motivo y no la causa los siguientes artículos:

- Donación por méritos del donatario: artículo 619 del Código Civil.
- Institución de heredero o nombramiento de legatario con expresión de motivo erróneo: artículo 767 del Código Civil.
- Desheredación por maltrato: artículo 853.2 del Código Civil.
- Incapacitación por enfermedades y deficiencias persistentes: artículo 200 del Código Civil.
- Donación *propter nuptias* 1336: También las nupcias hacen las veces de motivo por cuanto, aunque las donaciones así llamadas se hacen «antes de celebrarse», lo determinante no es la fecha de su celebración sino la previsión de su celebración anterior al acto de donar y que ese acto sirve de motivación para hacer la disposición. Al no ser las *nuptias* el *animus donandi* objetivo de la donación, sino su mera motivación, la no celebración de las mismas no dará lugar a la ineficacia de la disposición.

## B.2. Actuales

Las fuentes de las acciones debidas:

La causa tampoco es la fuente de las acciones debidas. Es inveterada la clasificación que hace el Legislador de las fuentes en el artículo 1089. Esta clasificación no puede resultar, a mi juicio, más carente de ciencia y, sobre todo, más inútil. Puesto que las fuentes son siempre y en último término las acciones, sin necesidad de hacer distinción alguna ni tener que acudir, como hizo Gayo en su momento<sup>20</sup>, a su clásica coletilla de cierre *ex variis causarum figuris*.

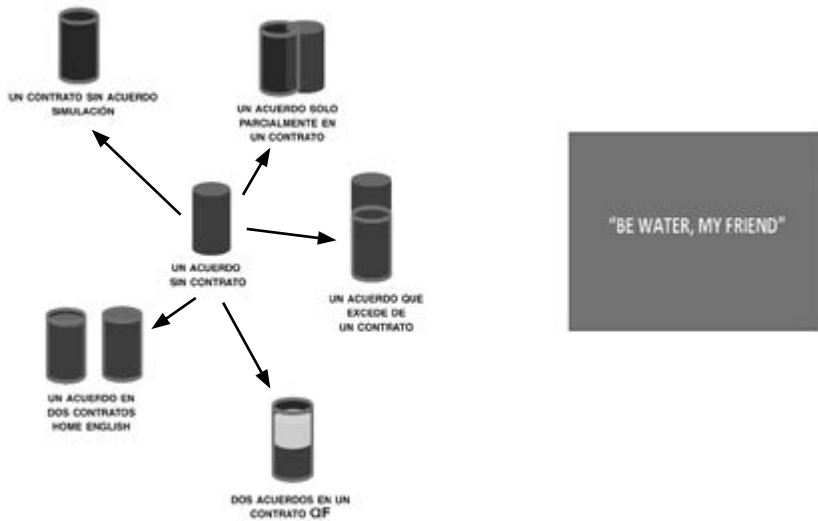
a) La Ley, por el contrario, no es una fuente de una acción legal debida sino aquel presupuesto que permite hablar del mismo, precisamente, como deber legal. Es un presupuesto de la deuda y de la verdadera prestación en el mundo del puesto o tesis. Y, como vamos a ver de inmediato, regula los principios básicos de esta.

Si la Ley fuera una fuente distinta de las otras mencionadas en dicho precepto, parece lógico que concluyese que el resto son fuentes de acciones al margen de la Ley lo que resulta una reducción *ad absurdum*.

b) Dejando al margen la omnipresente Ley, el resto son al fin y al cabo acciones. Así lo son (\*) los acuerdos: que son acciones de consenso (\*) los cuasi-acuerdos: que son acciones puramente voluntarias<sup>21</sup> (\*) y lo mismo las acciones ilícitas de cualquier tipo.

## El acuerdo / contrato

La causa tampoco sería lo que conecta a dos simples contratos —término este de «contrato» que, como postulo en mi Tratado, con una trascendencia enorme— no son más que meros formatos de acuerdos con las combinaciones que pueden observarse en la siguiente gráfica:



Un acuerdo no tiene causa, sino que entre el propio acuerdo (acción voluntaria y consensuada) y su efecto, se ubica la causa.

Si lo que se observa entre dos contratos/formatos es una aparente conexión, la misma no merece el nombre de causa, sino de: ¡¡acuerdo!! que, al ser inmaterial puede adoptar cualquier forma, incluso dividiéndose en dos.

Cuando un grupo considerable de personas, como ocurrió con los afectados por la quiebra de la empresa *Opening* (red de academias de inglés) acudieron a los tribunales, todos los perjudicados adujeron «casualmente» lo mismo, argumentando que el *modus operandi* había sido siempre el siguiente:

Todos los clientes manifestaron haber dado en su momento su sentimiento a un *acuerdo* atípico y conjunto de «enseñanza financiada». No a un *contrato* de enseñanza y a un *contrato* de financiación distinto, sino al acuerdo conjunto.

Posteriormente, todos los alumnos fueron requeridos para formalizar dos contratos o formatos separados con la academia de inglés y con la entidad financiera, la última de las cuales se cuidó muy mucho de hacer constar que

desconocía para qué daba el dinero y que, obviamente, se lo daba al alumno para que hiciese con él lo que el mismo dispusiese.

El resto de la historia es conocida por todos: la academia quiebra y la financiera reclama la devolución del dinero prestado. Lo cierto es que el problema tuvo una solución razonable en los tribunales (no sabemos si por el número de afectados o por lo justo de sus pretensiones). Sin embargo, consideramos que el resultado, desde el punto de vista técnico-jurídico, no ha sido en absoluto correcto. Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>22</sup>, terminaron dando la razón a este colectivo exclusivamente por su condición de consumidores y usuarios (figura a mi juicio huérfana del más mínimo sentido pues convierte al Legislador en protector de sus «ovejas» con un doble rasero, en vez de eliminar los excesos de los «lobos»), o por ser un crédito al consumo (más de lo mismo) o por la existencia de lo que indistintamente denomina un vínculo o ¡una causa!

Dejando aparte el vínculo (que a mi juicio no es un instrumento de unión sino de fuerza *ex* 1098 v.gr. cuando se habla de «resolución vinculante»), lo que es evidente y así se deduce de todo lo expuesto hasta ahora, es que la única relación que existe entre esos dos contratos es: el propio acuerdo.

Nada tiene que ver, además, la condición o no de usuario para que un acuerdo deba seguir prevaleciendo sobre dos contratos (meros instrumentos de plasmación) que fraccionan un solo sentir o *sensum* real.

### Los instrumentos abstractos

Son instrumentos abstractos aquellos que no traen (abs-traen) el acto precedente (ni la causa ni subyacente), ya sea un arrendamiento, una venta o un préstamo, pero no porque no existan (si no habría una situación patrimonial injusta) sino porque se hace innecesaria su mención.

a) TÍTULOS VALOR: En contra de la posición defendida por la Sala Primera (en pleno) del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de enero de 2011, considero que el título valor ya adquiere independencia del acto precedente desde el momento de su emisión, sin necesidad de su circulación, momento a partir del cual ya adquiere plena independencia de las excepciones no solo derivados del acto anterior debido sino del resto de las oponibles por el deudor por razón del resto de actos existentes entre las partes (v.gr compensación).

Se trataría, por tanto, de un camino de la independencia no *per saltum* sino progresiva. Huelga decir que la independencia, realmente, nunca puede ser completa, toda vez que será vulnerable a otros motivos de ineficacia (fundamentalmente, la falta de capacidad del emisor y a la *exceptio doli*). Una cosa

es que Ley Cambiaria y del Cheque permita e incluso potencie la cesión crédito y otra que no pueda entonces oponerse su independencia del acto precedente desde el principio de la emisión. ¿Para qué nace si no, el instrumento, máxime cuando la vía de repetición queda siempre expedita si se ha producido algún tipo de incumplimiento?

La abstracción genera —por equivalencia— un efecto similar —no idéntico— que el que provocaría la acción no traída (algo así como un «ab»efecto) y, finalmente, un abs-tracto. Lo que ocurre es que, como es un efecto equivalente, puede y debe producirse antes (sin ninguna excepción proveniente del acto y salvo que provenga del propio abstracto), pero sin perjuicio de que el definitivo derivado del acto impere después.

b) AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO: Entiendo con DÍEZ-PICAZO<sup>23</sup>. —y en contra del criterio defendido por el Tribunal Supremo<sup>24</sup>— que dicho aval no puede configurarse como una garantía independiente de la prestación (y ello tanto en fase extrajudicial como judicial) sino solo independiente de sus excepciones. Lo contrario conduciría a considerar el aval, no como una garantía y sí como un medio instrumental de *solutio* de una prestación.

En el supuesto de la sentencia abajo referenciada, además, el incumplimiento alegado por el vendedor (al que le quedaba una parte del precio aplazado por abonar) era la existencia de una posible venta de cosa ajena (un supuesto del artículo 6.3 y no un mera *exceptio non adimpleti*), por lo que debería haberse podido aplicar además el artículo 1502 del Código Civil.

## Reconocimiento de deuda

*Concepto:* Es una declaración de sentimiento del deudor por la que declara la existencia de una deuda en su contra. No tiene tal condición el reconocimiento de una promesa de afianzamiento (en contra la SAP Teruel de 21 de diciembre de 2010).

*Naturaleza:* Es instrumental de una deuda, no la deuda en sí misma. En contra SAP Pontevedra de 22 de marzo de 2007 y Madrid de 29 de octubre de 2010. No nova la prestación previa (en contra SAP Gerona de 15 de octubre de 2010, SAP Valencia de 11 de junio de 2008), razón por la que no se ejecuta el reconocimiento, sino la prestación inicialmente debida (en contra SAP Valencia de 5 de diciembre de 2007). No es una presunción de deuda sino un instrumento de deuda (parecido al 1462 del Código Civil) y el prestatario/deudor debe probar su inexistencia o menor cuantía (a favor SAP Barcelona de 18 de marzo de 2002), no porque sea irracional reconocer una cantidad superior a la real (en contra SAP Córdoba de 25 de mayo de 2010).

*Caracteres:* Es libre (SAP Tenerife de 19 de enero de 2010), consciente (en contra SAP Cantabria de 7 de octubre de 2009) y requiere de la misma

capacidad que la de generar la deuda (SAP Valencia de 22 de mayo de 2009). No excluye el error (aunque lo dificulta) SAP Madrid de 31 de mayo de 2010 y Asturias de 12 de diciembre de 2008.

Puede fijarla o determinarla (si es la prestación) STS de 6 de marzo de 2009 o SAP Tarragona de 26 de junio de 2008 o simplemente reconocer la existencia de la acción (encargo), dejando la determinación de la prestación para después (1598). No tiene por lo tanto por qué fijar un medio de *solutio* (en contra SAP Toledo de 8 de julio de 2009 y SAP Castellón de 15 de mayo de 2009).

## II. LA SITUACIÓN PATRIMONIAL JUSTA

Una situación es justa cuando (1) deriva de un acto justo y (2) no está pendiente de la realización de un acto justo.

### A) LA QUE SE DERIVA DE UN ACTO JUSTO

Como hemos podido ver, la justificación de un efecto encuentra su explicación en una acción con la que se relaciona causalmente. Alguien tiene un dinero porque ha dado un bien a cambio o viceversa. Es por lo tanto la existencia o no de dicha acción, y no la mera causa relacional, lo que justifica o hace justa dicha situación.

Desecho, por lo tanto, la clásica expresión de enriquecimiento sin causa o la de enriquecimiento injusto. La primera (causa) porque, como hemos visto, no depende de ella y la primera (el enriquecimiento), porque no es cierto que sea necesaria su existencia. Será lo normal, por supuesto, pero en modo alguno tiene por qué producirse necesariamente, bastando que se produzca una utilidad (arts. 1163 y 1304 del Código Civil) para que la misma quede justificada. Puede igualmente haber un empobrecimiento y ser igual de injusto para el ordenamiento.

Hablo también de situación y no de otros términos porque la situación puede producirse en cualquier momento o estadio, lo mismo si es dinámico que estático. Y puede producirse no solo originariamente sino de forma sobrevenida (la mal llamada desaparición sobrevenida de la causa).

La situación patrimonial injusta es la creada por una acción ilícita, ya sea ilegal [(1305) penal (apropiación indebida) o civil (venta de bien ajeno)] o inmoral (1306), falsa (1276) o provisional con deber de repetición (1717/1725, 1838) o con potestad para reclamar el reembolso (1728, 1779).

Esta es la solución que establece habitualmente el Código Civil a lo largo de todo el articulado. Véanse, en este sentido, los artículos 10.9, 153, 487, 1063,

1145.II, 1158, 1067, 1304, 1352, 1358, 1359, 1401, 1518, 1535, 1573, 1698, 1717, 1728, 17651.779, 1838, 1893, 1897, 1904, 1909.

En ocasiones, sin embargo, esta situación, pese a ser inicialmente injusta, puede legitimarse posteriormente por ley. En este sentido, merece especial interés el análisis —desde la óptica de la situación patrimonial legítima— la figura del préstamo usurario. Y ello de cara a poner en entredicho una afirmación que lleva mucho tiempo dándose por supuesta. Concretamente, la que recoge el artículo 3 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, cuando establece el deber del deudor de devolver el capital al usurero.

Pues bien, entendemos que tal deber es contrario, además de a la moral (lo que es bueno según el Derecho natural), a los más elementales principios generales de nuestro ordenamiento jurídico por las siguientes razones:

Como punto de partida, lo único que quiere el Estado es que todo aquel que cometa un delito o una inmoralidad no se beneficie, para mayor escarnio, del instrumento (elemento), prestación o beneficios del mismo; y es por eso que, si los dos lo han cometido (o el elemento en sí mismo es delictivo), lo decomisa.

Pero por el contrario si solo lo ha cometido alguno de ellos, lo que considera oportuno es legitimar al perjudicado para beneficiarse con ese capital prestado, lo que hace que, aunque podríamos hablar de enriquecimiento económico, no podríamos decir que es injusto.

Y ello porque el Estado carece —a diferencia de los supuestos de doble conducta ilícita— de razón legal alguna para poder quedárselo (*v.gr* no hay utilidad pública como en la expropiación).

Por supuesto también, le interesa defender tal solución para producir un efecto disuasorio. Se trata, como hemos visto, de un acto de reconocimiento de la legitimidad de un enriquecimiento que, en condiciones normales sería injusto pero que, por condiciones anormales, pasa a ser justo.

En este sentido, el total de las sumas a retener por el mutuario no podrá exceder, como dicen dichos artículos del Código Civil, del capital prestado más el precio total, por lo que servirán de cantidad a cuenta o de límite legal de percepción de daños y perjuicios, salvo los mal llamados daños morales (en realidad daños psíquicos o a la psiqué o alma, tal y como la entendía Aristóteles).

También por ese motivo, el fiador debe quedar liberado de su deber, a tenor del artículo 1824 del Código Civil.

La necesidad de una acción justificadora es propia no solo de la adquisición patrimonial, de su transmisión y su pérdida, sino de su mantenimiento.

Por tanto, el comiso (decomiso cuando se acuerda como medida cautelar) no es:

- Ni una confiscación (temporal).
- Ni una expropiación (utilidad pública).

- Ni una pena o accesoria de la misma (pues se deriva exclusivamente de la pérdida de la causa de mantenimiento de un bien en el patrimonio de una persona).
- Ni una responsabilidad patrimonial civil (aunque puede darse como cantidad a cuenta).

La falta de legitimidad de la situación puede derivarse no solo de la falta de acción, sino de una acción errónea (1756 y 1901) o de la pendencia de un deber de reintegro (devolución, reembolso o *actio in rem verso*, resarcimiento o restitución).

Por último, señalar que también son posibles situaciones parcialmente legítimas (cosa, no frutos o intereses) 1304, 1765 y 1897.

El Tribunal Supremo en sentencia de 23 de julio de 2010 se pronunció sobre esta figura, aunque en la sentencia expuesta a pie de página, entendió que una gestión de negocios ajenos sin mandato puede justificarla —lo cual puede ser correcto— pero, en modo alguno, puede defenderse su carácter subsidiario, lo cual carece, a mi juicio, de base legal alguna.

Es evidente que, una vez aclarada la causa, el desmontaje de un enriquecimiento «sin causa» era, a todas luces, automático.

## B) LA QUE NO ESTÁ PENDIENTE DE UN ACTO JUSTO

Esta situación justa (a diferencia de la equitativa, que es relativa porque da una solución provisional entre dos o más alternativas) es la que se produce cuando ya no se está pendiente de:

- REEMBOLSO (GASTO): véanse los artículos 1717 *in fine*, 1722, 1729, 1779, 1838.

Mención aparte merecen las costas procesales<sup>25</sup>

- REPETICIÓN: Véanse los artículos 1121, 1401, 1904, 34 LH 1909, LCCH frente al incumplidor.

- RESTITUCIÓN (PATRIMONIO) que pasa a denominarse reintegro cuando la misma es «íntegra». La misma da lugar a:

- a) Devolución: en el supuesto del artículo 1303.
- b) O a resarcimiento: en supuestos como los de los artículos 1101, 1902, o cuando se tiene que indemnizar a un asegurado tras un siniestro, lo que no constituye prestación contraria de la prima (cobertura) sino acción debida nacida *ex lege* para evitar la situación patrimonial en la que se encontraría el asegurador si, tras recibir la prima, no sufriera la correspondiente pérdida patrimonial con la indemnización.



### III. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, La causa, *RDP*, 1.958, 315.
- AMORÓS GUARDIOLA, Comentario a los artículos 1274 a 1277, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, 478.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La causa y su operatividad en tema de atribuciones patrimoniales*, Universidad de Sevilla, 1999.
- ATARD, La causa ilícita, *RCDI*, 1957, 352.
- CÁMARA, Meditaciones sobre la causa, *RCDI*, 1.978, 637.
- CASTRO Y BRAVO, El negocio jurídico, Madrid, 1967.
- DELGADO ECHEVARRÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII-2, Madrid, 1981.
- Comentario a los artículos 1305 y 1306, *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, 274.
- DE LOS MOZOS, La causa del negocio jurídico. Notas para una reconstrucción de su concepto, *RDN*, 1961, 274.
- Negocio abstracto y reconocimiento de deuda, *ADC*, 1966, 369.
- Causa y tipo en la teoría del negocio jurídico, *RDP*, 1970, 739.
- La renovación del concepto de causa del negocio en Emilio Betti y su recepción en la doctrina española, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno*, 7, 1978, 421.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, Introducción Teoría del Contrato, Civitas 1996, 217.
- El concepto de causa en el negocio jurídico, *ADC*, 1963, 3.
- El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación, en *Estudios de Derecho Privado*, Madrid, 1980.
- GARCÍA MONGE, Contratos con causa ilícita, *RDP*, 1964, 856.
- GARRIGUES, *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1976.
- GETE-ALONSO, *Reconocimiento de deuda: aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989.
- HECK, El negocio jurídico real abstracto, *RCDI*, 1965, 1443.
- JORDANO, Causa, motivo y fin del negocio (STS 30-VI-48, *ADC*, 1949, 749).
- LACRUZ, La causa en los contratos de garantía, *RCDI*, 1981, 709.
- NUÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Causa ilícita y fraude de acreedores (STS 26-IV-62), *ADC*, 1962, 1086.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, La causa en el negocio jurídico, en *Estudios de Derecho Privado*, I, Barcelona, 1948, 49.
- SANCHO REBULLIDA, Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil, *RGLJ*, 1971, 663.
- TRAVIESAS, La causa de los negocios jurídicos, *RGLJ*, 1919, 28.
- VERDERA, Algunos aspectos de la simulación, *ADC*, 1950, 22.
- ZUMALACÁRREGUI, *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español*, Madrid, 1977.

NOTAS

<sup>1</sup> *Cessante causa cessat effectus* (Azón, *Brocardica*, rúbrica 32, fol. 88): Si cesa la causa, cesa el efecto. 1309.

*Cessante statu primitivo cessat derivatus* (Broom, *Legal Maxims*, 495): Una vez suspendido el estado primitivo queda suspendido el derivado. Viuda que contrae nuevas nupcias pierde la legítima, la pensión compensatoria y la pensión de viudedad, 945, 959 y sigs.

*Causa causae est etiam causa causati* (Decio, *Commentaria*). La causa de la causa es también la causa de lo causado. STS de 19 de julio de 1996, *RJ* 5803.

*In iure no remota causa sed proxima spectatur* (Bacon, *Maxims*, reg. 1; y Broom, *Legal Maxims*, 216): En Derecho, se atiende a la causa próxima, no la remota.

<sup>2</sup> En Roma se utiliza la palabra causa, como veremos, con enorme falta de tecnicidad, lo mismo para referirse a las fuentes de las acciones debidas (*ex variis causarum figuris*) que la naturaleza de una institución (*causa perpetua servitutis*) que una coacción (*quod metus causa gestum erit*) o a un *anima* (*dare ob causam*).

<sup>3</sup> ALBALADEJO, M. La Causa, *RDP*, 1958, 315.

<sup>4</sup> DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 8.ª Edición. Editorial: TECNOS. Madrid, 1975. DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 215 a 244.

<sup>5</sup> HUME, D. *Investigación sobre el entendimiento humano*, 1970, 93. Razón por la que apunta hacia una suma ininterrumpida de actuaciones.

<sup>6</sup> Lícito, del verbo *licere* (permitir) es el género y comprende dos términos que deben concurrir simultáneamente, esto es la legalidad y moralidad del acto. Buena prueba de ello es la disyuntiva “o” utilizada en el artículo 1275. La moral es una figura jurídica (no simplemente religiosa), que va mucho más allá de una simple costumbre (*vid.* su superioridad jerárquica en el art. 1.3) y con evidente trascendencia en el mundo del Derecho.

<sup>7</sup> Se habla de presuposición y no de presunción, como dice el artículo 1277, pues no se basa en ningún indicio, sino que es un presupuesto base de la ante-hipótesis.

<sup>8</sup> Sobre este tipo de prestaciones y la deriva, a mi juicio, irracional que está marcando el Tribunal Supremo a la hora de aplicar la denominada cláusula *rebus sic stantibus* me pronunciaré próximamente.

<sup>9</sup> Sinalagmático, por lo tanto, no es lo mismo que recíproco pues el primer término nace en Grecia, en que la idea de la reciprocidad no había todavía dado a luz. Por su parte, la palabra cambio viene del latín *cambium* y, a su vez, del PIE \**skamb-*: curva, en cuanto que supone un cambio de dirección, razón por la que la palabra gamba también tiene esa misma raíz etimológica.

<sup>10</sup> Consentimiento habrá siempre y cuando haya potencialidad para ello (*vgr.* no la tendrán los ya fallecidos o los que se encuentren en cualquier grado o estado de inconsciencia).

El consentimiento, sin embargo, será eficaz en función de cada acto a realizar y de la capacidad que en cada caso exija el ordenamiento jurídico en función de los diferentes grados de discernimiento por los que atraviesa el hombre.

a) Ya en la actuación, ese sentimiento se transforma en manifestación de sentimiento (voluntad) y si cruza y con-cuerda (*cum-cordis*) con otra se convierte en manifestación de consentimiento.

<sup>11</sup> La fe en el cumplimiento: La indemnización prevista en el artículo 1101 no se aplica sin más, sino que tiene en nuestro sistema unos criterios de graduación. Y este criterio de graduación se fija en función de la fe del incumplidor hacia lo pactado en el acuerdo en los términos previstos en el artículo 1107 del Código Civil. Ya advierto, porque esta cuestión también tiene una importante trascendencia, que este es el único precepto que regula realmente lo que debe denominarse buena fe, en sentido propio, en nuestro ordenamiento.

Se trata de una fe actual y no sensual. Sino no tendría sentido que el artículo 1107 precitado estableciese un castigo para la buena fe menor que la mala fe —pero castigo al fin y al cabo— para el caso del incumplimiento. Y ello es porque, en realidad, la buena fe no se predica del agente sino de su acción.

La fe no se produce en la fase de la sensación o formación del *sensum* o senso y, por lo tanto, no es ni un conocimiento de un hecho ni una intención de resultado. Si hay incumplimiento (pues si hay cumplimiento no se plantean problemas de «fe») la acción es de mala fe si la disolución sorprende al incumplidor con un grado muy bajo de cumplimiento y de buena fe si, incumpliendo igualmente, sin embargo, se ha acercado objetivamente al grado de cumplimiento pactado.

El término «fe» procede del PIE *\*dheidh-* y significa ajuste, coincidencia. Nada mejor para apreciar su verdadero sentido que la conocida locución *nihil prius fide* por virtud de la cual el notario da fe de la coincidencia entre lo apreciado por él y lo consignado en el documento público.

En materia de religión la confusión también se produce entre los términos creencia y fe. Creencia, del PIE *\*kerd-* corazón, significa que la persona quiere que algo exista, con independencia de si lo piensa o no. Por eso, incongruentemente, también se habla de la fe como una de las tres virtudes teologales que, en definitiva, son instrumentos de ajuste del creyente para seguir los mandatos —normalmente escritos— que establece su religión.

Desde muy antiguo, la fe objetiva fue confundida con diversos conceptos sensuales aunque tampoco han faltado orientaciones claramente objetivas. Esa tendencia hacia la sensualidad se deriva del antropocentrismo y se manifiesta por la constante tendencia del ser humano a asociar los adjetivos que se dicen de su actuación con los adjetivos que se puedan hacer, independientemente, a él mismo como autor de esa actuación. Cuando el archiconocido personaje Forrest Gump en la película del mismo nombre dirigida por Robert Zemeckis dice aquello de que: «Tonto es el que dice tonterías», nos da una pista para entender esta idea. Una persona puede hacer una tontería y no ser, por ello, tonto. Si hace muchas, a lo mejor empieza a merecer la persona el calificativo.

CHICO Y ORTIZ recoge con bastante claridad las dos concepciones actualmente imperantes sobre la buena fe: 1) las llamadas teorías «subjetivas» que entienden que la buena fe tiene como base un simple error valorado jurídicamente a favor del sujeto o una creencia errónea inexcusable (WAECHTERC y PERNICE), o un estado ético conforma a la tesis de MENGONI o 2) y las teorías «normativas» en las que el concepto de buena fe brota del general deber de no dañar conscientemente a otros. Tampoco faltan las «pluralistas» que consideran que en determinados momentos se basan en un hecho intelecto y en otras en un elemento volitivo.

Otros autores como DÍEZ-PICAZO prefieren llamar a las posiciones anteriormente citadas como «concepción sociológica» y «concepción ética». La primera se basa en la ignorancia del carácter ilícito de un acto o de su contravención con el ordenamiento jurídico. La segunda, que considera más exigente, es aquella por virtud del cual el sujeto opera en virtud de un error cometido conforma a una diligencia socialmente exigida».

No termino de coincidir con ninguna de ellas. La ciencia no termina de encontrar tales huecos intermedios, las cosas, a mi juicio, son «subjetivas» u «objetivas» (en realidad sensuales o actuales), ni mixtas, ni híbridas ni «pluralistas».

El Tribunal Supremo inició un buen camino cuando en STS de 21 de octubre de 1988 la definió como un «comportamiento honrado y justo». Al hablar de comportamiento la objetivaba, sin embargo, en infinidad de ocasiones termina finalmente por subjetivar el concepto. La buena fe ha sido siempre, con las excepciones del derecho tardío y medieval, absolutamente objetiva. Es por esa razón por la que, como veremos, la usucapión romana no exigía inicialmente buena fe ni tampoco se planteaba la cuestión de que la «buena fe» sobreviniese o no.

Visto, pues, lo anterior, es evidente que un comportamiento contrario a la buena fe y, por lo tanto, un comportamiento de mala fe, va a tener el mismo carácter objetivo, razón por la que nada tiene que ver una mala fe con una intención dolosa. En derecho civil no hay dolo (solo engaño *ex* 1269 que no es una intención, sino un instrumento inductor de un vicio del *sensum* y, en definitiva, una co-acción).

<sup>12</sup> Término que viene del gótico *ganan*, que significa codiciar y que dio lugar a palabras como *ganado* —que en origen, significaba también ganancia—.

<sup>13</sup> Lucro: del latín *lucrum* y este, a su vez, de la raíz indoeuropea \**lau-* (logro) del que salen también otras palabras como galardón o, en germánico *lauman*.

<sup>14</sup> Equivalencia jurídica se produce cuando dos seres, sin confundir en ningún momento sus seres, comparten total o parcialmente sus valores frente a otros seres ajenos a la misma. B, sin ser A, comparte el valer de la misma frente a C, pero nunca frente a A.

<sup>15</sup> Véase en este sentido la posición defendida por los profesores ALBALADEJO y DÍEZ-PICAZO, a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la *traditio* realizada por los usuarios a Canal +, en garantía de la devolución incólume de los sintonizadores digitales como una simple «tradición» con carácter traslativo para que el arrendador hiciera con dichas cantidades lo que estimase conveniente. Por el contrario, consideramos que su naturaleza es la de un depósito más.

Por eso, no pueden ser objeto de disposición. Vergonzosamente se vino a imponer tiempo después por vía legal la prohibición de disposición, exigiendo el ingreso en una cuenta aparte o en la misma del arrendador, pero eso no es lo realmente importante. Si se contraviene ese *animus* y se dispone de las cantidades depositadas dicha contravención puede ser perfectamente constitutiva de un delito de apropiación indebida.

Porque esos depósitos se hacen para no ser tocados (no para maquillar contabilidades y balances, y después, para desaparecer en un concurso de acreedores). Son cantidades depositadas para ese acuerdo, sirven a ese acuerdo y se retienen o devuelven en función de ese acuerdo. Por eso, nos resulta extraño que se procesara al Magistrado J. GÓMEZ DE LIANO por prevaricación con base en el mal entendimiento de una adquisición civil (ánimo) tan simple como esta, que los tribunales penales no podían olvidar, habida cuenta del mandato legal del artículo 4.3 del Código Civil.

<sup>16</sup> Utilizo el término precio, por cuanto el interés nunca fue más allá de lo que tenían en común (*inter esse*) todas las partes concernidas por un acuerdo de modo y manera que los que quedaban dentro eran interesados y los que quedaban fuera eran desinteresados. Por esta razón postulo la imposibilidad ontológica de un conflicto de intereses y su sustitución por la expresión conflicto de intenciones (que sí que es individual y distinta en cada uno de los partícipes).

<sup>17</sup> Sentencia núm. 1004 del TS, Sala Primera, de lo Civil, 13 de noviembre de 1992, que habla de una voluntad de unión. Lo que entiendo correcto en cuanto que es objetivo pero incorrecto en cuanto que voluntad y *animus* no es exactamente lo mismo.

<sup>18</sup> Sentencia TS 114/2012, Sala Primera, de 22 de febrero, que se remite a la sentencia de 25 de octubre de 1999 o a las de 29 de abril de 2005 («...comunidad de contribución...»), 14 de julio de 2006 («...voluntad de crear la sociedad...»), 29 de noviembre de 2007 («...acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad...»)

<sup>19</sup> GAYO, en *Res cottidianae sive aurea*, recogida en el Digesto 44. 7. 1. Pr: «*Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*».

<sup>20</sup> *Etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere licet* (Gayo D. 46.3.53) Es lícito mejorar la condición de una persona sin su conocimiento y contra su voluntad.

<sup>21</sup> STS de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 66582) o de 25 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 145).

<sup>22</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Civitas, Vol. II, 464 y 465: «En nuestra opinión, no puede hablarse de un verdadero carácter abstracto del aval a primera demanda. La causa de garantía aflora inexcusablemente en la valencia de la prestación del aval y el carácter indebido que puede tener el pago, si la obligación garantizada no existía. Por consiguiente, más que de un carácter abstracto del negocio de constitución de la garantía, de lo que se trata es de un sistema de garantía en el que no pueden oponerse al acreedor las excepciones derivadas de su relación con el deudor. Se trata, por consiguiente, de una garantía sin excepciones posibles del fiador.

<sup>23</sup> STS 3157/2014, 17 de julio de 2014, remitiéndose a una anterior sentencia de 17 de febrero de 2000 señala que: «La obligación de pago asumida por el garante se constituye como una obligación distinta, autónoma e independiente, de las que nacen del contrato cuyo

cumplimiento se garantiza; es nota característica de esta forma de garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad».

<sup>24</sup> No son daño sino reembolso porque son un gasto para recuperar un daño, no un daño en sí mismo en cuanto que no es el resultado de una actuación. Debe aplicarse el IVA al abogado propio y al abogado contrario si es persona física. Como no es daño no es susceptible de ejecución provisional. Las de segunda instancia deberían, a mi juicio, imponerse también pues lo contrario vulnera el principio de la *restitutio in integrum*.

Son de concesión legal (1256), es decir, deben imponerse aunque lo pidan las dos partes (salvo transacción) y ya no las pedirán las partes. En allanamiento del artículo 395 LEC ocurre igual. El pacto de renuncia anticipada es ineficaz porque, aunque las costas son reembolso y no daño, el juez debe condenar en todo caso y si el perjudicado quiere desdecirse de dicha renuncia podrá hacerlo.

*(Trabajo recibido el 31-5-2018 y aceptado  
para su publicación el 17-7-2018)*

# DICTÁMENES Y NOTAS



Posible inconstitucionalidad  
de la sustitución fideicomisaria  
española como medio de protección  
patrimonial de las personas  
incapacitadas \*

*Possible unconstitutionality of the  
Spanish Trustship as a mean of  
protection of people with disabilities*

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA  
*Profesor de la Universidad Pablo de Olavide*

*RESUMEN:* Todo hace indicar que en los próximos años el Tribunal Constitucional deberá pronunciarse sobre la constitucionalidad de una de las figuras jurídicas más importantes que existen desde 2003 en nuestro Derecho Sucesorio: la sustitución fideicomisaria. Y es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2003, los españoles con hijos o descendientes judicialmente incapacitados podrán establecer en su testamento a favor de estos una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual puede suponer incluso la desheredación del resto de herederos forzosos.

---

\* El presente artículo se ha elaborado en el marco del Grupo de investigación SEJ617: Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado.



Esta modalidad de la sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta no tiene cabida, por ejemplo, en Alemania, donde la legítima se encuentra protegida constitucionalmente, mientras que en Italia la legítima que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es precisamente la del propio incapacitado tutelado, pero nunca la del resto de herederos forzosos.

*ABSTRACT: Everything indicates that in the next few years Constitutional Court should pronounce about the constitutionality of the one of most important concept in succession law: the trusteeship estate. From the 2003 Spanish people with children or descendants with disabilities could protect them by the concept of trusteeship estate which authorized the encumbrance of the reserved portion of the deceased's estate with a beneficiary substitution.*

*This kind of trusteeship estate doesn't exist in Germany, where it is stated that the descendants' forced share is a constitutionally protected right, while in Italy trusteeship estate as a protection of tutors involved legislation of certain descendants since 1975.*

**PALABARAS CLAVES:** Sustitución fideicomisaria. Legítima. Derecho constitucional.

*KEY WORDS: Trusteeship estate. Forced share. Constitutionally Right.*

**SUMARIO:** I. EL NUEVO ALCANCE OTORGADO EN 2003 A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA MEDIANTE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. POSIBILIDAD REAL EN ESPAÑA DE VULNERAR LA LEGÍTIMA ERICTA DEL RESTO DE HEREDEROS FORZOSOS INSTITUYENDO UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL DE RESIDUO.—III. MOTIVOS PARA APOSTAR POR SU INCONSTITUCIONALIDAD: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA EN ALEMANIA.—IV. MOTIVOS A FAVOR DE SU CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS.—V. CONCLUSIÓN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL NUEVO ALCANCE OTORGADO EN 2003 A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA MEDIANTE LA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Muy brevemente diré que la sustitución fideicomisaria puede definirse como aquella disposición testamentaria en cuya virtud, el testador (fideico-

mitente) otorga al heredero fiduciario la facultad de disfrutar de la herencia fideicomitada, pero también la obligación de conservarla y restituirla, llegado el momento fijado para ello, a los herederos fideicomisarios designados en el testamento.

La sustitución fideicomisaria ha perdurado en nuestro Ordenamiento desde la época romana hasta nuestros días, quedando con ello acreditada su importancia a lo largo del tiempo. El origen de la institución se encuentra en la época romana, apareciendo concretamente en el siglo I de nuestra era, pasando por el Código de las Partidas, hasta la Novísima Recopilación, así como por las Leyes Desvinculadoras y por diferentes Proyectos de Códigos Civiles, hasta nuestro definitivo Código Civil<sup>1</sup> de 1889, el cual desde su promulgación regula esta figura jurídica entre sus artículos 781 y 789.

Pero fue en el año 2003, a raíz de la promulgación de la Ley 41/2003<sup>2</sup>, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante, LPPD), cuando la sustitución fideicomisaria pasó a convertirse no solo en una de las figuras jurídicas más importantes de nuestro Derecho Sucesorio, sino también, en una institución de imprescindible conocimiento para todos los profesionales del Derecho.

Y es que, mediante dicha norma el legislador de 2003 modificó los artículos 782, 808 y 813.2 del Código Civil, los cuales, desde entonces, presentan el siguiente contenido:

Artículo 782 del Código Civil: *«Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayera sobre el tercio de mejora, solo podrán hacerse a favor de los descendientes».*

Artículo 808, párrafo 3º, del Código Civil: *«Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los herederos forzosos».*

Artículo 813, párrafo 2º, del Código Civil: *«El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley.*

*Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».*

Debido a la redacción dada a la institución a partir de la LPPD, la doctrina mayoritaria se dirige a ella como sustitución fideicomisaria «especial», debiendo destacarse de esta principalmente lo siguiente:

1.º. A través de la LPPD, la sustitución fideicomisaria fue elegida por el legislador español como el medio jurídico para poder proteger patrimonialmente a las personas incapacitadas judicialmente.

Eso sí, dicha institución única y exclusivamente podrá establecerse a favor de personas incapacitadas judicialmente y nunca a favor de personas con discapacidad, ya que el contenido de la LPPD en su artículo 10.2, 3 y 4 es muy tajante al respecto.

Por ello, las personas con discapacidad sobre las que no haya recaído sentencia de incapacitación<sup>3</sup> no podrán ser jamás beneficiarias de la sustitución fideicomisaria, lo cual choca contra el propio título de la Ley que la origina, que no es otro que la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, de ahí que MARTÍN MELÉNDEZ<sup>4</sup> considere que «causa extrañeza que la posibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria tenga como requisito imprescindible que el fiduciario sea una persona incapacitada, y no simplemente una persona con discapacidad, dado el título de la ley y que el objetivo fundamental de la misma sea la protección de las personas con discapacidad».

¿Cuál puede ser el motivo por el que el legislador ha querido limitar esta sustitución fideicomisaria exclusivamente a favor de los incapacitados judicialmente, excluyendo de su alcance a las personas con discapacidad?

Algunos autores<sup>5</sup> entienden tal limitación como una medida para fomentar que las familias se decidan a incapacitar a aquellas personas que lo necesiten y aún no lo hayan hecho. Es decir, que ven en la sustitución fideicomisaria una medida del legislador del 2003 para estimular o incentivar la incapacitación judicial.

Sin embargo, en mi opinión, y coincidiendo con otros autores<sup>6</sup>, considero que la verdadera intención del legislador de 2003 al fijar el alcance de la institución a favor de personas que sufran una enfermedad tan importante que conlleve su incapacitación civil es precisamente limitar lo máximo posible el uso de una figura con unas consecuencias jurídicas tan importantes<sup>7</sup>.

Perfectamente lo expresa MARTÍN MELÉNDEZ<sup>8</sup> cuando argumenta que «*el motivo por el que la Ley 41/2003 ha optado por el incapacitado, excluyendo a los simples discapacitados, es que ha querido reducir las posibilidades de exceptuar la aplicación del principio de intangibilidad de la legítima mediante la determinación de los sujetos que podrían resultar favorecidos (fiduciarios) por los nuevos artículos 782, 808 y 813 del Código Civil, puesto que el número de incapacitados judicialmente es menor que el de discapacitados (...), y se considera que está en situación de mayor gravedad y, por tanto, más necesitada, una persona respecto a la que se ha declarado judicialmente que no puede gobernarse por sí misma (independientemente del grado de incapacitación y de que esté sometida a tutela o curatela), que aquella que, simplemente, ha sido declarada discapacitada*».

2.º. El segundo argumento que acredita la importancia de la institución que estudiamos es que fue elegido por el legislador español como el primer medio jurídico a través del cual se puso fin al principio sagrado e histórico de nuestro Derecho Sucesorio de la intangibilidad de la legítima estricta<sup>9</sup>.

Y es que, tras la entrada en vigor de la LPPD, los testadores españoles podrán beneficiar a sus hijos o descendientes incapacitados judicialmente no solo con el tercio de libre disposición y el de mejora, sino que también podrán establecer a su favor una sustitución fideicomisaria sobre todo el tercio de legítima estricta, gravando con ello al resto de herederos forzosos sobre dicha cuota, lo cual atenta contra todos los antecedentes históricos del Código Civil<sup>10</sup>, ya que tal posibilidad supone que el resto de herederos forzosos que actúen como fideicomisarios verán gravada en mayor o menor medida su cuota de legítima estricta.

## II. POSIBILIDAD REAL EN ESPAÑA DE VULNERAR LA LEGÍTIMA ERICTA DEL RESTO DE HEREDEROS FORZOSOS INSTITUYENDO UNA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ESPECIAL DE RESIDUO

Uno de los problemas de mayor envergadura jurídica que conlleva la regulación dada por el legislador de la LPPD a la sustitución fideicomisaria especial es la posibilidad, o no, de que esta sea de residuo.

Por sustitución fideicomisaria de residuo se entiende la disposición de última voluntad del testador, a través de la cual, y a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria ordinaria, se permite al fiduciario disponer de todos o parte de los bienes fideicomitidos, de modo que el fideicomisario adquirirá en el momento de la restitución los bienes de los cuales el fiduciario no haya dispuesto, y en caso de haber dispuesto de todos, se quedará el fideicomisario sin adquirir ninguno.

O dicho de otro modo, a través de la institución de residuo el fideicomisario solo tendrá derecho a los bienes fideicomitidos de los que el fiduciario no haya dispuesto «*inter vivos*», o incluso, «*mortis causa*», de haberlo autorizado así expresamente el testador.

La sustitución fideicomisaria de residuo es la más importante, no solo por su alcance, sino porque, tal y como comenta LASARTE<sup>11</sup>, pese a su denominación, la de residuo es más frecuente en la realidad que la sustitución fideicomisaria pura.

Así se deduce de la jurisprudencia al respecto, y lo afirman la mayor parte de los notarios, buenos conocedores de la práctica sucesoria.

Valga, pues, la paradoja: la sustitución fideicomisaria de residuo no puede ser considerada una *figura residual* en la práctica testamentaria, al menos, si se la compara con la sustitución fideicomisaria ordinaria. Y es que, tal y como

expuso RIVAS MARTÍNEZ<sup>12</sup>, «esta figura (refiriéndose a la institución de residuo), es, sin ningún género de dudas, la que está llamada a tener un mayor desarrollo, y podrá resolver el sinnúmero de problemas que puedan plantearse en la práctica profesional».

En cuanto a la facultad del fiduciario a la hora de disponer de los bienes fideicomitidos, coinciden la doctrina y la jurisprudencia al afirmar que puede ser muy variado el grado de permisividad mostrado por el testador. Así, por ejemplo, podría el fideicomitente conceder al fiduciario la facultad únicamente de consumirlos, o también de enajenarlos (y esto a título oneroso o a título gratuito sin más), o, incluso, disponer de algunos en concretos, o de todos.

Dicho lo anterior, hemos de reflejar que tal y como argumenta DÍAZ ALABART<sup>13</sup>, el fin que habitualmente se persigue con la sustitución fideicomisaria de residuo es la concesión de la facultad de enajenar *inter vivos* en los casos que lo necesite el fiduciario; aunque suele establecerse que dicha necesidad quede a juicio del mismo, y que no tenga deber de justificarla.

En el mismo sentido, expone la autora NIETO ALONSO<sup>14</sup> que cualquier estudioso mínimamente avezado de estas instituciones testamentarias puede constatar que las modalidades más habituales en estas figuras jurídicas en las que el testador dota a los favorecidos con facultades dispositivas, son las que subordinan esta disposición a la situación de necesidad, sea del fiduciario o del usufructuario.

Eso sí, únicamente podrá estimarse que existe facultad de disponer de bienes fideicomitidos cuando así conste expresamente fijado por el testador.

Llegados a este punto hemos de resaltar que dentro de la sustitución fideicomisaria de residuo, tal y como afirma nuestro Tribunal Supremo<sup>15</sup>, encontramos las sustituciones fideicomisarias de residuo *si aliquid supererit* (si queda algo), y las sustituciones fideicomisarias de residuo *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar).

En las *de eo quod supererit* (de aquello que debe quedar), el fiduciario contará con facultades de disposición *inter vivos* sobre ciertos bienes fideicomitidos, pero no sobre todos, ya que la intención del testador es que una vez llegado el término o cumplida la condición, ciertos bienes vayan a parar al fideicomisario. Dicho de otra forma, el fiduciario, en esta modalidad, no podrá disponer libremente de toda la herencia fideicomitada, por ser voluntad del fideicomitente que el fideicomisario reciba parte de la herencia, por pequeña que esta sea.

En cambio, en los supuestos de sustituciones fideicomisarias *si aliquid supererit* (si queda algo), nos encontramos en aquellos casos en los que el testador faculta al fiduciario a disponer *inter vivos* de todos los bienes fideicomitidos, sin ningún tipo de límite, es decir, que el fiduciario podrá disponer absolutamente de toda la herencia fideicomitada, por lo que los fideicomisarios solo recibirán llegado el momento oportuno, lo que quede de la herencia fideicomitada siempre y cuando quede algo.

Por todo ello, centrándonos en el tema que nos interesa, que es la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD, debemos cuestionarnos: ¿Podrá o no el testador con un hijo o descendiente incapacitado judicialmente establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo sobre el tercio de legítima estricta? Y dentro de las de residuo, ¿podrá establecer el testador una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* a favor de los hijos o descendientes incapacitados judicialmente?

De ser afirmativas las respuestas a dichas preguntas estaríamos afirmando que a través de esta institución especial se puede vulnerar no solo el principio de la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta, sino también, la intangibilidad cuantitativa de la misma (ya que el incapacitado, o mejor dicho, su tutor o curador, podría incluso disponer de bienes que constituyen el tercio de legítima estricta), lo cual podría llegar a suponer la desheredación de los fideicomisarios, es decir, del resto de herederos forzosos.

Particularmente, y aun reconociendo que existe una corriente doctrinal negativa<sup>16</sup> y otra que solo lo entiende posible en casos de estricta necesidad<sup>17</sup>, entiendo que en base a la redacción actual de la LPPD y del Código Civil, única y exclusivamente dependerá del testador el alcance que este quiera otorgarle a la sustitución fideicomisaria especial, pudiendo establecerse por tanto perfectamente la constitución de una sustitución especial de residuo sobre todo el tercio de legítima estricta, e incluso, de una sustitución especial de residuo de la modalidad *si aliquid supererit*.

En la misma línea destaca la opinión de autores como PEREÑA VICENTE<sup>18</sup>, quien considera que *«incluso esa privación podrá ser definitiva si el causante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 783, dispensa al fiduciario del deber de conservar la herencia constituyendo un fideicomiso de residuo. Esta posibilidad supone que el legislador admite que, ante la presencia de un incapacitado, la legítima de los demás coherederos puede llegar a desaparecer. Desde luego, una medida drástica que, esperemos, logre resolver más problemas de los que puede plantear»*.

O, por su parte, CÁMARA LAPUENTE<sup>19</sup>, quien entiende que *«más difícil es dilucidar si el testador puede crear un fideicomiso de residuo con plenas facultades dispositivas a favor del fiduciario incapacitado (a través de su representante); aunque con el tenor de los artículos 808.3 y 782 sería posible, por ser una modalidad de sustitución fideicomisaria, la doble excepción que suponen los artículos 783.2 (al 781) y 782 (al 813) aconseja una interpretación lo más restrictiva posible de esta modalidad para no vaciar totalmente el contenido (y no solo aplazar) las legítimas de los otros hijos o descendientes del causante»*.

DÍAZ ALABART<sup>20</sup> manifiesta que aunque lo lógico sería no considerar posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo, acaba manifestando que no se atrevería a descartar dicha posibilidad, ya que: *«precisamente por carecer o tener muy mermada la obligación de conservar los*

*bienes fideicomitidos es difícil aceptar que pueda ser de residuo el fideicomiso que se permite sobre el tercio de legítima estricta en el artículo 808.3 del Código Civil. De admitirse, podría convertirse en más que un gravamen a la legítima estricta en una verdadera desheredación para los legitimarios fideicomisarios, que podrían verse privados de su legítima si el fiduciario dispone, de una u otra forma de los bienes fideicomitidos. Por ello el admitir que el fideicomisario del artículo 808.3 del Código Civil pueda ser de residuo lo considero excesivo, pues aunque se admita en el citado precepto la creación de un gravamen sobre la legítima estricta, mientras esta no pierda su carácter, no sería posible que el gravamen impuesto pueda ser de tal tenor que permita defraudarla. Así que tratándose ese fideicomiso de un supuesto tan excepcional, parece lógico inclinarse por una interpretación restringida de la figura, la que cause el menor perjuicio posible a la posición de los colegitimarios gravados con la sustitución fideicomisaria, pero tampoco me atrevería a excluirla absolutamente, ya que el legislador no ha puesto limitaciones respecto del tipo de fideicomiso».*

En mi opinión, aunque considero que lo lógico hubiese sido que el legislador fijase la imposibilidad de constituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo para evitar posibles situaciones de desheredación del resto de herederos forzosos, me permito reiterar que hoy en día en nuestro Ordenamiento jurídico no existe ningún impedimento para la constitución de este tipo de institución, incluso en su modalidad *si aliquid supererit*.

¿Mis motivos para defender tal posibilidad? Los siguientes:

1.º. La LPPD no modificó el artículo 783 en su párrafo final del Código Civil, que es el que permite la sustitución fideicomisaria de residuo cuando establece: *«el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa».*

De haber sido la intención del legislador de la LPPD la de prohibir la sustitución fideicomisaria especial de residuo, que reiteramos, es la modalidad de sustitución fideicomisaria más usada en nuestra práctica testamentaria por delante de la sustitución fideicomisaria ordinaria, lo hubiese impedido literalmente. Le hubiese bastado para ello con otorgar una nueva redacción al final de dicho artículo, como por ejemplo, algo parecido a: *«...salvo el caso en el que el testador haya dispuesto otra cosa, posibilidad esta última de la que carece el testador en el supuesto recogido en el artículo 808.3»* (la cursiva es nuestra).

Pero entonces, ¿por qué el legislador no modificó la redacción de dicho artículo? Pues seguramente porque entendió oportuno que este tuviese el mismo alcance, o lo que es lo mismo, que el testador pudiese establecer una sustitución fideicomisaria ordinaria o de residuo indistintamente, dependiendo siempre de su voluntad, incluso en los casos de las sustituciones fideicomisarias especiales a favor de los hijos o descendientes incapacitados.

2.º. La voluntad del testador, en nuestro Derecho Sucesorio, es ley, así que, de ser esta su voluntad, de reflejarse así expresamente en su testamento, y teniendo en cuenta que no lo prohíbe el del Código Civil, no se nos ocurre ningún argumento para oponernos a tal posibilidad.

3.º. La Exposición de Motivos de la LPPD recoge en su apartado IV cómo se regula la administración del patrimonio protegido, que, como sabemos, es el objeto inmediato de la ley, y que tiene la misma finalidad, obviamente, que la sustitución fideicomisaria especial, que no es otra que la protección de las persona con discapacidad y de la persona incapacitada respectivamente.

Recoge el citado apartado IV de la Exposición de Motivos que *«en cuanto a la administración del patrimonio, y el término administración se emplea aquí en el sentido más amplio, comprensivo también de los actos de disposición, se parte de la regla general de que todos los bienes y derechos, cualquiera que sea su procedencia, se sujetan al régimen de administración establecido por el constituyente del patrimonio, el cual tiene plenas facultades para establecer las reglas de administración que considere oportunas (...)»*.

Por ello, considero que al igual que en el patrimonio protegido, en la sustitución fideicomisaria especial la voluntad del legislador fue que dependiese exclusivamente del testador establecer las reglas de administración de los bienes a favor del fiduciario incapacitado, entre cuyas posibilidades se encuentra la de instituir una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit* sobre el tercio de legítima estricta.

4.º. La posibilidad del testador de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo no tiene por qué derivar en perjuicio para los fideicomisarios.

Los autores que se oponen a la posibilidad de establecer una institución especial de residuo parecen olvidar que no por el hecho de permitirse este tipo de sustitución fideicomisaria, el testador la constituirá siempre, sino que ha de contemplarse, al menos bajo mi punto de vista, como una posibilidad más a favor de este, el cual, mejor que nadie, conoce la situación económica y social de cada hijo o nieto, y el tipo de protección que necesita cada uno de ellos. Es decir, que puede ser que la inmensa mayoría de los casos, aunque los testadores con hijos o descendientes incapacitados judicialmente dispongan de la posibilidad de establecer una sustitución fideicomisaria especial de residuo.

A esto debemos sumarle que, incluso aun permitiéndose la sustitución fideicomisaria de residuo especial, el testador podrá establecer la modalidad de *eo quod supererit* (en cuyo caso, nunca se producirá la desheredación de los fideicomisarios dado que debe quedar parte de la herencia por ser esta la voluntad del testador) o *si aliquid supererit*.

Pero incluso, de elegir el testador esta última modalidad en la que el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitados, puede darse la situación de que este no disponga de ellos por diferentes motivos (por ejemplo, que el tutor o curador que intente disponer de algún bien no obtenga la autorización judi-



cial; o ni siquiera lo intente porque no lo necesite; o por fallecer poco después de ser instituido fiduciario), con lo cual, finalmente, no se habría perjudicado en absoluto a los fideicomisarios legitimarios, desde el punto de vista de la intangibilidad cuantitativa de su legítima estricta.

Por todo ello, considero que la sustitución fideicomisaria especial de residuo en sus ambas modalidades es perfectamente válida como medio de protección a favor de las personas incapacitadas judicialmente, dependiendo únicamente su constitución, o no, del testador con hijos o descendientes incapacitados.

### III. MOTIVOS PARA APOSTAR POR SU INCONSTITUCIONALIDAD: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGÍTIMA EN ALEMANIA

En Alemania entró en vigor el 1 de enero de 2010 la Ley de modificación del Derecho de Sucesiones y de la Prescripción, de 24 de enero de 2004<sup>21</sup>.

Desde el punto de vista sucesorio se trata de una reforma mucho menor a la que se planteó inicialmente, afectando los cambios esenciales a la regulación de la legítima y a las causas de desheredación.

En el debate sobre la legítima en Alemania fue decisiva la sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE) de 19 de abril de 2005<sup>22</sup>, en la que se declara protegida constitucionalmente la legítima (Pflichtteilsrecht), disipando las dudas existentes al respecto con anterioridad a dicho pronunciamiento judicial.

Según el BVerfGE en dicha sentencia, la legítima de los descendientes es un valor protegido constitucionalmente del que estos no pueden verse privados y cuya percepción no puede hacerse depender de una previa situación de necesidad. Es decir, que el núcleo de la sentencia fue la protección constitucional de la legítima de los descendientes, a los cuales se les garantiza una participación tangible en la herencia con independencia de sus necesidades, y esta protección se basa en la garantía del derecho a la herencia del artículo 14 en conexión con el artículo 6.1 de la Ley Fundamental.

Y es que, como afirma GALVÁN GALLEGOS<sup>23</sup>, el arraigo de tal institución en la conciencia jurídica de la sociedad, y la resolución del Tribunal Constitucional alemán proclamando la constitucionalidad de la legítima de los hijos como límite de la libertad de testar a favor de la protección de la familia, supusieron que la reforma operada por la Ley de 24 de septiembre de 2009 no fuese una reforma profunda, de calado, sino que se limitó a tocar aspectos muy puntuales con el fin de adaptarlos y aclararlos a la luz de los casos que habían sido resueltos por los Tribunales.

El Tribunal Constitucional germano consideró que no hay mandato constitucional por el que el causante deba conceder un trato igualitario a sus descendientes, pero al mismo tiempo, estableció que la misma garantía, protección y

rango constitucional del artículo 14 (derecho a la propiedad privada) merece la participación mínima de los hijos en la herencia mediante la regulación vigente de la legítima. Afirmó que este es un elemento nuclear tradicional del derecho de sucesiones alemán, igual que la libertad de testar, y que esta participación mínima en la herencia es independiente de toda situación de necesidad del legitimario.

Según el Tribunal Constitucional alemán, la institución de la legítima tiene una larga tradición histórica y lo mismo ocurre en los restantes países europeos de tradición romanística. Estima que las legítimas están vinculadas con la protección constitucional de la relaciones entre padres e hijos (art. 6.1 Constitución alemana), invocando como fundamento de la institución legitimaria la solidaridad familiar entre generaciones y, tras aseverar que el derecho a la legítima, como el derecho de alimentos, aparece vinculado a las relaciones familiares entre el causante y su descendencia, concluye que la libertad de testar del causante está sujeta constitucionalmente a las relaciones que el derecho de familia funda con la descendencia, lo que concede legitimación a los hijos con derecho a la legítima a asegurarse una participación económica en la herencia del progenitor difunto.

Para TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO<sup>24</sup> mediante este sentencia el *BVerG* consideró la parte reservada a los hijos como manifestación de la garantía del artículo 14 GG (propiedad y herencia) que tiene un elemento que trasciende a las generaciones; el Tribunal dio gran importancia al elemento histórico en la configuración de la institución, entendiéndolo que además la «*Pflichtteil*» es expresión de la solidaridad familiar fundada en el 6 GG, el cual garantiza que la relación entre el testador y sus hijos es como una comunidad de vida, con el derecho y la obligación de responsabilizarse unos de otros. Por todo ello el *BVerG* declaró constitucional la regulación de la legítima contenida en el BGB e inconstitucional su hipotética supresión.

Sin embargo, para VAQUER ALOY<sup>25</sup> los razonamientos jurídicos de la sentencia dictan de ser convincentes, ya que los argumentos principales, la tradición de la legítima y su existencia en el derecho comparado europeo, son una constatación, pero no un argumento serio, pues presupone sin mayor esfuerzo argumental que el contexto histórico y social de finales del siglo XIX que determinó una opción de regulación de las legítimas sigue siendo válido en la actualidad.

Lo que parece indiscutible, tal y como afirma ARROYO I AMAYUELAS<sup>26</sup>, es que el legislador alemán mantuvo el equilibrio entre la necesidad de adecuar el valor de la legítima a la realidad social y la obligatoriedad de observar el mandato contenido en la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005.

En definitiva, podemos afirmar que en Alemania la legítima no pierde vigencia a pesar de la evolución en las estructuras familiares (incremento de

parejas no casadas y de hijos no matrimoniales, o con hijos procedentes de un matrimonio anterior, etc.) así como del aumento de la esperanza de vida, y todo ello porque frente a ello priman los principios de solidaridad familiar y de protección de la familia.

Por ello, resulta claro que la sustitución fideicomisaria especial introducida en España en 2003 como medio de protección patrimonial de los hijos o descendientes del testador incapacitados judicialmente sería considerada una figura jurídica inconstitucional en Alemania, ya que mediante esta institución se permite al testador con hijos o descendientes judicialmente incapacitados suprimir la legítima de otros de sus descendientes.

#### IV. MOTIVOS A FAVOR DE SU CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA ITALIANA COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS

Por lo expuesto hasta el momento, podemos afirmar que debido a la regulación dada por el legislador a la LPPD, a través de la sustitución fideicomisaria especial el testador español que tenga hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá, en beneficio de estos, llegar incluso a desheredar al resto de herederos forzosos<sup>27</sup>; y que en Alemania esta institución tendría sin ninguna duda el carácter de inconstitucional, ya que choca frontalmente con el contenido de la sentencia de su Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005, a través de la cual se protegió constitucionalmente la legítima de los descendientes.

Pero, ¿y en España? ¿Podría declararse inconstitucional la sustitución fideicomisaria especial a través de la cual puede vulnerarse la legítima estricta de algunos herederos forzosos?

Para responder a esta pregunta vamos a estudiar el supuesto italiano, donde tras la creación de la sustitución fideicomisaria asistencial como medio de protección de las personas incapacitadas (aunque solo de los tutelados, no de los curatelados) también se cuestionó en un principio su constitucionalidad por vulnerar la legítima de algunos herederos forzosos.

Lo primero que hemos de aclarar desde el principio es que a diferencia de lo que ocurre con la sustitución fideicomisaria especial española, donde la legítima gravada es la del resto de herederos forzosos, en Italia la legítima que queda gravada mediante la sustitución fideicomisaria es precisamente la del propio incapacitado tutelado tal y como expondremos a continuación.

La sustitución fideicomisaria en Italia como medio de protección de las personas incapacitadas fue introducida en el Ordenamiento jurídico italiano a raíz de una reforma introducida en el Derecho de Familia, por la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151<sup>28</sup>.

Recoge el artículo 692 del Código Civil italiano en su primer párrafo que: *«Cualquiera de los padres o de los otros ascendientes en línea recta o el cónyuge del tutelado pueden instituir respectivamente al hijo, al descendiente, o al cónyuge con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes que constituyen la legítima, a favor de la persona o de los entes que, bajo la vigilancia del tutor, hayan cuidado del propio tutelado».*

Pero igualmente, al quedar gravada la legítima del tutelado (y, por ende, la de sus herederos forzosos) se produce la vulneración del principio de intangibilidad de la legítima del Ordenamiento jurídico italiano, recogida en el artículo 549 del Código Civil italiano<sup>29</sup>.

Esta vulneración del principio de intangibilidad de la legítima supuso el planteamiento de la legitimidad constitucional de la sustitución fideicomisaria, ya que, como recoge TALAMANCA<sup>30</sup>, gran referente en el estudio de la figura en Italia, *«el testador, comprendiendo la legítima expectante al mismo incapacitado, podrá privar a los descendientes, legítimos o naturales, de este último de su propia legítima».*

Tras la entrada en vigor de la sustitución fideicomisaria asistencial, en Italia se planteó que la nueva regla podía ser constitucionalmente ilegítima por vulnerar en particular el artículo 3 de la Constitución italiana (igualdad ante la ley), porque la norma iría en perjuicio de la propia posición del tutelado, el cual vería gravada su legítima por el vínculo fideicomisario, o lo que es lo mismo, que el tutelado tendría una capacidad de suceder diversa y limitada respecto a la de los otros ciudadanos o familiares no tutelados.

Efectivamente, parte de la doctrina denunció la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria por vulneración del artículo 29.1.º de la Constitución italiana, que reconoce y protege los derechos de la familia, pero, sobre todo, por vulneración del principio de igualdad que recoge el artículo 3 de la Constitución, a causa de la limitada capacidad de suceder reconocida al incapacitado tutelado y de sus futuros legitimarios.

Dentro de esta corriente doctrinal, destacaban, por ejemplo, los autores FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M.<sup>31</sup>, al manifestar que *«por nuestra parte, se mantiene la inconstitucionalidad de la figura en la parte en la que se consiente que la sustitución fideicomisaria pueda englobar también los bienes que constituyen la legítima»;* y también DE CUPIS<sup>32</sup>, que considera que *«la previsión legislativa sería una clara violación del principio de la intangibilidad de la cuota de reserva del tutelado».*

Sin embargo, la corriente dominante consideró que el legislador italiano gozaba de legitimidad para acabar con el principio de la intangibilidad de la legítima en favor del incapacitado, y que la sustitución fideicomisaria no podía entenderse inconstitucional bajo ningún concepto, principalmente, por tres motivos:

1. Porque la norma en su tenor literal, en el artículo 692 en concreto, dice lo que dice, sin que puedan existir posibles interpretaciones al respecto.

2. Por la finalidad de la institución reformada, que no era otra que la protección y asistencia de los incapacitados.

3. El poder que el artículo 42 de la Constitución reconoce al legislador italiano para regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria, ya que expone que *«la ley establece las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los Derechos del Estado sobre las herencias»*, lo cual puede suponer que el legislador altere los límites al principio de la legítima cuando lo entienda necesario, como fue el caso de la sustitución fideicomisaria para proteger a los tutelados italianos.

Destacaron, en este sentido, autores como VANNI<sup>33</sup>, que expuso *«la excepcionalidad de la institución, sin embargo, justifica la derogación del susodicho principio fundamental de derecho sucesorio que reserva siempre y de todas formas a los legitimarios una cuota de la herencia, ya que en este caso, siendo objetivo de la institución el de incentivar al máximo el cuidado del incapacitado, es evidente que mayor es el patrimonio que puede ser atribuido a favor de los entes o de las personas que hayan cuidado del incapacitado, y más elevado será el interés de estos últimos por hacerse cargo del compromiso»*.

También TAMBURRINO<sup>34</sup> expresó que *«la norma ha preocupado a los comentaristas de la novela que han visto una violación del principio fundamental de la intangibilidad de la legítima y de los intereses de los legitimarios incluido el mismo incapacitado, hasta incluso llegar a dudar de su constitucionalidad al compararlo, o bien con el artículo 29.1.º de la Constitución, o con el artículo 3 de la Constitución. No creemos oportuno seguir esa tesis y esto sobre la nueva base de la sustitución fideicomisaria, la cual no se relaciona más con la familia y su tutela, sino al cuidado del incapacitado para cuyo cuidado el legislador ha admitido que pueda destinarse también la legítima, en el sentido que pueden entrar también en la sustitución los bienes que forman parte de la legítima cuando el testador disponga que estos sirvan también para compensar las personas o los entes indicados por la tutela prestada al incapacitado»*.

Mientras que GENGHINI y CARBONE<sup>35</sup> indicaron que *«algunos autores han criticado la elección del legislador, entendiéndola contraria al principio de igualdad que reconoce el artículo 3 de la Constitución: el instituido, en cuanto tutelado, asumiría una limitación de la legítima que otros instituidos no asumirían; se produciría un tratamiento dispar que dañaría a los futuros legitimarios de este. En realidad, se obvia, no está dirigida a crear un perjuicio al incapacitado, sino una ventaja, asegurándole la asistencia»*.

Por último, PUTTI<sup>36</sup> consideró que *«el Ordenamiento consentiría esta derogación de los principios generales en materia sucesoria por dos motivos: de un lado por la excepcionalidad de las hipótesis normativas de la sustitución fideicomisaria (en consideración de la finalidad que ha inspirado al legislador) y del otro, en virtud del poder reconocido al legislador ordinario de regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria (art. 42 Constitución)»*.

En mi opinión, a todos los argumentos anteriormente esgrimidos, hoy en día existe otro motivo por el que únicamente se puede apostar por la constitucionalidad de la sustitución fideicomisaria italiana: el paso del tiempo.

Y es que, esta institución como medio de protección y asistencia de las personas tuteladas perdura desde hace más de 40 años en el Ordenamiento jurídico italiano, ¿cómo considerarla entonces inconstitucional?

En Italia, la doctrina que denunciaba la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria lo hacía por la posible vulneración del artículo 29.1.º de la Constitución italiana, que reconoce y protege los derechos de la familia, y, sobre todo, por vulneración del principio de igualdad que recoge el artículo 3 de la Constitución, a causa de la limitada capacidad de suceder reconocida al incapacitado tutelado y de sus futuros legitimarios.

En España los motivos por los que alegar la inconstitucionalidad de la sustitución fideicomisaria serían también precisamente la violación de dos artículos de nuestra Constitución, concretamente del artículo 33.1 que *«reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia»*; y del artículo 39.3 de la CE que expone que *«los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»*.

Es decir, que es precisamente la legítima, el instrumento elegido en nuestro Ordenamiento jurídico para conciliar el derecho a la herencia (art. 33.1 CE) con el derecho a la protección de la familia (art. 39 CE).

Lo primero que se ha de tener en cuenta es la ubicación del artículo 33.1 en el texto constitucional. Si bien la propiedad privada y la herencia se incluyen en el Capítulo Segundo del Título Primero, referente a los derechos y libertades, no se integra en los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.ª, sino que se sitúa entre los «derechos y deberes de los ciudadanos» de la Sección 2.ª. O lo que es lo mismo, que no se halla entre los derechos fundamentales, por lo que no goza de las garantías otorgadas a los derechos y libertades del artículo 14, y de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título Primero.

Por ello, considero que a la legítima no ha de otorgársele el carácter de constitucional, ya que de ser así debería, por ejemplo, considerarse inconstitucional lo que ocurre en el valle de Ayala en Ávila, donde rige la libertad absoluta de testar para el testador, reflejando el artículo 89.1 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco que *«los que ostenten la vecindad civil local ayalesa pueden disponer libremente de sus bienes como quisieren y por bien tuvieren por testamento, donación o pacto sucesorio, a título universal o singular, apartando a sus legitimarios con poco o mucho»*.

E igualmente coincide la situación española con la italiana en el sentido de que la doctrina italiana que apostaba por la constitucionalidad de la sustitución fideicomisaria asistencial lo hacía basándose en otro artículo de la Constitución

italiana, concretamente el artículo 42 que reconoce al legislador italiano la capacidad para regular los límites de la sucesión legítima y testamentaria, pudiendo, por tanto, alterar los límites al principio de la legítima.

Por nuestra parte, en España podemos identificar un artículo de nuestra Constitución casi con la misma finalidad, como es el artículo 49, cuando expone que *«los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos»*.

Es decir, que el artículo 49 de la CE obliga a los poderes públicos a «amparar especialmente» a las personas incapacitadas judicialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la CE otorga a todos los ciudadanos, derechos entre los cuales se incluyen el de la herencia y la protección familiar antes estudiado.

Por ello, llego a la conclusión de que el legislador español de 2003, tal vez amparándose en el contenido del artículo 49 de la CE, introdujo la sustitución fideicomisaria como una medida especial-excepcional de protección de las personas incapacitadas judicialmente, tal y como lo hizo el legislador italiano con su sustitución fideicomisaria asistencial en 1975 a través del artículo 42 de su Constitución.

## V. CONCLUSIONES

I. Actualmente en España cualquier testador con hijos o descendientes incapacitados judicialmente podrá instituir a favor de estos una sustitución fideicomisaria especial sobre todo el tercio de legítima estricta, lo cual hace más que probable que el resto de herederos forzosos se vean privados de su legítima estricta en mayor o menor medida.

II. Por ello, considero que tarde o temprano nuestro Tribunal Constitucional deberá pronunciarse respecto a la inconstitucionalidad o no de dicha institución especial, como ocurrió por ejemplo en Alemania en 2005, donde el Tribunal Constitucional apostó por la protección constitucional de la legítima de los descendientes en cualquier caso, lo cual extrapolándolo al supuesto de la sustitución fideicomisaria especial española supondría su inconstitucionalidad.

III. Sin embargo, en mi opinión, existen varios motivos para apostar por la constitucionalidad de dicha institución, incluso siendo consciente de que a través de ella puede llegar a privarse de su legítima a ciertos herederos forzosos.

IV. Los motivos que me hacen apostar por la constitucionalidad de la institución estudiada son, entre otros, en la enorme similitud del problema constitucional de la institución con lo ocurrido en Italia en 1975, donde a día de hoy ya nadie duda de su constitucionalidad; o, en la literalidad de los artículos 782,

808.3 y 813 del Código Civil español; o, la finalidad excepcional de la sustitución fideicomisaria especial que le hace quedar amparada por el artículo 49 de la Constitución; o, por último, la perduración de la institución en nuestro Ordenamiento a lo largo del tiempo, ya que hace más de trece años que la sustitución fideicomisaria especial forma parte del Ordenamiento jurídico español.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO (2005). El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes, en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 35.
- ARROYO I AMAYUELAS (2010). La reforma del Derecho de Sucesiones y de la prescripción en Alemania, [www.indret.com](http://www.indret.com), Indret 1/2010.
- CÁMARA LAPUENTE (2010). *Comentarios al Código Civil*, Dir.: Domínguez Luelmo, 1.ª Edición, Editorial Lex Nova.
- DE CASTRO (1948). Incapacitación del imbecil, en *Anuario de Derecho Civil*.
- DE CUPIS (1975). Postilla sul nuovo diritto di famiglia, en *Rivista di diritto civile*, Tomo I.
- DÍAZ ALABART. La sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente (art. 808 del Código Civil, reformado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre), en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6.
- (2004). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, Pérez de Vargas Muñoz (coordinador), Editorial La Ley, Madrid, 2006.
- DOMÍNGUEZ LUELMO (2010). Artículo 813, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (director), 1.ª Edición, Editorial Lex Nova.
- FINOCCHIARO, A. y FINOCCHIARO, M. (1984). *Diritto di famiglia, Commento sistematico della legge 19 maggio 1975*, Volume Secondo, Giuffrè, núm. 151.
- GENGHINI y CARBONE (2012). *Le successioni per causa di morte*, Tomo II, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- GALVAN GALLEGOS (2005). La legítima en Alemania, en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2016,
- GOMÁ LANZÓN, *Los derechos de cónyuge viudo*, Instituciones de Derecho Privado, Tomo V, Sucesiones, Volumen 3.º, Editorial Thomson Cívitas.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA (2014). Reflexiones sobre la legítima, en *Estudios de Derecho de Sucesiones, Liber Amicorum, T. F. Torres García*, Domínguez Luelmo, García Rubio y Herrera Oviedo (coords.), Editorial La Ley.
- PEREÑA VICENTE (2004). El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado, en *Diario La Ley*, núm. 5957.
- RAGEL SÁNCHEZ (2013). Artículo 808, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch.
- RIPOLL SOLER (2005). La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114.



- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN (2004). La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4.
- TALAMANCA (1978). Artículo 692, en *Commentario del Codice Civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Secondo, Delle Successione, Nicola Zanichelli Editore, Soc. Ed. del Foro Italiano Roma.
- TAMBURRINO (1978). *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Seconda Edizione, Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- VANNI (1995). La sostituzione fedecommissaria. La trasformazione attuata dalla riforma del diritto di famiglia e l'indifferente disciplina del nuovo testo único delle imposte sulle successioni, en *Il fisco*.
- PUTTI (1990). La sostituzione fedecommissaria prima e dopo la reforma del Diritto di famiglia, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno VI, Parte Seconda.

## NOTAS

<sup>1</sup> En adelante del Código Civil, y que fue publicado en GACETA de 25 de julio de 1889.

<sup>2</sup> Publicada en el *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre de 2003.

<sup>3</sup> Da igual que la sentencia sea parcial (curador) o total (tutor, o patria potestad rehabilitada o prorrogada).

<sup>4</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *La sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en presencia de incapacitados*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, 54 y 55.

<sup>5</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, La reforma del Derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, en *Actualidad Civil*, número 4, 2004, 363, nota 7, cuenta que «seguramente, puesto que es una medida excepcional, el legislador haya querido introducir la posibilidad de gravar la legítima solo cuando quede garantizado que el favorecido es persona que no puede gobernarse por sí misma. Por otro lado, cabe pensar también que esta es una forma de fomentar la incapacitación; no hay que olvidar que es una medida de protección».

Y en la misma línea, RIPOLL SOLER, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: Fideicomiso de Residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Editorial Centro de Estudios, núm. 114, 2005, 826, manifiesta que «me inclino a pensar que el gravamen legitimario lo que trata también, desde un punto de vista de política legislativa, es de incentivar la incapacitación judicial, que, por otro lado, tarde o temprano, tendrá que llegar, pues el hijo incapaz bajo el cobijo de los padres, irremisiblemente se convierte en actor jurídico para heredar a estos».

<sup>6</sup> Como ya apunto incluso antes PEREÑA VICENTE, «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, núm. 15, septiembre de 2004, 1763, al exponer que «no hay que olvidar que el artículo 813 del Código Civil consagra como regla general que la legítima no podrá ser gravada, por lo que esta posibilidad es una excepción a la misma y, como tal deberá ser objeto de interpretación restrictiva».

O también GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «La sustitución fideicomisaria a favor de persona con discapacidad», Conferencia pronunciada el 22 de noviembre de 2013, en el marco de las Jornadas tituladas *Instrumentos jurídicos-privados de protección de las personas con discapacidad*, organizadas por la Universidad de Navarra y la Fundación Aequitas, donde fijó que «tal vez sea más correcto entender que nos encontramos ante un supuesto en el que el legislador se muestra más garantista: puesto que supone una excepción a la

*intangibilidad de la legítima que produce como resultado la afectación de derechos de terceros (pues priva provisionalmente a los legitimarios de lo que les corresponde por legítima estricta en la sucesión del difunto), se considera indispensable la intervención judicial, sin que baste el control meramente administrativo ligado a la discapacidad».*

<sup>7</sup> Enfermedad de tal consideración que no sufren las personas que tengan simplemente reconocida administrativamente una discapacidad física o sensorial, sino que se exige para poder ser beneficiaria de la sustitución fideicomisaria especial que se le haya incapacitado judicialmente.

<sup>8</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, *op. cit.*, 63 y 64.

<sup>9</sup> Nada tiene que ver con las excepciones a la intangibilidad cualitativa de la legítima estricta que existían con anterioridad a la entrada en vigor de la LPPD, excepciones que, por regla general, simplemente suponían el aplazamiento del cobro de la legítima, como era el caso de la *cautela socini*, o la posibilidad de conmutar la legítima en dinero. Como veremos a lo largo del presente artículo, a través de esta institución se puede llegar incluso a darse la intangibilidad cuantitativa de la legítima estricta, llegando con ello a desheredarse al resto de herederos forzosos.

<sup>10</sup> En adelante del Código Civil.

<sup>11</sup> LASARTE, *op. cit.*, 136.

<sup>12</sup> RIVAS MARTÍNEZ, Problemas «habituales» en los testamentos y particiones con los fideicomisos normales y de residuo, *El patrimonio sucesorio: Reflexiones para un debate reformista*, Tomo I, Directores: Lledó Yagüe, Ferrer Vanrell y Torres Lana, Editorial Dykinson, Madrid, 2014, 487.

<sup>13</sup> DÍAZ ALABART, El fideicomiso..., *cit.*, 231.

<sup>14</sup> NIETO ALONSO, *Sustitución fideicomisaria de residuo, usufructo testamentario de disposición y donación. La atribución de facultades dispositivas y la repercusión de la situación de necesidad*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2014, 34.

<sup>15</sup> Así lo refleja, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1959, al exponer que «...el fideicomiso de residuo puede adoptar dos modalidades: 1.ª Hipótesis en que el testador faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género. En este caso los herederos fideicomisarios solo recibirán, en su día, lo que quede o reste, si algo efectivamente queda de la herencia. (En esta hipótesis aparecerá el fideicomiso conocido como si aliquid supererit, si queda algo).

2.ª. Supuesto en la que el causante restringe al fiduciario los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos, por expresa voluntad de aquel (aparecerá el llamado de eo quod supererit, de aquello que deba quedar)».

O, también, la Sentencia de 25 de mayo de 1971, mediante la cual, reitera que «en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo, depende sobre todo de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera. En el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios solo recibirán en su día lo que quede o reste (si aliquid supererit), si queda algo; y Segunda. En la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquel (de eo quod supererit), de aquello que debe quedar».

<sup>16</sup> La corriente doctrinal negativa que considera que la sustitución fideicomisaria especial introducida por la LPPD no podrá ser nunca de residuo, es, sin duda, la corriente compuesta por la mayoría de autores. De entre ellos destacan, por ejemplo, ALBALADEJO, El gravamen con una sustitución fideicomisaria a favor del descendiente incapacitado de la legítima estricta de los demás descendientes», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, número 35, Madrid, 2005, 43, cuando expone que «la sustitución fideicomisaria de que se trata es una sustitución fideicomisaria normal, no con facultad de disponer, ni tampoco fideicomisaria de residuo, las que el testador no podría establecer aunque quisiera.

*Sin embargo, hay quien opina que el testador puede dispensar al incapacitado fiduciario del deber de conservar, disponiendo incluso un fideicomiso de residuo.*

*Opinión claramente errónea (...). Permitir esto sería tanto como que directa o eventualmente pudiese el testador dejar al incapacitado la parte libre, la mejora entera y también la legítima entera, privando de esta a todos los demás legitimarios que no fuesen el incapacitado».*

O también LEÑA FERNÁNDEZ, Posibilidades testamentarias y otras disposiciones en materia de sucesiones que ofrece la Ley 41/2003, en *Discapacitado, patrimonio separado y legítima*, Cuadernos de Derecho Judicial, XX, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2.005, 195, cuando indica que «ciertamente, la modificación efectuada de los artículos del Código Civil no limita el tipo de fideicomiso que puede imponerse, por lo que parece tendría cabida el condicional e incluso el de residuo. Sin embargo, una interpretación finalista de la Ley lleva a no admitir esos tipos de fideicomiso puesto que solo admite el gravamen de la legítima estricta con el fideicomiso regulado, pero no la privación de esa legítima estricta, cosa que podría ocurrir si no se cumpliera la condición puesta por el testador a los fideicomisarios en el fideicomiso condicional o no existiesen bienes para transmitir a los fideicomisarios por haber dispuesto de ellos el fiduciario en el caso de fideicomiso de residuo».

<sup>17</sup> Esta corriente considera posible la constitución de una sustitución fideicomisaria especial de residuo sobre el tercio de legítima estricta, siempre y cuando se acredite la estricta necesidad de disponer del fiduciario incapacitado. En tal sentido destacan autores como RAGEL SÁNCHEZ, Artículo 808, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, 5865, cuando manifiesta que «el sacrificio de privación de la legítima de los descendientes no incapacitados cuando se constata la necesidad del descendiente incapacitado. Fuera de este caso extremo de estricta necesidad, estimamos que la sustitución fideicomisaria no debe llevar a la privación de la legítima estricta, por más que lo hubiera previsto el testador al establecer un fideicomiso de residuo. Por lo tanto, quedarían excluidas las posibilidades de disponer a título gratuito de los bienes fideicomitados, tanto inter vivos como mortis causa, porque en tales supuestos no se estará acreditando que exista necesidad por parte del fiduciario».

También RIPOLL SOLER, La sustitución fideicomisaria del nuevo artículo 808 del Código Civil: fideicomiso de residuo, en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 114, 2005, 5865, entiende que «aunque no estará exento de críticas, me parece que la solución adecuada es entender que la norma se está refiriendo a un fideicomiso de residuo con facultades de disposición para caso de necesidad del incapacitado».

O, por último, DOMÍNGUEZ LUELMO, Artículo 813, en *Comentarios al Código Civil*, Domínguez Luelmo (dir.), 1.ª Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2010, 931, cuando indica: «A mi juicio, cabe igualmente gravar la legítima estricta con un fideicomiso de residuo, permitiendo al incapacitado la disposición de todos los bienes en caso de necesidad».

<sup>18</sup> PEREÑA VICENTE, *El Derecho...*, cit., 2.

<sup>19</sup> CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, 726.

<sup>20</sup> DÍAZ ALABART, *La sustitución...*, cit., 1050.

<sup>21</sup> BGBI.I, 3142-3144.

<sup>22</sup> *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005/32, 1561.

<sup>23</sup> GALVAN GALLEGOS, La legítima en Alemania, en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2016, 2.

<sup>24</sup> TORRES GARCÍA y GACRÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 137 y 138.

<sup>25</sup> VAQUER ALOY, Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima, *Indret*, núm. 3, 2007, 13.

<sup>26</sup> ARROYO I AMAYUELAS (2010): 5.

<sup>27</sup> Imaginemos el caso en el que el testador instituye fiduciario sobre el tercio de legítima estricta a su nieto incapacitado, al que al mismo tiempo le deja el tercio de libre disposición y el de mejora. En tal supuesto, los herederos legitimarios del causante deberán esperar a que

fallezca el incapacitado fiduciario para poder disfrutar de su tercio de legítima estricta, pero debido a la diferencia de edad, los fideicomisarios premueren al fiduciario. En tal supuesto, aunque los fideicomisarios serán sustituidos en su cuota de legítima estricta por sus herederos, lo cierto es que ellos en vida se habrán visto privados de su legítima estricta.

Otro ejemplo sería el supuesto en el que el testador establece una sustitución fideicomisaria especial de residuo *si aliquid supererit*, y el tutor del fiduciario incapacitado decide disponer de todos los bienes fideicomitidos para proteger al incapacitado. En este caso, igualmente el resto de herederos legitimarios quedarían privados de su legítima estricta.

<sup>28</sup> Ley 19 de mayo de 1975, núm. 151, de reforma del Derecho de Familia.

<sup>29</sup> Artículo 549 del Código Civil: *Divieto di pesi o condizioni sulla quota dei legittimari. «Il testatore non può imporre pesi o condizioni sulla quota spettante ai legittimari salva l'applicazione delle norme contenute nel titolo IV di questo libro».*

<sup>30</sup> TALAMANCA (1978): 345.

<sup>31</sup> FINOCCHIARO A. y FINOCCHIARO M. (1984): 2395.

<sup>32</sup> DE CUPIS (1975): 130.

<sup>33</sup> VANNI (1995): 6.285.

<sup>34</sup> TAMBURRINO (1978): 424.

<sup>35</sup> GENGHINI y CARBONE (2012): 1267.

<sup>36</sup> PUTTI (1990): 426.

*(Trabajo recibido el 2-3-2018 y aceptado  
para su publicación el 17-7-2018)*



# DERECHO COMPARADO



# La competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo en la Federación de Rusia

## *International jurisdiction in international consumer contracts in the Russian Federation*

por

DIANA GLUHAIA

*Profesora Doctora*

*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

*RESUMEN:* La dimensión internacional de la protección del consumidor ha adquirido una transcendencia en el Derecho internacional privado ruso y por ello es importante adoptar una normativa segura y adecuada que permita resolver con justicia y celeridad los litigios surgidos entre los empresarios y los consumidores. El legislador ruso ha realizado unos cambios en las normas de producción interna que determinan la competencia judicial internacional en los contratos internacionales de consumo, pero esta norma todavía presenta vacíos restringiendo la posibilidad del consumidor para reivindicar sus derechos o acceder a la justicia.

*ABSTRACT:* The international dimension of the consumer protection has acquired a transcendence in the Russian Private International Law and for this reason it is important to adopt a safe and adequate regulation that allows to solve with justice and speed the litigation arising between businessmen and



*consumers. The Russian legislator has made changes in the rules of the internal production that determine the international jurisdiction in international consumer contracts, but this rule still has gaps restricting the consumer's ability to claim their rights or access to justice.*

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Contrato internacional de consumo. Competencia judicial internacional.

KEY WORDS: *Consumer. International consumer contract. International jurisdiction.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA.—III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR.—IV. CONCEPTO DE EMPRESARIO.—V. CONCEPTO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL.—VI. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO: 1. NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNACIONAL QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PREVISTOS EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES. 2. NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNA QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.

## I. ANTECEDENTES

1. La idea de protección del consumidor en el tráfico jurídico externo es relativamente reciente en la Federación de Rusia. Su carácter actual se debe al aumento de los litigios que derivan de los contratos internacionales de consumo que plantean: ¿qué órgano jurisdiccional puede conocer del litigio? ¿es competente el juzgado ruso o el juzgado extranjero para conocer el litigio derivado del contrato internacional de consumo? Existen varios autores rusos que han dedicado un especial interés en la investigación de la problemática de la protección de los consumidores, tanto profesores de Derecho civil como de Derecho internacional privado, entre ellos citamos: SERGEEV, TOLSTOI<sup>1</sup>, BOGUSLAVSKI<sup>2</sup>, ZVECOV<sup>3</sup>, MARISHEVA<sup>4</sup>, ANUFRIEVA<sup>5</sup> y otros.

2. Para entender mejor el concepto de consumidor en la Federación de Rusia, nos gustaría realizar un viaje al pasado, más concretamente al periodo de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) que contemplaba, en la legislación civil, la regulación de los derechos de los ciudadanos y de los clientes. Recordamos varios artículos del Código Civil de la República Socialista

Federativa Soviética de Rusia (RSFSR) de 1964, por ejemplo, el artículo 364 «Derechos del cliente en caso de violación de las cláusulas contractuales por parte del contratista»<sup>6</sup>, los artículos 294<sup>7</sup>, 367<sup>8</sup> y 246 «Derechos del comprador en la venta de los bienes de una calidad defectuosa»<sup>9</sup> son normas genéricas y no diseñadas para amparar los derechos e intereses de los consumidores. Durante la URSS no existía la idea de protección del consumidor, ni siquiera existía el concepto de consumidor, ya que se hablaba del cliente o del comprador.

3. El primer planteamiento sobre la regulación legal de la protección de los derechos de los consumidores fue el Proyecto de Ley de URSS sobre «La calidad de los productos y la protección de los consumidores» en el año 1988. Una gran parte de este proyecto-ley fue dedicado a garantizar la calidad de los productos y servicios, y solo una sección contenía normas destinadas a proteger los derechos e intereses de los consumidores. El proyecto ley no distinguía entre el consumidor persona física y la jurídica. Todas sus normas eran destinadas a regular disposiciones respecto a la calidad de los productos. Aparece el concepto de consumidor que venía condicionado en relación a sus derechos para adquirir bienes de consumo de calidad. Fue el primer paso en la creación de una legislación en la materia de protección de los consumidores por parte del Estado ruso<sup>10</sup>.

4. Con el desarrollo de las relaciones de mercado y del comercio, la URSS se vio obligada a adoptar normas concretas para la protección del consumidor. La idea de su amparo es relativamente reciente (en comparación con otros países), a principio de los años 90. Así, de esta forma fue adoptada la Ley de URSS sobre «La protección de los Derechos del Consumidor» el 22 de mayo de 1991. Sin embargo, esta Ley nunca llegó a entrar en vigor debido a la disolución de la Unión Soviética, aunque sirvió como modelo para la elaboración de la legislación de los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) para legislar en materia de protección de los consumidores.

## II. EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN LA FEDERACIÓN DE RUSIA

5. La transición de la Federación de Rusia desde una economía planificada a una economía de mercado, la creación de diversas formas de propiedad, el desarrollo de la actividad empresarial, etc., llevaron a la creación del mercado de consumo de bienes y servicios. Durante este periodo los consumidores estuvieron desprotegidos. Los fabricantes y los productores prácticamente dictaban sus propias condiciones en el mercado de consumo y no existía una protección jurídica real. La Ley sobre la protección de los derechos de los consumidores del 7 de febrero de 1992 aprobada por el Soviet Supremo de la Federación de Rusia fue el cambio más importante en este sector<sup>11</sup>. Fueron adoptadas varias

leyes para desarrollar el mercado del consumo ruso, tales como: Ley sobre los estándares de los productos y servicios<sup>12</sup>, Ley Federal sobre la calidad y seguridad de los productos alimentarios<sup>13</sup>, Ley Federal sobre las bases de la actividad turística en la Federación de Rusia<sup>14</sup>, Ley Federal sobre la regulación técnica<sup>15</sup>, Ley Federal sobre el bienestar sanitario-epidemiológico de la población<sup>16</sup>, Decreto del Presidente de la Federación de Rusia sobre la creación de un Comité de Estado contra la política de antimonopolio y fueron creadas nuevas estructuras de apoyo económico<sup>17</sup>, etc.

6. El artículo 1 de la Ley sobre la Protección de los derechos de los consumidores<sup>18</sup> señala que las relaciones en el ámbito de protección de los consumidores se rigen por el Código Civil de la Federación de Rusia, la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, así como por otras Leyes Federales y los reglamentos de la Federación de Rusia. Cabe señalar que la creación en la Federación de Rusia de un sistema eficaz de protección de los derechos de los consumidores constituye, sin duda, una de las principales tareas de la política nacional de consumo. El marco jurídico y normativo de protección de los consumidores, en la actualidad, representa una institución de naturaleza compleja (comprende normas de distintas ramas de derecho: civil, penal, administrativo, etc.). La legislación sobre los consumidores es el marco jurídico general que proporciona una protección a los consumidores. No obstante, nos llama la atención la variedad y el gran número de normas en este sector y la falta de una buena sistematización, creando dificultades en la práctica. Para eliminar la duplicidad y las incoherencias existentes en la normativa vigente, es necesaria la adopción de nuevas medidas de tutela. Todo ello supondría una mejora en la aplicación de la ley, y como consecuencia se optimaría la protección de los derechos e intereses de los consumidores.

7. En conformidad con el artículo 15 párrafo 4 de la Constitución de la Federación de Rusia<sup>19</sup>, los principios y las normas del derecho internacional generalmente reconocidos forman parte integrante del sistema jurídico ruso. Si las normas de derecho internacional establecen regulaciones distintas de las previstas en la legislación nacional, tendrán prioridad las normas internacionales. La Federación de Rusia es parte de varios Convenios y Acuerdos internacionales multilaterales y bilaterales. En materia de consumo, podemos señalar el Acuerdo sobre las instrucciones fundamentales en la cooperación de los Estados miembro de la CEI en materia de tutela de consumidores, celebrado en Moscú el 25 de enero de 2000, el Tratado sobre la dirección de una política coordinada contra el monopolio del 25 de enero de 2000 firmado por los países miembros de la CEI, el Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de la República de Kirguistán sobre la cooperación en el ámbito de la protección de los consumidores de 8 de julio de 1993, el Acuerdo entre el Gobierno de la Federación de Rusia y el Gobierno de Ucrania sobre cooperación en el ámbito de la protección de los consumidores de 23 de mayo de 1994, etc.

### III. CONCEPTO DEL CONSUMIDOR

8. El concepto de consumidor constituye un elemento fundamental en la doctrina jurídica rusa y se encuentra en constante evolución. Debido al desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, la Federación de Rusia se vio obligada a adoptar normas para proteger al consumidor en la celebración de los contratos internacionales de consumo.

9. A continuación, analizaremos el concepto de consumidor previsto en el Derecho internacional privado ruso. La definición del concepto de consumidor viene reflejada en el artículo 1212 del Código Civil de la Federación de Rusia al determinar la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo. Previamente, nos gustaría analizar la evolución del concepto de consumidor en la legislación nacional para entender mejor este concepto en el Derecho internacional privado ruso. La legislación rusa sobre la protección de los consumidores extiende su aplicación a los consumidores de nacionalidad rusa, extranjera y apátridas.

10. En su versión original, la ley rusa sobre la protección de los consumidores de 1992 definía al consumidor como *«el ciudadano que tiene la intención de adquirir o hacer el encargo, o la persona que adquiera o utilice los bienes (trabajos, servicios), exclusivamente para su uso personal y no vinculado con la obtención de beneficios»*. Dicha formulación planteaba muchas discusiones en la práctica, ya que la ley no concretizaba qué es el uso personal y la frase «no vinculada con la obtención de los beneficios» tenía un ámbito muy restringido, excluyendo de su ámbito de aplicación a una serie de productos que les reportaba beneficios a los consumidores, a pesar de que su adquisición o utilización se realizaba para sus necesidades personales. Lo que se desprendía de ello que la compra de bienes de consumo no debía ser realizada con fines de lucro, por ejemplo, la reventa de los bienes para obtener ganancias.

11. La reforma de la Ley rusa sobre la protección de los derechos de los consumidores mediante la Ley Federal núm. 212 de 17 de diciembre de 1999 define al consumidor como: *«el ciudadano que tiene la intención de adquirir o hacer el encargo, o la persona que adquiera o utilice los bienes (trabajos, servicios), exclusivamente para su uso personal, familiar, doméstico y otras necesidades, no vinculadas con la actividad comercial»*<sup>20</sup>. Dicha modificación amplía la protección del uso personal, familiar y otras necesidades y precisa que dicho uso no esté vinculado con la actividad comercial. De esta forma, se matiza mejor este precepto para evitar los problemas que puedan surgir de su interpretación. No obstante, tanto en la redacción de la ley de 1992 como en su reforma posterior del 1999, el concepto de consumidor se emplea de una forma genérica al de «ciudadano», sin delimitar expresamente si se trata de personas físicas o jurídicas, lo que implica dificultades en la práctica. Otra definición del concepto de consumidor<sup>21</sup>, la encontramos en el artículo 9 de la Ley Federal,

núm. 15, LF de 26 de enero de 1996<sup>22</sup> sobre la «Introducción de la segunda parte del Código Civil de la Federación de Rusia». Ambas definiciones son distintas por el contenido, ya que la segunda definición refleja el concepto de consumidor previsto en la antigua ley sobre la protección de los derechos del consumidor de 1992. Dicha duplicidad del concepto de consumidor también implica dificultades.

12. Después de analizar el concepto de consumidor en la legislación nacional rusa, vamos a ver su definición en el Derecho internacional privado ruso. El artículo 1212 del Código Civil de la Federación de Rusia<sup>23</sup> define al consumidor como: «*la persona física que utilice, adquiera o se encargue de hacer un pedido o solo tiene la intención de utilizar, adquirir o hacer un encargo de bienes muebles (obras, servicios) para uso personal, familiar, doméstico u otras necesidades no vinculadas con la actividad comercial*». Dicha norma precisa que el consumidor es una persona física que no participa en actividades comerciales o profesionales, excluyendo de esta forma a las personas jurídicas del ámbito de esta protección. Por consiguiente, no tienen la calidad de consumidor las pequeñas y medianas empresas, o las organizaciones sin ánimo de lucro, las asociaciones, las ONG, etc. Este artículo protege a los consumidores finales y privados que no participen en actividades comerciales o profesionales. En el Derecho internacional privado ruso el legislador define al consumidor como una persona física y de esta forma evita las discrepancias que existían en la legislación nacional. Sin embargo, al indicar los foros que determinan la competencia judicial internacional en los contratos internacionales, el legislador no hace referencia al concepto de consumidor.

13. Una peculiaridad de la legislación rusa y del Derecho internacional privado ruso consiste en que las normas de protección del consumidor se aplican tanto en la celebración de los contratos como en la fase precontractual. La frase «*la intención de utilizar, adquirir o encargar*» bienes de consumo implica el reconocimiento de la figura del consumidor en la fase precontractual. Esta posición parece ser muy polémica en la doctrina rusa, ya que la ley reconoce como consumidor no solo a la persona que ha adquirido, utilizado o encargado un bien de consumo, sino también a la persona que únicamente tiene la intención de contratar. Se otorga amparo a los consumidores antes de la celebración del contrato: el derecho a conocer las condiciones de la oferta, el derecho a recibir la información sobre el producto o el servicio prestado, el derecho a una información respecto a las condiciones de venta, etc. En la práctica, puede llevar a varios problemas en cuanto a la determinación de la calidad del consumidor. Tampoco la ley especifica las formas o modalidades de reconocer dicha calidad y no confundirle con el empresario. El consumidor no solo debe serlo, sino también parecerlo para beneficiarse de las reglas protectoras.

14. En conclusión, señalamos una evolución del concepto de consumidor, ya que anteriormente se reconocía la calidad de consumidor al ciudadano que

adquiriría los bienes de consumo sin intención de revenderlas y obtener beneficios adicionales. En la actualidad, se considera como consumidor a la persona física que adquiere bienes exclusivamente para sus necesidades personales, familiares y domésticas y necesidades no relacionadas con fines comerciales. Y, además se reconoce la calidad de consumidor en la fase precontractual, cuando la persona física solo tiene la intención de adquirir un bien de consumo o realizar un encargo.

#### IV. CONCEPTO DE EMPRESARIO

15. En un contrato internacional de consumo, una de las partes contratante es el consumidor, siendo la parte menos experimentada y más débil económicamente, y la otra parte es el empresario (el profesional), la persona que actúa en el ejercicio de una actividad comercial. El empresario es el productor de bienes o servicios que los oferta en el mercado para la adquisición del consumidor, este puede ser una persona física o jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, y que, de manera profesional, produce, importa, distribuye o comercializa bienes o servicios para consumidores. El Derecho internacional privado ruso no define el concepto de empresario (profesional), aunque lo podemos deducir de la definición negativa del consumidor, siendo empresario aquella persona física o jurídica que realiza una actividad comercial.

16. La legislación rusa sobre la protección de los consumidores nos ofrece varias definiciones del concepto de empresario. Por ejemplo, la ley sobre la protección de los consumidores en su variante original de 1992 definía al empresario como cualquier empresa (persona jurídica) independientemente de su forma de propiedad, así como al empresario individual. Dicha ley señalaba los siguientes conceptos: el fabricante, el prestador de servicios y el vendedor. La reforma del año 1999 amplía el concepto de empresario incluyendo: al fabricante<sup>24</sup>, al prestador de servicios<sup>25</sup>, al vendedor<sup>26</sup>, y además introduce la figura del representante del fabricante (vendedor) o del empresario individual que representa al fabricante (vendedor)<sup>27</sup> y la del importador<sup>28</sup>. Dicha ampliación extiende el concepto de empresario a todas las empresas independientemente de su forma de organización (Sociedad Anónima, Sociedad Comanditaria, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Cooperativa de producción, etc.), así como al empresario individual que vende bienes o presta servicios de consumo. Además, hay que tener en cuenta que la empresa puede ser estatal o local, así como privada o pública.

#### V. CONCEPTO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

17. En la doctrina rusa de Derecho internacional privado, no existe un concepto único para determinar la competencia judicial internacional en los

litigios de naturaleza civil con elemento extranjero. La utilización de varios términos («jurisdicción internacional», «jurisdicción», «competencia general», «competencia judicial internacional», etc.) provoca confusiones en la práctica. Los juristas utilizan el mismo concepto para distintos fenómenos de derecho, y viceversa, el mismo fenómeno jurídico es denominado por ellos con varios términos.

18. El profesor AVERIN, en sus trabajos de investigación, habla del concepto de jurisdicción internacional como la distribución de la competencia entre los juzgados y otros órganos administrativos, sitios tanto en el territorio de la Unión Soviética, como en el territorio de los países extranjeros para el enjuiciamiento de los litigios<sup>29</sup>. Según DRUZHKOV, la jurisdicción representa la competencia de determinados órganos de Estado o de la sociedad para enjuiciar un círculo de litigios jurídicos y otras cuestiones de derecho en virtud de lo establecido por la ley<sup>30</sup>.

19. El profesor MAMAEV, en sus trabajos de investigación, nos señala que la utilización del concepto de «*competencia internacional*» es inadecuada. Además, introduce el concepto de «*jurisdicción internacional procesal*» como el más adecuado en la delimitación de las competencias de los órganos jurisdiccionales y otros órganos de administración que pertenecen a distintos países en los asuntos civiles con la participación de las personas extranjeras. El profesor MAMAEV considera que este concepto requiere una modificación, porque la competencia de los juzgados, al examinar las situaciones privadas internacionales de naturaleza civil, no se puede referir solo a los casos donde estén presentes las «*personas extranjeras*»<sup>31</sup>. Compartimos con el autor esta modificación, ya que el elemento extranjero en una situación privada internacional debe referirse a varios elementos: la nacionalidad de las partes, el lugar de la celebración del contrato, el domicilio de las partes, etc. Los profesores rusos PLIGIN y STARJENETZKI afirmaban que el concepto de *jurisdicción* se aplica para determinar la competencia de los juzgados de varios países en el enjuiciamiento de los litigios con elemento de extranjería<sup>32</sup>.

20. También nos llama la atención la tesis del profesor LUNTS, indicando que el concepto de *jurisdicción* se utiliza en el sentido del concepto de competencia judicial. Como afirmaba este autor, el problema de la jurisdicción en el sentido de competencia, surge en los casos cuando el órgano jurisdiccional examina si es competente o no para estimar la demanda judicial cuando el demandado no tenga domicilio en el territorio de este Estado<sup>33</sup>. Igualmente, señalaba que el concepto de *jurisdicción* en el sentido del Derecho internacional privado es un concepto más amplio que el de competencia judicial, ya que la noción de jurisdicción comprende no solo la competencia de los juzgados, sino también la competencia de los órganos de administración (el notariado, los órganos de registro civil, etc.). Además, afirma que el concepto *internacional* se aplica tanto al concepto de competencia, como al concepto de jurisdicción.

La noción de internacional implica que está presente el elemento de extranjería en el litigio surgido entre las partes litigantes<sup>34</sup>. Una propagación del concepto de *jurisdicción* en la doctrina rusa fue vinculada con la adopción del Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 y el Convenio de Lugano del 16 de septiembre de 1988 que regulaban los problemas de competencia judicial. En sus trabajos de investigación, LUNTS hablaba sobre la variante inglesa del Convenio que es la siguiente: *Convention of Brussels on jurisdiction and the Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters*, designado como el Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales<sup>35</sup>. Entre tanto, la versión de la traducción no oficial de este Convenio es el siguiente: *El Convenio de Bruselas sobre los asuntos de jurisdicción y la ejecución de las resoluciones judiciales en los litigios civiles y comerciales*<sup>36</sup>.

21. Actualmente, parte de la doctrina jurídica rusa en sus trabajos de investigación utiliza el concepto de *competencia judicial*, definiéndola como la competencia de los juzgados rusos en el enjuiciamiento de los litigios que surgen de las relaciones jurídicas con elemento de extranjería<sup>37</sup>. Como partidarios de la utilización de este concepto, destacamos a la profesora MARISHEVA, que señala la competencia internacional como la competencia de los juzgados de la Federación de Rusia en el marco del enjuiciamiento de los litigios con la presencia del elemento de extranjería<sup>38</sup>. El profesor BOGUSLAVSKI define el concepto de competencia judicial como la competencia de los juzgados de un determinado país en la solución de los litigios con elemento de extranjería<sup>39</sup>. La misma definición la comparte el autor ZVECOV<sup>40</sup>. La profesora ANU-FRIEVA afirma que, por competencia judicial, se entiende la distribución de las competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales de varios Estados para examinar los litigios con «*características internacionales*»<sup>41</sup>. Sin embargo, la profesora apunta una cierta condicionalidad en la utilización de esta noción.

22. Según MARTENS, hay competencia judicial cuando se habla de las competencias de los juzgados de un determinado Estado para enjuiciar un litigio con elemento de extranjería<sup>42</sup>. YABLOCHKOV afirma que la «*competencia judicial internacional*» se refiere a la determinación del juzgado competente de un determinado Estado para enjuiciar el asunto civil<sup>43</sup>. Veremos que parte de la doctrina jurídica rusa de Derecho internacional privado utiliza el concepto de competencia judicial internacional para la distribución de las competencias de los órganos jurisdiccionales para examinar los litigios con elemento de extranjería. La misma definición la mantiene la profesora FEDOSEEVA, afirmando que la competencia judicial internacional constituye la competencia de un determinado Estado para enjuiciar los litigios civiles con elemento de extranjería<sup>44</sup>. Como norma general, en la Federación de Rusia los litigios civiles con elemento de extranjería se enjuician por los órganos jurisdiccionales ordinarios.

23. En definitiva, el concepto de competencia internacional se refiere a la competencia de los órganos jurisdiccionales, pero el concepto de jurisdicción



internacional contempla la jurisdicción de los juzgados de varios países en el enjuiciamiento de los casos civiles (denominados competencia internacional) y la jurisdicción de otros órganos públicos y los arbitrajes. De esta forma, el concepto de jurisdicción internacional es mucho más amplio que el de competencia. En los tratados con la participación de la Federación de Rusia, y para no crear una confusión entre varios conceptos jurídicos y no provocar conflictos en la práctica, se utiliza un concepto único, el de competencia en su interpretación extensiva contemplando tanto el concepto de jurisdicción como el de competencia en sentido restrictivo<sup>45</sup>. El legislador se ha guiado del hecho de que este concepto sea mucho más adecuado y tenga significado en muchos idiomas del mundo, permitiendo eludir a los conflictos ocasionados por la interpretación de estos conceptos durante el enjuiciamiento de los litigios civiles con elemento de extranjería.

## VI. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSUMO

24. El sistema ruso de normas de competencia judicial internacional en materia de contratación internacional está compuesto por normas de producción internacional (Convenios regionales y bilaterales) y por normas de producción interna: el Código de Procedimiento Civil<sup>46</sup>. La mayoría de la doctrina rusa afirma que el proceso civil internacional no es parte del Derecho Internacional Privado, sino que, por su finalidad es parte del Derecho Procesal Civil<sup>47</sup>. Sin embargo, otros profesores rusos incluyen el proceso civil internacional dentro del sistema de Derecho internacional privado<sup>48</sup>. Una vez que las normas procesales internacionales fueron incluidas en el texto del Código de Procedimiento Civil para enjuiciar los litigios civiles con elemento extranjero, deducimos que el proceso civil internacional hace parte de la rama de Derecho procesal civil y es parte del sistema de Derecho Internacional Privado ruso.

25. La peculiaridad del sistema judicial ruso consiste en que las situaciones privadas internacionales de naturaleza civil son objeto del enjuiciamiento tanto por los órganos jurisdiccionales, como por los arbitrajes. Los arbitrajes son parte del sistema jurisdiccional federal según lo establecido en el artículo 127 de la Constitución de la Federación de Rusia. Los juzgados son competentes para conocer los litigios donde participan las personas físicas extranjeras, los apátridas, las organizaciones extranjeras, pero los arbitrajes son competentes para examinar únicamente los litigios económicos surgidos entre los empresarios extranjeros, excluyendo los litigios internacionales de naturaleza civil con la participación de los consumidores. De esta manera, la competencia para conocer de los litigios derivados de los contratos internacionales de consumo les reviene solo a los juzgados. Las relaciones jurídicas con elemento extranjero están vinculadas tanto

al sistema jurisdiccional de derecho ruso, como al extranjero. Debido a ello, se plantea la cuestión sobre la competencia de los juzgados rusos para examinar los litigios surgidos de estas situaciones privadas internacionales.

26. Para solucionar un litigio civil con elemento extranjero, tenemos que determinar la competencia del órgano jurisdiccional ruso según lo previsto en los convenios internacionales en los que es parte la Federación de Rusia o en las normas de producción interna rusa. Los convenios internacionales constituyen una unificación del proceso civil internacional, y por ello, se consigue una protección muy eficaz de las partes. Los Convenios internacionales firmados por la Federación de Rusia sobre la asistencia judicial y las relaciones jurídicas de naturaleza civil, familiar y penal juegan un papel importante en la determinación de la competencia judicial internacional.

27. El artículo 15.1 de la Constitución de la Federación de Rusia señala que la Constitución constituye la norma jurídica suprema que extiende su acción y se aplica directamente en todo el territorio ruso. Las leyes y otros actos normativos adoptados por la Federación de Rusia no pueden contravenir a las disposiciones constitucionales. La Constitución constituye un elemento independiente del sistema de derecho ruso y no entra en la categoría de las leyes. Las disposiciones de los tratados internacionales disponen de una fuerza jurídica mayor que las leyes nacionales, y si contravienen a las disposiciones constitucionales rusas no se aplicarán en el territorio ruso. Este punto de vista lo comparten muchos juristas de la doctrina de Derecho Internacional Privado ruso<sup>49</sup>. Tal y como mencionábamos anteriormente, las normas internacionales se aplican con prioridad a las normas internas de la legislación rusa. Y cuando existen discrepancias entre las normas nacionales e internacionales contempladas por los convenios internacionales donde la Federación de Rusia es parte, tienen prioridad las últimas.

#### 1. NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNACIONAL QUE DETERMINAN LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PREVISTOS EN LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

28. La Federación de Rusia es parte de varios acuerdos bilaterales sobre la asistencia judicial en materia civil, de familia y penal, concluidos con una serie de países, como: Albania, Argelia, Argentina, Bulgaria, Hungría, Vietnam, Grecia, Egipto, India, Irak, Irán, España, Italia, Yemen, Chipre, China, Cuba, Mongolia, Polonia, Rumanía, Túnez, Finlandia, República Checa, Eslovenia, así como los Estados que forman la CEI (Comunidad de Estados Independientes) y los Países Bálticos. Una parte de los convenios fueron firmados por la Unión Soviética, y la Federación de Rusia es sucesora de estos tratados. Como ejemplos de dichos tratados, señalamos el Tratado con la República Popular Democrata de Corea del año 1958, el tratado firmado con la República Italiana de 1979, el

tratado firmado con Chipre de 1984, etc. Otros tratados ya fueron firmados por la Federación de Rusia como Estado independiente y soberano, aquí señalamos el Tratado de 1992 con la República Popular China. Una serie de Convenios sobre la asistencia judicial y relaciones jurídicas civiles, de familia y penales fueron firmados entre Rusia y los países ex repúblicas de la Unión Soviética<sup>50</sup>, por ejemplo: Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal firmado en Vilna entre Rusia y la República de Letonia el 21 de julio de 1992; Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal firmado en Moscú entre Rusia y la República de Azerbaiyán el 22 de diciembre de 1992; Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal firmado en Riga entre Rusia y la República de Lituania el 3 febrero de 1993; Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal firmado en Moscú entre Rusia y la República de Moldavia el 25 de febrero de 1993; Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal firmado entre Rusia y Estonia de fecha de 26 de enero de 1993, etc. Señalamos que el texto de dichos Convenios es prácticamente idéntico, exceptuando ciertas discrepancias existentes en el Convenio firmado con Lituania.

29. Los Convenios firmados entre Rusia y Estonia, Letonia, Lituania, Azerbaiyán y Moldavia establecen normas que determinan la competencia judicial internacional. La regla general para determinar la competencia judicial internacional es el foro del lugar de domicilio del demandado que tiene carácter imperativo, porque presenta ventajas al demandante y al demandado. Respecto a la determinación del lugar de domicilio, los Convenios ofrecen soluciones diversas para personas físicas y para personas jurídicas: para las personas físicas demandadas es el lugar de su domicilio, pero para las jurídicas demandadas es el lugar donde tenga la sede la administración central, su representante o la filial de la empresa<sup>51</sup>. El foro de sumisión o la competencia judicial contractual es «*cuando existe un acuerdo escrito entre las partes litigantes de cambiar la competencia del órgano jurisdiccional*»<sup>52</sup> que se da solo en el caso «de que el requerimiento fuese realizado antes de entablar las pretensiones sobre el fondo del asunto». Los Convenios no enumeran de una forma expresa los foros exclusivos, pero de una forma indirecta señalan que: «*la competencia exclusiva no puede ser modificada por las partes litigantes*». No obstante, el Convenio firmado entre Lituania y la Federación de Rusia consagra de forma expresa el foro exclusivo: «*en los litigios sobre los derechos de propiedad y otros derechos reales sobre los bienes inmuebles de manera exclusiva son competentes los juzgados de la Parte Firmante en cuyo territorio se encuentra el bien inmueble*»<sup>53</sup>. Por último, cuando el mismo litigio entre las partes litigantes sobre el mismo asunto fuese enjuiciado al mismo tiempo por los juzgados de ambos Estados: «*el juzgado que ha enjuiciado más tarde el asunto, suspenderá su juicio*»<sup>54</sup>.

30. Entre los convenios firmados por la Federación de Rusia que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales en los asuntos civiles

con la participación de personas extranjeras, cabe señalar el Acuerdo de los Estados de la CEI sobre el procedimiento de solución de los litigios nacidos de la actividad económica de fecha 20 de marzo de 1992<sup>55</sup>, que determina la competencia judicial internacional en el enjuiciamiento de los litigios derivados de la actividad económica. Este Acuerdo en su artículo 1, proclama la delimitación de la competencia entre los juzgados de los Estados firmantes en los asuntos que nacen de las relaciones jurídicas contractuales y otras relaciones jurídicas surgidas entre los sujetos económicos, así como los asuntos que nacen de las relaciones jurídicas de carácter público u otras relaciones. Señalamos que este acuerdo se refiere solo al ámbito comercial (profesional) cuyas partes son las personas jurídicas independientemente del tipo o forma de asociación, así como las personas físicas que realizan una actividad comercial. El artículo 4 del Acuerdo determina la competencia judicial internacional del órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la CEI para conocer de los asuntos de naturaleza económica previstos en el artículo 1, cuando el demandado tenga su domicilio o residencia en este Estado. Compartimos la opinión del profesor MAMAEV, que considera que este Acuerdo debería extenderse también a los contratos internacionales de consumo. Sería conveniente añadir un foro especial de protección con el fin de amparar a la parte más débil en los contratos internacionales de consumo.

31. En el marco de la CEI se han concluido dos convenios regionales sobre la asistencia judicial y las relaciones jurídicas en materia civil, de la familia y penal; el Convenio de Minsk de 1993 (modificado por Protocolo de 28 de marzo de 1997) y el Convenio de Chisinau de 2002. Ambos establecen normas sobre la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales en el enjuiciamiento de los litigios civiles con elemento de extranjería<sup>56</sup>. Señalamos el desconcierto creado por el Convenio de Minsk y el Convenio de Chisinau de 7 de octubre de 2002 en el territorio de los Estados miembros de la CEI. La confusión consiste en que los diez Estados miembros de la CEI participantes a la celebración del Convenio de Minsk de 22 de enero de 1993, el día 7 de octubre de 2002 en Chisinau firmaron un nuevo Convenio sobre la asistencia judicial y las relaciones jurídicas en materia civil, de la familia y penal, donde de hecho se reproducen las mismas disposiciones previstas por el Convenio de Minsk, pero con algunas precisiones. Tras su entrada en vigor, el Convenio de Chisinau sustituirá al Convenio de Minsk, pero para eso se necesitan la ratificación de 1/3 de los países firmantes. El 27 de abril de 2004 entró en vigor el Convenio de Chisinau después de las ratificaciones de la República de Bielorrusia, República Azerbaiyán y la República de Kazajstán, además en el año 2005 el Convenio fue ratificado por la República de Kirguistán, Armenia y República de Tayikistán. Así que los seis Estados miembros de la CEI ratificaron y empezaron a aplicar las disposiciones previstas por el Convenio de Chisinau de 2002. Sin embargo, República de Moldavia, Federación Rusa y

Ucrania todavía no han ratificado por ahora el Convenio de Chisinau, y por ello para dichos países aún se aplicarán las disposiciones del Convenio de Minsk.

32. El Convenio de Minsk de 1993 y el Convenio de Chisinau de 2002 en su primer artículo establecen que las personas domiciliadas en uno de los Estados Parte disfrutarán de la misma tutela judicial para defender sus derechos en cualquier otro Estado Parte del Convenio. Dichas disposiciones se aplican tanto a las personas físicas, como a las personas jurídicas en conformidad con la legislación de las partes Firmantes del Convenio.

33. La norma que determina la competencia judicial internacional viene señalada en el artículo 20.1 del Convenio de CEI de Minsk de 1993: *«Las reclamaciones contra personas que tienen el lugar de domicilio en el territorio de los Estados Parte, se interponen independientemente de su nacionalidad ante el juzgado del Estado Parte dónde tenga el lugar de domicilio, pero las demandas contra las personas jurídicas se interponen ante los juzgados del Estado Parte en cuyo territorio se encuentra el órgano de administración de la persona jurídica, su filial o su oficina de representación, salvo que las disposiciones de la parte II-V dispongan lo contrario»*<sup>57</sup>. La misma disposición la encontramos en el Convenio de Chisinau de 2002 prevista en el artículo 22.1, Sección II, denominada «Relaciones jurídicas en materia civil y de la familia». Ambos Convenios contemplan como regla general para determinar la competencia judicial internacional el foro del domicilio del demandado. Es un foro que beneficia al demandado porque le permite organizar mejor su defensa, y al demandante porque la eventual sentencia podrá ser ejecutada rápidamente ya que el patrimonio del demandado está situado en este país. A diferencia del Acuerdo de 1992, se precisa mejor el foro del domicilio del demandado, ya que los Convenio de Minsk de 1993 y de Chisinau de 2002 al referirse al foro del domicilio del demandado, también se refieren al «lugar de domicilio» que puede tener un carácter permanente (estable) o temporal, de esta forma prevalece el vínculo factico y no el jurídico. Respecto al litisconsorcio pasivo, es decir cuando existen varios demandados con el domicilio en varios Estados Parte en el Convenio, el litigio será enjuiciado en el domicilio de cualquiera de los demandados a la elección del demandante. La misma disposición la encontramos en ambos Convenios.

34. El artículo 20.2 del Convenio de Minsk de 1993 y el artículo 22.2 del Convenio de Chisinau de 2002 establecen unos foros alternativos al foro de domicilio del demandado. Estos artículos señalan lo siguiente: *«2) Los tribunales de los Estados Parte del Convenio son competentes también en los casos cuando en su territorio:*

*a) el demandado realiza una actividad comercial, industrial o de otra naturaleza o está ubicada la filial de su empresa;*

*b) la obligación contractual que constituye el objeto del litigio fue ejecutada o será ejecutada integralmente o parcialmente;*

Esta norma ofrece a las partes litigantes el derecho a elegir entre varios órganos jurisdiccionales competentes para solucionar un litigio que deriva de la contratación internacional. El punto (b), párrafo 2 dispone que el juzgado de la Federación de Rusia (como Parte del Convenio) será competente cuando en su territorio fuere ejecutada o tiene que ejecutarse integral o parcialmente la obligación contractual que también puede ser aplicable al litigio surgido de un contrato internacional de consumo.

35. El foro exclusivo viene regulado en el artículo 4.3 del Acuerdo de los Estados de la CEI de 1992: «*Las demandas interpuestas por los sujetos sobre los derechos de propiedad y demás derechos reales sobre los inmuebles se examinan exclusivamente por el tribunal del país miembro de la CEI en cuyo territorio se encuentra el inmueble*»<sup>58</sup>. Igualmente, el artículo 20.3 del Convenio de Minsk de 1993 y el artículo 22.3 del Convenio de Chisinau de 2002 hacen referencia al foro exclusivo. Este foro se refiere en primer lugar a las demandas sobre la propiedad y otros derechos reales sobre los bienes inmuebles, otorgando competencia exclusiva a los juzgados en cuyos territorios se encuentran los bienes inmuebles, Y, en segundo lugar, las demandas contra los transportistas que nacen de los contratos de transporte de mercancía, pasajeros y equipaje se interponen en el lugar de la sede de la administración del transportista.

36. Los Convenios de Minsk de 1993 y de Chisinau de 2002 contemplan el foro de sumisión o tal llamada «competencia contractual». El artículo 21.1 del Convenio de Minsk de 1993 indica que: «*Los tribunales de los Estados Partes también pueden examinar litigios en otros casos si existe consentimiento por escrito de las partes para transmitir la causa a estos tribunales*». Las partes litigantes no pueden cambiar la competencia de los tribunales mediante un acuerdo, cuando esta recae en materia de objeto de competencia exclusiva prevista por los artículos 30, 403 del Código de Procedimiento Civil de la Federación de Rusia, así como la competencia objetiva atribuida a la Corte Suprema de Justicia de la Federación de Rusia. La competencia contractual está contemplada tanto por las normas de producción internacional, como por las normas de producción interna. Disposición similar la encontramos en el artículo 23 del Convenio de Chisinau de 2002, pero con una mejor precisión respecto al foro de sumisión: «*1. Los tribunales de los Estados Parte pueden enjuiciar los asuntos en los demás casos, cuando exista un acuerdo escrito entre las partes sobre el traslado de competencia, manifestado antes de su enjuiciamiento*».

37. Ambos Convenios de Minsk de 1993 y de Chisinau de 2002 establecen normas similares respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos internacionales, aunque también presentan una serie de lagunas. Una reforma que nos propone el profesor MAMAEV: «*En los casos en los que la competencia de los tribunales de los Estados Parte se determina por el principio de nacionalidad de las partes litigantes, y además los litigantes tengan al mismo tiempo la doble nacionalidad no-pertenecien-*

tes al Convenio CEI, el litigio será enjuiciado por el tribunal competente de cualquiera de estos países a elección del demandante». Este autor considera necesaria su reforma para garantizar un máximo de protección de los derechos al acceso a la justicia, teniéndose en cuenta los intereses de un tercer país, no miembro del Convenio, donde el litigante esté vinculado por el principio de nacionalidad o por el domicilio<sup>59</sup>.

38. Consideramos que sería necesaria la adopción de un foro especial de protección del consumidor como la parte más débil en la contratación internacional. Además, hace falta adaptar las disposiciones previstas en los Convenios a los contratos internacionales celebrados a través de Internet. Como ejemplo, podrían servir los artículos 17 a 19 del Reglamento (UE) 1215/2012 del PE y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>60</sup> para unificar las normas de competencia judicial internacional en la CEI y de esta forma garantizar una mejor tutela judicial a los consumidores.

## 2. NORMAS DE PRODUCCIÓN INTERNA QUE DETERMINAN COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL PREVISTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

39. El Código de Procedimiento Civil de la Federación de Rusia prevé varios foros de competencia judicial internacional: exclusiva, alternativa y contractual<sup>61</sup>. Según el profesor YABLOCHKOV: *«Los juzgados aplican las leyes nacionales sobre la competencia, cuando no hay reglamentaciones internacionales. Los jueces no están obligados a tener en cuenta las normas extranjeras sobre la competencia. Cuando la resolución judicial dictada no es reconocida en el territorio de un país extranjero, no se perjudica a los juzgados nacionales»*<sup>62</sup>. Esta libertad tiene sus inconvenientes, ya que pueden surgir conflictos de jurisdicciones, ya sean positivas o negativas. Se trata de conflictos de jurisdicciones positivas, cuando dos o más juzgados se declaran competentes para enjuiciar el litigio y negativas cuando ningún tribunal se declara competente para examinar el litigio.

40. Recordamos que el Código de Procedimiento Civil de 1964 contenía solo un artículo que señalaba la competencia de los juzgados rusos en los litigios con la participación de las personas extranjeras. Se trataba del artículo 434.1 que disponía lo siguiente: *«La competencia de los juzgados de la República Soviética Socialista de Rusia en los litigios civiles donde participan las personas extranjeras, los apátridas, las empresas extranjeras y las organizaciones, así como los litigios donde por lo menos una de las partes litigantes está domiciliada en el extranjero se determina por la legislación de Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas —según las reglas de competencia previstas por el presente Código»*.

41. El actual Código de Procedimiento Civil de la Federación de Rusia en vigor establece la delimitación de las competencias entre los juzgados rusos y extranjeros, utilizando el concepto *competencia*<sup>63</sup>. Para determinar la competencia en los asuntos con la participación de las personas extranjeras, en primer lugar, se determina el Estado en cuya competencia entra el asunto (puede ser la Federación de Rusia u otro cualquier país). Posteriormente, es muy importante establecer la competencia objetiva y territorial de los órganos jurisdiccionales. El artículo 402 «*La competencia judicial de los órganos jurisdiccionales de la Federación de Rusia con la participación de las personas extranjeras*» dispone lo siguiente: «*En el caso de que no se establezcan reglas contrarias por este capítulo, la competencia judicial en los asuntos con participación de las personas extranjeras, se examinan por los órganos jurisdiccionales de la Federación de Rusia según lo establecido por las reglas del capítulo 3 de este Código*». Este artículo establece las categorías de los asuntos civiles con la participación de las personas extranjeras que tienen competencia en los juzgados rusos. Este artículo requiere una modificación, ya que el elemento extranjero en una situación privada internacional debe referirse a varios elementos: la nacionalidad de las partes, el lugar de la celebración del contrato, el domicilio de las partes, etc. y no solo a los casos donde estén presentes las «*personas extranjeras*».

42. La competencia de los juzgados rusos para conocer de los asuntos civiles con elemento extranjero se determina no solo por el Capítulo 44 del Código de Procedimiento Civil ruso, sino por otras leyes federales, así como por los Convenios internacionales. Las disposiciones contempladas en los convenios internacionales sobre la competencia judicial internacional prevalecen sobre las normas internas. Si existen contradicciones entre las disposiciones del Código de Procedimiento Civil u otras leyes federales y las disposiciones de los convenios internacionales, siempre tendrán prioridad estas últimas.

43. El artículo 402.2 indica que los juzgados de la Federación de Rusia enjuician los asuntos con la participación de las personas extranjeras, cuando: «*La empresa demandada tiene la sede o el ciudadano (persona física) demandado tiene su domicilio en el territorio de la Federación de Rusia*». El domicilio de las personas físicas se determina según las reglas establecidas en el artículo 20 del Código Civil ruso, pero la sede de la persona jurídica se establece según su la sede de su registro en la Federación de Rusia (el art. 54.2 Código Civil ruso). Podemos deducir que el foro del domicilio del demandado es la regla general para determinar la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales rusos en los litigios con elemento extranjero. Este foro también se extiende a los litigios surgidos de los contratos internacionales de consumo.

44. El artículo 402.3 señala la competencia alternativa de los juzgados de la Federación de Rusia para conocer de los litigios civiles con elemento extranjero. Tras la lectura de este artículo, podemos destacar que serán competentes



los juzgados rusos para conocer de los litigios que derivan de los contratos internacionales de consumo en los siguientes casos:

1. «*Cuando el órgano de administración central, las filiales o la representación de la persona extranjera se encuentren en el territorio de la Federación de Rusia*» según el artículo 402.3, punto 1 del Código de Procedimiento Civil. El órgano de la administración central de la empresa extranjera se puede deducir del análisis de los documentos constitutivos de la empresa. Las filiales de la empresa extranjera son entidades separadas de la empresa matriz que disponen de personalidad jurídica propia, de su nacionalidad, pero tienen la sede en el territorio de la Federación de Rusia y se consideran como residentes a todos los efectos. La representación de la empresa extranjera tiene la sede en el territorio de la Federación de Rusia, pero la empresa madre tiene la sede fuera en el extranjero. No obstante, las oficinas de representación representan los intereses de la entidad madre y amparan sus derechos.

2. «*Cuando el demandado tiene propiedades ubicadas en el territorio de la Federación de Rusia y (o) distribuye publicidad en la red de información y telecomunicaciones «Internet», destinada a atraer la atención de los consumidores situados en el territorio de la Federación de Rusia*» según lo establecido en el artículo 402.3, punto 2 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, cuando el demandado tenga bienes muebles o inmuebles en propiedad en el territorio ruso, serán competentes para conocer de los litigios sus órganos jurisdiccionales. La competencia de los juzgados rusos para conocer de los litigios «*cuando el demandado distribuye publicidad en la red de información y telecomunicaciones «Internet», destinada a atraer la atención de los consumidores ubicados en el territorio de la Federación de Rusia*» es una novedad introducida recientemente por la reforma del Código del Procedimiento Civil mediante la Ley federal N 264 de 13 de julio de 2015. Se trata de un nuevo foro que permite a los tribunales rusos conocer de los litigios que surgen de los contratos internacionales de consumo. De esta forma se ampara a los consumidores que residen en la Federación de Rusia a celebrar contratos internacionales a través de la publicidad o a través de Internet con profesionales.

3. «*La demanda que surge del contrato, cuya total o parcial ejecución tendrá lugar o tuvo lugar en el territorio de la Federación de Rusia*» según lo previsto en el artículo 402.3, punto 6 del Código del Procedimiento Civil. En primer lugar, se trata de la ejecución total de la prestación característica del contrato en el territorio ruso (por ejemplo, la prestación de los servicios de un peluquero que tuvo lugar en Sanct-Petersburgo). En segundo caso, se indica que la prestación característica del contrato fue ejecutada parcialmente en Rusia (por ejemplo, la realización de obras y el montaje de las ventanas que fueron adquiridos por el ciudadano ruso en Polonia, pero una parte de ellas fueron realizadas en Moscú). Para una aplicación correcta de este precepto es la determinación del lugar de la prestación característica del contrato. Dicho lugar,

tiene que estar obligatoriamente en el territorio de la Federación de Rusia, en caso contrario el juzgado ruso no será competente para examinar estos asuntos. Como regla general, el lugar de la ejecución de la prestación característica previsto en el punto 6, del artículo 402.3 se considera el lugar de la ejecución de la obligación contractual<sup>64</sup>.

45. El artículo 403 del Código de Procedimiento Civil refleja una lista imperativa de foros exclusivos que se aplican con independencia de donde esté situado el domicilio de las partes y aunque las partes hayan pactado la sumisión del litigio a los órganos jurisdiccionales de otro Estado. En este sentido cabe señalar, el foro *Forum rei sitae* que indica la competencia exclusiva de los juzgados rusos cuando examinan los asuntos sobre los bienes inmuebles sitos en el territorio de la Federación de Rusia, también en los litigios que surjan de los contratos de transporte y el transportista tenga la sede en el territorio ruso, etc. Los foros exclusivos son una excepción al foro general del domicilio del demandado y la lista incluida en esta norma debe ser interpretada de una forma restrictiva.

46. El foro de sumisión o tal llamada «competencia judicial contractual» con la participación de las personas extranjeras está previsto en el artículo 404 del Código de Procedimiento Civil de la Federación de Rusia que dispone: «1. *En los asuntos con la participación de las personas extranjeras, las partes pueden convenir el cambio de la competencia judicial del órgano jurisdiccional (el acuerdo de prorrogación) hasta el enjuiciamiento del litigio por el juzgado.* 2. *La competencia judicial de los órganos jurisdiccionales en los asuntos con la participación de las personas extranjeras, establecida por los artículos 26, 27, 30 y 403 del presente Código, no puede ser modificada por el acuerdo de las partes*». Es importante señalar que en la normativa anterior, el foro de sumisión solo era permitido en los litigios comerciales o en los derivados de los contratos marítimos. Actualmente, el foro de sumisión se aplica a todos los litigios, así como a los contratos internacionales de consumo. Las partes litigantes pueden modificar la competencia judicial del juzgado competente a conocer del litigio, trasladando el enjuiciamiento del asunto de los juzgados rusos a los tribunales extranjeros. La legislación rusa no distingue entre el foro de sumisión expresa y el foro de sumisión tácita tal como lo encontramos en el Reglamento 1215/2012. Por ello y para evitar los problemas en la práctica, es recomendable pactarlo por escrito en el contrato.

47. La competencia judicial contractual ofrece la posibilidad de cambiar la competencia judicial internacional mediante el acuerdo de las partes litigantes, denominado como el acuerdo de prorrogación. El enjuiciamiento de un litigio se puede cambiar a un tribunal extranjero, pero sin vulnerar los foros exclusivos previstos en el artículo 403 del Código del Procedimiento Civil. La profesora FEDOSEEVA define el acuerdo de prorrogación como el acuerdo mediante el cual, los contratantes atribuyen el enjuiciamiento del litigio surgido entre ellos

o que pueda surgir en el futuro a un determinado Estado<sup>65</sup>. El cumplimiento del acuerdo sobre la elección de la competencia judicial es obligatorio para las partes litigantes, de tal manera que, si el demandante acude a un juzgado distinto del convenido en el acuerdo, entonces el demandado puede declinar dicha competencia. Este acuerdo se puede hacer solo antes del enjuiciamiento del litigio por el juzgado. Para la aplicación del foro de sumisión es necesario cumplir con las siguientes condiciones:

- a) que por lo menos una de las partes litigantes sea persona extranjera.
- b) que el acuerdo de prorrogación sea celebrado antes de la estimación de la demanda para su enjuiciamiento.
- c) que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 404.2.

48. El artículo 405 del Código de Procedimiento Civil ruso indica que una vez que el órgano jurisdiccional ruso se declara competente para conocer del litigio, el cambio de la nacionalidad, de la residencia de la parte o de otras circunstancias no van a impedir su enjuiciamiento por el juzgado, a pesar de que tal cambio atribuye la competencia a los juzgados extranjeros. Es una disposición de protección para evitar el fraude de ley.

49. Al analizar las normas que determinan la competencia judicial internacional en el Código de Procedimiento Civil, nos parece adecuada la última reforma que atribuye la competencia judicial internacional a los tribunales rusos cuando el demandado distribuye publicidad en la red de información y telecomunicaciones «Internet», destinada a atraer la atención de los consumidores ubicados en el territorio de la Federación de Rusia». No obstante, consideramos que dicha norma es insuficiente, ya que se debería especificar también un foro especial cuando el profesional ejerce una actividad comercial en el territorio ruso y celebra contratos con los consumidores domiciliados en el territorio de la Federación de Rusia. También sería necesario establecer unos límites en la elección del tribunal en estos tipos de contratos, ya que el consumidor, al celebrar el contrato, está en una situación de inferioridad frente a la otra parte que le puede imponer el tribunal de su país a través de la aceptación de una cláusula presente en un contrato de adhesión. Los acuerdos atributivos de competencia en los contratos celebrados por los consumidores ya sea por vía tradicional, o ya sea por vía electrónica, deberían operar si se trata de acuerdos celebrados con posterioridad al nacimiento del litigio.

## VII. CONCLUSIONES

50. En conclusión, podemos señalar que el consumidor constituye una de las piezas claves del llamado *mercado nacional o internacional* y actualmente, juega un papel importante en el Derecho internacional privado ruso, por ello

es importante ofrecerle seguridad y confianza en la celebración de los contratos internacionales. A nivel nacional, hay varias leyes que establecen un marco normativo de protección del consumidor, pero requieren una sistematización y adaptación de estas normas al comercio electrónico.

51. En el Derecho internacional privado, es necesario adoptar unas normas especiales de protección en los contratos internacionales de consumo. Ahora es el momento de reformar los convenios internacionales existentes o aprobar un nuevo Convenio en el marco de la CEI que determine los foros de protección de los consumidores en el territorio de la CEI. La importancia del tema resulta clara, ya que hace falta buscar una solución regional en el territorio de los Estados de la CEI para poder celebrar contratos tradicionales y electrónicos, debido al proceso de globalización y al desarrollo de la sociedad de información. Es necesario crear nuevas medidas y adoptar un Convenio entre los Estados miembro de la CEI para la protección del consumidor turista y del consumidor que contrata a distancia, en particular en el creciente comercio electrónico actual.

52. El ejemplo europeo nos puede servir como base de partida de la modificación del Derecho internacional privado ruso. Se debe optar por la adopción de un conjunto de foros que reflejen la proximidad —tanto física como jurídica— entre la materia litigiosa y la parte tutelada —el consumidor—. Para fortalecer el principio de protección de los consumidores, es importante desarrollar como principios rectores: el principio «*forum actoris*» y el principio de proximidad para fortalecer la seguridad jurídica de los consumidores en la Federación de Rusia, así como en el marco de la CEI.

53. Sería adecuado adoptar normas que garanticen una jurisdicción especial en los contratos internacionales de consumo y que aseguren el libre acceso a juzgados especiales de pequeñas causas y a métodos de solución más rápidos, eficientes y baratos de los conflictos internacionales de consumo. El costo de litigar en países extranjeros y en las causas que involucran la aplicación del derecho extranjero puede ser elevado, restringiendo la disposición del consumidor a reivindicar sus derechos y a recurrir a la justicia.

## NOTAS

<sup>1</sup> V.C. TOLSTOI (В.К. ТОЛСТОЙ).

<sup>2</sup> М. М. BOGUSLAVSKI (М.М. БОГУСЛАВСКИЙ), *Международное частное право: Учебник*, 2-е изд., перераб. И доп., Москва: Междунар. Отношения, 1997; М.М. BOGUSLAVSKI (М.М. БОГУСЛАВСКИЙ), *Международное частное право: Учебник*, 3-е изд., перераб и доп., Москва: Юристъ, 1999; М.М. BOGUSLAVSKI (М.М. БОГУСЛАВСКИЙ), *Международное частное право: Учебник для вузов*, Москва: НОРМА, 2009; М.М. BOGUSLAVSKI (М.М. БОГУСЛАВСКИЙ), *Международное частное право: элементарный курс, ин-т государства и права РАН; Акад. прав. ун-т., Москва: Юристъ, 2007.*

<sup>3</sup> V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), *Международное частное право: Курс лекций*, Москва, НорМа, 1999; V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), *Коллизии законов в Международном частном праве*, Москва: Волтерс-Клувер, 2007; V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), *Обязательства из причинения вреда в коллизионном праве*, Москва: Волтерс-Клувер, 2007.

<sup>4</sup> N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), *Рассмотрение судами гражданских дел с участием иностранцев*, Москва, 1970; N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА) *Международное частное право: краткий курс для студентов высш. и ср. учеб. заведений / Ин-т законодательства и сравнител. правоведения при Правительстве Рос. Федерации; отв. ред. Н.И. МАРЫШЕВА*, Москва: Контракт, 2003; N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), *Международное частное право: учеб. для вузов; отв. ред. Н.И. МАРЫШЕВА*, Москва: Контракт, 2010.

<sup>5</sup> L.P. ANUFRIEVA (Л.П. АНУФРИЕВА) *Международное частное право. Общая часть. Учебник*, Москва, Т.И.М., 2000; L.P. ANUFRIEVA (Л.П. АНУФРИЕВА) *Международное частное право в 3-х т.*, Т.3., Москва, Бек, 2001.

<sup>6</sup> Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR), adoptado por el Soviet Supremo el 11 de junio de 1964 (Гражданский кодекс РСФСР, принятый Верховным Советом РСФСР 11 июня 1964 г.)

<sup>7</sup> Artículo 294 del Código Civil de la RSFSR de 1964 «*Los contratos tipo de alquiler doméstico (personal)*».

<sup>8</sup> Artículo 367 del Código Civil de la RSFSR de 1964 «*Las reglas sobre ciertos contratos de arrendamiento (llave a mano)*».

<sup>9</sup> Artículo 246 del Código Civil de la RSFSR de 1964: «*El comprador que ha adquirido un bien defectuoso dispone del derecho a optar entre el cambio del bien adquirido por otro, la eliminación gratuita de los defectos o el reembolso de los gastos para su reparación y la reducción del precio del bien de consumo adquirido, solo cuando los defectos fueron ocultados por el vendedor en el momento de la celebración del contrato. A pesar de las condiciones especificadas en el apartado 1 de este artículo, el comprador podría resolver el contrato de compraventa y devolver el bien defectuoso adquirido, así como obligar al vendedor el reembolso del importe del bien adquirido. El comprador tiene el derecho a reclamar una indemnización solo cuando no eran satisfechas dichas pretensiones o no cubrirían sus pérdidas*».

<sup>10</sup> I. A. BALUSHKIN (И.А. БАЛУШКИН), N.S. MIJAILOVA (Н.С. МИХАЙЛОВА), A.S. SMIRNOVA (А.С. СМІРНОВА) *Комментарий к закону «О защите прав потребителей»: постатейный*, Москва: Проспект, 2004; M. YU. CHELISHEVA, (М.Ю. ЧЕПЫШЕВА) *Комментарий к закону «О защите прав потребителей»* Москва: Юрайт, 2002.

<sup>11</sup> Ley de la Federación de Rusia de 7 de febrero de 1992, núm. 2300-1 «*Sobre la protección de los Derechos de los Consumidores*» (Федеральный закон «О защите прав потребителей» от 7 Февраля 1992 г. № 2300-1 // Ведомости СНГ и ВС РФ. 09.04.1992, № 15, ст. 766. (ред. от 23.07.2008).

<sup>12</sup> Ley de la Federación de Rusia sobre los estándares de los productos y servicios de 10 de junio de 1993.

<sup>13</sup> Ley Federal N° 29 LF de la Federación de Rusia de fecha de 2 de enero de 2000, C3 РФ, 2000 N° 2, Ст. 150.

<sup>14</sup> Ley Federal N° 132-LF de la Federación de Rusia de fecha de 24 de noviembre de 1996, C3 РФ, 1996 N° 49, Ст. 5491.

<sup>15</sup> Ley Federal N° 184-LF de la Federación de Rusia de fecha de 27 de diciembre de 2002, C3 РФ, 2002 N° 52 (ч. 1), Ст. 5140.

<sup>16</sup> Ley Federal N° 52-LF de la Federación de Rusia de fecha de 30 de marzo de 1999, C3 РФ, 1999 N° 14, Ст. 1650.

<sup>17</sup> Decreto del Presidente RF Núm. 915 de 24 de agosto de 1992 sobre la creación del Comité de Estado de la Federación de Rusia sobre la política de antimonopolio y el garante de las nuevas estructuras económicas (Указ Президента РФ от 24 августа 1992 г. № 915

«О Государственном комитете Российской Федерации по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур»).

<sup>18</sup> Ley de la Federación de Rusia de fecha de 7 de febrero de 1992, N.º 2300-1 «*Sobre la protección de los Derechos de los Consumidores*».

<sup>19</sup> Constitución de la Federación de Rusia adoptada el 12 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 25 de diciembre de 1993 (Constitución Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.).

<sup>20</sup> La protección de los consumidores: Legislación (Защита прав потребителей: Законодательно — нормативная база— Москва: Экзамен, 2003.

<sup>21</sup> A.A. RAYLEAN (А. А. РАЙЛЯН), «Коллизия правовых норм, регулирующих гражданско-правовые потребительские отношения», Российский судья, 2008, N 6, 38.

<sup>22</sup> Artículo 9: «*En los casos en los que una de las partes contratantes de la relación jurídica es el ciudadano que utiliza, adquiere, hace un encargo o solo tiene la intención de adquirir o hacer un encargo para sus necesidades personales, disfrutará de los derechos previstos en cumplimiento de la obligación en conformidad con las disposiciones del Código Civil de la Federación de Rusia, así como de los derechos previstos para los consumidores en virtud de la Ley sobre la protección de los Derechos de los Consumidores y otros actos normativos adoptados en esta materia*».

<sup>23</sup> Ley Federal de 26 de enero de 1996 № 15-LF «Sobre la introducción de la segunda parte del Código Civil de la Federación de Rusia» (Федеральный Закон «О введении в действие части 2 Гражданского кодекса РФ» от 26 января 1996 года №15-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 1996, № 5, статья 411).

<sup>24</sup> El fabricante (el productor) es la organización, independientemente de su forma jurídica, así como los empresarios individuales que producen bienes para su reventa a los consumidores.

<sup>25</sup> El prestador de servicios: es la organización independiente de su forma jurídica, así como el empresario individual que realizan trabajos o prestan servicios a los consumidores mediante un contrato recíproco.

<sup>26</sup> El vendedor es la organización, independiente de su forma jurídica, así como los empresarios individuales que venden los bienes de consumo a los consumidores en virtud de un contrato de compraventa de bienes de consumo.

<sup>27</sup> El representante del fabricante (vendedor) o el empresario individual que representa al fabricante (vendedor), se trata de una organización que realiza una determinada actividad comercial o la empresa creada en el territorio de la Federación de Rusia por el fabricante (vendedor), así como por un fabricante extranjero (vendedor extranjero), que realiza ciertas funciones en virtud del contrato celebrado con el fabricante (vendedor). El consumidor puede reivindicar las pretensiones sobre los bienes defectuosos al representante del fabricante.

<sup>28</sup> El importador es la organización independiente de su forma de organización jurídica o el empresario individual que realiza la importación de la mercancía para su posterior reventa en el territorio de la Federación de Rusia.

<sup>29</sup> D.D. AVERIN (Д. Д. АВЕРИН), Положение иностранцев в советском гражданском процессе, Москва, 1966, 93-147.

<sup>30</sup> P.S. DRUZHKOV (П.С. ДРУЖКОВ), «Судебная подведомственность споров о праве и иных правовых вопросов рассматриваемых в порядке гражданского судопроизводства», Автореферат дис. Канд. Юрид. Наук, Свердловск, 1966, 5.

<sup>31</sup> A.A. MAMAЕV (А.А. МАМАЕВ), «Международная судебная юрисдикция по гражданским делам с участием иностранных лиц», Дис. Канд. Юрид. Наук, Хабаровск, 2001, 120.

<sup>32</sup> A.N. PLAGUIN (В.Н. ПЛИГИН) «Юрисдикция судов по гражданским и коммерческим делам в условиях создания единого правового пространства», Российский ежегодник Международного права, СПб., 1994; V.V. STARZHENETS-KII (В.В. СТАРЖЕНЕЦКИИ) «Брюссельская конвенция по вопросам подсудности и принудительного исполнения судебных решений по гражданским и торговым спорам», Вестник ВАС РФ. Специальное приложение к н.п.м. 3, март 1999, 27-32.

<sup>33</sup> L.A. LUNTS (Л.А. ПУНЦ), Курс Международного частного права, В 3-ех т., Москва, Юридическая литература, 2002, 810 у sigs.

<sup>34</sup> L.A. LUNTS (Л.А. ЛУНЦ), Курс Международного частного права, Т. 3., Москва, Юридическая литература, 1975, 30-34.

<sup>35</sup> L.A. LUNTS (Л.А. ЛУНЦ), Курс Международного частного права, В 3-ех т., Москва, Юридическая литература, 2002, 822 у sigs.

<sup>36</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Специальное приложение к н<sup>о</sup>м. 3, Март, 1999 г.

<sup>37</sup> N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), Рассмотрение судами гражданских дел с участием., 9-36; M.M. BOGUSLAVSKI (БОГУСПАВСКИЊ, М. М.), Международное частное право: Учебник, 3-е изд., перераб и доп, Москва: Юристъ, 1999, 353-360; V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ.), Международное частное право: Курс лекций, Москва, Норма, 1999, 440-447; V.V. YARKOVA, (В.В. ЯРКОВА), гражданский процесс: Учебник, Москва.: Волтерс Клувер, 2004.

<sup>38</sup> N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), Рассмотрение судами гражданских дел..., *op. cit.*, 9-36.

<sup>39</sup> M.M. BOGUSLAVSKI (БОГУСПАВСКИЊ, М.М.), Международное частное право: элементарный курс, ин-т государства и права РАН; Акад. прав. ун-т., Москва: Юристъ, 2007, 353-360.

<sup>40</sup> V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), Международное частное право: Курс лекций, Москва, Норма, 1999, 440-447.

<sup>41</sup> G.K. DMITRIEVA (Г.К.ДМИТРИЕВА), Международное частное право, Москва, Проспект, 2000, 560; L.P. ANUFRIEVA (Л.П. АНУФРИЕВА), Международное частное право в 3-х т. Т.3., Москва, Бек, 2001, 132 у sigs.

<sup>42</sup> F.F. MARTENS (Ф.Ф. МАРТЕНС), Современное Международное право цивилизованных народов, Т.2, СПб., 1882, 206.

<sup>43</sup> T.M. YABLOCHKOV (Т.М. ЯБПОЧКОВ), Курс Международного гражданского процессуального право, Ярославль, 1909, 59-62.

<sup>44</sup> G. YU. FEDOSEEVA (Г.Ю. ФЕДОСЕЕВА), Международное частное право, Издательство: Эксмо, Москва, 2007, 293 у sigs.

<sup>45</sup> (Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en Haya el 1 de marzo de 1954) Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., Международное частное право. Сборник документов, М., Изд-во БЕК, 1997; (Acuerdo de los Estados de la CEI de Kiev sobre el orden del enjuiciamiento de los litigios surgidos de la actividad económica, firmado en Kiev el 20 de marzo de 1992); Соглашение СНГ о порядке разрешения споров связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г. Международное частное право, Сборник документов, Москва, Изд-во БЕК, 1997; (Convenio sobre la asistencia judicial en materia civil, de la familia y penal, concluida entre los Estados miembros de la Comunidad de los Estados Independientes (CEI), firmada en Minsk el 22 de enero de 1993) Конвенция СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г, Собрание законодательства РФ, 1995, н<sup>о</sup>м. 17, Ст.1472.

<sup>46</sup> Ley Federal, н<sup>о</sup>м. 138, LF de 14 de noviembre de 2002 sobre la adopción del Código de Procedimiento (Enjuiciamiento) Civil de la Federación de Rusia (Закон РФ «Гражданский процессуальный кодекс», от 14 ноября 2002 г. (С изм., внесенными Федеральным законом от 21 de julio de 2005, н<sup>о</sup>м. 93-ФЗ), Собрание законодательства РФ, 2005, н<sup>о</sup>м. 30 (ч.1), ст.3104).

<sup>47</sup> L.A. LUNTS (Л.А. ЛУНЦ), N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), Курс Международного частного права. Международныи гражданский процес, Москва, 1976, 10.

<sup>48</sup> L.P. ANUFRIEVA (Л.П. АНУФРИЕВА), Международное частное право. Общая часть. Учебник, Т.И.М., 2000, 86.

<sup>49</sup> V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), Международное частное право..., *Op. cit.*, 44-45; I.I. LUKASHUK (И.И. ЛУКАШУК), «Конституция России и Международное право»,

Российский ежегодник Международного права, СПб., 1996; O.I. TIUNOV (O.I. ТИУНОВ), «Конституционный суд Российской Федерации и Международное частное право», Российский ежегодник Международного права, СПб., 1996.

<sup>50</sup> Сборник Международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи, Москва, 1996, 62-561.

<sup>51</sup> Artículo 21.1 de los siguientes Convenios: Convenio firmado entre Rusia y Moldavia, Convenio entre Rusia y Estonia, el Convenio entre Rusia y Lituania, Convenio entre Rusia y Letonia, el Convenio entre Rusia y Azerbaiyán.

<sup>52</sup> Artículo 21.2 del Convenio firmado entre Rusia y Moldavia, el Convenio firmado entre Rusia y Azerbaiyán, el Convenio firmado entre Rusia y Letonia, el Convenio firmado entre Rusia y Estonia. El párrafo 3 del artículo 21 del Convenio firmado entre Rusia y Lituania.

<sup>53</sup> Artículo 21.2 del Convenio firmado entre Rusia y Lituania.

<sup>54</sup> Artículo 21.3 de los siguientes Convenios: Convenio firmado entre Rusia y Moldavia, Convenio firmado entre Rusia y Azerbaiyán, Convenio firmado entre Rusia y Letonia, Convenio firmado entre Rusia y Estonia. El párrafo 4 del artículo 21 del Convenio firmado entre Rusia y Lituania.

<sup>55</sup> Текст Соглашения стран СНГ 1992 г. И Комментарий к нему см. N.I. KLEIN (Н.И. КЛЕЙН), N.I. MARISHEVA (Н.И. МАРЫШЕВА), Разрешение в странах СНГ споров связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Комментарий к Соглашению стран СНГ «О порядке разрешения споров связанных с осуществлением хозяйственной деятельности»), Москва, ТОО «Российский правовец», 1993.

<sup>56</sup> [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5942/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5942/)

<sup>57</sup> [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5942/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5942/)

<sup>58</sup> [http://www.consultant.ru/document/cons\\_doc\\_LAW\\_5942/](http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5942/)

<sup>59</sup> A.A. МАМАЕВ (A.A. МАМАЕВ), «Международная судебная юрисдикция по гражданским делам с участием иностранных лиц», Дис. Канд. Юрид. НаУк, Хабаровск, 2001, 153-154.

<sup>60</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE* núm. 54, de 25 de febrero de 2015, 1-9.

<sup>61</sup> Esta clasificación la encontramos en los trabajos del profesor ZVEKOV, V.P., cuando trata la competencia internacional. V.P. ZVEKOV (В.П. ЗВЕКОВ), *Международное частное право...*, *op. cit.*, 441-442, La profesora ANUFRIEVA igualmente señala dicha clasificación V.: G. K. DMITRIEVA (Г.К. ДМИТРИЕВА), *Международное частное право...*, *op. cit.*, 2000, 560-567.

<sup>62</sup> T.M.YABLOCHKOV (Т.М.ЯБПОЧКОВ), *КУрс Международного гражданского процессуального...*, *op. cit.*, 509 y sigs.

<sup>63</sup> Ley Federal, núm. 138, LF de 14 de noviembre de 2002 sobre la adopción del Código de Procedimiento (Enjuiciamiento) Civil de la Federación de Rusia (Ley РФ «Гражданский процессуальный кодекс», от 14 ноября 2002 Г. (С изм., внесенными Федеральным законом от 21 de julio de 2005, núm. 93-ФЗ), Собрание законодательства РФ, 2005, núm. 30 (ч.1), ст.3104).

<sup>64</sup> Por ejemplo, el vendedor en el contrato de compraventa; el franquiciado en el contrato de franquicia, etc.

<sup>65</sup> G. YU. FEDOSEEVA (Г.Ю. ФЕДОСЕЕВА), *Международное частное право*, Издательство: Эксмо, Москва, 2007, 294.

*(Trabajo recibido el 30-1-2018 y aceptado para su publicación el 17-7-2018)*





# RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL



## **RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO**

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

### Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 21-5-2018

(BOE 8-6-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6

**CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: ÁMBITO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA.**

La liquidación del régimen económico-matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar. Y es que el convenio regulador, otorgado directamente por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, al no constituir un documento público propiamente, no puede exceder de ese contenido tasado, por lo que en caso de extralimitarse (y sin influir en la validez y eficacia del acto de que se trate, naturalmente, siempre y cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1261 del Código Civil) deberían los interesados acudir a la escritura pública notarial. Este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones.

En el presente caso, al inventariarse los bienes objeto de liquidación y adjudicación, se parte del carácter ganancial de todos ellos, cuando alguno —al menos la finca adjudicada a la que se refiere la calificación registral— ha sido adquirido según consta en el Registro en régimen de separación de bienes, es decir, ajeno

a la comunidad germánica. La única forma en que dicha inscripción pueda ser rectificadora es por medio de los mecanismos previstos en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. A la vista de los datos obrantes en el expediente, y en concreto del texto del título presentado (convenio regulador), el presente caso quedaría subsumido dentro de la letra d) del referido artículo. Si existió un error en el título de compraventa, al expresarse que estaban sujetos al régimen de separación de bienes si en realidad su régimen era de gananciales, ese error sería rectificable mediante el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio, conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pero para ello será necesario, al menos, que se declare el error que en su día se padeció, y, como consecuencia de ello, el asiento por practicar será la correspondiente inscripción de rectificación, que producirá los efectos que le son propios. A tal efecto, no es suficiente la mera alegación sobre el régimen económico-matrimonial que vierte la recurrente en el escrito de recurso. No habría inconveniente en que se reconociera al convenio regulador la virtualidad de servir de título apto para llevar a cabo la rectificación del Registro respecto del carácter privativo de la finca adjudicada.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, 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.

Resolución de 21-5-2018

(BOE 8-6-2018)

Registro de la Propiedad de Infiesto

#### EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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. Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. La falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento.

Uno de los principios de esta nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria es que, salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2015 o su artículo 17.3. En cuanto a la solicitud de los recurrentes de acceder al contenido de las alegaciones, la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto al regular el procedimiento en el artículo 199, que no contiene ninguna previsión sobre la necesidad de dar traslado de

las mismas al promotor del expediente. Como ya se indicó en la resolución de 14 de noviembre de 2016, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Es doctrina consolidada de 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 que nos ocupa no pueden considerarse fundados los motivos por los que existen las dudas de identidad, ni las razones por las que la oposición del titular colindante debe prevalecer sobre la solicitud de inscripción de la representación gráfica catastral. Tampoco pueden tenerse en cuenta las consideraciones que hace la registradora en su informe acerca de la justificación de las dudas de identidad, las cuales no figuran en la nota de calificación. El informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos.

Resolución de 21-5-2018

(BOE 8-6-2018)

Registro de la Propiedad de Olivenza

#### **HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD EX ARTÍCULO 82 LH.**

La nota marginal acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece unas características propias, de modo que si bien no lleva consigo un cierre registral, sí opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento. Así, la relevancia de este asiento excede con mucho de constituir una mera publicidad noticia.

Ahora bien, dentro de todas las cualidades propias de la nota marginal de expedición de certificación de cargas no se encuentra la de determinar por sí sola, automática y necesariamente, el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad, presupuesto necesario para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción a que refiere el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria. El que en su día se haya iniciado la ejecución directa de la hipoteca, no significa necesariamente que se haya producido el vencimiento anticipado de la totalidad de las obligaciones garantizadas. Del mismo modo, iniciada la ejecución hipotecaria, el hecho de que hayan transcurrido varios años desde la práctica de la nota marginal de expedición de dominio y cargas no significa que no se haya desenvuelto íntegramente el procedimiento de ejecución hipotecaria con la correspondiente adjudicación.

Pero además, dicha nota marginal supone la interrupción del plazo de prescripción de la acción hipotecaria recogido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria ya que es indudable que el inicio de un procedimiento de ejecución no es sino una reclamación del acreedor, que conforme al artículo 1973 del Código Civil,

produce dicha interrupción y conforme al párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación solo podrá operar cuando no conste en el Registro dicha interrupción. La hipoteca que se comenzó a ejecutar —según refleja la nota de expedición de la correspondiente certificación de cargas— debe ser cancelada por transcurso del tiempo si han transcurrido los plazos que señala el mencionado párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, contado desde la fecha en que dicha nota se extendió.

Deben diferenciarse dos hipótesis diferentes, a saber: Primera, que la nota marginal se expida después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca, circunstancia que de modo más común se producirá por el transcurso del plazo por el que se constituyó el préstamo. En este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas interrumpe la prescripción de la acción ya nacida de acuerdo con el artículo 1973 del Código Civil y vuelve a iniciarse el cómputo del plazo legal; Segunda, que no habiendo llegado el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad según Registro, se extienda la nota marginal. En este supuesto, nada interrumpe la nota marginal porque ningún plazo de prescripción habrá nacido previamente. No podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

A diferencia del artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, antes examinado, que tiene su fundamento en la figura de la prescripción y hace referencia expresa al plazo legal de prescripción de las acciones según la legislación civil aplicable, en cambio, el artículo 210 de la misma ley no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral, con lo que más bien está regulando un auténtico régimen de caducidad de los asientos, al exigir que «hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía».

Resolución de 22-5-2018

(BOE 8-6-2018)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

La registradora en la nota de calificación identifica hasta cuatro fincas registrales, fincas 25.433 (actual 1.083), 25.731 (actual 54.246), 25.732 (actual 7.661) y 25.733 (actual 8.562), además de la matriz de las mismas, finca 21.724, que pueden coincidir con la que se pretende inmatricular, expresando en dicha calificación una serie de circunstancias que determinan tales dudas como son la localización, colindancia, procedencia de la misma finca matriz y procedencia de la misma titularidad. 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 (cfr. resoluciones citadas en «Vistos»). En el presente caso, la registradora, en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con detalle los motivos. Debe recordarse también, como ya ha señalado este Centro Directivo, que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación.

Cabe plantearse aquí como ya se hizo en la resolución de 5 de mayo de 2016 (reiterada en otras posteriores, cfr. «Vistos»), 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. 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 22-5-2018  
(BOE 8-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Azepeitia

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: DERECHO A EDIFICAR SOBRE ELEMENTOS COMUNES.**

La Ley de 6 de abril de 1999, sobre reforma de la Ley sobre propiedad horizontal, ha venido a recoger en el Derecho positivo, introduciendo el nuevo artículo 24, la figura del complejo inmobiliario privado. Se comprenden supuestos tales como las propiedades horizontales complejas (pluralidad de escaleras o portales sobre unos sótanos y bajos comunes), los centros comerciales con o sin viviendas en sus plantas superiores, los edificios encabalgados, las urbanizaciones privadas con viviendas unifamiliares, los conjuntos edificatorios en hilera, los conjuntos de viviendas pareadas, etc. Precisamente esta riqueza de situaciones ha provocado que la regulación legal sea conscientemente flexible y reconozca la existencia de muy diversos tipos de complejos inmobiliarios privados.

Se ha puesto de relieve, también, que en la legislación vigente debe diferenciarse entre dos instituciones distintas: el complejo inmobiliario y la propiedad horizontal, sin perjuicio de las conexiones existentes entre ambas y de la aplicación de algunas normas de la propiedad horizontal a los complejos inmobiliarios. En el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y



Rehabilitación Urbana se fijan igualmente los parámetros a qué atenerse para determinar cuándo una edificación ha de ser considerada como un conjunto inmobiliario privado, no exigiendo ya el destino a vivienda o local a que alude el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal.

El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y el vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. El artículo 24, que integra el Capítulo III de la ley especial, extiende la aplicación del régimen, que no la naturaleza, a los complejos inmobiliarios que reúnan, entre otros, el requisito de estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal sea vivienda o locales. Por eso, bajo el calificativo de «tumbada» que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse (indebidamente), situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades horizontales en las que el suelo es elemento común.

Así las cosas y por lo que se refiere al supuesto de hecho, la finca matriz aparece como una unidad, sujeta al régimen de propiedad horizontal e integrada por tres viviendas, como elementos privativos, así como por una serie de elementos comunes entre los que destacan un conjunto de suertes de tierra. Nada hay en el folio que permita sostener que el régimen jurídico de la finca es otro distinto al de la propiedad horizontal lo que determina la caracterización como elementos comunes de todos aquellos a los que no se les ha atribuido el carácter de privativos y, entre ellos, el suelo y el vuelo de la total finca. De las consideraciones que se han llevado a cabo con anterioridad resulta que la configuración del terreno como elemento común no impide en absoluto la atribución a la edificación ya construida o a la que se va a construir del carácter de elemento independiente del régimen de propiedad horizontal pues a tal esquema obedece la regulación legal, lo que excluye la necesidad de proceder a su previa desafectación.

El segundo defecto que resulta de la nota de la registradora hace referencia a la necesaria determinación de la cesión del derecho de edificación al nuevo titular. Ahora bien, la formulación del defecto viene determinada por la previa exigencia de desafectación del terreno y de su previa atribución por cuotas a los actuales titulares registrales como propiedad independiente. De haberse aceptado esta formulación, lo que no ha ocurrido, ciertamente debería exigirse la necesaria justificación de la atribución del título material que amparase la actividad edificatoria a favor de quien la ha llevado a cabo, de modo que el folio registral recogiese debidamente el tránsito desde una situación de comunidad a una de titularidad única a favor del edificante. La revocación del defecto anterior, empero, no priva a la nota de defectos de virtualidad pues aceptado por este Centro Directivo la posibilidad de declaración de obra nueva sobre una porción concreta del suelo común de una propiedad horizontal, es preciso justificar que lo edificado se inscriba a nombre de uno solo de los titulares del régimen.

Sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor precisión técnico jurídica en el documento, de su conjunto resulta que los titulares registrales de la propiedad horizontal, que agotan el conjunto de intereses involucrados, atribuyen a uno de ellos, a título gratuito, el ejercicio de la facultad de edificar sobre un elemento común que se concreta adecuadamente, facultad que se ejercita en el mismo acto y que da lugar a la declaración de la obra nueva terminada.

Resolución de 23-5-2018

(BOE 12-6-2018)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 3

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL ARTÍCULO 671 DE LA LEC.**

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor.

Sentado pues que puede y debe calificar el registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 68,53% del valor de subasta de la finca. 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, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta.

En base a todo lo expuesto, y a los concretos efectos que la ley confiere a las resoluciones de este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará

por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 23-5-2018

(BOE 12-6-2018)

Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, número 3

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NECESIDAD DE ANOTAR EL EMBARGO CUANDO SE SIGUE EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO.**

Nada obsta para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo (o incluso al procedimiento ordinario de la propia Ley procedimental). La cuestión se centra en determinar si en este supuesto es preciso que se decrete el embargo de la finca hipotecada y se publique en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva.

El embargo es un acto procesal mediante el que se afecta un bien concreto a las resultas del procedimiento en que se decreta con la finalidad de garantizar su resultado. Tratándose de bienes inmuebles el embargo se anota en el Registro de la Propiedad (art. 42 de la Ley Hipotecaria en relación al art. 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la finalidad de hacerlo oponible a tercero (art. 32 de la Ley Hipotecaria en relación al art. 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), evitando que un adquirente de buena fe alegue su condición a fin de evitar las resultas del procedimiento (resoluciones de 11 de septiembre y 21 de noviembre de 2006).

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes (...)». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999, recogidas en las más recientes de 14 de diciembre de 2015 y 1 de diciembre de 2017. Resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

Resolución de 23-5-2018  
(BOE 12-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Aldaia

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: NECESIDAD DE ANOTAR EL EMBARGO CUANDO SE SIGUE EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO.**

Nada obsta para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo (o incluso al procedimiento ordinario de la propia Ley procedimental). La cuestión se centra en determinar si en este supuesto es preciso que se decrete el embargo de la finca hipotecada y se publique en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva.

El embargo es un acto procesal mediante el que se afecta un bien concreto a las resultas del procedimiento en que se decreta con la finalidad de garantizar su resultado. Tratándose de bienes inmuebles el embargo se anota en el Registro de la Propiedad (art. 42 de la Ley Hipotecaria en relación al art. 629 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), con la finalidad de hacerlo oponible a tercero (art. 32 de la Ley Hipotecaria en relación al art. 587 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), evitando que un adquirente de buena fe alegue su condición a fin de evitar las resultas del procedimiento (resoluciones de 11 de septiembre y 21 de noviembre de 2006).

Respecto a la necesidad de practicar embargo cuando se ejecuta la hipoteca por el procedimiento de ejecución ordinaria, así lo presupone el artículo 127 de la Ley Hipotecaria cuando en relación a los terceros poseedores se establece que «cada uno de los terceros poseedores, si se opusiere, será considerado como parte en el procedimiento respecto de los bienes hipotecados que posea, y se entenderán siempre con el mismo y el deudor todas las diligencias relativas al embargo y venta de dichos bienes (...)». Este mismo criterio ha sido defendido por esta Dirección General en resoluciones de 10 de diciembre de 1997 y 23 de julio de 1999, recogidas en las más recientes de 14 de diciembre de 2015 y 1 de diciembre de 2017. Resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

Resolución de 24-5-2018

(BOE 12-6-2018)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 13

**INMATRICULACIÓN POR EL ARTÍCULO 206 LH: NO ES APLICABLE ESTE PROCEDIMIENTO A LAS COMUNIDADES DE REGANTES.**

Debe decidirse en este expediente si puede inmatricularse una finca en virtud de certificación de dominio expedida por una comunidad de regantes, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. La norma recoge, por tanto, un medio especial para la inmatriculación de los bienes pertenecientes a la Administración Pública, cualquiera que sea la naturaleza demanial o patrimonial de los mismos.

Como ha señalado esta Dirección General en la resolución de 3 de mayo de 2016, la doctrina define a la comunidad de regantes como Entidades Administrativas, Corporaciones de Derecho Público. Por tanto las comunidades de regantes son entidades administrativas, esto es, como parte de la Administración Pública Hidráulica. En el grupo de las administraciones no territoriales se distingue entre la Administración institucional y la corporativa, y en este último subgrupo se inscriben las comunidades de regantes. Su consideración como verdaderas Administraciones Públicas ha sido muy debatida. La universalidad de los fines de los entes territoriales explica que tengan atribuidos por la Ley poderes públicos superiores, como el poder reglamentario, el tributario, el expropiatorio o, lo que resulta relevante para la resolución del presente recurso, la aptitud para ser titulares de bienes de dominio público, aptitud que no se puede predicar con carácter general de los entes no territoriales.

Dada esta conmixión y confluencia de intereses públicos y privados, esta sustracción al principio asociativo puro, y ese carácter legal de la constitución y regulación de estas Corporaciones se entiende que se haya polemizado largamente sobre si son o no verdaderas Administraciones Públicas. Como ha señalado la doctrina más autorizada, lo son «*secundum quid*», no por esencia y en su totalidad, sino en la medida en que ejercen funciones públicas atribuidas por la Ley o delegadas por la Administración a la que se encuentran vinculados. Por ello no puede afirmarse la existencia de un criterio legal de subsunción plena de las corporaciones en el concepto estricto de Administración Pública, y por ello ni sus fondos integran el Patrimonio Público, ni sus cuotas son exacciones públicas sujetas a la legislación tributaria, ni sus empleados están sujetos al estatuto funcional, ni sus actos son actos administrativos salvo en el caso de los producidos en el ejercicio de funciones públicas atribuidas o delegadas. Pero al propio tiempo, las concomitancias y vinculaciones de estas corporaciones con las Administraciones Públicas que las tutelan impiden que puedan ser sometidas al régimen común de las asociaciones.

Por todo lo expuesto hasta el momento, no pueden entenderse las comunidades de regantes incluidas en el concepto de Administración Pública ni de entidad vinculada a la Administración Pública, ya que, siguiendo la expresada doctrina del Tribunal Supremo, en esta última expresión debe entenderse comprendida únicamente la Administración Pública institucional pero no la corporativa, que queda excluida del medio especial que concede la Ley Hipotecaria para inmatricular los bienes inmuebles de que sean titulares tales Administraciones por la vía de la certificación de dominio que prevé el artículo 206 de la citada Ley.

Resolución de 23-5-2018

(BOE 13-6-2018)

Registro de la Propiedad de El Rosario

#### **COSTAS: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO A TRAVÉS DEL REGISTRO.**

Como cuestión previa, es preciso poner de relieve, una vez más, que este expediente no puede tener en consideración documentos que se alegan o aportan con el escrito de recurso y que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de la presentación.

La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas colindantes con el dominio público viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla segunda dispone el modo de proceder del registrador en aquellos supuestos en que el dominio público costero no conste inscrito en el Registro de la Propiedad. Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 23 de agosto de 2016 y 27 de junio de 2017), para la debida comprensión de este precepto debe contemplarse conjuntamente con el contenido de toda la Sección Cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas, reguladora de las inmatriculaciones y excesos de cabida que puedan afectar a este dominio público. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección.

De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

En los que las citadas aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, la única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección, así como la determinación de si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito. No obstante, esta determinación previa solo debe ser exigible a aquellas fincas que, según los datos que consten en el Registro o a los que tenga acceso el registrador por razón de su cargo, como los datos catastrales (cfr. por todas, resolución de 23 de abril de 2018), lindan con este dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres.

En el presente caso, el dato de que la finca invade el dominio público marítimo-terrestre resultaba inicialmente de la consulta realizada por la registradora a la Sede Electrónica del Catastro con ocasión de la primera presentación del título en el Registro. Nuestro Tribunal Supremo en sentencias de la Sala Primera de 26 de abril de 1986, 1 de julio de 1999 y 22 de junio de 2009, excluye el juego del principio de legitimación en relación con el dominio público. Este mismo criterio ha sido asumido por este Centro Directivo, que lejos de sostener una falsa antinomia entre la legislación hipotecaria y la legislación relativa al dominio

público, ha defendido el carácter del Registro de la Propiedad como instrumento de protección del demanio. La protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito (como es el caso del presente expediente), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Finalmente, en relación con el alcance y eficacia de la sentencia del Tribunal Constitucional número 57/2016, de 17 de marzo, dictada en el recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias sobre la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la Ley 22/1988, de Costas, por infracción de los artículos 9.3 y 14 de la Constitución, es lo cierto que la eficacia sustantiva y registral de dicho pronunciamiento está condicionada a la previa tramitación y aprobación del correspondiente expediente administrativo de desafectación, sin que la alegada pasividad de la Administración Pública responsable del ejercicio de dicha competencia pueda ser suplida por el registrador, prescindiendo de un acto administrativo formal y expreso de desafectación como requisito previo de inscripción, al efecto de desvirtuar la certificación de invasión del dominio público emitida por esa misma Administración. Doctrina que trasladada al presente caso ratifica el criterio mantenido en la calificación impugnada que, tras suspender la inscripción por los motivos que ya han quedado analizados y confirmados, añade que ello debe entenderse sin perjuicio de que «se llegara a tramitar el expediente administrativo que determinara la exclusión de la zona marítimo-terrestre» de la finca debatida, en perfecta concordancia con la doctrina constitucional reseñada.

Resolución de 31-5-2018

(BOE 14-6-2018)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1

#### SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La finalidad de la disposición del artículo 160.f), como se desprende de la ubicación sistemática de la misma (en el mismo artículo 160, entre los supuestos de modificación estatutaria y los de modificaciones estructurales), lleva a incluir en el supuesto normativo los casos de «filialización» y ejercicio indirecto del objeto social, las operaciones que conduzcan a la disolución y liquidación de la sociedad, y las que de hecho equivalgan a una modificación sustancial del objeto social o sustitución del mismo. Pero debe tenerse en cuenta, que dada la amplitud de los términos literales empleados en el precepto («la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales»), surge la duda razonable sobre si se incluyen o no otros casos que, sin tener las consecuencias de los ya señalados, se someten también a la competencia de la junta general por considerarse que exceden de la administración ordinaria de la sociedad.

Según la sentencia del Tribunal Supremo número 285/2008, de 17 de abril, los consejeros delegados de una sociedad anónima carecen de poderes suficientes para otorgar la escritura pública de transmisión de todo el activo de la compañía (en el caso enjuiciado, las concesiones administrativas de transportes, tarjetas de transporte y autobuses, dejando a la sociedad sin actividad social) sin el conocimiento y consentimiento de la junta. Pero debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la

operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, 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 o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general. No obstante, es necesario que el notario despliegue la mayor diligencia al informar a las partes sobre tales extremos y reflejar en el documento autorizado los elementos y circunstancias necesarios para apreciar la regularidad del negocio y fundar la buena fe del tercero que contrata con la sociedad.

Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción.

Resumidamente, el artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

De la doctrina expuesta resulta que para acceder a la inscripción de la compraventa el registrador no puede en el presente caso exigir intervención alguna de la junta general, habida cuenta de las manifestaciones vertidas por los administradores de ambas sociedades. Además, las circunstancias en que apoya el registrador su calificación negativa resultan de la mera afirmación de un tercero en una instancia que ha sido —indebidamente— objeto de asiento de presentación en el Registro, por lo que no puede ser óbice a la inscripción pretendida.

Resolución de 30-5-2018

(BOE 15-6-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

#### DERECHO DE USO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR: DURACIÓN.

Como recuerda la reiterada doctrina de este Centro Directivo al abordar la naturaleza jurídica del derecho de uso sobre la vivienda familiar, lo procedente es considerarlo como un derecho de carácter familiar, y por tanto ajeno a la clasificación entre derechos reales y de crédito. Tal carácter impone consecuencias



especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho (del cónyuge a cuyo favor se atribuye) y el interés protegido por el mismo (el interés familiar y la facilitación de la convivencia entre los hijos y el cónyuge a quien se atribuye su custodia).

Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular tiene dos efectos fundamentales. Por un lado, tiene un contenido positivo, en tanto atribuye al otro cónyuge y a los hijos bajo su custodia el derecho a ocupar la vivienda. Por otro lado, impone al cónyuge propietario la limitación de disponer consistente en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008)».

Este contenido patrimonial del derecho de uso, y la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad, tienen como consecuencia que, con independencia de que se trate, como ya se ha señalado, de un derecho encuadrable dentro de la categoría de los derechos familiares, deban ser respetadas las reglas configuradoras de los derechos reales y las exigencias derivadas de los principios hipotecarios.

La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2015, reiterada por las de 17 de marzo y 21 de julio de 2016 y 19 de enero y 20 de junio de 2017, sostiene que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. En consecuencia, puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar, cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales, si bien, resultarán de modo indirecto, y cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho.

Resolución de 30-5-2018

(BOE 15-6-2018)

Registro de la Propiedad de Navalmoral de la Mata

**TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.**

Como ha afirmado este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010) 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.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

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 del Código Civil). La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligatorio, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento.

Recientes resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 18 de mayo y 26 de julio de 2017) han admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 del Código Civil) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

Resolución de 30-5-2018

(BOE 15-6-2018)

Registro de la Propiedad de Lleida, número 1

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

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). En consecuencia, estando las fincas respecto de las que se solicita la práctica de un asiento, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta de quien lleva a cabo la solicitud, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin que previa o simultáneamente se practique la inscripción a su favor en virtud de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que la finca que se solicita se inscriba a nombre de una sociedad de responsabilidad limitada, como consecuencia de un título de transformación, no se encuentra inscrita a nombre de la sociedad transformada sino a nombre de quienes afirman ser sus

únicos socios. Como puso de relieve la resolución de 11 de julio de 2016, hay que aclarar inmediatamente que los casos en que se admite la modalidad del tracto sucesivo abreviado o comprimido no constituyen en modo alguno una excepción al principio del tracto sucesivo en su sentido material o sustantivo.

Resolución de 31-5-2018

(BOE 15-6-2018)

Registro de la Propiedad de Tudela, número 1

#### **PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES AL DERECHO DECLARADO NULO POR SENTENCIA.**

Es procedente recordar lo que ya se afirmó por este Centro Directivo en la resolución de 3 de noviembre de 2017, que constituye el antecedente del caso objeto de este expediente. 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 examinar si en el procedimiento han sido emplazados 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.

También hay que citar entre los fallos más recientes la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: «Esta función calificadoradora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014, que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de derechos y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos que se haya mantenido vigente, no puede determinar su cancelación automática.

Es cierto que en el presente caso la sentencia y el auto de los que trae causa el mandamiento calificado tuvieron por objeto declarar la nulidad de una serie de inscripciones registrales. Ahora bien, si se tienen en cuenta las particulares circunstancias que concurren en este caso, puede concluirse que la decisión judicial de abrir un trámite de ejecución a instancia de parte, tuvo como objetivo evitar la indefensión de los titulares de las hipotecas afectadas por la orden de cancelación, dándoles la opción de alegar lo que a su derecho convenga, sin que los mismos hayan hecho uso de tal posibilidad procesal. Es precisamente a la vista de esta circunstancia cuando el letrado de la Administración de Justicia expide el nuevo mandamiento que ha dado pie a la calificación impugnada. Si, tal y como se ha expuesto en apartados anteriores, el fundamento último del

principio de tracto sucesivo, de acuerdo con lo que prevé el artículo 24 de la Constitución, es impedir la indefensión del titular registral, ha de considerarse que tal posibilidad de indefensión ha quedado descartada respecto de «Banco Popular Español, S.A.», «Bankia, S.A.» y «Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de Reestructuración Bancaria, S.A.», que son las tres entidades a las que se les concedió el oportuno trámite para realizar alegaciones en el proceso. Consecuentemente, procede estimar el recurso y admitir la cancelación de las hipotecas que ordena el mandamiento calificado, en tanto aparezcan inscritas a nombre de alguna de estas tres entidades.

Resolución de 28-5-2018  
(BOE 18-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Lepe

#### EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

La registración de un exceso de cabida «*stricto sensu*» solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral. Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición, se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial.

Por tanto, en el marco del antiguo expediente de dominio el registrador solo emitía su juicio sobre la identidad de la finca al expedir la certificación a que se refería la regla segunda del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. En estos supuestos en que el registrador haya expresado dudas al expedir la certificación, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare, en su caso, la inexistencia de una situación de doble inmatriculación o de confusión sobre la identidad de la finca. Si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio. También se ha señalado como salvedad a tal regla general aquellos casos en que el registrador que emitió la certificación inicial que permitió iniciar el expediente sea distinto de quien va a practicar la inscripción, pues el juicio sobre la existencia o no de dudas es personal del registrador y no puede vincular a un registrador distinto que se aparte de él por causas justificadas.

En el presente caso la registradora pone de manifiesto en la calificación la omisión del trámite de expedición de certificación. Por tanto, al omitirse este trámite esencial, en ese momento procesal no se pudieron poner de manifiesto las dudas que ahora motivadamente esgrime y que, por esa misma razón, no han podido ser despejadas por el juzgador durante la tramitación del procedimiento. Por tanto, la única forma de lograr la inscripción de la rectificación pretendida será despejar tales dudas, acudiendo a alguno de los procedimientos que específicamente se prevén en la Ley Hipotecaria, una vez vigente la Ley 13/2015, de 24 de junio, en los que cobra especial relevancia la representación gráfica de la finca, aportando una mayor certeza a la descripción del inmueble.

Resolución de 28-5-2018  
(BOE 18-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Caspe

**PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN DE DESPACHO DE LOS TÍTULOS PRESENTADOS. INMATRICULACIÓN: NO ES POSIBLE SI LA FINCA ESTÁ YA INMATRICULADA.**

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 y que resultó prorrogado. La calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad.

Una vez practicada la inscripción pendiente del título que se presentó con anterioridad, la finca cuya inmatriculación se pretende aparece ya inmatriculada a favor de otras personas, tal y como indica el registrador, procede la denegación de la inmatriculación en base a lo previsto en los artículos 20 y 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución 29-5-2018  
(BOE 18-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Igualada, número 2

**SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA DEL DEMANDADO: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.**

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone que «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 la cancelación de asientos en Registros públicos». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente) según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. 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.

Resolución de 29-5-2018

(BOE 18-6-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO PUEDE TENERSE EN CUENTA ASIENTOS DE PRESENTACIÓN YA CADUCADOS.**

Como cuestión previa ha de aclararse que, aunque el recurrente dirige el recurso tanto contra la calificación inicial, como contra la del registrador sustituto, por lo que se refiere a la calificación sustitutoria, es necesario recordar la constante doctrina de esta Dirección General según la cual, a la vista de lo que dispone el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria, queda constreñido el presente recurso a la nota de calificación denegatoria confirmada, según los estrictos términos en que aquella se formuló.

La cuestión de fondo que debe resolverse en este expediente es si el registrador puede tener en cuenta, al calificar un documento, otro u otros que fueron objeto de un asiento de presentación que ya no está vigente. Como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Por esa misma razón, el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles. Una vez que ha caducado dicho asiento de presentación, no puede quedar condicionado el acceso de cualquier título que se presente con posterioridad al contenido de la sentencia que fue presentada y que no llegó a inscribirse, dejando transcurrir la vigencia de su asiento de presentación.

Resolución de 29-5-2018

(BOE 18-6-2018)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2

**TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE: ACTA DE PROTOCOLIZACIÓN INSTADA POR UNA SOLA DE LAS PARTES.**

Como ha afirmado este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010) 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.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo

alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

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 del Código Civil). La homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento.

Para que dicho acuerdo transaccional se convierta en título inscribible, será necesaria su transformación en documento público en el que intervengan prestando su consentimiento todas las partes. En consecuencia, no basta la intervención de uno de los interesados instando el acta. Más aún cuando la otra parte que no ha intervenido es la titular registral de las fincas afectadas. El que se haya cumplido con lo establecido en el Reglamento Notarial para tramitar un acta de protocolización permitirá la incorporación del documento judicial al protocolo notarial. Pero, si lo que se pretende es que el acto o negocio ingrese en el Registro de la Propiedad, resulta imprescindible el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación hipotecaria prevé para salvaguardar las exigencias del principio de legalidad (arts. 3 y 18 de la Ley Hipotecaria) y para garantizar la adecuada protección de los derechos reales inscritos.

Resolución de 29-5-2018

(BOE 18-6-2018)

Registro de la Propiedad de Toledo, número 2

#### **OBRA NUEVA: EXIGENCIA DE DEPÓSITO DEL LIBRO DEL EDIFICIO EN CASOS DE AUTOPROMOTOR.**

La Ley 13/2015, de 24 de junio, modifica el artículo 202 y en base a este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el libro del edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Partiendo de esta función del citado libro, ajena, en principio, al contenido estricto de la publicidad registral, el legislador de la reforma, aprovechando la propia dinámica de la institución registral, viene ahora a imponer como requisito de inscripción de la edificación, el archivo registral del libro, y facilitando, a su vez, su publicidad. El libro del edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del libro del edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de su formalización y depósito.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 7 del Decreto 81/2007, de 19 de junio, por el que se regula el Libro del Edificio para edificios destinados a vivienda en Castilla-La Mancha, establece la obligación del promotor de formalizar el libro del edificio. Según la normativa autonómica aplicable indicada, no solo no resulta norma alguna que exima del depósito previo en el Registro del libro del edificio para los supuestos de autopromoción, sino que la exigencia de tal depósito concuerda con las obligaciones del propietario previstas en la misma norma autonómica de tenerlo a disposición de los usuarios que tengan interés en consultarlo, así como de las Administraciones Públicas o autoridades competentes.

En definitiva, en el caso de este expediente, dados los términos claros e inequívocos del artículo 202 de la Ley Hipotecaria y del Decreto 81/2007, de 19 de junio, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, impiden excepcionar del requisito del depósito previo en el Registro del libro del edificio respecto del supuesto de autopromoción, excepción, que a diferencia de lo que ocurre con otras exigencias (v. gr. seguro decenal) no está contemplada en ninguna norma.

Resolución de 1-6-2018

(BOE 21-6-2018)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2

#### **OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS. PROPIEDAD HORIZONTAL: ¿CUÁNDO ES EXIGIBLE LICENCIA?**

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. Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Y en el contexto de esta competencia hay que situar el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, relativo a la calificación de los títulos de constitución de régimen de propiedad horizontal, y de modificación del régimen ya inscrito.

De lo establecido en los artículos 26 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 y Rehabilitación Urbana, y el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, separadamente, tanto para los actos de parcelación, división o segregación, como para las obras de edificación y su ampliación, reforma, modificación o rehabilitación o cambio de uso, que así se declaren y pretendan acceder al Registro de la Propiedad. Ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de invocar el régimen particular del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

La resolución de esta Dirección General de 12 de abril de 2011, para un caso similar en la Comunidad de Madrid, afirmó que la división horizontal de la única vivienda existente en la finca en cuatro susceptibles de aprovechamiento independiente implica un cambio objetivo del uso de la edificación que necesita licencia de acuerdo



con lo dispuesto en el artículo 151.1, por lo que su inscripción registral requiere la acreditación de su previa obtención conforme a lo dispuesto por el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En el caso de ese recurso constaba en el Registro el carácter de vivienda unifamiliar de la que es objeto de división horizontal.

En el caso de este expediente resulta acreditada la antigüedad de las construcciones por certificación técnica, por lo que se cumple el plazo mínimo de cuatro años que resultaría exigible para la aplicación del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo en la Comunidad de Madrid —cfr. artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo—. Sin embargo, no solo se pretende la declaración de nuevas construcciones o la ampliación de las mismas, lo que estaría amparado en el régimen del artículo 28.4 citado, sino la división horizontal «tumbada» de los elementos constructivos resultantes. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena), número 166/2016, de 18 marzo, después de afirmar que, en principio, en la propiedad horizontal propiamente dicha, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte, no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno o suelo, ni derecho privativo alguno sobre el mismo.

De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción tanto para la declaración de nuevas construcciones, como para su división horizontal en la medida que suponga una alteración del uso de la edificación para pasar de una vivienda unifamiliar a otra de tipo colectivo, sea en la misma planta o en nuevas plantas. En el caso particular de este expediente cabe afirmar que la configuración jurídica adoptada supone constituir realmente dos entidades con autonomía tal que les permite ser consideradas como objetos jurídicos nuevos y absolutamente independientes entre sí, como demuestra la perfecta delimitación de patios de uso exclusivo de cada elemento privativo respectivo con salida propia e independiente a la vía pública, desvirtuando el concepto de elemento común esencial, indivisible e inseparable al que se refiere el artículo 396 del Código Civil. Se trata de una configuración que perfectamente puede equipararse a «cualesquiera otros actos de división de fincas» contemplados en la repetida previsión «*in fine*» del apartado a) del artículo 151.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid en relación con el artículo 26.2 de la Ley estatal.

En conclusión, cabe admitir el acceso al folio abierto a la finca registral de las construcciones declaradas bajo el régimen del artículo 28.4 de la Ley de Suelo estatal, cuya antigüedad suficiente resulta acreditada. Pero no cabe afirmar lo mismo respecto a la división horizontal tumbada que se formaliza en dichas edificaciones, pues no cabe admitir en este caso, la configuración registral independiente de las mismas sin la oportuna licencia por suponer una división de suelo y no resultar aplicable tal régimen de acceso registral a los actos afectantes al suelo, particularmente en el ámbito de la legislación urbanística madrileña.

Resolución de 1-6-2018

(BOE 21-6-2018)

Registro de la Propiedad de Lugo, número 1

HERENCIA: TÍTULO DE LA SUCESIÓN INTESTADA.

En el presente supuesto, han renunciado todos los hijos de la causante que han sido declarados herederos en el acta notarial. Es aplicable al caso, por re-

misión de la Ley de Derecho civil de Galicia —artículo 267—, el artículo 923 del Código Civil. En consecuencia, es acertada la calificación en el sentido de que es necesario completar el título sucesorio que tras la renuncia de los llamados en primer grado, precisa de una nueva notoriedad que determine quienes son los del grado ulterior vivos o en su caso los ascendientes o en defecto de todos estos, el cónyuge viudo.

El testamento —y lo mismo en el contrato sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal. En definitiva, el testamento determina el llamamiento del heredero (vocación) y también el título por el que se ofrece al mismo la posibilidad efectiva de aceptar o repudiar la herencia (delación). Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento. Así pues, el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, no es el título que determina la vocación o llamamiento ni la delación, sino que es un título de carácter formal y probatorio respecto a las circunstancias que individualizan al sucesor y que acreditan la inexistencia de testamento.

En el supuesto de este expediente, las circunstancias de hecho que deben concurrir para que el viudo pueda ser llamado como heredero intestado (art. 945 del Código Civil) no han quedado acreditadas en el acta de notoriedad en que se declaró herederos a los tres hijos ni en otro documento.

Resolución de 1-6-2018  
(BOE 21-6-2018)  
Registro de la Propiedad de Cullera

#### **HERENCIA: CAUSANTE SOMETIDO AL DERECHO SUECO CON FALLECIMIENTO ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL CÓDIGO DE SUCESIONES EUROPEO.**

La resolución del recurso planteado incide, como único tema, en la prueba de la ley aplicable a una sucesión en la que el causante, de nacionalidad sueca, fallece siendo titular de bienes en España antes de la entrada en aplicación del Reglamento 650/2012. Por lo tanto, conforme al artículo 84 de la norma europea, su sucesión se rige por su ley nacional (art. 9.8 del Código Civil), es decir por el Derecho sueco. Se dan en el supuesto ciertas circunstancias especiales. Estas se refieren al consentimiento prestado por una de las herederas, ante notario alemán, a la adjudicación de los bienes en España a favor de sus hermanas y coherederas al darse por pagada con bienes en Suecia. También, respecto de la manifestación del excónyuge del difunto, quien se encontraba divorciado, conforme al cual en base a la propia legislación sueca, reconocía el carácter privativo de los bienes adjudicados, en cuanto alguno fue adquirido constante su matrimonio, sin atribuirse ninguna otra posición sobre la herencia.

En primer lugar, considera el registrador que no resulta acreditado que el inventario de bienes relictos expedido por la Agencia Tributaria de Kalmar, Suecia, sea el título sucesorio hábil en el Derecho sueco. El defecto no puede mantenerse. Dicho inventario, es obligatorio en el plazo de tres meses tras el fallecimiento del causante, bajo la responsabilidad de los sucesores, y es conforme al Derecho sueco (Código de Sucesiones sueco 1958: 637 y aunque aquí, no relevante, SFS

2005: 435) el título sucesorio, siendo el eventual reparto de bienes posterior meramente facultativo.

El segundo defecto tampoco puede ser mantenido. Del documento, —otorgado ante notario alemán, traducido en su totalidad y apostillado—, resulta, sin duda alguna, el consentimiento de la otorgante a la adjudicación a sus coherederas de los bienes en España que se indican; así como una equivalencia funcional con un documento similar ante notario español, en los términos del artículo 56 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

El último defecto asimismo debe ser revocado. Además de que el notario establece prueba cumplida de su posibilidad en Derecho sueco (conforme al Código de Matrimonios del Reino de Suecia 1987: 230) de consentir en la calificación de los bienes como privativos de su exmarido, no cabe en este acto —siendo la otorgante mayor de edad y capaz— ir más allá de sus propias manifestaciones formalizadas en España ante notario español, sin que resulte del expediente más interesados en la sucesión que las hijas del causante.

Resolución de 1-6-2018

(BOE 21-6-2018)

Registro de la Propiedad de Estepona, número 1

**SOCIEDAD DE GANANCIALES: NATURALEZA. ANOTACIÓN DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES ESTANDO LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA PERO NO LIQUIDADADA.**

La sentencia del mismo Tribunal de 17 de enero de 2018 establece que en la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. También este Centro Directivo ha compartido en diversas resoluciones citadas en los «Vistos» estas mismas conclusiones, y ha considerado que, ni en la fase en que la sociedad de gananciales está vigente, ni cuando ya está disuelta pero todavía no liquidada, corresponde a cada uno de los cónyuges, o a sus respectivos herederos, una cuota indivisa sobre cada bien ganancial, sino que el derecho de cada uno de ellos afecta indeterminadamente a los diferentes bienes incluidos en esa masa patrimonial, sin atribución de cuotas ni posibilidad de pedir la división material.

Teniendo en cuenta esta premisa, este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, la resolución de 5 de julio de 2013) ha aclarado las distintas opciones que, para garantizar el principio de responsabilidad patrimonial universal, existen a la hora de anotar un embargo sobre un bien ganancial en el periodo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación: a) el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la Ley Hipotecaria); b) el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judicia-

les seguidas solo contra el cónyuge deudor; y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.ª, «*in fine*», del Reglamento Hipotecario); c) el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior. Y, en todo caso, lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

En efecto, en el caso objeto del presente expediente, en un procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguido por un cónyuge contra el otro se practica sobre un bien, que aparece inscrito a nombre de ambos cónyuges con carácter ganancial, una anotación preventiva de embargo sobre la participación que como ganancial pudiera corresponder al ejecutado respecto de dicha finca. En el decreto de adjudicación se indica que se adjudica lo embargado, que es, según los hechos, un 50% de la finca. En definitiva, dado que lo que se adjudica en la resolución judicial calificada es la mitad indivisa del bien consorcial, y reiterando que eso no es posible durante la vigencia de la sociedad conyugal, ni tras su disolución y hasta su liquidación, no procede sino confirmar la nota de calificación.

Resolución de 4-6-2018

(BOE 21-6-2018)

Registro de la Propiedad de Berja

#### ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Dados los efectos que, conforme al principio de prioridad registral produce el asiento de presentación en el Libro Diario (arts. 17 y 24 de la Ley Hipotecaria), es lógico que el legislador no quiera que dicho asiento se extienda mecánicamente con la sola aportación del título correspondiente al Registro. Por ello el registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

Por último, aunque —por hipótesis— la solicitud objeto de calificación hubiera podido ser objeto de asiento de presentación si hubiera reunido los requisitos necesarios para ello, y tuviera que pronunciarse este Centro Directivo respecto de la pretensión contenida en el recurso, debe recordarse que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad

es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 4-6-2018

(BOE 21-6-2018)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

#### CALIFICACIÓN REGISTRAL: CLARIDAD E INTEGRIDAD.

Como cuestión previa, en relación con las sucesivas calificaciones del registrador (como ya se ha señalado, el primer defecto invocado fue la invalidez de la operación, al que se añadió la necesidad de respetar el pretendido derecho de retracto del que, según el registrador, era titular la sociedad arrendataria, para finalizar con lo relativo a la existencia del concurso), debe recordarse que la calificación registral tiene que ser clara y completa. Clara, de modo tal que las partes del negocio puedan conocer sin dificultad la naturaleza y el alcance del defecto o de los defectos invocados. Y completa, de modo tal que todos los que existan se evidencien en la primera nota de calificación, sin dejar para las eventualmente sucesivas la identificación de otro u otros. 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 y por el escrito de impugnación.

En relación con la situación de concurso de acreedores de la sociedad propietaria de la finca objeto de la pretendida permuta, es evidente que debe exigirse la intervención del administrador concursal (art. 40.1 de la Ley Concursal) y, si el concurso se encontrase en fase común, debe exigirse igualmente la autorización del juez del concurso para transmitir la finca o la acreditación de la concurrencia de alguna de las circunstancias que excepcionaran la necesidad de esa autorización judicial (art. 43 de la Ley Concursal).

Resolución de 5-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Motril, número 1

#### HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD CUANDO CONSTA NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.* por todas, las resoluciones de 8 de julio de 2013, 27 de octubre de 2015 y 21 de mayo de 2018), la nota marginal acreditativa de haberse expedido certificación de dominio y cargas para el procedimiento de ejecución hipotecaria ofrece unas características propias, de modo que si bien no lleva consigo un cierre registral, sí opera como una condición resolutoria cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento. Así, la relevancia de este asiento excede con mucho de constituir una mera pu-

blicidad noticia, alcanzando valor de notificación formal y, consecuentemente, función sustitutiva de notificaciones individualizadas respecto de los titulares posteriores a la misma conforme.

Ahora bien, dentro de todas las cualidades propias de la nota marginal de expedición de certificación de cargas no se encuentra la de determinar por sí sola, automática y necesariamente, el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad, presupuesto necesario para el comienzo del cómputo del plazo de prescripción a que refiere el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria. Del mismo modo, iniciada la ejecución hipotecaria, el hecho de que hayan transcurrido varios años desde la práctica de la nota marginal de expedición de dominio y cargas no significa que no se haya desenvuelto íntegramente el procedimiento de ejecución hipotecaria con la correspondiente adjudicación. Es por ello que los artículos 131 LH y 688.2 LEC impidan la cancelación de la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución sin antes cancelar dicha nota.

Pero además, dicha nota marginal supone la interrupción del plazo de prescripción de la acción hipotecaria recogido en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria. La resolución de 27 de enero de 2014 (reiterada por la de 27 de octubre de 2015) estableció que para valorar el alcance de la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en relación con la prescriptibilidad de la inscripción de hipoteca a cuyo margen se practica deben diferenciarse dos hipótesis diferentes, a saber: -Primera, que la nota marginal se expida después de que conste registralmente el vencimiento de la obligación garantizada por la hipoteca: en este caso vuelve a iniciarse el cómputo del plazo legal, de modo que hasta que transcurran veintiún años contados desde la fecha en que la nota se extendió (resoluciones de este Centro Directivo de 4 de junio de 2005 y 24 de septiembre de 2011) sin que medie otro asiento que otra circunstancia acredite, no podrá procederse a cancelar por caducidad del asiento de inscripción de hipoteca; -Segunda, que no habiendo llegado el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza deba ser satisfecha en su totalidad según Registro, se extienda la nota: no podrá cancelarse por caducidad conforme al artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria la inscripción de hipoteca hasta que transcurra el plazo de veinte años que para la prescripción de la acción hipotecaria establecen los artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria más un año más, contados no desde la extensión de la nota marginal sino desde la fecha de amortización final del préstamo.

Resolución de 5-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE APREMIO: ADJUDICACIÓN DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS. REQUISITOS FISCALES: CIERRE REGISTRAL.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones realizadas por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

Como afirmó la resolución de 1 de diciembre de 2006, en principio, el derecho hereditario no es más que un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición, por lo que si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien (art. 166.1.a del Reglamento Hipotecario), no es posible la inscripción de la adjudicación de los derechos que al deudor pudiera corresponder sobre bienes concretos y determinados hasta realizar la partición de la herencia. En caso objeto del presente expediente no se ha llevado a efecto la partición de la herencia, ni se presentó al tiempo de la calificación copia auténtica de la escritura de aceptación de las herencias antes reseñadas.

No regula nuestra legislación hipotecaria (a diferencia de lo dispuesto en el art. 20 párrafo quinto apartado 3 con relación a las ejecuciones en nombre de los herederos del ejecutado por deudas de este) la inscripción de las adjudicaciones derivadas de los procesos de ejecución por deudas del heredero del titular registral. Pero debe entenderse que para la práctica de la misma deberá acreditarse, además de las circunstancias expresadas en el artículo 166 del Reglamento, la aceptación de la herencia por parte del heredero. Y siendo heredero único, aceptada la herencia, no se plantean las dificultades propias del llamado derecho hereditario in abstracto. Ahora bien, lo que sucede en el presente caso es que la condición de heredera única de la deudora contra la que se dirige el procedimiento de apremio (prescindiendo ahora del problema de la acreditación fehaciente de la aceptación) no resulta inequívoca.

Es doctrina con más de un siglo de antigüedad (en concreto, a partir de la resolución de 2 de diciembre de 1897), que ni el Código Civil, ni la legislación especial, ni la Ley Hipotecaria exigen que la persona o personas instituidas nominativamente como herederos o nombrados legatarios en un testamento acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos. Pero siempre es necesario que resulte de la escritura atributiva de bienes hereditarios cuáles son los sujetos interesados en la herencia, y que —sin llegar a una prueba diabólica— se justifique o se refiera la inexistencia de otras personas que por llamamiento legal o testamentario pudieran tener algún derecho en la sucesión. En el presente caso se colige que no pudiendo dar por acreditada la no renuncia de la herencia de la titular registral por la citada coheredera ni, en consecuencia, la ineficacia de la sustitución vulgar ordenada en el testamento de aquella, no puede aceptarse la tesis de que estamos en presencia de un supuesto de heredero único.

Que no estamos en presencia de un supuesto de heredero único parecería ser igualmente la tesis de la Administración promotora del expediente de apremio pues lo que embarga, subasta y adjudica, como se ha dicho, no son fincas o cuotas indivisas concretas, sino «derechos hereditarios» que a la embargada pudieran corresponder sobre fincas concretas. Desde el punto de vista registral desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, el derecho hereditario «in abstracto» en ningún caso es objeto de inscripción, sino únicamente de anotación preventiva.

Por otro lado, según reiterada jurisprudencia hipotecaria, en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso; sin perjuicio de que los interesados puedan volver a presentar los títulos cuya inscripción no se admitió, en unión de los documentos aportados durante la

tramitación del recurso a fin de obtener una nueva calificación. Además, como también ha recordado este Centro Directivo en bastantes ocasiones, no pueden admitirse en el Registro meras fotocopias o documentos no fehacientes, sino que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es imprescindible aportar documentos públicos originales.

Respecto de la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales en relación con el Impuesto de Sucesiones, no consta haberse incluido en las respectivas declaraciones/liquidaciones tributarias la finca objeto de la adjudicación en el procedimiento de apremio aquí debatida, ni haberse presentado a liquidación el mismo documento presentado a inscripción, por lo que el defecto indicado no puede sino confirmarse. El artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone un verdadero cierre registral.

Resolución de 6-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Valls

#### TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. 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 del Código Civil).

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). 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 caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de extinción de comunidad. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.<sup>a</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, tratándose de un acuerdo por el que se



ejecuta la disolución de una comunidad ordinaria mediante la adjudicación de la finca inventariada, si ambas partes no procedieran voluntariamente a otorgar la correspondiente escritura, cualquiera de ellas puede solicitar la ejecución del mismo a través de lo establecido en los artículos 705 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las anteriores consideraciones no pueden quedar desvirtuadas por el hecho de que, como alega la recurrente, en la sentencia de divorcio se le atribuyera el uso y disfrute de la vivienda. Debe recordarse que no pueden tenerse en cuenta a la hora de resolver el recurso documentos no presentados para su calificación y que hayan sido aportados en el momento de interposición. La atribución del uso y disfrute de la vivienda contenida en la sentencia de divorcio aportada con el escrito de impugnación nada predetermina sobre la adjudicación del pleno dominio de dicha vivienda de la que nada se expresa en el citado convenio regulador. Otra cosa es que se trate tanto de supuestos de convenio regulador como de acuerdo transaccional con contenido equiparable a un convenio regulador siempre que esté en íntima conexión con una situación de crisis matrimonial, de modo que del título presentado a inscripción resulte que la liquidación del régimen económico-matrimonial provenga de un proceso de nulidad, separación o divorcio (cfr. resoluciones de 26 de julio, 18 de septiembre y 11 de octubre de 2017).

Resolución de 6-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna números 1 y 3

**SOCIEDAD DE GANANCIALES: NATURALEZA. ANOTACIÓN DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES ESTANDO LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA PERO NO LIQUIDADADA.**

La sentencia del mismo Tribunal de 17 de enero de 2018 establece que en la sociedad de gananciales, puesto que no surge una nueva persona jurídica, ambos cónyuges son titulares de los bienes comunes, pero los diversos objetos no les pertenecen proindiviso, sino que integran el patrimonio común, una masa patrimonial que pertenece a ambos cónyuges. Ambos cónyuges son los propietarios de cada cosa, de modo que el derecho de uno y otro, unidos, forman el derecho total, pero no son titulares de cuotas concretas sobre cada bien. También este Centro Directivo ha compartido en diversas resoluciones citadas en los «Vistos» estas mismas conclusiones, y ha considerado que, ni en la fase en que la sociedad de gananciales está vigente, ni cuando ya está disuelta pero todavía no liquidada, corresponde a cada uno de los cónyuges, o a sus respectivos herederos, una cuota indivisa sobre cada bien ganancial, sino que el derecho de cada uno de ellos afecta indeterminadamente a los diferentes bienes incluidos en esa masa patrimonial, sin atribución de cuotas ni posibilidad de pedir la división material.

Teniendo en cuenta esta premisa, este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, la resolución de 5 de julio de 2013) ha aclarado las distintas opciones que, para garantizar el principio de responsabilidad patrimonial universal, existen a la hora de anotar un embargo sobre un bien ganancial en el periodo que media entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación: a) el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr.

arts. 397, 1058, 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la Ley Hipotecaria); b) el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la Ley Hipotecaria, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1.<sup>a</sup>, «*in fine*», del Reglamento Hipotecario); c) el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior. Y, en todo caso, lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

A la vista de esta sentencia de divorcio, solo queda acreditada la disolución del régimen de gananciales. Se produce así una situación de sociedad de gananciales disuelta, pero no liquidada. Y, en tal situación, sería posible que la Tesorería General acordase sustituir el embargo trabado sobre la totalidad de la finca por alguna de las opciones que se han expuesto en el tercer fundamento de Derecho de esta resolución. Lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución de esta, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

Resolución de 11-6-2018  
(BOE 25-6-2018)  
Registro de la Propiedad de A Estrada

#### HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: ACTA DE NOTORIEDAD COMPLEMENTARIA.

La interpretación de las cláusulas de los testamentos puede resultar dificultosa en múltiples ocasiones. El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código Civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código Civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador.

Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se establece cual es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El Tribunal Supremo ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador,

esto es su voluntad real. Por tanto el defecto, tal y como ha sido expresado en la calificación recurrida, debe ser revocado al ser válida la interpretación testamentaria realizada por los herederos y legatarios adjudicatarios de común acuerdo, de suerte que resulta acreditada de la propia descripción de los inmuebles en el título calificado la vinculación de ambas fincas registrales constituyendo, como manifiestan los comparecientes, una unidad física.

Ya no será admisible la simple declaración de la notoriedad del hecho de que una determinada persona es tenida por dueña de una determinada finca, como venía admitiendo el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, sino que, conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y a la regulación del artículo 209 del Reglamento Notarial, será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha, siempre y cuando, como señala el mismo precepto reglamentario, tales extremos le «resultasen evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso». En el presente caso, podrá lograrse la inmatriculación pretendida bien por el procedimiento previsto en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria o bien complementado el título inmatriculador con acta de notoriedad autorizada conforme a las exigencias expresadas en el nuevo artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de modo que será necesario que, tras el requerimiento expreso en tal sentido y la práctica de las pruebas y diligencias pertinentes, el notario emita formalmente, si procede, su juicio sobre la acreditación de la previa adquisición y su fecha.

Resolución de 11-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6

#### **PAREJAS DE HECHO: INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES.**

Cabe recordar que el Tribunal Supremo ha reconocido que cabe que los convivientes regulen las consecuencias de su estado como tengan por conveniente, respetando los límites generales del artículo 1255 del Código Civil. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional, en la sentencia número 93/2013, de 23 de abril, dictada a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial —como ocurre en el presente caso—, bien por la adopción de pactos concretos que traduzcan en el convenio entre convivientes las normas de la sociedad de gananciales.

No obstante, debe recordarse el criterio sentado por esta Dirección General en resolución de 7 de febrero de 2013. Ciertamente, no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. Como pone de relieve la misma resolución, mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios de transmisión ordinarios, o en el momento de adquirir un bien o derecho

concreto pueden configurar comunidades de bienes entre ambos. Además, como recuerda la misma resolución, el documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Parejas de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros.

Según los razonamientos precedentes, no puede aplicarse a la inscripción en el Registro de la Propiedad por los integrantes de la pareja de hecho el régimen económico-matrimonial de la sociedad de gananciales, a pesar de haber sido pactado expresamente, sin que pueda admitirse lo que ha sido calificado por algún sector doctrinal y jurisprudencial como «matrimonio parcial», limitado únicamente a los efectos económicos. Ello no obsta para que, en aras a la voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan estos inscribirse a nombre de aquellos, pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes, siendo esta última la fórmula utilizada en la escritura de compraventa.

Resolución de 11-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

#### **PUBLICIDAD FORMAL: INFORMACIÓN SOBRE EL PRECIO.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción o de las solicitudes de emisión de publicidad formal 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 otros títulos o solicitudes. A tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones.

Serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes, en su condición de tales, pues no se aplicaría el régimen de protección de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad de carácter «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango, lo cual se acredite suficientemente al registrador; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

No habiendo podido examinarse por el registrador la motivación justificativa de su interés alegada por el recurrente en su escrito de interposición del recurso, tampoco puede ser objeto de consideración por parte de este Centro Directivo en la resolución del mismo, pues, como ya se ha dicho, conforme a lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. la última resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es más amplio un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 24 de febrero de 2000, estableció que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo parece amparada por el artículo 222.7 de la Ley Hipotecaria que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho. Aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, deberán quedar excluidos de la información suministrada, aquellos datos que tengan la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto.

Resolución de 11-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: ADJUDICACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO OBJETO DE EMBARGO.**

La patrimonialización de la edificabilidad se produce, conforme a nuestra legislación urbanística, únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por dicha legislación, requiriendo todo acto de edificación del correspondiente acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preventivo.

Respecto al régimen del aprovechamiento urbanístico subjetivo, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2010, seguida por la de 22 de enero de 2016, señala que las facultades o contenidos urbanísticos artificiales, que no son inherentes a esa naturaleza, sino producto de la concreta ordenación urbanística, como adiciones o añadidos que derivan de la clasificación y calificación prevista en una norma o plan de ordenación, no pasan de ser meras expectativas, que solo se adquieren, consolidan e ingresan en el patrimonio del propietario mediante la participación de este en el proceso urbanizador a través del gradual cumplimiento de los deberes urbanísticos que son su contrapartida. Con todo, puede diferenciarse el régimen de adquisición del aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable, condicionada, como se ha dicho, al cumplimiento de los deberes impuestos por la normativa urbanística, de la adquisición dominical de la edificación materializada en una determinada parcela, cuyo régimen no puede ser otro que el sistema civil de adquisición de derechos reales, por accesión, o mediante la constitución de derechos reales de vuelo o superficie.

El aprovechamiento urbanístico subjetivo reconocido al propietario, como parte que es de las facultades de aprovechamiento que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede ser objeto de negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados. El negocio de transferencia de aprovechamiento, sujeto, en principio, al régimen de disposición de bienes inmuebles, puede darse entre particulares o con la Administración, puede ser puramente voluntario o de carácter forzoso —como sucede en este caso— o, por su función, puede ser de mera adquisición patrimonial o servir de técnica de gestión urbanística, cuando lo permita la respectiva legislación.

Por otra parte, desde el punto de vista de las fincas a las que afecta, el negocio de transferencia se puede producir entre fincas de un mismo propietario, supuesto en que será este quien la determine por acto unilateral, o entre fincas de propietarios diferentes, supuesto en que hará falta un negocio jurídico entre los mismos. En los casos de transmisión entre fincas, no cabe soslayar la falta de determinación de la finca de destino a la que ha de acrecer el aprovechamiento por la vía de la apertura voluntaria de un folio registral independiente, como finca registral especial, respecto del aprovechamiento objeto de transmisión, en los términos autorizados por el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997. Fuera de estos supuestos, aunque pueda admitirse la validez civil de la transmisión por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación.

Se admiten la posibilidad de que el aprovechamiento urbanístico de una finca —en la medida que esté así reconocido en el planeamiento urbanístico—, que forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral, pueda independizarse y a modo de agregación pasar a formar parte de la finca a la que se incorpora, como

consecuencia del cumplimiento por su titular de los requisitos establecidos por la legislación urbanística aplicable, haciéndose constar por nota marginal (cfr. art. 77 del Real Decreto 1093/1997), o bien —a modo de segregación— pasar a formar finca registral independiente (cfr. art. 39 del Real Decreto 1093/2007). Esta Dirección General ha admitido supuestos en que pueden acceder al Registro de la Propiedad no solo negocios o actos jurídicos que tengan por objeto el aprovechamiento cuando el mismo ha sido independizado de la finca de origen mediante su inscripción en folio independiente como finca registral separada, o ha sido transferido a otra finca distinta de la de origen, sino también cuando dicha emancipación de la finca de origen no se ha producido, esto es, cuando el aprovechamiento todavía «forma parte del contenido del dominio y por tanto está implícito en la descripción meramente perimetral de la finca registral» (cfr. resolución de 30 de mayo de 2009). Se ha admitido en la misma situación, como ya se ha dicho, la anotación preventiva de embargo del exceso de edificabilidad (descrito con todas las circunstancias y detalles que exige el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997) que corresponda a cierta finca registral, y que consta inscrito a favor del promotor, cumpliendo el tracto sucesivo (cfr. resolución de 30 de mayo de 2009). Pero en caso de ejecución del embargo habrá de configurarse como finca independiente o adscribirse por nota marginal a otra finca, lo que requerirá previamente, cuando concurren diversos titulares, configurar el correspondiente régimen de comunidad de derechos recayentes sobre el territorio.

Ni de la certificación municipal descriptiva del aprovechamiento urbanístico embargado (en los términos exigidos por el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997), ni del asiento de la anotación preventiva de embargo resulta haber sido objeto de la traba ni tener la consideración de aprovechamiento urbanístico patrimonializable la superficie construida bajo rasante en el nivel de planta sótano de los 1.047,41 metros cuadrados destinados a trasteros, que ni están previstos en el plan, ni fueron objeto de autorización mediante licencia, ni han sido legalizados mediante su declaración de asimilado a fuera de ordenación, ni tenían la consideración previa de «sobrante de edificabilidad» (concepto referido a superficie de edificabilidad consumible y no consumida, y no a construcciones extralimitadas respecto de las que no proceda la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada por prescripción), ni finalmente tales construcciones pueden entenderse amparadas y cubiertas por la cláusula estatutaria incorporada a la escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal del conjunto residencial en que se integran tales construcciones. Pero es que en el caso de llegar a la ejecución del embargo se requería su configuración jurídico-real con arreglo a las exigencias de nuestro sistema registral y del folio real, lo que resulta especialmente relevante al haberse materializado o ejecutado las correspondientes obras (en la hipótesis de que fuese admisible la consideración de la superficie de trasteros adjudicada como procedente de la materialización del sobrante de edificabilidad).

Todo lo anterior se ha de sumar al hecho de que en el momento de presentarse el testimonio del decreto de adjudicación en el Registro la anotación preventiva de embargo ha caducado, y que la reserva de los derechos sobre la edificabilidad futura por parte del promotor, según resulta del expediente, no llegó a inscribirse en el Registro, por lo que la objeción señalada igualmente por el registrador en su calificación relativa a la existencia de terceros adquirentes de las viviendas que no han sido parte en el procedimiento judicial de ejecución resulta asimismo relevante conforme al principio del tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 12-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

#### **SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.**

Como ya se afirmó en resoluciones de 2 de septiembre de 2016 y 27 de septiembre de 2017, 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. El artículo 9 de la Ley Hipotecaria se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa. De ahí que del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes.

La aportación de una representación gráfica alternativa de la finca sobre la que se tramite el correspondiente procedimiento no implica que deba aportarse también la de las colindantes que pudieran resultar afectadas por la línea poligonal de delimitación de la finca así representada.

Ya este Centro Directivo en resolución de 4 de septiembre de 2017 (reiterándose su doctrina en otras posteriores) afirmó, con apoyo en la resolución de 20 de abril de 2017, que es posible la inscripción de una finca de reemplazo en un procedimiento de concentración parcelaria aun cuando no exista una total coincidencia entre la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de la representación gráfica catastral aportada, considerando lo dispuesto en los artículos 204 y 206 de la Ley Hipotecaria y la ausencia de dudas de identidad o correspondencia de la finca con dicha representación gráfica.

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. 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. 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.

Resolución de 12-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Zafra

#### **PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: FORMA DE HACER LAS NOTIFICACIONES A COLINDANTES.**

Se ha manifestado ya esta Dirección General (resolución de 11 de enero de 2016) afirmando que la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la



inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

El artículo 201, apartado 1, de la Ley Hipotecaria regula el expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral y se remite en cuanto a su tramitación a las reglas que establece el artículo 203. Debe recordarse, como se indicó en la resoluciones de 19 de julio de 2016 o 28 de noviembre de 2016 (entre otras), que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al Registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial.

En cuanto a la forma de llevar a efecto las notificaciones requeridas por el precepto, tal cuestión ya ha sido tratado por este Centro Directivo en resoluciones de 7 de noviembre de 2017 y 23 de abril de 2018. La notificación ha de efectuarse «en la forma prevenida en esta Ley» y «en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente». La remisión a «la forma prevenida en esta Ley» debe entenderse realizada a la prevista en el Título VI de la Ley Hipotecaria en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, según la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En este sentido, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el “Boletín Oficial del Estado”, sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203». Siendo conocido el interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación.

Según se ha expuesto, los promotores indican la identidad de las personas a quienes debe notificarse, así como el lugar en que esta debe practicarse, por lo que sería preceptivo, con carácter previo a la notificación edictal, el intento de notificación en dos ocasiones antes de acudir al medio supletorio. Tal intento efectivamente se realizó con éxito, según se indica en el fundamento anterior.

Resolución de 12-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Palencia, número 3

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.**

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

Dados los efectos que, conforme al principio de prioridad registral produce el asiento de presentación en el Libro Diario (arts. 17 y 24 de la Ley Hipotecaria), es

lógico que el legislador no quiera que dicho asiento se extienda mecánicamente con la sola aportación del título correspondiente al Registro. Por ello el registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea, palmaria e indudablemente, de imposible acceso al Registro.

Por último, aunque —por hipótesis— la solicitud objeto de calificación hubiera podido ser objeto de asiento de presentación si hubiera reunido los requisitos necesarios para ello, y tuviera que pronunciarse este Centro Directivo respecto de la pretensión contenida en el recurso, debe recordarse que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 13-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Tacoronte

#### VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL Y CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE.

La Ley protege especialmente a la vivienda familiar habitual, trátase de vivienda simplemente conyugal, trátase de vivienda en la que, además de los cónyuges vivan los hijos comunes o los que cada cónyuge hubiera habido antes del matrimonio. Entre las técnicas de tutela de la vivienda familiar figura la que establece el artículo 1320 del Código Civil. La técnica de tutela se articula a través de esa exigencia del consentimiento de ambos cónyuges: tanto de aquel que ostenta la titularidad sobre la vivienda o la titularidad del derecho sobre ella como del otro cónyuge. Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda. Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella. Es indiferente cuál sea el régimen económico del matrimonio.

Con la finalidad de evitar que ingresen en el Registro actos impugnables y, a la vez, con la de contribuir a la realización de los fines pretendidos con la norma sustantiva, el artículo 91 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción del acto dispositivo que recaiga sobre un inmueble apto para vivienda y en el que no concorra el consentimiento o la autorización prescritos en el artículo 1320 del Código Civil, bien la justificación de que el inmueble no tiene el carácter de vivienda habitual de la familia, bien que el disponente lo manifieste así.

Ahora bien, no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda familiar habitual. El consentimiento se exige para aquellos casos en

que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

El Código no solo exige el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, la autorización judicial para realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sino también para realizar un acto de disposición de los derechos sobre esa vivienda. Atendiendo a la finalidad de la exigencia legal y a la terminología utilizada, es claro que se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma las enajenaciones voluntarias, a título oneroso (como la compraventa o la aportación del inmueble a una sociedad, aunque fuera unipersonal) o a título gratuito (como la donación) del inmueble. Es igualmente claro que se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la norma la constitución de un usufructo o de un derecho de uso o habitación o la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación ya que, en caso de incumplimiento, se puede producir la realización forzosa del inmueble.

La constitución del derecho real de servidumbre que grave la vivienda familiar habitual es un acto dispositivo que, en principio, entra en el ámbito del artículo 1320 del Código Civil. No obstante, atendiendo a la interpretación jurisprudencial de este precepto legal, debe entenderse que la prevención establecida en el mismo no es aplicable en el presente caso, por tratarse de una servidumbre externa a la vivienda habitual que solo afecta a una parte de un elemento anejo a dicha vivienda (la azotea, que aun cuando forma parte del mismo edificio en régimen de propiedad horizontal tiene acceso directo e independiente desde la calle), sin que exista elemento objetivo alguno (cfr. la descripción de la servidumbre en el apartado I de los «Hechos») del que resulte posibilidad de eliminación o sustancial privación del goce de la vivienda o perturbación de la convivencia familiar en la misma. Además, como alega el recurrente, ni siquiera impide que los propietarios del predio sirviente usen la zona de azotea afectada por la servidumbre, pues el uso no es exclusivo del predio dominante, y así se especifica en las normas de su constitución.

Resolución de 13-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 14

REPRESENTACIÓN INDIRECTA: *FIDUCIA CUM AMICO*.

Dejando ahora de lado el expreso reconocimiento de efectos directos entre tercero y representado que hace el párrafo segundo *in fine* del artículo 1717 del Código Civil, para la tesis clásica, la gestión del representante en nombre propio determinaba que la única vinculación por efecto del negocio celebrado con el tercero era exclusivamente la suya propia y que los únicos efectos que derivaban de la relación de representación eran internos u obligacionales. Consecuentemente, se negaba cualquier tipo de vinculación entre el tercero y el «*dominus negotii*» y era necesario un acto posterior de transmisión del derecho real o personal a favor del último. Sin embargo, la tendencia hoy dominante se muestra partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente

con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado.

Admitida la adquisición inmediata de la propiedad por el «dominus», el siguiente problema que se presenta se concreta en la forma de acreditación de su titularidad que, de momento, puede quedar reservada u oculta. En esa situación, la vía recta que permitirá acreditar la titularidad del «dominus» podrá ser voluntaria, mediante la escritura otorgada por el representante y aquel en la que el primero reconozca *erga omnes* el derecho del último (cfr. art. 540 del Código Civil). O, en caso de que no exista acuerdo entre las partes, la sentencia declarativa de la relación representativa y del dominio del sujeto representado, una vez que en el proceso se haya justificado debidamente la relación representativa. Ahora bien, en relación con la escritura de reconocimiento, no parece suficiente la mera declaración de las partes dirigida a reconocer la titularidad del «dominus», sino que esa declaración debe estar suficientemente justificada, a fin de acreditar de manera suficiente la existencia de la relación representativa. En este punto, ha de atenderse a cada supuesto fáctico. Desde este punto de vista, aunque resulte discutible la aplicación de la ratificación a la representación indirecta —el artículo 1259 del Código Civil se refiere estrictamente a la actuación en nombre ajeno— lo que no resulta dudoso es la admisibilidad de una declaración de las partes dirigida a suplir la falta de acreditación previa de la representación o, incluso, a completar la eventual falta de poder de representación del actuante (arts. 1727 y 1892 y 1893 del Código Civil), siempre que esa declaración vaya acompañada de algún hecho o circunstancia que permita afirmar que, atendidas las circunstancias, ha quedado suficientemente evidenciada la relación de representación, lo que obliga necesariamente a atender a las circunstancias de cada caso.

Las consecuencias anteriores no quedan desvirtuadas por la necesidad de proteger a los terceros de buena fe que confiaron en la situación de titularidad formal o aparente del representante indirecto —por ejemplo, en caso de realizar un acto dispositivo faltando a la confianza en él depositada—.

Es doctrina de este Centro Directivo que lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa (cfr. resolución de 19 de enero de 1994). De aquí resulta que el reconocimiento de dominio efectuado sin expresión de causa carece de virtualidad traslativa y no procede su inscripción. Sin embargo, en este caso el reconocimiento de dominio no es, por tanto, un título carente de causa, sino que en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada.

La doctrina expuesta ha sido claramente corroborada en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo y 10 de junio de 2016, según las cuales en la convención negocial de fiducia «*cum amico*», incluso cuando exista causa ilícita o torpe, no será aplicable la excepción del artículo 1306 Código Civil y los bienes dados en esa confianza y bajo esa apariencia formal deberán ser restituidos siempre que se encuentren bajo la titularidad del fiduciario y fueren reivindicables.

Por cuanto antecede, las razones que apunta el recurrente en su escrito han de ser claramente asumidas en esta resolución, toda vez que: a) El reconocimiento del dominio ha sido otorgado por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia y en el que no interviene en ningún momento el transmitente inicial, que no precisa saber el pacto de fiducia del que es totalmente ajeno. b) La escritura objeto de la calificación impugnada no es, en puridad, una rectificación o modificación del título previo que requiera el otorgamiento por los transmitentes que lo fueron en la escritura invocada por la fiduciaria. c) Por último, es el artículo 20 de la Ley Hipotecaria el que admite la inscripción de la escritura calificada negativamente, pues en ella se dan todos los requisitos que permiten la inscripción a favor de los herederos del fiduciante, que acreditan formalmente ser los únicos sucesores del mismo y de su esposa, así como la aceptación de la herencia de ambos.

Resolución de 13-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro de la Propiedad de Piedrabuena

#### PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

En relación con la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, se han de distinguir dos grandes categorías: — Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados: pueden cumplir funciones de garantía (*vid.* Ley 482 del Fuero Nuevo de Navarra), de tutela (hasta que los hijos lleguen a determinada edad), para lograr la plena satisfacción de la voluntad del beneficiario de la prohibición, garantizar el resultado de un procedimiento o la caución del mismo, etc. Por ello, prevalece la finalidad de evitar el acceso al Registro del acto dispositivo realizado por quien carece de poder de disposición para ello al no habersele transmitido la facultad dispositiva. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse. — Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17 frente a la interpretación más laxa del artículo 145 del Reglamento Hipotecario que se impone en las prohibiciones voluntarias y derivadas de procedimientos civiles, provocando así el cierre registral incluso cuando se trata de actos anteriores a la prohibición.

Por otro lado, también constituye doctrina consolidada de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (*vid.* resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación, es decir cuando vienen impuestos en procedimientos judiciales o administrativos de apremio u otros que impongan una condena o conducta sobre el bien o derecho sometido a la prohibición de

disponer o enajenar. La responsabilidad universal patrimonial tiene una evidente función estimuladora del cumplimiento voluntario y de garantía a priori, en cuanto que advierte al deudor y asegura al acreedor que su satisfacción se procurará a costa de cualquier bien de aquel, salvo los estrictamente excluidos por la Ley misma. Esta función quedaría eliminada si se admitiese la inejecutabilidad de los bienes sujetos a prohibición de disponer.

En el presente supuesto se trata de una prohibición de disponer de las previstas en el artículo 170.6 de la Ley General Tributaria. Es por ello que, de acuerdo con lo señalado en los anteriores fundamentos de derecho, ha de permitirse la inscripción o anotación de actos de naturaleza dispositiva sobre los bienes sujetos a una prohibición de disponer o de enajenar cuando aquellos vengan ordenados en cumplimiento de la responsabilidad patrimonial del titular de los bienes. Supuesto muy distinto al que es objeto del presente expediente (aportación de bienes inmuebles a sociedad limitada en una operación de aumento de capital social), que responde a la tipología propia de los negocios jurídicos voluntarios. Si bien la aportación social no puede equipararse completamente a una compraventa, pues lo recibido por el aportante no es un precio sino acciones o participaciones del capital social, sí constituye un auténtico negocio jurídico traslativo, un verdadero negocio de enajenación. La prohibición de disponer del artículo 170.6 de la Ley General Tributaria comprende una limitación del poder de disposición de los bienes de una sociedad en el caso de embargo al titular de las acciones o participaciones de la misma que ostente una situación de control efectivo en ella, con la finalidad de evitar una depreciación de dichas participaciones objeto de la traba de embargo y como medio de asegurar el pago de las obligaciones tributarias contraídas por el titular de los títulos representativos del capital social, algo que no queda garantizado en caso de admitirse la inscripción de la aportación debatida.

No procede en consecuencia que esta Dirección General lleve a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición de la registradora de la propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación, sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (*vid.* artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 19-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Tomelloso

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Respecto de tal cuestión debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General en relación con el objeto del recurso (*vid.* entre otras muchas la resolución de 6 de junio de 2017), según la cual (con base en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al

conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria). Los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 19-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

**HERENCIA: CAUSANTE ALEMÁN.**

El causante fallece en 2005, por lo que de acuerdo con el artículo 84 de la norma europea, Reglamento (UE) núm. 650/2012, de 4 de julio, su sucesión se rige por su ley nacional que conforme al artículo 9.8 del Código Civil, es el Derecho alemán. La registradora considera que no ha sido probado el Derecho alemán en orden a establecer la bondad del certificado sucesorio —*Erbschein*— como título sucesorio y por tanto su habilidad para fundamentar la partición de herencia formalizada en la escritura pública calificada.

Al igual que la registradora no ignora el régimen económico subsidiario de primer grado en Alemania —y no requiere al respecto prueba especial, en cuanto inscrito el bien de conformidad con su legislación— no es razonable la exigencia de prueba de Derecho sobre un certificado sucesorio cuyo alcance e interpretación ha sido tan reiteradamente analizado por este Centro Directivo, máxime cuando, en forma ciertamente sucinta, el título calificado alude e incorpora los elementos necesarios para su valoración.

Resolución de 19-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 5

**PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y ALCANCE.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción o de las solicitudes de emisión de publicidad formal 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 otros títulos o solicitudes. Por otro lado, el recurso no puede resolverse apoyándose en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

La publicidad ha de ser para finalidades de la institución registral. El interés alegado ha de ser conocido, legítimo y directo. Pero el registrador, como ha señalado la resolución de 30 de mayo de 2014, en el ámbito de su calificación,

para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada, sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud, el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que, a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite el registrador al peticionario de la información.

Serían supuestos admisibles de inclusión del precio en la publicidad: a) cuando los precios o valores solicitados lo sean de operaciones jurídico-económicas en los que sean parte únicamente personas jurídicas o empresarios individuales o comerciantes; b) cuando, a juicio del registrador, se considere que dicho dato está incluido dentro de la publicidad del «tráfico jurídico inmobiliario», puesto que la cesión vendría justificada por la normativa hipotecaria; c) cuando se trate de permitir al solicitante el ejercicio de un derecho que tenga reconocido por una norma con rango de Ley o en cumplimiento de un deber impuesto por una norma de igual rango; y d) en el supuesto de que la petición del precio se realice por agencias que actúen por cuenta de entidades financieras, acreditando el encargo recibido y la entidad en cuyo nombre actúen, de conformidad con las Circulares del Banco de España, referentes a la obligación de cubrir los activos calificados como dudosos, previa estimación del deterioro de su valor, para lo cual es necesario conocer los datos cuya cesión se pretende.

En los supuestos de ejercicio de acciones judiciales, como pone de manifiesto el recurrente, los tribunales se han inclinado a otorgar preferencia al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de uso de los medios de prueba a su alcance. En el caso objeto del presente expediente, si bien la concreta relación entre el dato registral solicitado (el precio de las ventas de las fincas) y la pretensión objeto del pleito seguido conectada con el mismo (fijación de la contribución a la pensión alimenticia de la hija común) no figuraba en la solicitud de la certificación presentada en el Registro, sí que constaba en la misma la circunstancia de que el recurrente está interesado en los datos registrales que solicita (precio de las transmisiones inscritas) por razón del procedimiento de divorcio en el que es parte, circunstancia que al entroncar con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe entenderse que ampara, conforme a la doctrina antes expuesta, su acceso a tal información.

Resolución de 19-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

#### **DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL REGISTRO.**

Se plantean por los mismos recurrentes, en relación a la misma finca registral y respecto de una calificación negativa realizada conjuntamente de sendas escrituras, dos recursos en términos idénticos contra la citada calificación. Es doctrina de este Centro Directivo que al tratarse de los mismos recurrentes y existir práctica igualdad de los supuestos de hecho y contenido de las notas de calificación (máxime en este caso en que la calificación ha sido conjunta respecto



de ambos documentos), pueden ser objeto de acumulación y objeto de una sola Resolución.

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. La argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa.

La cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones de fincas colindantes con el dominio público viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla segunda dispone el modo de proceder del registrador en aquellos supuestos en que el dominio público costero no conste inscrito en el Registro de la Propiedad. Para la debida comprensión de este precepto debe contemplarse conjuntamente con el contenido de toda la Sección Cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas. El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral. Se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

No obstante, esta determinación previa solo debe ser exigible a aquellas fincas que, según los datos que consten en el Registro o a los que tenga acceso el registrador por razón de su cargo, como los datos catastrales (cfr. por todas, resolución de 23 de abril de 2018), o que se desprendan del propio título inscribible, lindan con este dominio público o puedan estar sujetas a tales servidumbres (arts. 15 de la Ley de Costas y 35 y 36 del Reglamento General de Costas).

En el caso de este expediente, el registrador justifica la exigencia de aportación previa del certificado del Servicio de Costas en la sospecha de la posible colindancia de la finca con el dominio público marítimo-terrestre, al hallarse situada en «en zona muy próxima al mar». La formulación por el registrador de la sospecha de colindancia o invasión debe estar fundada sobre datos objetivos que resulten de los documentos presentados o de los asientos del Registro, o de otros datos a que tenga acceso el registrador por razón de su cargo. Y esto es precisamente lo que sucede en el presente caso en el que el dato de que la finca parece lindar con el dominio público marítimo-terrestre resulta de la certificación catastral de la parcela correspondiente con la finca registral objeto de debate incorporada a las escrituras calificadas.

El hecho de que la inmatriculación de la finca, practicada en el año 2006, tuviese lugar bajo la vigencia del artículo 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, sin objeción alguna derivada de una posible invasión del dominio público, y siendo la descripción de la finca contenida en la escritura ahora calificada igual que la contenida en el folio registral, no permite en este caso obviar el obstáculo señalado por el registrador en su calificación. Por un lado, porque la exigencia

de aportación de la certificación acreditativa de la no invasión no es privativa ni exclusiva de la inmatriculación de la finca. Y por otro lado, porque, como destaca el registrador en su informe, la información sobre la concreta delimitación perimetral de la finca contenida en el título cuya calificación provoca la presente es mayor y más precisa que la obrante en la inscripción y títulos previos.

Es evidente que cuando la Administración Pública haya cumplido debidamente el mandato legal de inmatricular o inscribir sus bienes de dominio público en el Registro de la Propiedad, estos gozarán de la máxima protección posible, pues la calificación registral tratará por todos los medios a su alcance de impedir en lo sucesivo ulteriores dobles inmatriculaciones, ni siquiera parciales, que pudieran invadir el dominio público ya inscrito. Pero la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito (como es el caso del presente expediente), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Resolución de 20-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Carballo

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: TRABADO SOBRE UN BIEN PRIVATIVO DE UN CÓNYUGE QUE ANTES HABÍA SIDO GANANCIAL POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL OTRO CÓNYUGE.**

Tiene razón la registradora en el informe incorporado a este expediente al negar la posibilidad de practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación, puesto que, dado el régimen específico de prórroga del asiento de presentación derivado de la interposición del recurso, carece de sentido dicha anotación.

Conforme a la doctrina de este Centro Directivo, apoyada en la jurisprudencia del TS y del TC, el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

La anotación del embargo trabado sobre bienes privativos de un cónyuge, cuando tales bienes habían sido antes de carácter ganancial, por deudas contraídas por el otro consorte ha sido siempre una cuestión compleja que ha dado lugar a diferentes pronunciamientos de este Centro Directivo. En la actualidad, después de la reforma operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 144.4, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario.

Deben tenerse en cuenta estas premisas esenciales: —No existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1362 y 1365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges; —De los artícu-

los 1333 del Código Civil y 77 de la Ley del Registro Civil, se desprende que para que las capitulaciones matrimoniales, o cualquier otro acto que implique la modificación del régimen económico-matrimonial, surta efectos frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges, será preciso que se hayan inscrito en el Registro Civil, o bien, respecto de cada inmueble en particular, que se haya verificado la inscripción en el Registro de la Propiedad; —No deben tampoco olvidarse las garantías civiles de que gozan los acreedores en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales. En concreto debe citarse el artículo 1401 del Código Civil.

Por ello, para practicar la anotación en estos casos es preciso: —Que el procedimiento del que resulta el mandamiento que ordena la anotación se haya dirigido contra ambos cónyuges. —Que, aun tratándose de un procedimiento dirigido solo contra el cónyuge deudor, se cumplan los dos requisitos previstos en el artículo 144.4, párrafo segundo, según la interpretación que respecto de los mismos ha mantenido esta Dirección General: que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y que conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes de que el acto que ha provocado la modificación del régimen económico matrimonial haya producido efectos frente a terceros. Ahora bien, tal y como ha reiterado este Centro Directivo, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges.

Resolución de 20-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Guía de Isora

#### **PUBLICIDAD FORMAL: NOTA SIMPLE NEGATIVA SOLICITADA POR UN NOTARIO.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción o de las solicitudes de emisión de publicidad formal 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 otros títulos o solicitudes. Por otro lado, el recurso no puede resolverse apoyándose en otros documentos o datos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

A la vista de los anteriores razonamientos es indudable que la solicitud de nota simple realizada por el notario cumple los requisitos del interés legítimo así como el respeto íntegro a la ley en materia de protección de datos. En el presente caso la solicitud del notario cumple plenamente todos los requisitos exigidos. Además, encuentra amparo en el artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria. De este precepto se desprende, en su último apartado, que si bien la nota simple tiene por objeto el contenido de los asientos de Registro, nada obsta para que

la información solicitada pueda ser de carácter negativo referida a la falta de inscripción de la finca, sin perjuicio del valor puramente informativo que la ley atribuye a la nota simple.

Resolución de 20-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Sepúlveda-Riaza

**INMATRICULACIÓN POR EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 203 LH: POSIBILIDAD DE DISIPAR LAS DUDAS APRECIADAS POR EL REGISTRADOR SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

En la inmatriculación que se pretenda al amparo de los artículos 203 y 205 de la LH, la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica sigue siendo requisito propio de la inmatriculación, así como instrumento imprescindible para incorporar la representación gráfica de la finca a los libros del Registro, y requisito esencial para practicar la primera inscripción de una finca. Y resulta que en el concreto procedimiento de concordancia regulado en el artículo 203 —al igual que en el regulado en el artículo 205—, no existe expresa previsión legal de admisión de representaciones gráficas alternativas a la catastral, a diferencia de lo que ocurre en otros muchos preceptos del Título VI.

En el caso de este expediente hay una evidente falta de coincidencia. Es posible, no obstante, prescindir de una representación gráfica cuando la finca a que se refiere carezca de existencia actual por haberse producido una modificación hipotecaria posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca, siempre que ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro. Sin embargo, en el presente caso no puede estimarse la alegación recurrente ya que de la documentación presentada en el Registro no resulta la descripción de la finca resultante de la agrupación que pretende tener acceso simultáneamente a la inmatriculación.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso las dudas no se encuentran justificadas a la vistas de las circunstancias de hecho que concurren en el presente caso, que resultan del título presentado y de los asientos del Registro.

La constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tiene 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. Resulta por tanto suficientemente acreditada la diferente localización de las fincas, corroborada por la titular que según el registrador resultaría perjudicada, considerando que la referencia catastral es un código alfanumérico identificador que permite situar el inmueble inequívocamente en la cartografía oficial del Catastro (art. 6.3 de la Ley del Catastro Inmobiliario).

La regla tercera del citado artículo 203.1 recoge que tras la solicitud de certificación por parte del notario autorizante del expediente, el registrador debe emitir un juicio sobre la posible constancia como inmatriculada (parcial o totalmente)

del nuevo objeto cuyo acceso a los libros del registro se solicita, o indicar si tiene dudas sobre esa posible inmatriculación previa. A pesar de esta previsión de archivo del expediente para los casos en que se albergan dudas por el registrador, debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas.

Resolución de 20-6-2018

(BOE 4-7-2018)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

#### PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir la certificación.

La expresión de dudas de identidad al comienzo del procedimiento, no impide continuar con la tramitación del mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas. Si estas dudas no se han expresado por el registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el acta de conclusión del expediente.

Resolución de 27-6-2018

(BOE 9-7-2018)

Registro de la Propiedad de Jaén, número 1

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: REQUISITOS PARA CAMBIO DE USO DE UN PISO O LOCAL.

Esta Dirección General ya expresó en su resolución de 12 de diciembre de 1986, que no es función de los estatutos la definición casuística del contenido dominical sobre los elementos privativos de la propiedad horizontal, sino, a lo sumo, la articulación normativa de la zona de fricción derivada de la interdependencia objetiva entre derechos de análoga naturaleza, de modo que en las hipótesis no contempladas, será regla la posibilidad de cualquier uso, siempre que este sea adecuado a la naturaleza del objeto y no vulnere los límites genéricos de toda propiedad o los específicos de la propiedad horizontal. Para que dichas limitaciones tengan alcance real y excluyente de otros usos posibles es preciso por un lado que estén debidamente recogidas en los estatutos (*vid.* resoluciones de 12 de diciembre de 1986 y 23 de marzo de 1998) y por otro que lo sean con la debida claridad y precisión (resolución de 20 de febrero de 1989).

Por su parte, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (*vid.* sentencias citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un

derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca. En el supuesto que da lugar a la presente no existe causa alguna derivada del régimen de propiedad horizontal que impida la inscripción del cambio de uso solicitado. No consta que la transformación realizada por los interesados cambiando el destino de su local a vivienda afecte a elementos comunes del inmueble, modifique las cuotas de participación, menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores.

De la regulación urbanística resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación sino que forma parte de su estructura, integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en relación a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación. La inscripción se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015.

Este Centro Directivo ha afirmado (*vid.* resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014 y 13 de mayo, 12 de septiembre y 13 y 30 de noviembre de 2016), que el cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitivo del objeto del derecho, y por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. Como resulta del supuesto de hecho, la solicitud de inscripción se fundamenta en la consideración de quedar acreditado, por medio de certificado de técnico, que ha transcurrido el plazo exigido por la norma aplicable para adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición.

Resolución de 21-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 1

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.**

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha deman-

dado a la sociedad mercantil que, no siendo deudora del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudora, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición después de iniciarse el procedimiento, pero antes de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

Diferente tratamiento ha de darse a un caso como el que ahora se analiza, en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se ha producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral (en concreto, seis días después) y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal.

Resolución de 21-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Reus, número 2

**RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: CAUSA. CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: ÁMBITO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS.**

Como cuestión previa, debe recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Lo que accede a los libros registrales es el título material por el que se produce la transmisión o la declaración del dominio que, a su vez, ha de estar consignado en un título formal de los previstos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que solo si el reconocimiento de dominio tiene la condición de título material transmisivo o declarativo del dominio puede acceder al Registro de la Propiedad, y por ello es necesaria la expresión de la causa. Como ha reiterado la citada resolución de 13 de junio de 2018, es inscribible el reconocimiento del dominio, como adecuación de la titularidad formal a la realidad, siempre que se otorgue por las únicas partes que deben hacerlo, en tanto que por ellas se reconoce un pacto de fiducia, sin que pueda mantenerse que sea un título carente de causa si

en él se exterioriza la relación de representación que hasta ese momento había permanecido reservada.

El convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código Civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. En el presente caso es evidente que el reconocimiento de dominio que lleva a cabo un tercero a favor de uno de los cónyuges excede del contenido típico y adecuado del convenio regulador privado como título para acceder al Registro de la Propiedad.

También debe confirmarse el defecto expresado en su calificación por el registrador consistente en la falta de constancia del consentimiento de la titular registral que lleve a cabo el reconocimiento, quien no es parte en el procedimiento de divorcio.

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 21-6-2018  
(BOE 10-7-2018)  
Registro de la Propiedad de Corralejo

#### 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 (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos»). Debe recordarse también, como ya ha señalado este Centro Directivo, que en todo caso el registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. De lo expuesto, y en los términos que se expresa la nota de calificación, este Centro Directivo no puede sino concluir que las dudas de la registradora están suficientemente fundadas, y que, por tanto, el defecto ha de ser confirmado.

Ya no cabe, en modo alguno, la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del Reglamento Hipotecario, pues, como ya señaló la citada resolución de 17 de noviembre de 2015, «deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos



del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015».

Resolución de 26-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LOS CASOS DE DIVISIÓN DE DEPARTAMENTOS INDEPENDIENTES.**

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.

En el caso del presente expediente la discusión versa sobre el título administrativo habilitante exigido a efectos de inscribir la división en cuotas ideales atributivas de derechos de utilización exclusiva realizada sobre un local comercial en régimen de división horizontal, estando el local destinado a uso comercial. No hay duda de que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. Sin embargo este requerimiento no es pleno, ya que se condiciona en el inciso final del párrafo primero de la letra b) antes transcrito a que «concurran los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo» [actualmente, artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Serán de plena aplicación las excepciones contenidas en el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, por remisión directa del citado artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, por lo que no será exigible la intervención administrativa en los supuestos siguientes: a) cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel, y b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos].

Cabe afirmar, no obstante el carácter básico de la normativa citada, que la determinación del concreto título administrativo habilitante exigido para los actos de división o segregación de locales y demás previstos en el citado artículo 10.3 de la Ley sobre propiedad horizontal, corresponderá a la legislación autonómica competente. En caso de no concretar dicha normativa el tipo de título administrativo habilitante, y a los efectos de cumplir la exigencia de autorización administrativa requerida «en todo caso» por el citado artículo 10, esta Dirección General (cfr. resolución de 26 de octubre de 2017) ha estimado suficiente, a efectos de inscripción, que se acredite la resolución administrativa de la que resulte autorizado el acto de división de locales, como puede ser la licencia o, en su caso declaración

responsable, de obra para segregación de local, independiente del uso final del mismo, o cuando el mencionado elemento ya se encuentra autorizado en una licencia de obra u actividad, interpretación apoyada en la propia excepción que ampara el artículo 26.6.a) de la Ley de Suelo, todo ello de modo conforme a la ley urbanística autonómica y por remisión de esta, a las ordenanzas locales respectivas.

De acuerdo con la legislación urbanística madrileña, no puede afirmarse que la división o segregación de pisos o locales constituya una actividad sujeta al régimen de comunicación previa o declaración responsable, sino que se trata de un acto que requiere, en todo caso, la obtención de la correspondiente licencia, la cual será tramitada por el procedimiento común a que se refiere la Ordenanza Municipal de Tramitación de Licencias Urbanísticas de 23 de diciembre de 2004.

Resolución de 26-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Sagunto, número 2

#### DOCUMENTO PÚBLICO ELECTRÓNICO: REQUISITOS PARA SU ACCESO AL REGISTRO

Conforme al artículo 326, párrafo segundo, que dispone «el plazo para la interposición será de un mes y se computará desde la fecha de la notificación de la calificación», el recurso se interpuso en plazo, ya que no ha transcurrido el mes desde el día en que se notificó la calificación (22 de marzo) hasta el de interposición del recurso que fue el día 28 de marzo de 2018.

En relación con el fondo del asunto, debe recordarse que los requisitos formales a efectos de inscripción que se exigen en los documentos administrativos electrónicos vienen recogidos en el artículo 112.5 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. El registrador debe calificar si el órgano de recaudación competente ha expedido efectivamente el mandamiento de embargo con sujeción a lo dispuesto en la legislación hipotecaria y tributaria, y si el mandamiento ha sido expedido con las formas y solemnidades prescritas por las leyes.

Concretamente en el ámbito de la Diputación de Valencia existe un Convenio de Colaboración entre el Colegio de Registradores y aquella en el que su disposición quinta permite la presentación de documentos anotables o inscribibles en los registros expedidos por la Diputación por medios electrónicos con firma reconocida.

Por lo expuesto, y según resulta del propio expediente, el defecto no puede confirmarse, toda vez que el documento presentado telemáticamente está firmado electrónicamente y entre los datos incorporados en el «XML» se encuentran datos del presentante, del ordenante y del funcionario que actúa en representación del ordenante.

Resolución de 27-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Jijona

#### UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DEL RD 1093/1997

En el presente caso, la recurrente no especifica cual es el supuesto de excepción de entre los previstos en la legislación de unidades mínimas de cultivo

es al que se acoge. Lo que alega como motivo esencial de su recurso es que, a su juicio, dado que han transcurrido más de cuatro meses desde la fecha de la comunicación remitida por el Registro a la Consellería de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural sin que haya recaído resolución expresa por parte de dicho organismo administrativo declarando la nulidad de la segregación, la registradora en cumplimiento del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 debió proceder a la inscripción solicitada. Este primer argumento impugnativo, sin embargo, no puede prosperar. La cronología de fechas es la siguiente: el día 10 de noviembre de 2017 el Registro remite a la Consellería la comunicación prevista en el citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, comunicación que se recibe en destino el 15 inmediato siguiente. Por su parte, el escrito de contestación de la Consellería fechado el día 15 de febrero de 2018 se recibe en el Registro el día 23 del mismo mes. La calificación negativa se extiende el día 9 de marzo de 2018, fecha en la que, por tanto, no había transcurrido todavía el mencionado plazo de cuatro meses.

En estos casos de remisión a la Consejería, interpretado correctamente el artículo 80 del RD 1093/97, el asiento de presentación quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar de la fecha de la remisión, es decir, por un plazo superior a los cuatro meses a que se refiere el artículo 80, con objeto de cubrir el plazo posterior de calificación y, en su caso, despacho (este sí conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria (que comenzará de nuevo al término del reiterado plazo de cuatro meses (si no hubo contestación por parte de la Administración) o desde la aportación del correspondiente documento administrativo declarando la existencia en el supuesto de hecho de una causa de excepción, de entre las previstas legalmente, o la nulidad de la segregación o división).

Alega igualmente la recurrente que en el presente caso la interesada obtuvo del Ayuntamiento, como Administración urbanística competente, la correspondiente licencia de segregación. Ahora bien, el supuesto de hecho objeto del presente expediente no es el de una parcelación urbanística, por lo que la licencia de segregación no es suficiente para comprender las parcelaciones en suelo rústico, pues estas se rigen por la legislación agraria y concretamente por la normativa de unidades mínimas de cultivo.

Como ha destacado la doctrina, los criterios y normas contenidos en los artículos 79 (respecto del peligro de formación de nuevos núcleos de población) y 80 (respecto del riesgo de fraccionamiento excesivo del suelo agrario) son compatibles, no tienen carácter alternativo y pueden coexistir en determinados supuestos en que concurra el doble riesgo señalado. Por ello el apartado 2 del citado artículo 79 dispone que «si el Ayuntamiento comunicare al Registrador de la Propiedad que del título autorizado no se deriva la existencia de parcelación urbanística ilegal, el Registrador practicará la inscripción de las operaciones solicitadas», añadiendo a continuación «todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 80». En definitiva, como ya indicó la citada resolución de 27 de noviembre de 2012, en relación con la segregación de «fincas discontinuas», no puede interpretarse el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 en forma que permita obviar los límites y exigencias derivados de los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995 en dichos casos, pues «no pueden obviarse estos preceptos entendiendo que el artículo 80 no sería aplicable a la segregación de una finca discontinua compuesta de parcelas inferiores a la unidad mínima».

La mención que se hace en el citado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 (norma, por tanto, meramente reglamentaria y necesariamente subordinada

a la ley) sobre atribución de competencias a órganos administrativos para dictar resoluciones declarativas de la nulidad de actos civiles (de segregación o división de terrenos de propiedad privada) debe entenderse en sus justos límites. En este sentido es la ley la que declara nulo y sin efecto alguno el acto o contrato que realiza el fraccionamiento prohibido (infringiendo la unidad mínima de cultivo), y que esta nulidad no responde a la falta de elementos esenciales del negocio, sino a la vulneración de una prohibición legal expresa (cfr. art. 6.3 del Código Civil). Ahora bien, la apreciación de la concurrencia de este supuesto de hecho depende de circunstancias fácticas extradocumentales. El hecho de que estos elementos dependan de factores cuya apreciación en la práctica pueda requerir la intervención y valoración de técnicos y el examen de circunstancias factuales es lo que justifica que, dependiendo de la validez civil del acto de tales factores, el reiterado artículo 80 del Real Decreto 1093/1997 articulouse como fórmula para resolver el problema de la calificación de tales títulos.

Los citados artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995 son preceptos de aplicación plena en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, y se aplicarán en defecto de las normas civiles, forales o especiales, allí donde existan, dictadas por las comunidades autónomas de acuerdo con sus competencias estatutarias en materia de Derecho civil.

Las hipótesis que resultan de la norma son: a) en el supuesto de que la resolución citada declarase la nulidad de la división o segregación, el registrador denegará la inscripción; b) si la Administración agraria apreciase la existencia de alguna excepción, el registrador practicará los asientos solicitados, y c) pero hay también una tercera hipótesis, con resultado igualmente favorable a la inscripción, que consiste literalmente en lo siguiente: «En el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión». La norma está sincopada faltándole un elemento integrador del supuesto de hecho a que se refiere, debiendo entenderse por el contexto que dicha norma ha de leerse como si dijera «en el caso que transcurran cuatro meses desde la remisión de la comunicación por el registrador sin emitir contestación».

En definitiva, la registradora actuó correctamente haciendo aplicación del artículo 80 del Real Decreto 1093/1997. Y si la Comunidad Autónoma de Valencia, a través de sus órganos competentes, afirma en dos informes emitidos ambos en plazo que no puede hacer un pronunciamiento favorable a la viabilidad legal de la segregación por falta de elementos documentales y probatorios que permitan apreciar la concurrencia de una causa legal de excepción a la prohibición legal de fraccionamiento por debajo de la unidad mínima de cultivo (y sin que tampoco pueda considerarse la finca de cultivo de regadío), sin que por tanto le resulte imputable a tal Administración ninguna pasividad o negligencia en su actuación, no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de los recursos judiciales que pudieran corresponder a los interesados para instar la rectificación de los actos y decisiones de la comunidad autónoma, o de la posibilidad de comparecer ante tal Administración aportando los documentos requeridos a fin acreditar la concurrencia de uno de los supuestos de excepción a tal prohibición, que de fundamento a la apreciación de la licitud del objeto de la segregación documentada y, por tanto, a la validez civil del acto jurídico, requisito necesario para su inscripción registral, conforme al principio de legalidad que rige en el ámbito del Registro de la Propiedad (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 27-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 4

**PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD.**

La distinción entre actos colectivos y actos individualizados solo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares, que en los actos colectivos basta que se produzca a través de un acuerdo en junta de propietarios por unanimidad o cuasi unanimidad conforme al artículo 17 de la Ley sobre Propiedad Horizontal cuando se trata de supuestos como el presente; mientras que cuando se trata de actos individualizados se exige el consentimiento individual de los propietarios respectivos en aquello en que les afecte singularmente. Fuera de la especialidad del principio de consentimiento en relación con la forma de prestarlo en los actos colectivos, deben aplicarse los demás principios hipotecarios.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre Propiedad Horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente.

Resolución de 27-6-2018

(BOE 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.**

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 mejoren 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.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia

de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo del que dimanar y también la de su prórroga, ya se había producido. En consecuencia, se rechaza la cancelación de las cargas posteriores, al estar caducada la anotación del embargo ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Pero aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

Podría pensarse que, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario. No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

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 arts. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.º 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 a los adquirentes 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 de 4-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 2

#### ARRENDAMIENTOS URBANOS: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO.

Con base en el carácter dispositivo del artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la posibilidad de excluir el derecho de adquisición preferente en los arrendamientos para uso distinto de vivienda está fuera de toda duda, cualquiera que sea su duración, incluso los de duración inferior a cinco años. En síntesis, en los arrendamientos de locales de negocio cabe que las partes excluyan este derecho cualquiera que sea la duración del contrato.

Son trasladables a este expediente las consideraciones que se hacían en las resoluciones de este Centro Directivo de 11 de enero y 11 de julio de 2016 y al afirmarse que la protección de los derechos del arrendatario aconseja ahora un plus de diligencia mediante la inscripción del contrato de arrendamiento en el Registro como forma de hacer oponible su contrato frente a tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Si se admite a efectos de inscripción como suficiente la manifestación del vendedor de que la finca está o no arrendada o la identidad del arrendatario, no hay razón alguna para que la validez de dicha manifestación no se extienda a otros elementos del contrato como es la existencia o no de los derechos de adquisición preferente. En el presente caso, debe entenderse realizada la manifestación del vendedor sobre tal extremo al expresar que en el referido contrato de arrendamiento «no se estableció el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario».

Resolución de 4-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Jaén, número 1

#### BIENES GANANCIALES: CARÁCTER GANANCIAL DEL DERECHO HEREDITARIO ADQUIRIDO POR CESIÓN ONEROSA.

Tiene reiteradamente declarado este Centro (cfr. resoluciones de 22 de febrero de 1943 y 6 de abril de 1962, entre otras) que la adjudicación hecha a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás por razón del exceso de valor de lo adjudicado en relación con el de su cuota hereditaria no implica enajenación; tal adjudicación no envuelve una trasmisión de dominio de unos herederos a otros, sino directamente del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa de toda partición y con los efectos civiles e hipotecarios que le son propios.

No obstante, en el presente caso en la adjudicación del bien hereditario interviene el cesionario de derechos hereditarios de uno de los hermanos. Y de estos derechos adquiridos a título oneroso constante matrimonio en régimen de gananciales debe aplicarse la presunción de ganancialidad que con carácter «*iuris*

*tantum*» establece el artículo 1361 del Código Civil. Por ello es imprescindible el consentimiento del cónyuge de quien comparece en la escritura no solo en su condición de heredero, sino también como cesionario a título oneroso de tales derechos hereditarios.

Resolución de 4-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Getafe, número 1

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DEL TRANSMITENTE.**

Estando la finca transmitida, inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Como ya ha sostenido en otras ocasiones esta Dirección General, los contratos, una vez celebrados, solo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos. En aquellas escrituras en que se reconoce la existencia de un acto o contrato anterior (art. 1224 del Código Civil), el evidente valor recognoscitivo de la existencia y contenido del negocio que comportan y la autenticidad que con aquel reconocimiento adquieren, requiere, que, tratándose de negocios bilaterales o plurilaterales, concurren al otorgamiento de la escritura todos los que en ellos fueron parte o sus herederos, y así ha de deducirse tanto de las reglas generales en materia de contratación (arts. 1261.1.º y 1262 del Código Civil), como del propio valor unilateral del reconocimiento (cfr. art. 1225).

Resolución de 4-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 12

**CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN REALIZADA SOBRE LA BASE DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL NO FIRME QUE DECLARA LA TERMINACIÓN DEL CONCURSO.**

El Registro de la Propiedad está para dar publicidad a la situación de concurso, sus diferentes fases y las consecuencias asociadas a cada una, pero no se configura como una realidad autónoma que genere sus propios efectos de modo independiente. El concurso de acreedores busca y necesita esa publicidad, pero esa publicidad no puede desconocer, y menos alterar, la realidad de aquello que debe ser publicado. Dicho de forma escueta, es el Registro de la Propiedad el que se debe adaptar al concurso de acreedores, no al revés.

El procedimiento registral, tal y como viene contemplado en nuestro ordenamiento, tiene por finalidad poner de manifiesto ante el registrador la pertinencia de alterar el contenido del Registro mediante la aportación de la documentación legalmente prevista de la que resulte la concurrencia de la causa que así lo justifique por estar igualmente prevista en el ordenamiento (arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria). De aquí que el registrador deba rechazar la alteración del conteni-



do del Registro si no se le aporta la documentación legalmente prevista o si la misma no recoge la causa que así lo justifique (art. 18 en relación al artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

De conformidad con artículo 178.1 de la Ley Concursal, desde la conclusión del concurso cesan las limitaciones sobre las facultades de administración y disposición del deudor, y según resulta «a contrario» del artículo 38.4, en relación con artículo 181 de la Ley Concursal, igualmente cesa el administrador concursal, y así ocurre con eficacia inmediata, sin que la interposición del recurso tenga como regla efectos suspensivos. Lo anterior no impide que continúe la constancia registral de la situación de concurso hasta que alcance firmeza la resolución judicial, sin que ello implique concurrencia alguna de dos situaciones jurídicas aparentemente contradictorias en el Registro de la Propiedad. Lejos de ello, al informar al actual y futuros adquirentes de la falta de firmeza de la resolución judicial que declaró la conclusión del concurso, estos quedan advertidos del estado claudicante de su derecho. La situación presenta cierta semejanza con la de los actos dispositivos posteriores a la aprobación del convenio que infringen las medidas impuestas en el mismo.

Los terceros quedan advertidos de la eventual restitución del estado concursal en caso de revocación de la resolución que ha declarado la conclusión del concurso. Qué consecuencias deba tener esa restitución, es algo que solo puede decidir el juez, y en todo caso su decisión contaría con la garantía de efectividad que proporciona la publicidad registral de la situación de concurso aún no cancelada por la referida falta de firmeza. Pero la registradora de la propiedad no puede anticipar el contenido de una hipotética decisión judicial cuyo contenido lógicamente se desconoce.

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 3

#### LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA.

El artículo 885 del Código Civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. Este Centro Directivo ha puesto de relieve (cfr. las resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014) que los legados, cualquiera que sea su naturaleza, están subordinados al pago de las deudas y, cuando existen herederos forzosos —lo que en este caso no acontece—, al pago de las legítimas. La dispersión de los bienes perjudicaría la integridad de la masa hereditaria, y, por tanto, a los acreedores. No cabe entender, como pretende la recurrente, que, al no haber persona autorizada para realizar la entrega, cabría la actuación unilateral de la entidad legataria, para la toma de posesión y ulterior inscripción registral del legado que sea de cosa específica y determinada propia del testador.

Para recapitular, cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor —se entiende posesión al tiempo de la apertura de la sucesión— tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo.

A estos efectos sería una solución la acreditación de la notoriedad del hecho de la posesión mediante el acta regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial, que tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica. Para esto, la ley habilita cuantas garantías juzgue necesarias el notario a los efectos de comprobar, determinar y acreditar de una forma efectiva la notoriedad de un hecho. Con este documento, se acreditaría la posesión continuada del local en el concepto que corresponda y fuera suficiente para entender que la entidad legataria se halla en posesión de la cosa legada y no es necesaria su entrega.

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Cieza, número 2

**HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.**

Esta Dirección General ha tenido que abordar en numerosas ocasiones (cfr., entre las más recientes, las resoluciones de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018) cuestiones planteadas por el denominado derecho de transmisión que, en nuestro sistema sucesorio, está recogido en el artículo 1006 del Código Civil. El mismo señala que «por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

La doctrina de este Centro Directivo, ha plasmado la postura del la STS de 11 de septiembre de 2013 en resoluciones como las de 26 de marzo y 11 de junio de 2014, y más recientemente en las de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018. En estas tres últimas se expresa que «los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante».

Por otro lado, y como circunstancia especialmente reseñable en el presente caso, confluyen como interesados en los derechos sucesorios del transmitente, por un lado, un heredero universal, y por otro, un legitimario en la cuota legal usufructuaria. Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo, la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del «ius delationis» en su favor creado solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en la citada resolución de 22 de enero de 2018, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «ius delationis» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación ten-

dente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dicha resolución, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente —o por la ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas. Por todo ello, concluyó este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención de la legitimaria descendiente del transmitente. Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «*ius delationis*» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1000.1.º del Código Civil).

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 4

#### HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

La sustitución y el derecho de representación, si bien desarrollan una función semejante, se desenvuelven en ámbitos totalmente distintos. La sustitución es una institución propia de la sucesión testada. Por el contrario, el derecho de representación constituye una excepción al principio de proximidad en grado (art. 921) propio de la sucesión intestada, lo que supone necesariamente una ausencia de voluntad del causante a la hora de regular su sucesión (art. 658), y está limitado a determinados parientes del causante y únicamente tiene lugar en los casos previstos en el artículo 924, excluyéndose la renuncia (arts. 923 y 929).

Ciertamente, no hay duda de que el testador, en ejercicio de su libertad de testar, puede someter su sucesión al derecho de representación del artículo 924. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, resolución de 29 de junio de 2015), que del artículo 675 del Código Civil resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador.

Centrados en el presente supuesto, resulta indubitado que el testador ha previsto un segundo llamamiento para el caso de que el primero resulte ineficaz. Ciertamente cuando el testador instituye herederos u ordena el legado «con derecho de representación en favor de sus respectivos descendientes», está determinando en primer lugar que tales descendientes serán herederos o legatarios exclusivamente por las causas por las que procede el derecho de representación en la sucesión intestada, esto es para los casos de premoriencia y los de desheredación o incapacidad para suceder excluyéndose la renuncia (*ex* art. 929 del Código Civil); y en segundo lugar, a quiénes ha de favorecer el segundo llamamiento, es decir a los que son llamados por representación en la sucesión intestada. Además, es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento.

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 1

**DERECHO FORAL VASCO: SITUACIÓN DE LOS LEGITIMARIOS E INTREPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.**

Como cuestión previa hay que recordar que este Centro Directivo ha admitido (resoluciones de 26 de noviembre de 2016 y 7 de febrero de 2017) que una vez subsanados los defectos, cabe el recurso posterior. Como ha dicho este Centro Directivo en las resoluciones citadas, las sucesiones causadas después de la entrada en vigor de la Ley vasca 5/2015, se regirán por sus disposiciones aunque el testamento se otorgara antes.

Centrados en el presente supuesto, a la luz de los artículos 48 y 49 de la Ley de Derecho Civil Vasco, no ha existido preterición pues se ha llamado a los legitimarios en sus derechos de legítima estricta por vía de legado; no ha habido un apartamiento expreso. Solo queda determinar si ha habido un apartamiento tácito o no. En el presente supuesto no se ha producido una manifestación formal de apartamiento. Aunque la omisión de apartamiento equivale al apartamiento tácito y la preterición, sea o no intencional, de un descendiente heredero forzoso, equivale al apartamiento tácito, hay que concluir en que al producirse un llamamiento por vía de legado, tampoco hay preterición ni apartamiento tácito por omisión.

La cuestión es cómo se interpreta este testamento en el que la testadora después de dejar a sus hijas lo que por legítima les corresponda, a continuación instituye herederos a sus otros dos hijos y a dos nietas en diez doceavas partes de la herencia. La calificación registral solo debe atenerse al tenor literal del testamento. La interpretación según la cual la institución hereditaria en diez doceavas partes pretende dejar vacantes —las otras dos doceavas partes— respecto de las cuales se abriría la sucesión intestada, es una interpretación absurda puesto que no es creíble que la voluntad de un testador sea la de abrir su sucesión intestada salvo que así lo exprese claramente; por lo tanto, debe concluirse que la voluntad de la testadora fue que en esas dos partes indivisas restantes sucediesen las legatarias de legítima, y por ello no se dispone en el testamento de las mismas. Así pues es necesaria su comparecencia en la escritura de partición, como posteriormente ha ocurrido para obtener su inscripción.

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Santoña

**DERECHO FORAL VASCO: APARTAMIENTO DE LOS LEGITIMARIOS.**

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. También como cuestión previa, hay que recordar que en el recurso pueden tenerse en cuenta solo los documentos presentados en el Registro en tiempo y forma —en el momento de la calificación— de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

En el ámbito de regulación de Derecho civil común, los descendientes del hijo desheredado ocuparían su lugar en cuanto a la legítima conforme a lo dispuesto por el artículo 857 del Código Civil, y en esto está basada la calificación negativa. La falta de descendientes legitimarios es fundamental para admitir la mera instancia de la heredera única a los efectos de obtener la inscripción.

Pero ocurre que, en este expediente, el causante es aforado vasco, de manera que habiéndose producido la apertura de la sucesión el 31 de mayo de 2016, esto es tras la entrada en vigor de la Ley 5/2005. Centrados en el presente supuesto, en su testamento —otorgado dos días antes de la entrada en vigor de la nueva ley—, establece el testador lo siguiente: «Aparta y excluye de su herencia a sus demás parientes no llamados a ella, conforme establece la legislación foral vizcaína». Por tanto, se han tomado todas las prevenciones jurídicas admitidas por la ley para excluir a un legitimario o al menos reducirlo a sus mínimos derechos. En consecuencia, conforme a la Ley de Derecho civil vasco —vigente al tiempo de la apertura de la sucesión— se ha producido indudablemente un apartamiento de los restantes descendientes en la legítima.

Resolución de 5-7-2018  
(BOE 19-7-2018)  
Registro de la Propiedad de Arteixo

#### BASE GRÁFICA: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

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.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa. Por el contrario, en los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento.

También es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 8 de junio y 1 de julio de 2016) que es posible prescindir de la representación gráfica para la inscripción de una modificación hipotecaria (o para hacer constar excesos de cabida superiores al 10%, como es el caso de este expediente) en los casos en que la finca resultante de la misma carezca de existencia actual por haberse producido otra modificación posterior en la que se aporte la representación gráfica que en definitiva tiene la finca y ambas operaciones accedan simultáneamente al Registro.

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. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

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. 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.

La ausencia de oposición por parte del Ayuntamiento de Arteixo a la inscripción de la representación gráfica solicitada, unida a la circunstancia de la existencia de una sentencia, dictada en juicio declarativo, que tuvo a la vista la registradora en el momento de emitir su calificación, que declara la propiedad del pretendido camino a favor del titular registral de la finca objeto del expediente, excluyen cualquier duda acerca de una posible invasión del dominio público.

Resolución de 5-7-2018

(BOE 19-7-2018)

Registro de la Propiedad de Motril, número 2

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria se remite al procedimiento del artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa.

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. 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 del registrador en la nota de calificación, en particular, en cuanto a la correspondencia de la referencia catastral y su representación gráfica con la finca

registral, dado que esta referencia catastral consta ya con anterioridad asignada a otra finca registral colindante, a lo que cabe añadir la oposición expresa del titular de esta finca colindante.

Resolución de 9-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 2

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD DE LAS ANOTACIONES PRORROGADAS ANTES DE LA LEY 1/2000. HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.**

Con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2000 reiterada en numerosas ocasiones (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad.

Se reitera aquí el criterio adoptado por este Centro Directivo, desde la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de mayo de 1998, en el sentido de aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria, de manera que se reconoce un plazo de seis meses, contados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, para poder proceder a su cancelación. Este mismo enfoque es el que se ha venido reiterando en otras resoluciones posteriores, concretamente en las de 11 y 23 de mayo de 2002, 27 de febrero, 12 de noviembre y 20 de diciembre de 2004, 19 de febrero, 23 de mayo y 18 de junio de 2005 y 4 de junio de 2010.

En cuanto a la hipoteca, cuya cancelación por caducidad también se solicita por la ahora recurrente, consta que la misma se formalizó por plazo de 10 años, en escritura otorgada el día 20 de junio de 1989, por lo que el último pago debió efectuarse el día 20 de junio de 1999, y es a partir de esa fecha cuando han de computarse los 20 años, conforme a los artículos 1964 del Código Civil y 82 de la Ley Hipotecaria («contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad») a los que ha de añadirse un año más, dada la expresión del artículo 82 de la Ley Hipotecaria: «siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca». En el presente caso, si bien consta la iniciación de la ejecución, no se ha producido la ejecución de la misma con adjudicación de la finca. Por lo tanto, no ha habido vencimiento anticipado y el plazo concluirá el día 20 de junio de 2020.

Resolución de 9-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 10

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.**

Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en las sentencias relacionadas en «Vistos», que el registra-

dor tiene, sobre las resoluciones judiciales, 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 emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española y 100 del RH).

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. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

Siguiendo un criterio similar al que se sostuvo por esta Dirección General en su resolución de 25 de abril de 2017, ha de sostenerse que la necesidad del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y tiene que limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico. Por tanto, habiéndose demandado y citado personalmente a doña T. M. J., y teniendo esta la condición, además de deudora personal, de posible llamada a la herencia de don J. J. P. en calidad de heredera intestada, no cabe apreciar una situación de indefensión que justifique la suspensión de la inscripción del decreto de adjudicación y de las cancelaciones ordenadas por el correspondiente mandamiento.

Resolución de 9-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Villacarriedo

#### TUTOR: ACTOS SOMETIDOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

Para determinados actos y contratos el Código Civil contempla un elenco de excepciones al modelo general de actuación del tutor. Son los supuestos del artículo 271, en los cuales la intervención del juez se materializa mediante la autorización del acto; y los casos a los que hace referencia el artículo 272, para los que el legislador opta por aplazar el control y requiere la aprobación judicial. Especialmente controvertida ha sido la cuestión de los efectos que la falta de autorización judicial, cuando esta es preceptiva, tiene sobre el acto celebrado por el tutor. En este sentido, una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2018, descartando la idea de la nulidad radical, y superando el criterio de asimilación a los supuestos de actuación del apoderado sin poder suficiente (art. 1259 del Código Civil), se inclina por la tesis de la anulabilidad.

Es, por tanto, evidente la especial trascendencia que la autorización judicial tiene respecto a la plena validez de los actos realizados por el tutor en los casos recogidos en el artículo 271 del Código Civil. Por ello, dados los reforzados efectos que la inscripción añade a las titularidades inscritas, no deban acceder



al Registro titularidades que puedan estar amenazadas de algún tipo de posible ineficacia. Consecuentemente, tratándose de una enajenación de bienes inmuebles del tutelado realizada por el tutor, debe el registrador comprobar que el acto se ajusta a los términos de la preceptiva autorización judicial.

Resolución de 10-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2

#### REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU INCORPORACIÓN AL REGISTRO.

Primeramente debe hacerse referencia a la obligación de aportación de la referencia catastral, toda vez que se expresa por el registrador la falta de cumplimiento de esta exigencia legal. Conforme a los artículos 43 a 45 de la Ley del Catastro en el presente caso la actuación del registrador ha sido correcta al advertir en la nota de despacho el incumplimiento de la obligación de aportar una referencia catastral coincidente en los términos del citado artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2004, ya que dicha actuación se ajusta a lo dispuesto en los preceptos citados.

En el presente caso se emite una nota de despacho, con una sucinta motivación jurídica, en la que se indica que no se tiene por cumplida la obligación de aportación de la referencia catastral, al existir dudas de identidad de la finca. Por tanto no cabe sino concluir que la actuación registral enjuiciada no es en sentido estricto una calificación sujeta a las reglas generales que permiten que sea objeto de recurso, actuación por otra parte, que es plenamente correcta al estar amparada por los artículos 43, 44 y 45 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, según se ha expuesto en el fundamento anterior.

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). No solo ha de atenderse a la superficie sino también a los restantes datos descriptivos de la finca a los efectos de valorar la correspondencia de la finca con la parcela catastral, dicha correspondencia no se aprecia en el presente caso. Por ello, hay que concluir que la actuación del registrador ha sido correcta al advertir en la nota de despacho la falta de incorporación de la referencia catastral en los términos indicados por la legislación aplicable.

Resolución de 10-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Villacarriedo

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Conforme doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencias relacionadas en «Vistos», que el registrador tiene, sobre las resoluciones judiciales, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de exami-

nar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión proscrita, como se ha dicho, por nuestra Constitución (cfr. art. 24 de la Constitución Española y 100 del RH).

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. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Por eso parece razonable restringir la exigencia de nombramiento de administrador judicial, al efecto de calificación registral del tracto sucesivo, a los supuestos de demandas a ignorados herederos; pero considerar suficiente el emplazamiento efectuado a personas determinadas como posibles llamados a la herencia.

En el presente caso, el procedimiento se ha seguido con los desconocidos herederos de los titulares registrales de las participaciones indivisas cuya titularidad reclama el demandante 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.

A este respecto, no puede tenerse en consideración la providencia de fecha 2 de mayo de 2018 remitida por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Medio Cudeyo, en la que, dentro del trámite de alegaciones que prevé el artículo 327 de la Ley Hipotecaria en la tramitación del recurso. Se trata de una copia en papel de dicha providencia firmada electrónicamente, pero que incorpora un código seguro de verificación cuyo documento original, según informa el registrador, no se ha podido verificar por errores técnicos (pues al introducir dicho código surge un mensaje de: «error en la descarga»). Si el documento remitido al Registro incorpora un código seguro de verificación que no permite comprobar por el registrador la autenticidad e integridad de aquel en la sede electrónica correspondiente, no podrá tener la consideración de copia auténtica y no surtirá los efectos correspondientes en el presente procedimiento.

Resolución de 10-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 10

**URBANISMO: RECTIFICACIÓN DE UN PROYECTO DE EQUIDISTRIBUCIÓN YA INSCRITO.**

Ni el registrador sustituto puede añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, ni su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a

los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad (cfr. art. 19 bis, 5.<sup>a</sup>, de la Ley Hipotecaria).

Nuestro ordenamiento jurídico contempla el expediente de distribución de beneficios y cargas (en sus distintas variantes) como un medio para ejecutar las previsiones legales y del planeamiento y hacer efectivos el conjunto de derechos y obligaciones inherentes a la propiedad urbana. El efecto esencial del expediente es la transformación de la propiedad sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la Administración de los terrenos destinados a usos dotacionales así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la administración del proyecto de actuación. Se trata de un procedimiento que no produce, hasta que se verifique la inscripción del título correspondiente y la cancelación de las fincas de origen, o su agrupación con las restantes y la adjudicación respectiva, el cierre al Registro de los títulos que se refieran a las fincas de origen —cfr. resolución de 4 de noviembre de 2013—.

El folio de la finca de origen no se cierra ni por el inicio del procedimiento, ni por su conclusión hasta que no se completa registralmente el proceso de subrogación real: lo que hay es una situación de carácter transitorio. Esa situación tiene su tratamiento registral específico en el artículo 68 del texto refundido de la Ley de Suelo y en los artículos 14 a 17 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, tratamiento que sirve para resolver los problemas de ordenación del tráfico jurídico-inmobiliario durante ese periodo intermedio entre la iniciación del expediente y su definitiva inscripción («medio tempo»).

Ahora bien, una vez inscrito el proyecto de reparcelación con la nueva configuración jurídica plasmada en las respectivas fincas de resultado, resultan de aplicación de modo imperativo, los principios hipotecarios que estructuran nuestro sistema registral. Es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone, como regla, el consentimiento del titular o la oportuna resolución judicial supletoria.

Expuesta la necesidad de respetar los principios generales que rigen para la práctica de cualquier alteración registral, debe destacarse que, dados los singulares efectos de la subrogación real, este Centro Directivo ha admitido la práctica de asientos sobre las fincas de resultado cuanto los títulos presentados en el Registro se refieran a las fincas de origen y existía una perfecta correspondencia entre las fincas (cfr. resolución de 3 de octubre de 2008), respetando, por supuesto, las exigencias del tracto sucesivo y la legitimación registral —cfr. artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria— y del propio principio de prioridad registral —artículo 17—.

Las modificaciones que se pretenden introducir en el proyecto de compensación ya inscrito, exceden de meras rectificaciones de errores materiales o de meras previsiones complementarias del proyecto. Es cierto que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la administración es alterado.

Lo que ocurre en el caso debatido es que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de compensación y estando inscrito bajo la salvaguardia de los tribunales, no cabe ya, ni so pretexto de alteración del planeamiento ni de una reiteración íntegra de todos los trámites

previstos para el expediente de equidistribución originario, ni de un expediente de operaciones jurídicas complementarias (*vid.* resoluciones de 26 de marzo de 2007 y 1 de diciembre de 2008), ni mucho menos mediante una actuación unilateral de la que fuera entidad titular de la finca de origen (subrogada realmente por las de resultado actualmente inscritas a favor de terceros distintos de dicha entidad) introducir en aquel una modificación del alcance que la que ahora se cuestiona.

Resolución de 11-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2

#### CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍA.

El cierre registral en tanto se acredite el cumplimiento de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana aparece regulado por el apartado 5 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria desde la modificación llevada a cabo por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre. En cuanto a las distintas formas de presentación de la declaración a efectos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, se ha considerado suficiente por este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 3 de junio de 2013 y 6 de febrero de 2015) acreditar la remisión del documento correspondiente a través de cualquiera de las oficinas que señala el artículo 16 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, entre ellas las oficinas de Correos.

Debe tenerse en cuenta, por un lado, que el levantamiento del cierre registral por la mera comunicación es excepcional para el caso de transmisiones onerosas con el fin de no obstaculizar que el interesado, que no es sujeto pasivo del impuesto, pueda inscribir su derecho para quedar inmediatamente protegido. Y, por otro, que el contenido de la comunicación es diferente del que se exige para la declaración pues mientras en aquella se cumple con indicar los datos esenciales de la escritura, en esta debe acompañarse copia simple y demás documentación en iguales términos que se piden para el caso de autoliquidación. Requisito también cumplido en el presente recurso.

La obligación de los registradores de relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas prevista en el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, solo se refiere a trámites de un procedimiento administrativo por lo que no resulta de aplicación al procedimiento registral, salvando los supuestos en que la normativa hipotecaria se remita específicamente a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Resolución de 11-7-2018

(BOE 24-7-2018)

Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 1

#### CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado

judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, 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. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del Código Civil), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código Civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador, fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos consignados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.<sup>a</sup> DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 21-5-2018  
(BOE 8-6-20189  
Registro Mercantil de Madrid IV

### CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE LA MINORÍA.

Se reitera nuevamente la abundante doctrina al respecto en el sentido de que, existiendo auditor designado e inscrito a solicitud de la minoría, no puede efectuarse el depósito de las cuentas si no se acompaña el informe de verificación efectuado por dicho auditor. El momento procedimental para discutir si la existencia de un auditor voluntario enervaba o no la solicitud y el nombramiento efectuado por el registrador no es ahora, sino en el expediente incoado con motivo de tal solicitud, cuya resolución devino firme en vía administrativa.

Resolución de 22-5-2018  
(BOE 8-6-2018)  
Registro Mercantil de Alicante II

**REDUCCIÓN. AMORTIZACIÓN DE PARTICIPACIONES ADQUIRIDAS POR LA SOCIEDAD.**

Este tipo de reducción puede hacerse por dos medios: adoptando el acuerdo de reducción y en ejecución del mismo adquiriendo las acciones, o adquiriéndolas previamente y acordando después la reducción. El primero debe ajustarse a los artículos 338 a 340 LSC, salvaguardando el principio de igualdad de trato entre los socios, de manera que si el acuerdo hubiera de afectar a una clase determinada de acciones es necesario el acuerdo mayoritario de los afectados. El segundo medio solo requiere la existencia de autocartera. En cualquier caso, la sociedad no puede rebajar la cifra de capital social en perjuicio de terceros sin respetar los requisitos previstos en la ley para la reducción de capital.

No existe una modalidad especial de reducción por amortización de acciones propias. Puede comportar devolución de aportaciones —respetando la del derecho de oposición de los acreedores conforme a los artículos 334 y siguientes—, o sin comportar devolución cuando se hace con cargo a beneficios o reservas libres, en cuyo caso está excluido ese derecho. Aunque no exista devolución de aportaciones en sentido civil, si la hay en el ámbito mercantil, pues a los acreedores les resulta indiferente el orden seguido por la sociedad para amortizar sus acciones. (arts. 317 y 329 LSC). Esto se aplica también en sede de limitadas con la debida adaptación al régimen de responsabilidad solidaria de los socios beneficiarios de la reducción para protección de acreedores.

La reducción con devolución de aportaciones por un importe inferior a su valor nominal se realiza mediante un sistema mixto de devolución de aportaciones con responsabilidad de los socios por importe de lo percibido (art. 331) y, por la diferencia entre el nominal reducido y el importe de lo restituido, acogiéndose a uno de los siguientes mecanismos: 1º, compensación de pérdidas (arts. 320 y sigs.) con acreditación de las mismas mediante el balance verificado por auditor; 2º, imputando la diferencia en neto a reservas voluntarias mediante la dotación de lo que se podría llamar una prima de amortización de participaciones, así los socios que permanecen en la sociedad responden de las deudas sociales hasta el importe de la reserva constituida (arts. 331.1 y 2); 3º, o llevando esa diferencia en neto a una reserva indisponible (arts. 332.2 y 141.1) o a reserva legal (arts. 317.1 y 328).

Resolución de 30-5-2018  
(BOE 15-6-2018)  
Registro Mercantil de Madrid V

**ACUERDOS SOCIALES. SANACIÓN POR TRANSCURSO DEL PLAZO PARA SU IMPUGNACIÓN.**

Los acuerdos adoptados sin las mayorías previstas en la ley o los estatutos son nulos, al igual que los adoptados en lugar distinto al también establecido por la ley o los estatutos.

El Notario recurrente considera que, ello no obstante, deben ser inscritos pues han quedado sanados al haber transcurrido el plazo para ejercitar la acción de impugnación y no ser contrarios al orden público.

Tras la Ley 31/2014 solo son susceptibles de impugnación los acuerdos en los que concurra una causa cualificada de ilicitud y el ejercicio de la acción se acomode a las exigencias de la buena fe. Y se consideran irregularidades relevantes las relativas a la forma y plazo previo de la convocatoria, reglas esenciales de la constitución del órgano, o mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos.

En cuanto a la caducidad de la acción de impugnación, no es automática, pues depende de un conjunto de factores derivados de la situación de hecho y de la valoración de la conducta de las partes que no pueden ser apreciados por el registrador y que, por su naturaleza, están reservados al conocimiento de los tribunales. Sin olvidar que un amplio sector doctrinal sostiene que tras la reforma de la LSC, tratándose de acuerdos inscribibles, el plazo debe computarse desde la fecha de su oponibilidad, lo que implica su previa inscripción.

Por otra parte, la concurrencia de circunstancias como la violación del orden público, la lesión del interés social, la existencia de abuso de derecho o la legitimación de un tercero escapan también de la competencia del registrador al ser circunstancias que no resultan de la documentación aportada.

En cualquier caso, la eventual caducidad de la acción no transforma lo nulo en válido. El acto nulo continúa siéndolo, lo que impide su acceso al Registro por aplicación del principio de legalidad y publicidad material, que constituye uno de los ejes de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva. El administrador debe llevar a cabo los actos precisos para que la junta revoque o, en su caso ratifique o subsane los actos nulos.

Resolución de 31-5-2018

(BOE 15-6-2018)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca I

#### CALIFICACION REPRESENTACIÓN

El notario debe hacer constar en el título que autoriza que ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo y que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición del documento auténtico del que derivan con expresión de sus datos identificativos. El registrador debe calificar la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación de modo que, de no resultar cual sea este o no resultar que se trate de documento auténtico, debe rechazar la inscripción.

En el caso contemplado el compareciente en una escritura de rectificación actúa, según la reseña del notario, en virtud de poder especial otorgado por acuerdos de la junta general elevados a público en la escritura que se rectifica. Pero de esta última no resulta que la junta otorgase tal poder (para lo que por otra parte no sería competente) sino que autorizó al liquidador para que otorgase poder a favor de personas determinadas con facultades también determinadas, sin que conste que efectivamente el liquidador lo hiciera.

Se reitera doctrina en el sentido del alcance del artículo 153 del Reglamento Notarial.

Limitado al ámbito de la rectificación de errores materiales, omisiones y defectos de forma padecidos en los documentos notariales; y de que la denominación que se atribuye a un determinado documento notarial no desvirtúa

su verdadera naturaleza que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado.

Resolución de 28-5-2018  
(BOE 18-6-2018)  
Registro Mercantil de Burgos

#### DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. TRASLADO DE DOMICILIO.

Se trata de una sociedad respecto de la cual se han cancelado sus asientos por disolución de pleno derecho en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales. Se presenta escritura que recoge acuerdo del Consejo de traslado de domicilio para que el Registro de origen expida la correspondiente certificación a efectos de traslado y el registrador suspende la operación por estar la sociedad en situación de cierre registral al haber sido cancelados sus asientos. A pesar de que se haya abierto la fase de liquidación como consecuencia de la disolución de pleno derecho de la sociedad, persiste la personalidad jurídica hasta que se produzca la conclusión ordenada de las relaciones jurídicas pendientes conforme a los artículos 371 y siguientes LSC. Ello no se contradice con lo previsto en la disposición transitoria primera de la Ley de sociedades profesionales al imponer al registrador la cancelación inmediata y de oficio de los asientos registrales. Esa cancelación no implica la extinción de la personalidad jurídica ni es obstáculo para la práctica de asientos posteriores compatibles, como lo sería por ejemplo la reactivación y ello tanto en los supuestos normales de disolución por acuerdo social, como en los de disolución forzosa. Por ello procede la expedición de certificación de traslado y también a pesar de que el órgano de administración que acordó el traslado no esté inscrito, puesto que es el registrador de destino el que deberá calificar estos extremos.

Resolución de 29-5-2018  
(BOE 18-6-2018)  
Registro Mercantil Central II

#### DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades. Pero no se prohíbe la simple semejanza. Debe atenderse a las circunstancias de cada caso. La denominación solicitada «Ditecal SL» presenta una evidente semejanza con «Diteca SA» y «Ditecar SL, pero la existencia de una última consonante sonora constituye un elemento suficientemente diferenciador. Y respecto a la otra denominación preexistente, «Dimecal SA», la denominación solicitada incluye una tercera letra que es consonante sonora y diferente fonética y gráficamente.



Resolución de 1-6-2018  
(BOE 21-6-2018)  
Registro Mercantil de Tenerife II

#### MEDIADOR CONCURSAL. EMPRESARIO.

La función de designación de mediador concursal no tiene el carácter de calificación registral, como control de legalidad e inscripción de los empresarios y sus actos, sino que debe encuadrarse dentro de las que el RRM denomina «otras funciones del RM», que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración. De ahí derivan consecuencias como el escaso rigorismo formal del procedimiento y un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral. La especialidad en este supuesto radica en que el procedimiento de designación de mediador implica la inmatriculación del solicitante como empresario individual.

Si se rechaza la solicitud tanto del nombramiento de mediador como de inscripción del empresario, se plantea el procedimiento a aplicar: Ley Concursal, Reglamento del Registro Mercantil y, subsidiariamente, Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo, o el previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. En caso de impugnación, de seguir la primera opción, procedería recurso de alzada ante la Dirección General (art. 354 RRM) y de seguir la segunda, recurso contra la calificación o juicio verbal, artículo (art. 328 LH). La Dirección resuelve que, en este caso, debe seguirse como único procedimiento el primero.

La resolución del registrador lleva como pie de recurso el propio de la calificación registral. No obstante, la Dirección General entra en el fondo al no constar protesta de inadecuación de procedimiento.

Por aplicación del artículo 231.1 de la Ley Concursal, corresponde al registrador mercantil la competencia para la designación de mediador concursal, no solo cuando el solicitante sea persona física empresario o comerciante conforme a la legislación mercantil, sino también cuando ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social, así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo (ver arts. 137, 138.3, 305 y 306 RDLeg 8/2015). En este caso el solicitante no acredita su condición de empresario en ninguna de estas variantes, sino más bien lo contrario, pues aporta un contrato de trabajo por cuenta ajena, por lo que la competencia para el nombramiento corresponde al notario.

En otro orden de cosas, la solicitud no reúne los requisitos necesarios para la apertura de hoja de empresario individual y además, el solicitante se encuentra negociando con los acreedores un acuerdo de refinanciación, lo que excluye la apertura de expediente de mediador concursal (art 231.4 LC).

Resolución de 4-6-2018  
(BOE 21-6-2018)  
Registro Mercantil Central I

#### DENOMINACIÓN. CONFUSIÓN EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD

La inclusión en la denominación social del término «federación» junto a otros de evidentes connotaciones deportivas (e-Sports, Deportes Electrónicos), induce a

confusión entre la naturaleza de la entidad que se pretende constituir (sociedad de capital), y aquella a que induce la denominación (federación deportiva). Por otra parte, la federaciones deportivas constituyen uno de los cinco supuestos de asociacionismo previstos en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que las diferencia jurídicamente de cualquier otra entidad con personalidad jurídica. Y, en última instancia, la realización de una actividad deportiva bajo la forma de una sociedad de capital debe revestir necesariamente la forma de sociedad anónima deportiva (Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio). De ahí la necesidad de que no se produzca confusión entre las sociedades de capital en sentido estricto y aquellas otras entidades con personalidad jurídica y regulación propia.

Resolución de 5-6-2018  
(BOE 25-6-2018)  
Registro Mercantil Central II

**DENOMINACIÓN. CONFUSIÓN EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD.**

La inclusión en la denominación social del término «federación» junto a otros de evidentes connotaciones deportivas (e-Sports, Deportes Electrónicos), induce a confusión entre la naturaleza de la entidad que se pretende constituir (sociedad de capital), y aquella a que induce la denominación (federación deportiva). Por otra parte, la federaciones deportivas constituyen uno de los cinco supuestos de asociacionismo previstos en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que las diferencia jurídicamente de cualquier otra entidad con personalidad jurídica. Y, en última instancia, la realización de una actividad deportiva bajo la forma de una sociedad de capital debe revestir necesariamente la forma de sociedad anónima deportiva (Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio). De ahí la necesidad de que no se produzca confusión entre las sociedades de capital en sentido estricto y aquellas otras entidades con personalidad jurídica y regulación propia.

Resolución de 6-6-2018  
(BOE 25-6-2018)  
Registro Mercantil de Burgos

**TRASLADO INTERNACIONAL DE DOMICILIO. RECURSO. PLAZO. SUCESIVAS NOTAS DE CALIFICACIÓN**

No contiene nuestro ordenamiento jurídico una regulación completa del traslado de domicilio de sociedades extranjeras a territorio español. Tan solo los artículos 92 y 94 de la Ley 3/2009 de modificaciones estructurales y 309 del RRM y las reglas generales de Derecho internacional privado y de nuestro ordenamiento jurídico en relación a la inscripción de documentos extranjeros.

De ello resulta la necesidad de cumplir los requisitos de constitución exigidos por la norma española para la forma social adoptada; el historial jurídico vigente de la sociedad preciso para la práctica de la inscripción; y las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio. Además, y exclusivamente para las sociedades provenientes de estados que no formen parte del Espacio Económico

Europeo (*vid.* resolución de 14 de marzo de 2014), se exige que la legislación del Estado de origen permita el cambio de domicilio sin pérdida de la personalidad jurídica, lo cual se acredita conforme al artículo 36 RH, así como la necesidad de informe de un experto independiente sobre la suficiencia del patrimonio neto para cubrir la cifra de capital de la forma social adoptada.

En el supuesto analizado, de la documentación aportada resulta que el capital es de 9131 euros, por lo que las cuentas a depositar no pueden reflejar una cifra diferente, en este caso inferior, puesto que no cabe que el contenido del Registro proclame simultáneamente dos cifras de capital distintas. Lo mismo sucede con el informe del experto por el que se ha de acreditar que el patrimonio neto cubre la cifra del capital social, puesto que viene referido a una cifra de capital distinta e inferior a la anterior.

El traslado a España de una sociedad extranjera no exige la aportación de una certificación literal de la totalidad del historial jurídico de la sociedad, sino exclusivamente de aquellos actos que se encuentren vigentes en el Registro extranjero y que además sean de consignación obligatoria conforme a la normativa española, a diferencia del régimen de traslado de domicilio dentro de la jurisdicción española.

En la opinión legal aportada sobre el procedimiento de continuación de sociedades panameñas en un nuevo país se señala que, de no aportarse en el plazo de 6 meses certificado que acredite que se ha inscrito en España el traslado, los documentos habrán de inscribirse de nuevo. Sin embargo, se resuelve que el registrador español debe calificar la aplicación del derecho sustantivo extranjero en todo aquello que se refiera a la válida adopción del acuerdo de traslado de domicilio, cambio de nacionalidad o de estatuto personal, en su caso, y adaptación de estatutos a la ley española, determinadas por la nacionalidad de la sociedad, pero no el cumplimiento de las reglas del Estado de origen para llevar a cabo las inscripciones que correspondan en sus libros al ser esta una cuestión sujeta a la Ley de lugar.

Por último, la resolución pone de relieve la necesaria flexibilidad que debe presidir un procedimiento en el que la aplicación simultánea de dos órdenes legales distintos aconseja un criterio de prudencia a fin de no frustrar el legítimo interés del interesado.

Solo procede la inadmisión del recurso cuando el documento devuelto es el mismo que en su día se calificó negativamente sin alteración o modificación alguna.

Resolución de 7-6-2018

(BOE 25-6-2018)

Registro Mercantil de Alicante II

#### DENOMINACION PROFESIONAL MARCA.

No es admisible una denominación de una persona jurídica que pueda llevar a los terceros a tenerla por otra de distinta naturaleza, clase, tipo o forma. Ello ocurre con la denominación «Krom Desarrollos Profesionales, S.L.». La utilización del sintagma adjetival «profesionales» junto a la abreviatura indicativa de la forma social, produce una indudable confusión en el tráfico al permitir deducir que la sociedad se encuentra sujeta a las especialidades de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales sin que sea así.

Los conceptos de marca y denominación no se confunden entre sí aunque están interrelacionados, por lo que se busca el efecto de que no existan denominaciones sociales que coincidan con signos distintivos notorios o renombrados. La Dirección General resuelve en el sentido de que la denominación pretendida es diferente de la marca con la que comparte solo uno de sus tres términos de composición. Y, por otra parte, no puede entrar a determinar si existe notoriedad o renombre en la marca dado el estrecho ámbito del procedimiento registral.

Resolución de 11-6-2018  
(BOE 25-6-2018)  
Registro Mercantil de Tarragona II

**CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL INDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA. REVOCACIÓN DE NIF.**

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Lo mismo ocurre con la nota marginal de revocación del NIF (disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria) que es distinta de la anterior, pues responde a un motivo y es objeto de un procedimiento, pero produce el mismo efecto de cierre. Las consecuencias de estos dos tipos de cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirlos. Y ello porque en los casos de baja en el Índice de Hacienda o por revocación del NIF el cierre se produce por un incumplimiento de obligaciones fiscales de las que puede responder el administrador, por lo que no debe facilitarse su desvinculación frente a terceros.

Resolución de 19-6-2018  
(BOE 4-7-2018)  
Registro Mercantil de Burgos

**DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN. SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO. DISOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.**

Se presenta escritura de que recoge acuerdos de cese y nombramiento de administradores y declaración de unipersonalidad en relación a una sociedad en cuyo objeto social se contienen actividades que, a juicio del registrador, deben entenderse incluidos en la esfera de la ley de Sociedades Profesionales. Al haber transcurrido el plazo legal para su adaptación a dicha ley, ha quedado reflejada en la hoja social su disolución. La Dirección General ya ha dictado resoluciones en supuestos similares. No cabe por vía de recurso entrar a decidir sobre el criterio que expresa el registrador acerca de la procedencia de la disolución de

pleno derecho de la sociedad, ni sobre el asiento de cancelación ya realizado que está bajo la salvaguarda de los tribunales. El interesado puede acudir a los procedimientos de rectificación y, en su caso al juicio ordinario correspondiente. Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción pretendida prescindiendo de dicha situación. Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición. El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual. El Tribunal Supremo ha sentado una doctrina consolidada para los casos en que las actividades incluidas en el objeto social puedan suscitar dudas sobre la sujeción a la Ley de sociedades profesionales, exigiendo en la constitución o modificación del objeto social que se declare expresamente que la sociedad es de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación si la sociedad no es profesional. Como ya ha expresado en ocasiones anteriores, la Dirección General señala en la resolución que el Registrador debe actuar con cautela a la hora de apreciar el incumplimiento de la citada disposición transitoria primera de la Ley 2/2007 y practicar en consecuencia la cancelación de la hoja registral. Por ello, Solo cuando por los documentos presentados a calificación o por los asientos registrales pueda el Registrador apreciar tales circunstancias, deberá practicar el correspondiente asiento de cancelación de la hoja registral.

Resolución de 20-6-201  
(BOE 4-7-2018)  
Registro Mercantil de Burgos

#### OBJETO SOCIAL. SEGUROS.

Se reitera la doctrina anterior en el sentido de que la condición de agente de seguros exclusivo, de agente de seguros vinculado y la de corredor de seguros son incompatibles entre sí en cuanto a su ejercicio al mismo tiempo por las mismas personas físicas o jurídicas (arts. 7, 19 y 31 de la Ley 26/2006 de mediación de seguros y reaseguros privados). En consecuencia, los estatutos deben especificar cuál de las actividades de intervención constituye el objeto social, dada la exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales en función del alcance «*erga omnes*» de sus pronunciamientos.

Resolución de 27-6-2018  
(BOE 9-7-2018)  
Registro Mercantil de Burgos

#### ASIENTO DE PRESENTACION. DENEGACIÓN.

Se presenta telemáticamente en el Registro Mercantil una escritura de novación de préstamo hipotecario y se deniega la práctica del asiento. El notario

recurre alegando falta de motivación de la calificación y considerando que el Registro es competente al estar la sociedad domiciliada en su circunscripción. La Dirección General señala que la cuestión no merece especial atención, salvo recordar a los funcionarios su deber de mutua colaboración en beneficio recíproco y en beneficio del sistema de seguridad jurídica preventiva cuyo correcto funcionamiento les está atribuido.

Resolución de 21-6-2018  
(BOE 10-7-2018)  
Registro Mercantil Central II

#### DENOMINACIÓN. CONFUSIÓN EN CUANTO A LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD.

La inclusión en la denominación social del término «federación» junto a otros de evidentes connotaciones deportivas (e-Sports, Deportes Electrónicos), induce a confusión entre la naturaleza de la entidad que se pretende constituir (sociedad de capital), y aquella a que induce la denominación (federación deportiva). Por otra parte, la federaciones deportivas constituyen uno de los cinco supuestos de asociacionismo previstos en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que las diferencia jurídicamente de cualquier otra entidad con personalidad jurídica. Y, en última instancia, la realización de una actividad deportiva bajo la forma de una sociedad de capital debe revestir necesariamente la forma de sociedad anónima deportiva (Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio). De ahí la necesidad de que no se produzca confusión entre las sociedades de capital en sentido estricto y aquellas otras entidades con personalidad jurídica y regulación propia. Lo mismo ocurre con la utilización del término «real», que en sí mismo no tendría que producir rechazo pero que, al ser utilizado en este contexto como «Real Federación», induce a confusión sobre la naturaleza jurídico privada de la entidad, salvo que se cuente con autorización.

Resolución de 26-6-2018  
(B.O.E 10-7-2018)  
Registro Mercantil de Valencia III

#### PACTOS PARASOCIALES. PROTOCOLO FAMILIAR. PRESTACIONES ACCESORIA. DETERMINACIÓN.

Aunque, por su propia naturaleza, los pactos parasociales no acceden al Registro, caben excepciones como ocurre con algunos acuerdos contenidos en protocolos familiares, aunque Solo cabe su mera reseña o depósito conforme a los artículos 5 y 6 del RD 171/2007. El artículo 114.2.a) RRM contempla que alguno de estos pactos alcance eficacia mediante la inscripción de cláusulas penales en garantía de obligaciones inscritas y doctrinalmente se admite que la eficacia de pactos parasociales, en concreto protocolos familiares, se asegure frente a la sociedad y terceros mediante remedios estatutarios como el utilizado en el caso contemplado, configurando la obligación de su cumplimiento como una prestación accesoria, de forma que su incumplimiento se sanciona con la exclusión del socio. Las prestaciones accesorias, aunque de naturaleza societaria,

son fruto de una relación entre partes, por lo que supletoriamente debe acudirse al derecho de obligaciones, que exige al menos el señalamiento de los criterios con arreglo a los que dichas prestaciones puedan determinarse sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes y sin que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas. En este caso se considera cumplido este requisito puesto que la obligación en que consiste la prestación accesoria está perfectamente identificada extraestatutariamente mediante su formalización en la escritura que se reseña y puede ser conocida por los futuros socios.

## Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 28-6-2018.

(DOGC 10-7-2018)

Registro de la Propiedad de Vilanova i la Geltrú, número 2

**RECURSO GUBERNATIVO INTERPUESTO POR LA SEÑORA I. G. A. CONTRA LA CALIFICACIÓN QUE DENIEGA LA INSCRIPCIÓN DE LA ADJUDICACIÓN DE UNA VIVIENDA A FAVOR DE LA PRESENTANTE, CUYO PLENO DOMINIO HA ADQUIRIDO POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.**

En cuanto al ámbito y extensión de la calificación registral de los documentos judiciales, esta resolución, reiterando la postura sostenida en la resolución JUS/1388/2014, de 12 de junio se aparta de la consolidada doctrina del Centro Directivo sobre esta materia. El Centro Directivo reitera en numerosas resoluciones (así, 22 de marzo de 2018) que los obstáculos que resulten del Registro, entre los cuales se encuentra el tracto sucesivo y los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, forman parte de la labor calificadora del registrador, sin que ello implique valorar o entrar en el fondo de la resolución judicial dictada. Por lo que respecta a la innecesariedad de nombrar defensor judicial de la herencia yacente, es preciso remitirse al comentario efectuado en esta materia al analizar la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 12 de junio de 2014. Con posterioridad a dicha resolución y su comentario, la Dirección General de Registros ha dictado otras reiterando su doctrina acerca de la intervención de la herencia yacente en el curso de un procedimiento, que distingue distintos supuestos de hecho. Así, en resolución de fecha 21 de diciembre de 2017 señala el Centro Directivo, con cita de la sentencia de Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2011, en un caso en que se demandó a la herencia yacente o ignorados herederos que recoge la doctrina plasmada en la sentencia de 4 de marzo de 2005, que la razón de las exigencias impuestas por la Ley de Enjuiciamiento Civil a los actos de comunicación está en que el destinatario del acto tenga oportuna noticia del proceso para que pueda adoptar la conducta procesal que estime convenirle (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2008), pues la indefensión consiste en la privación o limitación no imputable al justiciable de cualesquiera medios legítimos de defensa de la propia posición dentro

del proceso, y la hay siempre que falte una plena posibilidad de contradicción (sentencias del Tribunal Constitucional números 64/1986, de 21 de mayo, 98/1987, de 10 de junio, 26/1993, de 25 de enero, 101/2001, de 23 de abril, 143/2001, de 14 de junio, etc.). Como resulta de los fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la citada sentencia, continúa el Centro Directivo, 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 hayan 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 (arts. 6.1.4º y 7.5 de la Ley), se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio, no bastando la notificación edictal siempre y en todo caso constituyendo un aspecto de procedimiento calificable por el registrador (fundamento de Derecho tercero). Por ello, se concluye que el nombramiento de defensor judicial solo es preciso cuando se haya hecho un 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. A diferencia de las matizaciones efectuadas por la Dirección General, en esta resolución se realizan consideraciones generales sobre la inscribibilidad de las resoluciones judiciales realizadas por vía edictal sin tener presente si se ha efectuado el llamamiento genérico a la herencia yacente o se hayan agotado otras vías de notificación como exige el artículo 164 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Más concretamente, en sede de usucapión contra tabulas, la Dirección General entiende, como en este caso, que la usucapión reconocida judicialmente a favor de los actores constituye sin duda un título apto para la inscripción y el hecho de recaer sobre una finca inscrita en absoluto impide que, tras la adquisición e inscripción por parte del titular registral pueda pasar a ser dueño por usucapión un tercero mediante la posesión del inmueble en las condiciones establecidas por la ley, ya que la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad no dota al mismo de imprescriptibilidad, *ex* artículo 36 de la Ley Hipotecaria, y lo considera como una excepción al principio de tracto sucesivo. Pero, a diferencia de este supuesto —en que no se indica el dato— el Centro Directivo diferencia según la fecha de la última inscripción de dominio, de modo que, por aplicación de los artículos 203.1 y 2018 de la Ley Hipotecaria, que regulan el expediente de reanudación de tracto sucesivo, considera que si la misma es de menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también puede ser por edictos, solo hace falta que sea nominal, cuando conste su identidad de la documentación aportada (fundamento de Derecho quinto de la resolución de 3 de abril de 2017). Por último, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, considera imprescindible, como el Centro Directivo, el transcurso de los plazos establecidos por el artículo 496, 502 y 524.4 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para poder practicar el asiento de inscripción, de modo que solo procederá la anotación preventiva de las sentencias en que no concurra dicho requisito (por todas, resolución de 18 de enero de 2017, fundamentos de Derecho segundo y tercero), siendo preciso a tal efecto un pronunciamiento expreso por el Letrado de la Administración de Justicia, a quien compete apreciar el plazo



concreto que resulta de aplicación. En resumen, la Dirección General de Derecho entiende que no es preciso nombrar un defensor judicial en procedimientos de usucapión dirigidos contra personas declaradas en rebeldía, pero sí el transcurso de los plazos de audiencia al rebelde.

Resolución de 20-7-2018

(DOGC 27-7-2018)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 18

#### FIDEICOMISO DE RESIDUO: ALCANCE DE LAS FACULTADES DEL FIDUCIARIO. DERECHO DE SUCESIONES. FIDEICOMISO DE RESIDUO.

En materia procedimental, la Dirección General reitera su competencia cuando los supuestos de hecho versan sobre cuestiones sustantivas de Derecho civil catalán, en línea con múltiples resoluciones dictadas con anterioridad. Así, la resolución JUS/1356/2014, de 12 de junio, fundamentos de Derecho 1.1 o la resolución JUS/1719/2017, de 12 de julio, fundamento de Derecho 2.2. En cuanto al fondo, uno de los puntos primordiales es la delimitación de la normativa aplicable, esto es, el Libro IV del Código Civil de Cataluña, pues la disposición transitoria cuarta Dos de la Ley 10/2008, de 10 de julio, establece que se regirán por sus disposiciones los efectos del fideicomiso pendiente a la fecha de entrada en vigor (uno de enero de 2009), incluso en sucesiones deferidas con anterioridad a dicha fecha. Así, sostiene esta misma postura en la resolución JUS/953/2017, de 26 de abril, a cuyo comentario es preciso remitirse. En cuanto a las facultades del fiduciario, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 25 de mayo de 2009, dictada para un caso de fideicomiso en que era aplicable la Compilación, estableció la diferenciación entre en el fideicomiso de residuo (arts. 210 a 215 de la Compilación) y la sustitución preventiva de residuo (art. 216). De esta forma, mientras en el fideicomiso de residuo, el heredero fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitados *inter vivos* y a título oneroso sin ninguna limitación (*si quid supererit*, de conformidad con el art. 214) o con el límite de la cuarta parte de los bienes fideicomitados a salvo expresa dispensa del testador (*eo quod supererit*- ex arts. 211 y 212), en la sustitución preventiva de residuo el heredero adquiere la herencia sin ningún tipo de gravamen y la delación a favor del sustituto opera si quedan bienes de los que no haya dispuesto bien sea *inter vivos* o *mortis causa* (art. 216); amplitud de facultades que alcanzan las transmisiones *mortis causa* que no se contemplan en los fideicomisos de residuo pues el artículo 210 establecía que no existía fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte. En este caso, la fiduciaria solo estaba facultada para disponer por actos a título oneroso *inter vivos*, no para actos de disposición *mortis causa*, de ahí que incluso la Dirección llegue a la conclusión de que los bienes se transmiten a los fideicomisarios en virtud de lo ordenado por el fideicomitente, no de la fiduciaria. No aborda el tema de la subrogación real al no plantearse en el recurso. Por otro lado, en relación a la naturaleza jurídica de la división de la cosa común, tradicionalmente se ha distinguido entre las posturas que consideran que es un acto traslativo y las que entienden que es declarativo. Para la tesis traslativa, hay transmisión de derechos que se produce desde el grupo de comuneros a aquel que resulta adjudicatario. Para

la declarativa, lo que hay es una mera declaración o fijación de la situación de cada titular. DÍEZ PICAZO defiende una postura intermedia y concluye que es acto dispositivo (en cuanto extingue la situación jurídica de comunidad) y de verdadera atribución patrimonial (pues tiene efecto modificativo del derecho de cada sujeto interviniente). En comunidades hereditarias, la tesis romanista defendía su naturaleza traslativa y en Derecho francés, declarativa. En la doctrina la cuestión dista de ser pacífica. En este caso, la Dirección General de Derecho entiende que tiene naturaleza especificativa, coincidiendo así con la postura de la Dirección General de Registros. Esta última, en la resolución de 29 de enero de 2013 (fundamento de Derecho Segundo), dictada para resolver un caso de determinación de naturaleza jurídica de cuota adquirida en una disolución de condominio con abono en metálico de fondos gananciales, señala al respecto que la disolución de condominio no puede considerarse un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (*ex* arts. 404 y 1062 del Código Civil). En esta resolución objeto de comentario, la Dirección General de Derecho entiende que, siendo la propiedad horizontal una comunidad especial, al igual que sostuvo en el fundamento de Derecho cuarto de la resolución de 24 de noviembre de 2006, para un caso de censos, su constitución es meramente especificativa, por lo que los actos realizados por los fiduciarios carecen del carácter traslativo que permitan entender extinguido el fideicomiso. En resumen, en los fideicomisos de residuo se aplica la normativa vigente en el momento de la delación. Por otro lado, los actos de modificación de entidades hipotecarias, constitución de elementos en régimen de propiedad horizontal y disoluciones de condominio son meramente especificativos y no permiten entender extinguido este cuando se faculta al fiduciario para disponer a título oneroso.

Resolución de 20-7-20148

(DOG 30-7-2018)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 16

**PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. PROHIBICIÓN DE USO TURÍSTICO CON OPOSICIÓN DE PROPIETARIOS. LEY 5/2015, DE 13 DE MAYO. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR DEL SECRETARIO-ADMINISTRADOR. PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTATUTOS, CAMBIO DE USO.**

En materia de procedimiento, como obiter, plantea la admisibilidad del administrador de la comunidad de propietarios como legitimado para interponer recurso gubernativo, aunque entiende que hubiera sido conveniente la autorización *ad hoc* de la junta, por los posibles perjuicios que una argumentación defectuosa del recurso hubiera podido comportar a la comunidad. En este sentido, el fundamento de Derecho primero de la resolución de 28 de octubre de 2014 de la Dirección General de Registros y Notariado también se pronuncia a favor de dicha posibilidad pese a que del tenor literal del artículo 13.3 de la Ley 49/1960 de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, al igual que el artículo 553-16.1 letra b) la representación de la comunidad la ostente su presidente, pero sin entrar en consideraciones sobre la eventual conveniencia de acuerdo de la junta que ratificara la interposición, a diferencia de esta resolución. En cuanto al fondo, la cuestión resuelta en este recurso ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Dirección General de Dret, comentados en otros Boletines. Así,

recapitulando, en las dictadas en fecha de 21 de octubre de 2010 y 28 de octubre de 2013; 9 y 14 de octubre de 2014, 7 de enero de 2015, 14 de julio de 2015, 15 de octubre de 2015 y 25 de octubre de 2016. En la de 25 de enero de 2017 no se exigía que el acuerdo contenga la salvedad expresa de que no queda vinculado el propietario o propietarios disidentes, pero sí entiende que la redacción de la escritura y la inscripción registral sean cuidadosas en este punto. En esta resolución objeto de comentario avanza más en el sentido de no requerir que se refleje expresa y claramente la salvaguarda de los disidentes. El problema en la práctica estriba en que la admisibilidad de la inscripción registral de estos acuerdos genera en el tráfico la apariencia de que el titular disidente ha de estar a lo acordado, puesto que consta inscrito, introduciendo así un elemento perturbador pues no se ha ejercitado contra él la acción que prevé el artículo 553-40 a que la propia Direcció General de Dret alude en pronunciamientos anteriores, menoscabando así el principio de legitimación registral consagrado en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, supone extender en exceso una excepción basada en el titular y no en la finca registral de la que asimismo resultan notables problemas dado el sistema de folio real (arts. 7 y 243 de la Ley Hipotecaria). En resumen, es admisible la legitimación del secretario-administrador de la comunidad para recurrir y es posible inscribir los acuerdos de la comunidad de propietarios que prohíben el uso turístico con la mayoría del ochenta por ciento sin necesidad de salvaguarda expresa de los posibles propietarios disidentes, que no quedan afectados.

Resolución de 20-7-2018

(DOGC 30-7-2018)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3

**CERTIFICADO DE APTITUD: DEBER DE ENTREGA EN LAS TRANSMISIONES A TÍTULO ONEROSO SUJETAS AL DECRETO 67/2015, DE 5 DE MAYO. URBANISMO. CERTIFICADO DE APTITUD.**

La Direcció General de Dret se había pronunciado ya sobre las exigencias impuestas por el Decreto 67/2015, de 5 de mayo en resolución JUS/2823/2017, de 1 de diciembre. En ella se admite la posibilidad de exoneración de entrega del Libro del Edificio que impone esta misma no solo si no existen los certificados de aptitud y los informes de inspección técnica, como resulta del artículo 15.3 del Decreto, sino también si existen, de acuerdo con el principio general de exclusión voluntaria de la ley aplicable y renuncia de derechos prevista por el artículo 111.6 del Código civil de Cataluña. En el caso del informe técnico y el certificado de aptitud, el propio párrafo tercero del artículo 15 establece esta posibilidad de exoneración. El hecho de que el párrafo cuarto del citado precepto solo obligue a notarios y registradores a informar de estas obligaciones y hacer constar la exoneración planteó, desde el punto de vista registral, si era un aspecto sujeto a calificación o solo objeto de advertencia en la nota al pie del título. Con esta resolución, junto con la de 1 de diciembre de 2017, se aclara sin ningún género de duda que entra dentro del ámbito del artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Esta conclusión se deduce asimismo de una interpretación conjunta de los artículos 132 tercero letra d) de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda respecto de la obligación de los transmitentes de manifestar que han cumplido los requisitos y han puesto a disposición de los adquirentes

la información y documentación exigidas en el Capítulo VI del Título IV y 135.1 en cuanto a la obligación de los registradores de exigir que se hayan cumplido los requisitos de los artículos 132 a 134 de la Ley. Concretamente, dentro del capítulo VI del Título IV, el artículo 65.1 letra e) de la Ley se refiere a la entrega del certificado de aptitud en el caso de que el edificio haya sido obligado a pasar la inspección técnica del edificio. Aunque el precepto se refiere de manera concreta a la transmisión de viviendas nuevas, si se efectúa una exégesis sistemática y se pone en conexión con el Decreto 67/2015, resulta que el ámbito de aplicación es mayor y quedaría determinado por el Anexo I del Decreto. Este Anexo (rubricado *Programa de inspecciones técnicas de los edificios de viviendas*), establece un calendario del siguiente tenor: todos los edificios de viviendas se han de someter a inspección técnica antes de los 45 años de antigüedad, tomando como fecha para determinar la antigüedad la que consta en el catastro. Para el caso de que no conste, se puede acreditar la antigüedad por otros medios admitidos en derecho. Con objeto de acreditar el cumplimiento de esta obligación hay que presentar a la Administración el informe de la inspección técnica del edificio de viviendas antes de que se cumplan los 45 años de antigüedad, con algunas excepciones. En cualquier caso, no se diferencia tampoco por razón de los adquirentes, con lo que existiría el deber de entrega a personas físicas, con independencia de su condición de consumidor, o jurídica y se haría extensible a aportaciones de inmuebles a sociedades, como sostuvo la Dirección General de Cataluña en resolución de 25 de octubre de 2013 para la cédula de habitabilidad. Quedan exceptuados los negocios jurídicos a título gratuito y los celebrados entre comuneros. En resumen, se ha de exigir la entrega del certificado de aptitud en las transmisiones onerosas sujetas a dicha obligación, salvo que concurran las circunstancias del artículo 15.2 del Decreto 67/2015 o bien exista renuncia expresa del adquirente.



**ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES**



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

# El derecho de visita transfronterizo de los abuelos a sus nietos a la luz del TJUE \*

## *Cross-border rights of access for grandparents to their grandchildren according to the European Union Court of Justice*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Titular de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** El concepto de «derecho de visita» del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos.

El TJUE dictamina que el concepto de derecho de visita incluye no solo el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental. Y para que no haya interferencias y se otorgue dicho derecho a un allegado del menor de forma contradictoria al atribuido a un beneficiario de la responsabilidad parental (por ejemplo en el derecho de custodia de un progenitor y en el

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.



derecho de visita del otro progenitor) debe de ser el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del menor, el que se pronuncie sobre los derechos de visita.

*ABSTRACT: The concept of «right of access» of article 1, paragraph 2, letter a), and of article 2, points 7 and 10, of Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility should be interpreted as including the right of access for grandparents to their grandchildren.*

*The CJEU states that the concept of visiting rights includes not only the right of the parents to visit their children, but also that of other persons with whom it is important that the minor maintain personal relationships, in particular his or her grandparents, whether or not they are holders of parental responsibility. And so that there is no interference and this right is granted to a close relative of the child in a manner that is contradictory to that attributed to a beneficiary of parental responsibility (for example, in the right of custody of a parent and in the right of access of the other parent) of being the jurisdictional organ of the minor's habitual residence, the one that decides on visiting rights.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de visita. Abuelos. Nietos.

**KEY WORDS:** *Right of access. Grandparents. Grandchildren.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL DERECHO DE VISITA.—III. EL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS Y LA CUESTION PREJUDICIAL PLANTEADA. RESOLUCION.—IV. EL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS EN ESPAÑA.—V. CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO A NUESTRA JURISPRUDENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFIA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS y AP) CITADAS POR ORDEN CRO-NOLOGICO.—IX. LEGISLACION CITADA.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El objeto de estudio hoy es la STJUE, Sala Primera, sentencia de 31 de mayo de 2018<sup>1</sup>, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE,<sup>2</sup> por el Varhoven kasatsionen sad (Tribunal Supremo de Casación, Bulgaria), mediante resolución de 29 de mayo de 2017, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de junio de 2017, en el procedimiento entre NELI VALCHEVA y GEORGIOS BABANARAKIS. Sentencia en la que el TJUE confirma que el concepto de derecho de visita incluye el derecho de los abuelos de visitar a sus nietos pues considera que el concepto debe interpretarse de forma autónoma, y no solo incluye el derecho de los progenitores a visitar a su hijo, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales.

Dos han sido pues, los criterios esenciales para la interpretación de la norma sobre la que versa la cuestión prejudicial: el del *interés superior del menor*, y en particular el del *criterio de proximidad familiar*.

La reclamante en el pleito principal, Sra. NELI VALCHEVA, residente en Bulgaria es la abuela materna de un menor de edad nacido en el año 2002, del matrimonio entre la Sra. Mariana KOLEVA, hija de aquella, y el Sr. GEORGIOS BABANARAKIS. Este matrimonio fue disuelto por un órgano jurisdiccional griego, que concedió la custodia de CHRISTOS BABANARAKIS a su padre. El juez griego estableció el régimen de ejercicio del derecho de visita entre la madre y el hijo, incluyendo contactos por Internet y por teléfono, así como encuentros personales en Grecia durante varias horas, una vez al mes.

La abuela inició un procedimiento, contra su ex yerno residente en Grecia, en relación con su derecho de visita a su nieto ya que entiende que no tenía la posibilidad de mantener contactos de calidad con él. Tras haber solicitado sin éxito ayuda a las autoridades griegas, recurrió ante la justicia búlgara para que se determinara la forma de ejercicio del derecho de visita entre ella y su nieto. Solicitó al amparo del artículo 128 del Código de Familia, que estableciera dicho régimen de ejercicio concretamente el derecho a verlo algunos fines de semana de cada mes, así como a acogerlo en su casa dos veces al año durante una o dos semanas de las vacaciones del menor. El Tribunal búlgaro de primera instancia indicó que carecía de competencia para examinar la pretensión de la Sra. VALCHEVA. El órgano de apelación declaró que este Reglamento se aplica a asuntos referentes al derecho de visita del menor por un círculo familiar amplio que incluye a los abuelos y que, en virtud de su artículo 8 la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual.

En consecuencia, ambos tribunales búlgaros de primera instancia y de apelación desestimaron la pretensión por falta de competencia, ya que un Reglamento de la Unión (Reglamento de Bruselas II bis) establece que los órganos jurisdiccionales competentes son los del Estado miembro donde el menor tiene su residencia habitual (en este caso, los tribunales griegos).

La Sra. VALCHEVA interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Casación búlgaro, (el Varhoven kasatsionen sad) que conoce del asunto en última instancia, quien consideró que para determinar el tribunal competente resulta esencial saber si el Reglamento de Bruselas II bis es aplicable o no al derecho de visita de los abuelos. La cuestión prejudicial que plantea la realiza en los siguientes términos: ¿Debe interpretarse el concepto de «derecho de visita» del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, punto 10, del Reglamento [núm. 2201/2003] en el sentido de que no solo se aplica a la visita de los progenitores al menor, sino también a la visita de otros miembros de la familia, y en particular de los abuelos y abuelas?»).

## II. EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2003, RELATIVO A LA COMPETENCIA, EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL DERECHO DE VISITA

El TJUE parte de que en el *considerando segundo* del Reglamento 2201/2003 ya se indica que «El Consejo Europeo de Tampere corroboró el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales como piedra angular de la creación de un verdadero espacio judicial, y destacó el derecho de visita como prioritario».

Y, sobre todo, incide en el *considerando número 12*, donde se concreta que «las normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y en particular en función del criterio de proximidad».

El Reglamento núm. 2201/2003 *no precisa* si el concepto de «derecho de visita» definido en el punto 10 de su artículo 2 comprende el derecho de visita de los abuelos indicando que se entiende por «derecho de visita, en particular, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado». Concepto que debe interpretarse de manera autónoma, atendiendo a su tenor, a la estructura y a los objetivos del Reglamento núm. 2201/2003, en particular a la luz de los trabajos preparatorios del mismo, así como a otros actos del Derecho de la Unión y del Derecho internacional, dada la amplitud de su definición, que no incluye qué personas pueden disfrutar de ese derecho de visita.

### III. EL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS Y LA CUESTION PREJUDICIAL PLANTEADA. RESOLUCIÓN

El artículo 128 del *Semeen kodeks* (Código de Familia de Bulgaria), en su versión publicada en el *Darzhaven vestnik* núm. 74, de 20 de septiembre de 2016 (en lo sucesivo, «Código de Familia»), dispone en relación con el «derecho de visita de los miembros de la familia», que:

*«(1) El abuelo y la abuela podrán solicitar al Rayonen sad (Tribunal de Distrito) del lugar del domicilio del menor que adopte medidas relativas a su derecho de visita, si ello responde al interés del menor. El menor también tendrá este derecho.*

*(2) El tribunal aplicará mutatis mutandis el artículo 59, apartados 8 y 9.*

*(3) Si el progenitor al que el juez haya concedido un derecho de visita se encuentra temporalmente imposibilitado para ejercer este derecho por ausencia o enfermedad, podrán ejercerlo la abuela y el abuelo del menor».*

El artículo 59 del Código de Familia dispone lo siguiente en relación con el derecho de visita en general:

*«(1) En caso de divorcio, los cónyuges decidirán de común acuerdo sobre las cuestiones relativas a la custodia y a la educación de los hijos menores de edad habidos en el matrimonio, atendiendo al interés de estos. El tribunal aprobará el acuerdo en virtud del artículo 49, apartado 5.*

*(2) Si no se alcanzase un acuerdo conforme al apartado 1, el tribunal decidirá de oficio con qué progenitor vivirán los menores y a cuál de ellos se atribuirá el derecho de custodia, y determinará asimismo las medidas relativas al ejercicio de este derecho, el régimen de visitas de los progenitores y las obligaciones de alimentos.*

*[...]*

*(7) Excepcionalmente, si el interés de los menores lo exigiera, el juez podrá decretar que vivan con su abuelo o abuela, o con la familia de otros parientes o allegados, si prestan su consentimiento. Si ello no fuera posible, la Dirección de Asistencia Social designará para el menor una familia de acogida o un establecimiento especializado, o se lo acogerá en*

*un centro social de carácter residencial. En cualquier caso, el juez determinará un régimen adaptado para que los progenitores puedan ejercer el derecho de visita al menor.*

*(8) Si fuera necesario, el tribunal dictará medidas de protección adecuadas para garantizar la ejecución de la resolución adoptada en virtud de los apartados 2 y 7, entre otras:*

- 1. El ejercicio del derecho de visita en presencia de una determinada persona.*
- 2. El ejercicio del derecho de visita en un determinado lugar.*
- 3. El reembolso de los gastos de viaje del menor y, en la medida de lo necesario, también los de la persona que lo acompañe.*

*(9) Si cambiaran las circunstancias, el tribunal podrá modificar las medidas adoptadas o dictar nuevas medidas de oficio o a solicitud de cualquiera de los progenitores o de la Dirección de Asistencia Social».*

A tenor del artículo 4 de la Zakon za litsata i semeystvoto (Ley sobre las Personas y la Familia), en su versión publicada en el Darzhaven vestnik núm. 120, de 29 de diciembre de 2002:

*«Son adolescentes menores de edad las personas con edades comprendidas entre los 14 y los 18 años.*

*Los actos jurídicos que realicen deberán contar con el consentimiento de sus progenitores o tutores, aunque podrán realizar por sí mismos actos corrientes para satisfacer sus propias necesidades y disponer de los frutos de su trabajo».*

Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional búlgaro desea saber si el derecho de visita de los abuelos a sus nietos está comprendido en el Reglamento núm. 2201/2003, a efectos de determinar si la designación del órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre esta pretensión debe realizarse de conformidad con este Reglamento o con arreglo al Derecho internacional privado.

De aplicarse el Reglamento núm. 2201/2003 los órganos jurisdiccionales competentes son, por regla general, los del Estado miembro en que el menor reside habitualmente en el momento en que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, conforme a lo dispuesto en el artículo 8, que en nuestro caso serían los tribunales griegos. Si se aplicase el Derecho internacional privado los órganos jurisdiccionales nacionales —en el caso de autos, los búlgaros— deberían comprobar si tienen competencia.

Indica el TJUE que para determinar si los abuelos están incluidos entre las personas a las que se refiere la definición del artículo 2 del Reglamento núm. 2201/2003 es preciso tener en cuenta su ámbito de aplicación, relativo a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y al derecho de visita [art. 1, apartado 2, letra a)].

El artículo 2, punto 7, del Reglamento define la *responsabilidad parental* como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y *visita*. Además el Reglamento núm. 2201/2003 *no excluye expresamente* de su ámbito de aplicación el derecho de visita de los abuelos a sus nietos.

Del análisis del trabajo de la Comisión de 27 de marzo de 2001<sup>3</sup> relativo al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad

parental [COM(2001) 166 final] se deduce que el legislador de la Unión se planteó la cuestión de quién podía ejercer la responsabilidad parental o disfrutar del derecho de visita. El legislador consideró varias opciones, en particular limitar los beneficiarios a uno de los progenitores del menor y, viceversa, no limitarlo a determinadas personas. Este documento menciona en particular a los abuelos, al hacer referencia al *proyecto del Consejo de Europa relativo al Convenio sobre las relaciones y los contactos con los hijos*, que reconoce el derecho de estos a mantener contacto no solo con sus progenitores, sino también *con aquellas personas con quienes tengan lazos familiares, como sus abuelos*. En definitiva, el legislador de la Unión se decantó por que ninguna disposición restringiese el *círculo de personas que pueden ejercer la responsabilidad parental o disfrutar de derechos de visita*.

El Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones indica como el legislador tomó en consideración todas las resoluciones judiciales relativas a la responsabilidad parental y al derecho de visita, *con independencia de la calidad de las personas que pudieran ejercerlo y sin excluir a los abuelos*.

Y por ello la STJUE resuelve que el concepto de derecho de visita del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento núm. 2201/2003 debe entenderse en el sentido de que incluye no solo el derecho de visita de los progenitores a sus hijos, sino también el de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales, en particular sus abuelos, sean o no titulares de la responsabilidad parental, por lo que una pretensión de los abuelos dirigida a que se les conceda un derecho de visita a sus nietos está comprendida en el artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 2201/2003 y, en consecuencia, en el ámbito de aplicación de este Reglamento.

Señalando, además, que la atribución de un derecho de visita a una persona distinta de los progenitores puede interferir en sus derechos y deberes, esto es, en el derecho de custodia del padre y el derecho de visita de la madre en el caso de autos. Por lo tanto para evitar medidas contradictorias y en interés superior del menor, que sea el mismo órgano jurisdiccional, es decir, *el de la residencia habitual* del menor, el que se pronuncie sobre los derechos de visita.

#### IV. EL DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS EN ESPAÑA

En principio cabe indicar en relación con nuestro ordenamiento jurídico, que este derecho había sido concretado por 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. Derecho que se contiene en el artículo 160.2 del Código Civil donde se afirma que *«No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados... En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores»*.

Desde ese momento el aplicador del Derecho, resolvió cuestiones relativas a concretar ese derecho y determinar cuestiones prácticas. En los últimos años, han llegado hasta nuestro más Alto Tribunal problemas que ha resuelto indicando

que la falta de entendimiento entre los padres y los abuelos del menor, como en la STS de 20 de octubre de 2011<sup>4</sup>, no impide otorgar el derecho de la abuela a visitar a su nieto aunque las relaciones con su hijo, el padre del menor, sean inexistentes. Concretamente en esta sentencia se afirma que no es posible impedir el derecho de los nietos al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de estos con los progenitores y todo ello porque la sentencia de apelación denegó el derecho de visita de la abuela porque la hostilidad entre ella y su hijo era tal que este presentaba «un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión» y esta situación podía «repercutir en la integridad psicológica del menor». Es decir, tuvo en cuenta, no el interés del menor, sino el del padre. De ahí que el Tribunal Supremo revocase dicha sentencia y reconociese el derecho del nieto a relacionarse con su abuela. En el mismo sentido la STS de 20 de septiembre de 2016, o la de 24 de mayo de 2013<sup>5</sup>.

En cuanto a la concreción de cuestiones específicas de la práctica del derecho, la STS de 26 de mayo de 2014<sup>6</sup>, establece que a fin de que haya un reparto equitativo de las cargas, los desplazamientos necesarios para trasladar y retornar al menor del domicilio será por parte de cada uno de sus progenitores en el sentido de que «cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el *derecho de visita*, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual».

También se tuvieron que pronunciar en el caso del fallecimiento de uno de los progenitores y la oposición del otro a que el menor mantuviera el contacto con los abuelos, como en el supuesto de la STS de 27 de julio de 2009<sup>7</sup> o, en la STS de 20 de septiembre de 2002<sup>8</sup>, y, previamente en la STS de 23 de noviembre de 1999<sup>9</sup> (anteriores estas dos últimas, incluso, a la ley y modificación del Código)<sup>10</sup>.

No obstante, nuestra jurisprudencia ahora se centra en otras cuestiones como es la del mantenimiento de las relaciones personales y comunicaciones con el entorno más amplio del menor cuando carece de abuelos y familiares como son los allegados o círculo social del menor<sup>11</sup>.

## V. CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO A NUESTRA JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia de nuestra Sala Primera, ha sido desde siempre contundente a la hora de establecer el derecho de visita de los abuelos, de ahí que la jurisprudencia menor —sobre todo las Audiencias— hayan teniendo en cuenta el artículo 8 del Reglamento núm. 2201/2003, y consideren que la situación no puede ser objeto de discusión, otorgando el derecho de visita de los abuelos en los casos de residencia separada del menor y aquéllos.

Así la AP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2011<sup>12</sup>, basándose en el artículo 8 del Reglamento núm. 2201/2003, y no oponiéndose finalmente la progenitora a la sanción judicial de unas determinadas relaciones entre la menor que reside junto a su madre en Holanda y sus abuelos paternos españoles, las divergencias entre las partes quedaban constreñidas a la extensión, lugar y modo de realización de las correspondientes visitas, sobre todo de los periodos vacacionales.

Por el contrario, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Getafe, de 9 de julio de 2010<sup>13</sup>, entendió que se produce una falta de competencia internacional del tribunal español para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos hijas comunes menores de edad que residen en Rumanía de un matrimonio rumano

que reside en España. Como hemos analizado, y así se recoge en este pronunciamiento, los criterios de competencia internacional en materia de responsabilidad parental vienen recogidos en el Reglamento 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, ya que su artículo 12 se establece que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia en una demanda de divorcio tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda: a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; y b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresa o inequívocamente por los cónyuges. Pues bien, tal precepto no puede ser aplicado al caso de autos ya que las dos hijas menores se encuentran en Rumanía, bajo el cuidado de la abuela paterna, sin que ninguno de los cónyuges ejerza, pues, de hecho la responsabilidad parental de las mismas; y es indudable que la declaración de rebeldía del demandado no equivale a una aceptación expresa e inequívoca de la competencia de los tribunales españoles... El Juzgado estima parcialmente la demanda de divorcio y declara la disolución del matrimonio de los litigantes y su falta de competencia internacional para resolver sobre las pretensiones relativas a las dos hijas comunes menores de edad que residen en Rumanía.

Pero es que además nuestra doctrina jurisprudencial es una de las *pioneras* en otorgar el derecho de visita más allá, esto es superando los lazos familiares y otorgando el derecho de visita a personas del entorno del menor con quien ha convivido y ha tenido y tiene una relación muy cercana sin estar unidos por vínculos de sangre: esto es personas del círculo social próximo del menor. La importancia de la sentencia del TJUE supone una confirmación de la línea mantenida por nuestros tribunales desde hace años.

## VI. CONCLUSIONES

I. Esta sentencia pone de manifiesto como el TJUE tomando como referencia el reglamento 2201/2003 avanza y supera las barreras para la libre circulación de las sentencias en el ámbito sobre la responsabilidad parental encaminándose hacia la supresión total de medidas intermedias respecto del reconocimiento y ejecución de los derechos de visita que se garanticen en una resolución judicial comunitaria, en el caso que hoy comentamos el derecho de visita de los abuelos «transfronterizos».

II. La dificultad de protección del menor existente cuando —en determinados casos— un progenitor que tiene su guarda posibilita el ejercicio del derecho de visita al otro progenitor; se acrecienta en los casos en el que el derecho de visita se refiere a los abuelos del otro progenitor; y más aún si estos residen fuera de las fronteras del menor. Y ello porque se trata de un problema relacionado con la libertad de circulación dentro del espacio comunitario.

Derecho perfeccionado en el plano internacional (en el Convenio del Consejo de Europa, en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a través de documentos, protocolos...) y que ahora, en una fase posterior, debe remarcarse a través de la labor de interpretación jurisprudencial que realiza el TJUE y de su dialogo con los tribunales nacionales a través, de las cuestiones prejudiciales que se plantean por estos.

III. Nos encontramos ante una sentencia del TJUE *de gran interés doctrinal directo* no solo porque reconozca el derecho de visita de los abuelos —que

también, pues es la primera vez que lo hace— donde se afirma la consideración del concepto y su interpretación de forma autónoma como un derecho genérico otorgado en beneficio del menor ya que no solo incluye el derecho de los progenitores a visitar a su hijo, sino también porque remarca a su vez el reconocimiento implícito del derecho de otras personas con las que resulte importante que el menor mantenga relaciones personales.

Consiguientemente también tiene la resolución, si cabe, un *mayor interés indirecto* pues se afirma la importancia del derecho de relaciones personales (comunicación, visita...) de otras personas importantes en la vida del menor. El *criterio de proximidad* en el entorno del menor es fundamental. Los lazos de sangre son secundarios, aunque en este supuesto concreto existan.

Frente a trabajos anteriores al Reglamento (como el de la Comisión de 27 de marzo de 2001 relativo al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental [COM(2001) 166 final] el legislador europeo se decantó por que ninguna disposición *restringiese el círculo de personas que pueden ejercer la responsabilidad parental o disfrutar de derechos de visita*. Esto es, el artículo 2, punto 10, del Reglamento núm. 2201/2003, *define ampliamente el derecho de visita* incluyendo el derecho de trasladar al menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un periodo de tiempo limitado, pero *sin establecer limitación alguna con respecto a las personas que pueden disfrutar de ese derecho de visita*.

IV. La legislación española ya admitía desde hace décadas este planteamiento y la interpretación jurisprudencial es una de las pioneras en admitir el reconocimiento del derecho de visita de allegados o próximos del círculo social sin lazos de sangre que ya disfrutaban del derecho extenso de relaciones personales con menores por su proximidad a estos.

De esta manera la sentencia europea no va a influir decisivamente en nuestra jurisprudencia, ni la va a reconducir... El TS no va a tener que modificar su jurisprudencia, ni revisar su actuación. Es más, la sentencia objeto de comentario supone un respaldo a la línea que ha mantenido.

Resolución que no pone en cuestión nuestra doctrina pero que deberá asumirse y hará modificar criterios en otros países europeos, ya que la decisión expuesta por el Tribunal luxemburgués afecta a todos, de ahí la relevancia de este pronunciamiento.

## VII. BIBLIOGRAFIA

- COLÁS ESCANDÓN, A. M.<sup>a</sup>: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia* (Ley 42/2003, de 21 de noviembre), Navarra: Thomson Aranzadi. 2005.
- DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P.: Allegados y responsabilidad civil La red social por Derecho, en *Diario La Ley*, núm. 8426, Sección Doctrina, 21 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley (La Ley 8181/2014).
- FAYOS GARDÓ, A., TORRÉ SAURA, A. J.: Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes, en *Diario La Ley*, núm. 8459, Año XXXVI, 15 de enero de 2015, Ref. D-17, Editorial La Ley.
- GARCÍA CANTERO, G.: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la ley de 21 de noviembre de 2003*. Cuadernos Civitas. Madrid. 2004.



GRAU REBOLLO, J.: *Nuevas formas de familia: ámbitos emergentes*. Bellaterra. Barcelona. 2016.

IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> I. de la: Concepto de allegados y el interés superior del menor / Concept of relatives and the best interests of the child, en *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año 2015, núm. 751, septiembre-octubre, 2871-2892.

#### VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STJUE, Sala Primera, sentencia de 31 de mayo de 2018, C-335/2017. Ponente: Carl GUSTAV FERNLUND, (La Ley 49414/2018). ECLI: EU:C:2018:359.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 551/2016 de 20 de septiembre de 2016, Rec. 2889/2015, Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. La Ley 124486/2016. ECLI: ES:TS:2016:4091
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 289/2014 de 26 de mayo de 2014, Rec. 2710/2012. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 74352/2014). ECLI: ES:TS:2014:2609
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 359/2013 de 24 de mayo de 2013, Rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. La Ley 45896/2013. ECLI: ES:TS:2013:2382
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 689/2011 de 20 de octubre de 2011, Rec. 825/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 194731/2011). ECLI: ES:TS:2011:6491
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 576/2009 de 27 de julio de 2009, Rec. 543/2005. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 167180/2009) ECLI: ES:TS:2009:5382
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002)
- STS de 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. La Ley 2464/2000,
- SAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, sentencia 80/2011 de 28 de enero de 2011, Rec. 698/2010. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. (La Ley19194/2011). ECLI: ES:APM:2011:559.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 1 de Getafe, sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DíEZ ÁLVAREZ. (La Ley 326284/2010).

#### IX. LEGISLACION CITADA

- TFUE, (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C-83/47. 30.3.2010). artículo 267
- Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Artículo 1, apartado 2, letra a). Artículo 2, punto 10. artículo 2, punto 7
- Código Civil. artículo 160.2
- 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

- Código de Familia de Bulgaria (Semeen kodeks), en su versión publicada en el Darzhaven vestnik núm. 74, de 20 de septiembre de 2016. artículo 128, artículo 59
- Ley sobre las Personas y la Familia (Zakon za litsata i semeystvoto) en su versión publicada en el Darzhaven vestnik núm. 120, de 29 de diciembre de 2002. artículo 4.
- 52001DC0166. Documento de trabajo de la Comisión-Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental /\* COM/2001/0166 final \*/<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0166>

## NOTAS

<sup>1</sup> STJUE, Sala Primera, sentencia de 31 de mayo de 2018, C-335/2017. Cuyo ponente ha sido Carl GUSTAV FERNLUND, (La Ley 49414/2018). ECLI: EU:C:2018:359.

La Sala Primera está integrada por la Sra. R. Silva de Lapuerta, Presidenta de Sala, y los Sres. C.G. FERNLUND (Ponente), J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev y S. Rodin, Jueces; Abogado General: Sr. M. SZPUNAR; Secretario: Sr. A. CALOT ESCOBAR.

<sup>2</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea C 83/47. 30.3.2010.

<sup>3</sup> 52001DC0166. Documento de trabajo de la Comisión-Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental /\* COM/2001/0166 final \*/<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52001DC0166>

<sup>4</sup> La STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 689/2011 de 20 Oct. 2011, Rec. 825/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 194731/2011). ECLI: ES:TS:2011:6491.

<sup>5</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 359/2013 de 24 de mayo de 2013, Rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. La Ley 45896/2013. ECLI: ES:TS:2013:2382 (donde se afirma que la mala relación existente entre la madre y la abuela de la menor no es suficiente para denegar el derecho de visitas de la abuela salvo que se acredite que esa circunstancia puede influir negativamente sobre la nieta, lo que en el caso de autos no se ha demostrado), o la STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 551/2016 de 20 de septiembre de 2016, Rec. 2889/2015, Ponente: Antonio Salas Carceller. La Ley 124486/2016. ECLI: ES:TS:2016:4091 (donde se declara el derecho de la demandante a relacionarse con sus nietos, hijos de los demandados. La ruptura familiar se produjo tras la denuncia interpuesta por la abuela contra su yerno, padre de los niños, por abusos sexuales respecto de sus hijas. Se considera beneficioso para los menores el restablecimiento de los lazos).

<sup>6</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 289/2014 de 26 de mayo de 2014, Rec. 2710/2012. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 74352/2014). ECLI: ES:TS:2014:2609.

<sup>7</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 576/2009 de 27 de julio de 2009, Rec. 543/2005. Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ. (La Ley 167180/2009) ECLI: ES:TS:2009:5382.

<sup>8</sup> STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 7868/2002.) El padre que ostenta la guardia y custodia tras el fallecimiento de la madre se niega a que la familia de esta vea a las niñas sin justa causa que impida las comunicaciones. La Sala concretó en el sentido de que «El ejercicio del derecho de visita no puede depender de una actitud personal del padre —que siente animadversión hacia la familia de su esposa—, máxime cuando las relaciones entre las niñas y sus familiares eran buenas y les beneficia en gran medida».

<sup>9</sup> STS de 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. La Ley 2464/2000, que ante la falta de disposición expresa en esos momentos, resolvió indicando que «de acuerdo con la sentencia del TS de 11 de junio de 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, *ex* artículo 158 del Código Civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la

posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990)».

<sup>10</sup> Para el examen de este derecho y de su jurisprudencia.

<sup>11</sup> IGLESIA MONJE, M.<sup>a</sup> Isabel de la: Concepto de allegados y el interés superior del menor / Concept of relatives and the best interests of the child, en *RCDI*, Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Año 2015, núm. 751, septiembre-octubre, 2871-2892.

<sup>12</sup> SAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, Sentencia 80/2011 de 28 de enero de 2011, Rec. 698/2010. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. (La Ley19194/2011). ECLI: ES:APM:2011:559.

<sup>13</sup> Juzgado de Violencia sobre la Mujer, núm. 1 de Getafe, Sentencia 21/2010 de 9 de julio de 2010, Proc. 6/2010. Ponente: María Inés DÍEZ ÁLVAREZ (La Ley 326284/2010).

## 1.2. Familia

# La compensación por desequilibrio y la pensión de viudedad. Dos medidas económicas interrelacionadas

## *The compensation for imbalance and the pension of widowhood. Two economic interrelated measures*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

**RESUMEN:** El presente estudio se va a centrar en el análisis de la pensión compensatoria y pensión de viudedad como medidas económicas y la interrelación existente entre ambas.

**ABSTRACT:** *The present study is going to centre on the analysis of the compensatory pension or pension for imbalance and the pension of widowhood as economic measures and the interrelation between both.*

**PALBRAS CLAVE:** Pensión compensatoria. Pensión de viudedad. Separación. Divorcio. Parejas de hecho. Convenio. Pactos prematrimoniales. Violencia de género.

**KEY WORDS:** *Compensatory pension. Pension of widowhood. Separation. Divorce. Unmarried couples. Agreement. Premarital agreements. Violence.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO: 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD. 2. PRESUPUESTOS PARA LA OPERATIVIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 3. MODALIDADES. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 4. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 5. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO. 6. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO.—III. LA PENSIÓN DE VIUEDAD.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En los procesos de nulidad, separación o divorcio una de las medidas a adoptar lo constituye la pensión por desequilibrio o «derecho a una compensación»

tal como se denomina tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio en relación con el artículo 97 del Código Civil. Con esta reforma, se pretende corregir el empeoramiento económico que puede sufrir uno de los cónyuges en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, se abandona con ello la finalidad asistencial de la misma y su configuración con el carácter indefinido, se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación; se reconocen las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única. La aceptación de la posible temporalidad de la pensión responde a una línea jurisprudencial insistente en las Audiencias Provinciales, y asumida también a partir de la década de los 90 —unas veces, en circunstancias excepcionales y, otras con mayor flexibilidad, y sobre la base de la tesis subjetiva del desequilibrio— por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de la Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 2005<sup>1</sup>; y, de 28 de abril de 2005<sup>2</sup>.

Ahora bien, el citado artículo 97 del Código Civil solo se aplica en caso de matrimonio, respecto a las parejas de hecho señalar que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 15 de enero de 2018<sup>3</sup>, establece que, el Tribunal Constitucional ha reforzado la línea jurisprudencial de esta Sala que no cabe aplicar por analogía *legis* las normas del matrimonio a los supuestos de ruptura de la convivencia *more uxorio* o unión de hecho, pero no descarta que pueda recurrirse, en defecto de pacto, a principios generales, como el del enriquecimiento injusto<sup>4</sup>.

Son muchas las teorías que se han sustanciado en torno a su naturaleza: alimenticia<sup>5</sup>, asistencial, reparadora<sup>6</sup>, indemnizatoria<sup>7</sup>, compensatoria, o la combinación de algunas, así alimenticia e indemnizatoria, indemnizatoria y asistencial y compensatoria e indemnizatoria<sup>8</sup>. Lo cierto es que tras la reforma del artículo 97 del Código Civil por Ley 15/2005, se califica a la pensión compensatoria de derecho a una compensación, y se consolida su naturaleza esencialmente reequilibradora de la situación de desequilibrio económico que sufren los cónyuges consecuencia de la ruptura o compensatoria del perjuicio que, un cónyuge sufre como consecuencia de la ruptura matrimonial<sup>9</sup>. Señala, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de julio de 2009 en su *Fundamento de Derecho* 2.º que: «El artículo 97 del Código Civil concibe legalmente este derecho como reequilibrador para aquel cónyuge a quien la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio en relación a las circunstancias económicas de que gozaba constante matrimonio y solo se acreditará cuando se pruebe la existencia de dicho desequilibrio patrimonial. No supone un mecanismo igualatorio de las economías conyugales, porque su presupuesto esencial es la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas que un cónyuge gozaba durante el matrimonio y las de después de la ruptura»<sup>10</sup>. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 22 de junio de 2011<sup>11</sup> precisa en su *Fundamento de Derecho* 3.º que: «El artículo 97 del Código Civil que regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria, responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad

absoluta entre ellos. (...) Tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge». Se añade «En sintonía con lo anterior, siendo uno de los razonamientos que apoyan su fijación con carácter temporal aquel que destaca, como legítima finalidad de la norma legal, la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, resulta razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse, debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación y cuidado de la familia. (...) A la luz de esta doctrina, la existencia de un desequilibrio económico entre los esposos en el momento de la ruptura de la convivencia, con respecto a la situación que tenía hasta entonces, constituye un presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica, sin el cual no es posible el reconocimiento de la pensión compensatoria. Los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura —que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores—, y el elemento personal —pues lo que se han de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a ese momento—»<sup>12</sup>. Igualmente, en esta línea, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2014<sup>13</sup> señala, al respecto que, si ambos esposos trabajan, lo que la norma impone es la disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante. La pensión, de concederse, deberá fijarse en cuantía y duración suficiente para restituir al cónyuge en la situación potencial de igualdad de oportunidades laborales y económicas, a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Aunque los ingresos del marido son el doble de lo que obtiene su mujer, esto no comporta automáticamente una absoluta disparidad desequilibrante. En todo caso, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues, a pesar de que cada cónyuge obtiene ingresos, puede existir desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares».

En esta línea, el artículo 83 del Código Foral aragonés cuando al referirse a la asignación compensatoria señala en su apartado primero que, corresponde la misma «al progenitor al que la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio en relación con la posición del otro, que impliquen un empeoramiento en su situación anterior a la convivencia». No así el artículo 233-14.1 del Código Civil catalán que parece más cercana a una prestación de alimentos y se aleja de la naturaleza reequilibradora del artículo 97 del Código Civil, cuando dispone que: «El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada tendrá derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria que no exceda del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio, ni del que pueda mantener el cónyuge obligado, al pago teniendo en cuenta el derecho de alimentos de los hijos, que es prioritario. En caso de nulidad del matrimonio, tiene derecho a la prestación compensatoria el cónyuge de buena fe, en las mismas circunstancias». Sin duda estamos ante una

prestación alimentaria en el caso de pareja estable cuando el artículo 234-10 señala que: «1. Si la pareja estable se extingue en vida de los convivientes, cualquiera de los convivientes puede reclamar al otro una prestación alimentaria, si la necesita para atender adecuadamente a su sustentación, en uno de los siguientes casos: a) Si la convivencia ha reducido la capacidad del solicitante de obtener ingresos, b) Si la guarda de los hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida». Respecto del pago establece el artículo 234-11 que: «1. La prestación alimentaria puede atribuirse en forma de capital o en forma de pensión. 2. Si no existe acuerdo, la autoridad judicial resuelve sobre la modalidad de pago de conformidad con las reglas del artículo 233-17».

Ahora bien, se puede convenir la pensión en convenio ratificado judicialmente<sup>14</sup>, en convenio ante notario<sup>15</sup>, en procedimiento judicial correspondiente y en pactos prematrimoniales. Al respecto, señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018<sup>16</sup> si cabe pactar una pensión de alimentos en casos no previstos expresamente<sup>17</sup> también caben los pactos en materia de pensión compensatoria que pueden modificar lo establecido en el artículo 97 del Código Civil de acuerdo con el artículo 1255 Código Civil. Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 30 de mayo de 2018<sup>18</sup> no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de doña Gloria por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones. (...) Además, los pactos se firman con suficiente antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos. (...) Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges queda preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución). Por lo que es válida la renuncia a la pensión compensatoria convenida en pactos prematrimoniales.

Por otra parte, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2016<sup>19</sup> no se puede limitar judicialmente la duración de la pensión compensatoria si los cónyuges no fijaron límite alguno cuando la pactaron. Así, los litigantes pudieron establecer, al tiempo de suscribir el convenio, un concreto límite temporal a la vigencia del derecho de pensión así establecido, y al no hacerlo así habrá de estarse a lo libremente pactado, que conllevaba la vigencia indefinida de la citada pensión, sin perjuicio, obvio es, de la concurrencia en el futuro de circunstancias incardinables en el artículo 101, en orden a su extinción, o en el 100, respecto de su modificación cuantitativa.

Relacionado con la pensión compensatoria o la indemnización contenida en el artículo 98 del Código Civil está la prestación de alimentos, la atribución del uso de la vivienda y la pensión de viudedad que, tras la reforma operada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, resulta necesario para percibir la pensión de viudedad que el cónyuge supérstite tenga reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo en vida del causante, a diferencia de la situación anterior a la reforma en que bastaba con la simple prueba de la existencia de una relación matrimonial actual o pasada, ya que la dependencia económica se presumía siempre. El legislador laboral asocia los términos dependencia económica/necesidad —propias de la pensión de viudedad— con el de desequilibrio económico, presupuesto básico de la pensión compensatoria.

A lo que representa la pensión compensatoria y pensión de viudedad y la interrelación entre ambas, es la materia objeto del presente estudio.

## II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

### 1. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FINALIDAD

CAMPUZANO TOMÉ define la pensión compensatoria como «aquella prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la Ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio y dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal»<sup>20</sup>.

En tal definición se entremezclan los conceptos de «desequilibrio económico», la causa del mismo —la separación y el divorcio— y la doble exigencia necesaria para constatar y medir la situación de desequilibrio: la personal —entre los cónyuges—; y la temporal —relativa a la situación anterior al matrimonio—.

A tal situación de desequilibrio económico se refiere el artículo 97 del Código Civil, identificándolo con un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio.

En cuanto a la finalidad de la pensión se plantea que representa, por una parte, la sustitución de los deberes de asistencia y de socorro mutuo, en una suerte de solidaridad *post* conyugal<sup>21</sup>; o, se parte de una finalidad asistencial o alimentaria<sup>22</sup> o de elementales principios de justicia que impiden desconocer la realidad de una anterior situación matrimonial<sup>23</sup>; y, por otra, más acertada, en una finalidad compensatoria que trata de corregir el desequilibrio económico, que el divorcio puede crear entre los cónyuges, derivado de la pérdida de toda clase de ventajas vinculantes al matrimonio, que es a lo que responde la actual regulación de la pensión compensatoria; lo que posibilita el mantenimiento por el beneficiario de la pensión, del nivel o tenor de vida que tenía antes de la ruptura<sup>24</sup>.

Como destaca, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 —dictada en interés de ley— donde se indica que con la pensión del artículo 97 del Código Civil «se pretende solo mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenían en el matrimonio»<sup>25</sup>. En esencia, lo decisivo para tener derecho a la pensión es que, con independencia de cuáles hayan sido los recursos económicos previos constante matrimonio, se constate tras la ruptura conyugal, un empeoramiento respecto de la situación que, tenía en la etapa de convivencia matrimonial y respecto de la posición en que va a quedar su consorte. También, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de junio de 2015 dispone en este sentido que «la sentencia de 22 de junio de 2011, que cita la de 19 de octubre del mismo año y la de 18 de marzo de 2014 resume la doctrina de esta Sala relativa sobre el concepto y finalidad del desequilibrio y el momento en que este debe producirse y así «(...) tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura, por lo que no se trata de una pensión de alimentos y lo que si ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge»<sup>26</sup>. De forma que, aquel derecho corresponderá al cónyuge que tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida



anterior, siempre que el otro sí pueda asumirlo, con independencia que esta situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial.

Ahora bien, una cosa es la finalidad de la pensión y otra su fundamento o razón de ser. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO plantea como fundamento de la pensión la alternativa de «una cierta solidaridad post conyugal o a la idea de compensar la pérdida del deber de socorro»<sup>27</sup>. Otros mencionan el enriquecimiento injusto o sin causa<sup>28</sup>; o la responsabilidad por daños, entendiendo como daños las disminuciones o pérdida que a un cónyuge le produce la separación o el divorcio<sup>29</sup>. En fin, no falta quien, como MARTÍNEZ DE AGUIRRRE ALDAZ señala que es «habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así». Sin embargo, precisa que «es una respuesta solo aparente, ya que no sirve para aclarar por qué tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si esta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación o al divorcio. En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión»<sup>30</sup>.

Se parte de una situación de desequilibrio patrimonial entre los cónyuges y compensar, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 97 del Código Civil, la situación de desequilibrio generada en la posición de los cónyuges en el momento de la separación o el divorcio, en una suerte de mecanismo reequilibrador.

## 2. PRESUPUESTOS PARA LA OPERATIVIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

Para la concesión de la pensión compensatoria se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos<sup>31</sup>:

1. Desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación con la posición del otro que, implica un empeoramiento en su situación económica en relación con la que tenía constante matrimonio<sup>32</sup>. Este empeoramiento solo puede afectar a uno de los cónyuges, puesto que, si se produce idéntico perjuicio en los dos, no hay desequilibrio, y, por tanto, no habrá pensión. Tampoco habrá derecho a la pensión cuando ambos dispongan de bienes propios o ingresos suficientes para continuar con un nivel de vida similar al que venía disfrutando en el matrimonio, aunque exista una notable diferencia entre patrimonios<sup>33</sup>; o cuando tienen una capacidad económica equivalente; o cada cónyuge tiene una cualificación profesional determinada y ejerce su profesión<sup>34</sup>; o, en fin, si el solicitante de la pensión ha alcanzado un nivel de vida superior al que tuvo durante el matrimonio.

En todo caso, existen dos posiciones en torno a la conformación del concepto de desequilibrio: en primer lugar, una *objetivista*, que defiende la oportunidad de la mera comparación de patrimonios, y la concesión de la pensión cuando uno es inferior a otro, ya que las circunstancias relacionadas en el artículo 97 del

Código Civil son simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada<sup>35</sup>; y otro *subjetivista*, en el que para la determinación de la existencia de desequilibrio, hay que valorar todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil, que no solo son relevantes para la cuantificación de la pensión, sino también para el reconocimiento del derecho<sup>36</sup>. Estas circunstancias han de considerarse globalmente para determinar si existe o no el desequilibrio económico compensable por medio de la pensión, y, en este orden, hay resoluciones que ponderan y toman en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la edad, la duración del matrimonio, dedicación al hogar y a los hijos, cuántos de estos precisan de atención futura; estado de salud, y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del preceptor; facilidad para acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de la incorporación al mercado laboral—; el que el/la reclamante perciba ingresos derivados de su trabajo, por cuenta propia o ajena; posibilidades de reciclaje o de volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad; y otras semejantes para el reconocimiento del derecho<sup>37</sup>.

Como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2010 —que sigue una interpretación subjetiva del concepto de «desequilibrio» conforme al cual ha de valorarse todas las circunstancias del artículo 97 del Código Civil para determinar la existencia o no de desequilibrio entre los cónyuges compensable— señala que, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función: a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión que, permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario o beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación y con criterios de certidumbre. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; y c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal»<sup>38</sup>.

La existencia de un desequilibrio económico, —se opte por uno u otro sistema a la hora de su ponderación—, ha de referirse al momento de producirse la ruptura de la convivencia<sup>39</sup> y ha de tener su origen o causa precisamente en la separación o en el divorcio, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores den derecho a pensión, si no la hubo en aquel momento, o determinen, precisamente, un aumento o disminución de la misma, ya que el artículo 100 del Código Civil utiliza criterios objetivos y no se basa en las necesidades personales de los interesados<sup>40</sup>. De ahí que, la comparación de la actual posición de desequilibrio del sujeto perjudicado ha de efectuarse respecto de un momento concreto: la situación económica que tenía en su situación anterior en el matrimonio<sup>41</sup>. No hay que probar, en consecuencia, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que tenía el otro cónyuge<sup>42</sup>. Ahora bien, para la fijación de la pensión compensatoria, se

ha considerado por nuestro Tribunal Supremo que, puede computarse para el cálculo de la pensión por desequilibrio, el tiempo previo al matrimonio en el que convivieron como pareja *more uxorio*<sup>43</sup>.

Por otra parte, aunque con carácter general el desequilibrio ha de existir en el momento de la separación o el divorcio, y cabe realizar un juicio prospectivo de futuro de forma que, se prevea que al finalizar el plazo fijado, ha de considerarse compensado definitivamente el desequilibrio sufrido, también es posible un juicio prospectivo inverso, esto es, determinar *ex ante* cuando se empezara a producir el desequilibrio. En concreto, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018<sup>44</sup> se hace depender de la pérdida del empleo de la esposa en la empresa de su esposo o se reduzca su salario. Por lo que, la situación actual de equilibrio o desequilibrio depende de una compensación económica preexistente, a cargo del obligado y en beneficio de la esposa, como contraprestación por el trabajo que realiza en la empresa del marido, que puede desaparecer por la propia decisión del deudor, lo que supone una afectación directa y cuantitativamente importante en la situación económica de la esposa.

2. El empeoramiento en la situación anterior al matrimonio. Debe tomarse como referencia no la posición del otro cónyuge, sino la situación anterior en el matrimonio. De forma que, habrá de tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por separación o divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su tenor de vida; un descenso o deterioro en el nivel de vida, que ha de tener cierta relevancia o entidad<sup>45</sup>.

Por ello, contando los cónyuges con bienes propios o ingresos suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida igual o similar al que venían disfrutando constante matrimonio, no procede tal derecho a una pensión, aunque existan notables diferencias entre el patrimonio de los cónyuges separados o divorciados<sup>46</sup>.

3. La existencia de una resolución firme de separación y divorcio. Para la fijación de la pensión compensatoria constituye otro presupuesto básico, el que se haya producido la separación o el divorcio, y se haya establecido la misma en la correspondiente sentencia de separación o de divorcio, así como las bases de actualización y las garantías, sin que sea posible una pensión compensatoria en medidas provisionales previas a la demanda, ni en las coetáneas a esta<sup>47</sup>. Si bien, la separación y el divorcio como procesos independientes, determinan que sea posible que, en este último, se fije *ex novo* la pensión compensatoria<sup>48</sup>. El divorcio constituye, pues, una nueva y distinta solución que, será definitiva desde el momento de la firmeza de la sentencia que, en este aspecto es constitutiva y por ello, todos sus efectos se van a producir desde la firmeza de la sentencia de divorcio<sup>49</sup>. En todo caso, no se puede instrumentalizar el proceso de divorcio para solicitar una prestación económica, que no se ha solicitado previamente tras la ruptura de la convivencia, si se demuestra innecesaria para su sostenimiento<sup>50</sup>.

Por otra parte, la pensión compensatoria no se puede reclamar en un proceso de modificación de medidas<sup>51</sup> ni en un proceso de medidas paterno filiales<sup>52</sup>. Asimismo, no es necesario formular reconvencción expresa para solicitar la fijación de la pensión compensatoria a favor de la demandada cuando previamente la parte actora, en su demanda, plantea expresamente la cuestión controvertida, exponiendo de forma razonada los motivos por los que considera que es o no procedente establecer la pensión compensatoria a favor o no de uno de los cónyuges<sup>53</sup>. Se puede reclamar en demanda o reconvencción y excepcionalmente en la contestación a la demanda.

En esta línea, hay que señalar que, la norma contenida en el artículo 97 del Código Civil es de naturaleza dispositiva, sometida a la autonomía privada, por

lo que para que el juez pueda conceder la pensión compensatoria a uno de los cónyuges se necesita que la solicite en cualquiera de los escritos iniciales, es decir, en la demanda o en la reconvencción —rige el principio de justicia rogada—. Así lo dice expresamente la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 1987<sup>54</sup>. La pensión compensatoria señala la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 20 de abril de 2012<sup>55</sup> «es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración».

Si bien, el derecho a la pensión nace desde la fecha de la sentencia que, tiene naturaleza constitutiva y se abona desde entonces. De ahí, precisamente que, la cuantía fijada por la sentencia en segunda instancia produzca efectos desde la sentencia de primera instancia que, es la que reconoce el derecho a la pensión compensatoria<sup>56</sup>.

En todo caso, la pensión puede existir tras la separación, o el divorcio, pero en ningún caso tras la nulidad del matrimonio<sup>57</sup>. Y, si en el procedimiento de separación se ha excluido la pensión compensatoria, no puede decretarse en el posterior procedimiento de divorcio, pues, el desequilibrio económico ha de referirse al momento de la ruptura de la convivencia y esta tuvo lugar con la separación<sup>58</sup>.

4. Relación de causalidad entre el desequilibrio económico y la separación o el divorcio. La separación y el divorcio debe ser causa directa del desequilibrio, esto es, debe existir una relación de causa a efecto entre tales situaciones de crisis matrimonial y el desequilibrio. Este ha de ser una consecuencia o derivarse de la separación o el divorcio<sup>59</sup>.

### 3. MODALIDADES. TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La compensación del desequilibrio que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges en relación con el otro, que supone un empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio, puede realizarse de distintas formas. Así, mediante la determinación de una cantidad única (suma a tanto alzado o mediante la entrega de determinados bienes —muebles: un paquete de acciones; inmueble: la vivienda familiar—), cuyo pago pueda ser realizado de una vez o fraccionado en distintos plazos<sup>60</sup>; o mediante el pago de unas cantidades periódicas, por un plazo predeterminado (prestación temporal), posición ya admitida por la jurisprudencia<sup>61</sup> y ahora reconocida en el artículo 97 del Código Civil; o indeterminado (prestación indefinida), lo que no significa necesariamente vitalicia, pues, se puede extinguir en los supuestos previstos en los artículos 99 y 101 del Código Civil<sup>62</sup>; pudiéndose, asimismo, fijar aquella, como hemos señalado, a tanto alzado, lo que se corresponde más claramente con un propósito indemnizatorio, que se deduce del contenido literal del precepto<sup>63</sup>. Lo cierto es que, la pensión periódica por tiempo indefinido tiene como característica esencial la indeterminación. Cuando lo es por tiempo determinado, en realidad se convierte en «una compensación de una cantidad fija, pero con pago fraccionado por el plazo establecido, con un ligero corrector, equivalente a los intereses del aplazamiento, que consistirá en la actualización de su valor, que, lo que en realidad hace es mantener la deuda en su característica de valor»<sup>64</sup>.

En todo caso, los tribunales y la doctrina suelen coincidir en valorar como circunstancias que aconsejan la temporalidad de la pensión por desequilibrio la

escasa duración del matrimonio, la juventud del cónyuge acreedor, su formación y posibilidad de acceso al mundo laboral<sup>65</sup>, y, por el contrario, optar por el carácter vitalicio de la pensión cuando se trata de matrimonio de larga duración, la edad madura del cónyuge acreedor, el que se haya dedicado toda su vida al cuidado del hogar y de la familia, la falta de cualificación profesional, la dificultad de acceso a un empleo, y que no tiene actividad remunerada<sup>66</sup>.

Ahora bien, se puede temporalizar en el proceso de divorcio la pensión por desequilibrio que se había fijado como indefinida en el proceso de separación.

La pensión puede estar sometida a una condición suspensiva o resolutoria, por aplicación precisamente del principio de autonomía de la voluntad, e incluso puede ser acordada por el juez cuando lo crea conveniente<sup>67</sup>. Y, su concreción en prestación única, como opción legítima, impensable en la mayoría de las economías modestas, y, una vez fijada judicialmente (bien sea mediante aprobación de sentencia —proceso contencioso— o en convenio regulador homologado judicialmente), por la vía del artículo 99, puede sustituirse por la constitución de una renta vitalicia<sup>68</sup>, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero<sup>69</sup>. Son tres las posibles prestaciones sustitutorias. Se trata de una simple enumeración, *ad exemplum* y no «*numerus clausus*», pues, no existen razones que impidan a los cónyuges acordar la realización de otra prestación distinta<sup>70</sup>. En la línea del citado artículo 99 del Código Civil, el artículo 233-17 del Código Civil catalán.

En todo caso, el derecho a la pensión por desequilibrio constituye un derecho de crédito personalísimo —pues, solo se puede hacer valer por el cónyuge que lo solicita—; de tracto único —si se entrega un bien— o de tracto sucesivo ante la posibilidad de pagos periódicos, aunque, como hemos visto, se puede sustituir por una renta vitalicia, usufructo o la entrega de determinados bienes, o abonarse en una prestación única; es un derecho lucrativo, pues, no existe contraprestación alguna; excepcional al no existir un derecho a la pensión por desequilibrio como regla general, ni ser su concesión automática; es un derecho condicional al estar sujeta su concesión a la concurrencia de determinadas circunstancias, tales como edad, situación familiar, laboral, económica y social del beneficiario, su cualificación profesional y su posibilidad de acceso a un empleo; y, en fin, es un derecho ajeno a toda culpabilidad.

#### 4. CRITERIOS PARA LA CONCESIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

Se establecen en el artículo 97.2 una serie de criterios para cuantificar la pensión como son los siguientes:

1. Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges<sup>71</sup>.
2. La edad y estado de salud<sup>72</sup>.
3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo<sup>73</sup>.
4. La dedicación pasada y futura a la familia<sup>74</sup>.
5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge<sup>75</sup>.
6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal<sup>76</sup>.
7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.
8. El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge<sup>77</sup>.

Se trata de una enumeración no tasada, sino ejemplificativa de criterios, y, sin que deba seguirse el orden que marca el citado precepto, lo que permite al juez operar con una amplia discrecionalidad en la determinación de la cuantía de la pensión<sup>78</sup>. Constituyen, por tanto, criterios orientativos (estamos ante una lista abierta, como así lo determina el artículo 97.9.<sup>a</sup> «cualquier otra circunstancia relevante»), y no determinativos para el juez, que no se excluyen entre sí y deben ponderarse en su conjunto<sup>79</sup>.

Ahora bien, como hemos señalado, tales criterios tienen una doble función, así, por una parte actúan como elementos integrantes del desequilibrio en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; y, por otro, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de operar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión (responde a la tesis subjetiva del desequilibrio que, se va imponiendo a la concepción objetiva)<sup>80</sup>.

##### 5. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La pensión admite su modificación, pues, hay que tener en cuenta que tanto su cuantía como su duración se establecen en función del tiempo, que se estima necesario para hacer desaparecer el desequilibrio económico y que, en consecuencia, si este aumenta o se reduce podría justificarse un eventual aumento o reducción de la pensión, del mismo modo que, si desaparece totalmente, la pensión se extingue (art. 101). CAMPUZANO TOMÉ señala al respecto que «las modificaciones o alteraciones de la situación patrimonial que puedan dar lugar a una revisión de la pensión periódica atribuida al cónyuge divorciado, son aquellas que, por el transcurso del tiempo o por acontecimientos verificados con posterioridad a la disolución del matrimonio, llevan a una mejora o a un empeoramiento de las condiciones económicas del obligado»<sup>81</sup>.

No basta, un simple cambio cuantitativo<sup>82</sup>, sino que ha de ser lo suficientemente importante, sustancial o relevante, para justificar un cambio en la cuantía de la pensión (por ejemplo, la situación de desempleo, o un aumento en la situación patrimonial del cónyuge acreedor)<sup>83</sup>. Tal modificación ha de solicitarse en el procedimiento de modificación de medidas (art. 775 de la LEC)<sup>84</sup>.

En todo caso, constituye doctrina jurisprudencial que, el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil. No así, cuando el pago de la pensión consiste en una prestación única mediante transmisión de bienes o el pago de un capital, pues, ya se ha abonado la pensión, sin que el deudor deba nada al respecto. En relación con ello, establece la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2018<sup>85</sup> que, la pensión compensatoria pactada consistente en un pago único para la adquisición de una vivienda, no se extingue por alteración de las circunstancias.

Ahora bien, no ha lugar a modificar la pensión de no haberse alterado sustancialmente la fortuna de las partes, ni a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 del Código Civil, por el mero trascurso del tiempo<sup>86</sup>.

En cuanto a la liquidación de gananciales —la adjudicación de bienes gananciales— señalar que, se discute si supone una alteración de circunstancias y algo no previsible y si su gestión y obtención de rendimientos representa también una alteración de las circunstancias. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2016<sup>87</sup> se responde a la cuestión indicando que no constituyen *per se* alteración de las circunstancias que, justifiquen su modificación. Sin embargo, en la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 4 de abril de

2017<sup>88</sup> señala que, la liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación a la exesposa de fincas generadoras de renta y un capital en metálico equivalente a 14 años de pensión determina la disminución de la cuantía de la pensión.

En cuanto a la extinción de la pensión compensatoria se contiene las causas en el artículo 101 del Código Civil<sup>89</sup>. Estas causas solo operan cuando la modalidad fijada de la pensión es mediante una pensión periódica indefinida o temporal, pero no cuando consiste en una única prestación. Se extingue, en primer lugar, por el cese de la causa que motivó la pensión (art. 101.1), y esta causa es tanto la separación y el divorcio como el desequilibrio económico<sup>90</sup>.

En este contexto, el cese del desequilibrio tiene generalmente su origen en: a) Una mejora en la situación económica del acreedor de la prestación que, pasa a obtener ingresos de forma regular, provenientes de su incorporación al mercado laboral con cierta estabilidad<sup>91</sup>, aunque la mejora puede obedecer a otras causas como la percepción de alguna indemnización, pensión<sup>92</sup>, el haber obtenido una cualificación provisional de la que carecía en el momento de la ruptura, el cambio de la custodia de los hijos que, conlleva la no dedicación futura a la familia, o puede deberse a una reducción de los gastos<sup>93</sup>. Relacionando con ello, en cuanto a la atribución y adjudicación de bienes tras la liquidación, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2018<sup>94</sup> señala que, a la vista de la doctrina mencionada, en interpretación de los artículos 97 y 101 del Código Civil, debemos declarar que procede la extinción de la pensión compensatoria al cesar la causa que la motivó, cual es la desaparición de la situación de desequilibrio; b) El cónyuge deudor ha empeorado la suya<sup>95</sup>. Puede estar causado por la pérdida de empleo<sup>96</sup>, por la quiebra de la actividad empresarial que desempeñaba<sup>97</sup>, el descenso drástico de los ingresos o de los beneficios no meramente coyunturales<sup>98</sup>, por jubilación<sup>99</sup>, por enfermedad<sup>100</sup>, o por un aumento de las cargas familiares a consecuencia del nacimiento de nuevos hijos<sup>101</sup>; y, c) Empobrecimiento del deudor y simultáneo enriquecimiento del acreedor<sup>102</sup>.

Igualmente, es causa extintiva de la pensión el matrimonio del cónyuge acreedor (art. 101.1)<sup>103</sup> y, la convivencia marital del acreedor con un tercero (art. 101.1). Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio<sup>104</sup>. Al respecto, precisa, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de marzo de 2017<sup>105</sup> la posibilidad de extinguirse la pensión compensatoria si la esposa convive con otra persona solo los fines de semana.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 8 de febrero de 2018<sup>106</sup> señala que, la convivencia *more uxorio* es de difícil prueba, pues no suele dejar constancia documental, al ser hechos que se desarrollan en la intimidad familiar. De ahí que, es a través de los datos que aparecen en la red social —Facebook—, lo que permite acreditar la existencia de una relación afectiva, pública y notoria. La Sala no tiene en cuenta las alegaciones de la mujer de que no concurrían los requisitos de permanencia en el tiempo, exclusividad y estabilidad en la relación.

En cuanto al percibo de bienes o derechos susceptibles de generar rentas, en ocasiones, un premio de lotería, o una herencia recibida por el cónyuge preceptor de la pensión, han sido en ocasiones suficientes para apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 del Código Civil, o la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101 del Código Civil. Sobre su relevancia a la hora de apreciar la concurrencia de

una alteración sustancial en la fortuna del preceptor; la doctrina de las Audiencias Provinciales se ha mostrado dividida entre las que consideran que sí ha de considerarse como un cambio sustancial determinante de la modificación<sup>107</sup>; y las que mantienen un criterio contrario<sup>108</sup>. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de octubre de 2011<sup>109</sup> niega la extinción de la pensión al no existir la posibilidad de rentabilizar los bienes de la herencia económicamente. Sin embargo, la sentencia de la Sala Primera, de 17 de marzo de 2014<sup>110</sup> señala que: «*La herencia si puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia de desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio, pero ello no implica que sea un medio para lograr la igualdad entre cónyuges*».

Por otra parte, se considera que la pasividad, el interés insuficiente en orden a la obtención de un empleo que permita alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o estar en disponibilidad de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el pagador de la pensión las consecuencias negativas en su búsqueda y obtención<sup>111</sup>. Asimismo, el incumplimiento por parte del acreedor de algunos de los pactos contenidos en convenio regulador como la obligación de la esposa de mantenerse inscrita como demandante de empleo, determinan la extinción de la pensión<sup>112</sup>. Ahora bien, no es posible compensar la pensión de alimentos con la pensión compensatoria, pues, tiene naturaleza diferente y no puede subordinarse económicamente la una a la otra<sup>113</sup>.

Son también obligados al pago los herederos del causante-deudor, y responden de acuerdo con la forma en que hayan aceptado la herencia. Si con posterioridad al fallecimiento del deudor se produjera la extinción de la pensión por alguna de las causas previstas en el artículo 101.1 del Código Civil, esta se extingue frente a los herederos.

Asimismo, la sentencia que acuerde la extinción es de naturaleza constitutiva y produce efectos de *ex nunc* sin retroactividad<sup>114</sup>.

Finalmente, a efectos procesales nos parece oportuno señalar que, ante la controversia competencial entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018<sup>115</sup> señala que, el artículo 478 LEC atiende a una circunstancia objetiva a la hora de atribuir la competencia para el conocimiento y resolución del recurso de casación a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cual es que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos en la infracción de normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. Lo que prima en esta distribución de la competencia es «atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho (Foral) y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en este caso de alegación de norma constitucional (...)» (AATS de 23 de enero de 2008; 8 de noviembre de 2017 [*JUR* 2017, 282970]).

#### 6. EL DERECHO A LA COMPENSACIÓN POR EL TRABAJO DOMÉSTICO Y LA PENSIÓN COMPENSATORIA O PENSIÓN POR DESEQUILIBRIO

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015<sup>116</sup> fija como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «el derecho a obtener



la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con el trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

Asimismo, la sentencia de este Alto Tribunal de 14 de marzo de 2017<sup>117</sup>, en línea con las anteriores —sentencias de 135/2015, de 26 de marzo (*RJ* 2015, 1170), 136/2015, de 14 de abril (*RJ* 2015, 1528) y 614/2015, de 15 de noviembre (*RJ* 2015, 5322)— reitera lo expuesto y señala lo siguiente: «Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen —STS de 14 de julio de 2011—».

También, señalan la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015<sup>118</sup> y de 5 de mayo de 2016<sup>119</sup> que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque puede tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017<sup>120</sup> dispone que «Es preciso distinguir la compensación del artículo 1438 del Código Civil, de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 del Código Civil. Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la “dedicación pasada y futura a la familia”. Por otro lado, la compensación del artículo 1438 del Código Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares. La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Por su parte, en base al artículo 1438 del Código Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico. Sin embargo, la compensación del artículo 1438 Código Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación

a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo».

Finalmente, indicar que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de febrero de 2018<sup>121</sup> señala que, la acción relativa al artículo 1438 del Código Civil puede ejercitarse dentro del procedimiento matrimonial, o, en uno posterior, si así lo quiere la demandante. Además precisa que, los artículos 748 y 770 de la LEC no excluye la indemnización del citado artículo 1438 del ámbito de los procedimientos de separación y divorcio en los que la acción del artículo 1438 no es contenido necesario, pero sí posible.

### III. LA PENSIÓN DE VIUEDAD

En cuanto a la pensión de viudedad, con la reforma de la Ley General de la Seguridad Social —en adelante, LGSS— de 2007 y ahora de 2015, si un cónyuge separado o divorciado tiene reconocida una pensión compensatoria o una indemnización en caso de matrimonio nulo que, percibe en vida del causante, se presume *iuris et de iure* que existe una relación de dependencia económica entre ellos<sup>122</sup>; por lo que a la muerte del deudor de la pensión compensatoria —siempre que se haya extinguido y los herederos no abonen la misma en los términos del ya analizado artículo 101.2 del Código Civil—, o del de la indemnización del artículo 98 del citado cuerpo legal, se devengará la pensión de viudedad a favor del cónyuge superviviente. Se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria que, quedará extinguida a la muerte del causante (art. 220.1)<sup>123</sup>. La dependencia económica se sustituye por un criterio objetivo como es la existencia de la pensión compensatoria o la indemnización —si el matrimonio se ha declarado nulo— a favor del cónyuge sobreviviente al tiempo de fallecimiento del cónyuge. De forma que, quedan excluidos como beneficiarios de tal pensión, todas aquellas personas que tras la crisis matrimonial y a tiempo de fallecimiento del causante, no fuesen acreedores de las prestaciones sobre la base de una inexistente dependencia económica entre ellos y, por tanto de una situación de necesidad. En situaciones de normalidad matrimonial, la dependencia económica no se exige sobre la base de ningún dato objetivo, pues, se presume existente en la propia relación económica que, mantienen ambos cónyuge. Con ello, se pueden dar casos en los que, al momento de la muerte del causante, no hay pensión compensatoria bien porque se ha renunciado a ella, o porque se ha fijado con carácter temporal, o porque no se ha concedido ante la falta de una situación de desequilibrio económico tras la ruptura —ambos cónyuges se encuentran en situación de pobreza—, o porque se fija en un pago único<sup>124</sup>; y sin embargo, estas personas pueden encontrarse en situación de necesidad, y, pese a ello no se devenga la pensión de viudedad; por el contrario, puede darse el caso que personas con un patrimonio importante sean titulares de una pensión compensatoria, bien porque se pactó con carácter indefinido, o bien porque se concedió judicialmente ante el desequilibrio sufrido por uno de los cónyuges, pese a ser independientes económicamente. Sobre tales bases, la finalidad de dependencia económica/necesidad del Derecho laboral, no parece cumplirse con esta reforma, al exigir para que se devengue la pensión de viudedad la existencia de una pensión compensatoria que, se fundamenta en el desequilibrio económico —objetivo y subjetivo—, o en la percepción de una indemnización que, más bien responde a una sanción frente al cónyuge de mala fe<sup>125</sup>.

Como hemos señalado, la pensión compensatoria se puede fijar en convenio regulador; así la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 10 de noviembre de 2014<sup>126</sup> señala que, un convenio regulador privado, no aprobado judicialmente, puede considerarse incluido en las previsiones del artículo 174.2 de la LGSS a los efectos de causar la pensión de viudedad, sin concurrir las excepciones previstas en la disposición transitoria decimoctava de la LGSS, introducida por la Ley 26/2009.

Asimismo, procede su reconocimiento cuando existiendo una pensión compensatoria efectiva y real, la ausencia de acciones legales encaminadas a reclamar su abono, no puede ser interpretada como una especie de renuncia a la pensión compensatoria, pues, puede responder a varias circunstancias y situaciones, así se pronuncia, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.ª, de 28 de mayo de 2013<sup>127</sup>. Al respecto dispone que «existiendo una pensión compensatoria efectiva y real la ausencia de acciones legales encaminadas a reclamar su abono no pueden ser interpretadas como una especie de renuncia a la pensión compensatoria, pues, puede responder a variadas circunstancias y situaciones. La ausencia de reclamación judicial, sea civil, sea penal, ante una situación de impago de la pensión compensatoria, decíamos también, «puede responder a las más variadas circunstancias y situaciones, sin olvidar que la reclamación de las cantidades devengadas está sometida al plazo de prescripción de cinco años que establece el artículo 1966 del Código Civil, sin que quepa interpretar en todo caso la ausencia de reclamación como una renuncia, condonación o exclusión del derecho que la Ley le atribuye, y cuyo no ejercicio no puede tener otras consecuencias que las derivadas del instituto de la prescripción».

Ahora bien, para evitar el establecimiento de pensión compensatoria de escasa cuantía, el artículo 220.1 apartado segundo de la LGSS establece que, si la cuantía de la pensión de viudedad sea superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última<sup>128</sup>.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento; y, en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho<sup>129</sup>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2016<sup>130</sup> concede la pensión de viudedad a la exmujer de un indigente, víctima de malos tratos que, no tenía cubierto el periodo mínimo de cotización. Las especiales particularidades del caso permiten una laxa aplicación de las normas. El causante de la prestación, por causas ajenas a su voluntad, tuvo que dejar de trabajar y de cotizar; y a los efectos del cómputo de carencia, procede tener en cuenta el tiempo en el que el trabajador, por poder trabajar, pudo y debió cotizar, haciendo un paréntesis respecto del periodo en que el mismo sufrió una enfermedad incapacitante prolongada y especialmente penosa, un toxicología etílica crónica, que le obligó a separarse del Sistema de la Seguridad Social en contra su voluntad. El Tribunal Superior de Justicia discrepa de la solución adoptada en la instancia y considera que el exesposo de la actora se encontraba en situación asimilada al alta.

Con relación al derecho de una viuda divorciada víctima de violencia psicológica a percibir la pensión aun sin sentencia condenatoria, la sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de octubre de 2016<sup>131</sup>

señala que, el artículo 220.1 LGSS 2015 [antes art. 174.21) LGSS 1995] dispone como regla general que en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, concurriendo los requisitos del artículo 219, sea o haya sido cónyuge legítimo. Una excepción a dicha regla general es el derecho a la pensión de viudedad de las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. Por lo tanto, en un caso como el analizado, en el que no existe una resolución expresa de un órgano jurisdiccional con competencia en violencia de género, todos los indicios apuntan a que se vivía una situación de violencia, como mínimo de carácter psicológico.

Asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de diciembre de 2015<sup>132</sup> concede pensión de viudedad a divorciada de funcionario que acredita la violencia de género pese a haber retirado la denuncia contra su exesposo. La retirada de la denuncia no fue voluntaria sino impuesta como un condicionamiento del convenio regulador.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Social, de 4 de julio de 2016<sup>133</sup> se retira la pensión de viudedad a una víctima de malos tratos que los sufrió un año después de la separación.

No habiéndose reconocido pensión compensatoria, y no constando que la solicitante de la prestación fuera víctima de violencia de género al tiempo de la separación matrimonial, no procede reconocer la pensión de viudedad solicitada.

En este contexto, hay que señalar que, una sentencia de malos tratos no es válida para acreditar la existencia de una pareja de hecho, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 12 de diciembre de 2017<sup>134</sup> así manifiesta al respecto que, para recibir la pensión de viudedad es necesario acreditar por los medios establecidos legalmente: la inscripción registral o formalización en documento público. Por tanto, la sentencia que condena al causante como autor de violencia de género contra la esposa, así como la sentencia que otorga a la solicitante la guarda y custodia de sus hijos, sirve para acreditar la ruptura de la unión de hecho, pero no la constitución de pareja de hecho.

Por otra parte, el derecho a la percepción de la pensión de viudedad de cónyuges separados y reconciliados ha sido tratado en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de abril de 2018<sup>135</sup> se produjo una comunicación conjunta de ambos cónyuges al Juez de la reanudación de la vida conyugal, pero no dio tiempo a que se produjera la ratificación e inscripción en el Registro Civil, pues, el marido falleció antes de la fecha dada por el Juzgado para la formalización de la misma. En este caso, la sentencia considera que, sí tiene derecho la viuda a la pensión completa, pues, el hecho causante ocurrió antes de que la exigencia de inscripción en el Registro Civil fuese introducida en el Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio.

También se considera que tener hijos tras la separación conyugal es prueba de la reconciliación para causar la pensión de viudedad, así la sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, sección 1.ª, de 11 de julio de 2017<sup>136</sup> flexibiliza el requisito de la comunicación judicial de la reconciliación ante una muy prolongada convivencia conyugal posterior.

Ahora bien, si habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose el 40 por ciento a favor del cónyuge sobreviviente, o, en su caso, del que, sin ser cónyuge conviviera con el causante en el momento de fallecimiento y resultara beneficiario

de la pensión de viudedad en los términos a los que se refiere el artículo 221 de la LGSS relativo a la pensión de viudedad de parejas de hecho.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2017<sup>137</sup> determina que, el cónyuge superviviente que, concurre con el divorciado tiene derecho a que la cuantía de su pensión de viudedad proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido, incorpore el importe en que disminuya la pensión del *ex* consorte por superar el montante de la pensión compensatoria de la que fuera acreedor.

En esta sentencia el Alto Tribunal considera que carecería de sentido que, en unas mismas condiciones, el cónyuge percibiera la pensión íntegramente en caso de no concurrir con otro sujeto y que, en el supuesto de darse tal concurrencia, el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios ya que al sobrepasar el importe de la pensión compensatoria esa cantidad se perdería.

Como hemos señalado, en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se haya reconocido derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido en pareja de hecho en los términos a que se refiere el citado artículo 221. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que pueda resultar por aplicación de lo previsto en el apartado 2 del artículo 220 de la LGSS.

En este contexto, y en los términos reseñados, tendrán también derecho a la pensión de viudedad, cumplidos los requisitos de alta y cotización establecidos en el artículo 219, quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditase que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzan el 50 por ciento de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será el 25 por ciento en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad<sup>138</sup>.

No obstante, igualmente, se reconoce el derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el periodo de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Se considera como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos computados para el reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones establecidos en el artículo 59 de la citada LGSS.

Se considera pareja de hecho, a los afectos del régimen de Seguridad Social, la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Si bien, la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento

público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de fallecimiento del causante<sup>139</sup>.

Ahora bien, cuando el cónyuge sobreviviente no pueda acceder al derecho a la pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes, y concurran el resto de requisitos enumerados en el artículo 219, tendrá derecho a una prestación temporal de cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (art. 222 de la LGSS).

En todo caso, la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 221. Será incompatible la pensión de viudedad causada en los términos del segundo párrafo del artículo 219.1, con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos durante quince años.

El derecho a la pensión de viudedad se extinguirá en todos los supuestos, cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el artículo 221, sin perjuicio de las excepciones que se establezcan reglamentariamente (art. 223 de la LGSS).

En fin, como situaciones interesantes de la pensión de viudedad señalar por un lado que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 25 de enero de 2018<sup>140</sup> con un voto particular, el Alto Tribunal reconoce la pensión de viudedad a la segunda mujer de un marroquí polígamo que sirvió como soldado para el Ejército español en el Sáhara y que al tiempo de fallecer percibía una pensión de retiro, y a cuya primera esposa ya le había sido reconocida en vía judicial. Y por otro, la sentencia del Tribunal Supremo (Pleno), Sala de lo Social, de 25 de enero de 2018<sup>141</sup> estima el recurso del Instituto Nacional de Seguridad Social y ha conformado la procedencia de no conceder la pensión de viudedad a una mujer que presentó la solicitud tras el fallecimiento en 2014 del hombre con el que estaba unida por el rito gitano, al ser preciso para generar la pensión cumplir el requisito de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho, lo que no concurriría en este caso. Los magistrados señalan que, la pertenencia al colectivo gitano no exime de cumplir los requisitos generales de la LGSS, de verificar que la pareja se haya constituido como tal con dos años de antelación al hecho causante de la pensión.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2005.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 19 de enero de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2010.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de enero de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Social, 5 de febrero de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de febrero de 2014.

- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 23 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de noviembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Social, 20 de enero de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de mayo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2017.
- STS, Sala de lo Social, 12 de diciembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), 15 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, 25 de enero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de marzo de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2018.
- STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de septiembre de 2006.
- STSJ Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, 20 de junio de 2016.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 31 de enero de 2001.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 2 de octubre de 2002.
- SAP Albacete, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de junio de 2003.
- SAP Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de abril de 2005.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 15 de junio de 2006.
- SAP Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 18 de julio de 2007.
- SAP Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2011.
- SAP Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 17 de febrero de 2015.
- SAP Toledo, secc. 2.<sup>a</sup>, 30 de junio de 2015.
- SAP Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 18 de noviembre de 2016.
- SAP Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 13 de marzo de 2017.
- SAP Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 6 de abril de 2017.
- SAP Zaragoza, secc. 2.<sup>a</sup>, 29 de diciembre de 2017.
- SAP Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de enero de 2018.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO AUÑÓN, E. (1999). La pensión compensatoria, *Revista de Derecho de Familia*, número 5, octubre de 1999.
- BONET CORREA, J. (1983). Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.<sup>a</sup> edición, Barcelona: Bosch.

- CERVILLA GARZÓN, M.<sup>a</sup> J. (2017). *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete: Bomarzo.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley.
- DESENTADO DAROCA, E. (2013). *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Albacete: Bomarzo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.<sup>a</sup> edición, Madrid: Tecnos.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T, II*, Madrid: Edersa.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 3.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2005). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid: Lex Nova.
- POSE, T. (2018). El Tribunal Supremo reitera su negativa y no reconoce pensión compensatoria a las parejas de hecho, *La Ley, número 9226, sección Tribuna, de 26 de junio*.
- ROCA TRÍAS, E. (1999). *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, En: Candido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil, T. I*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- (2011). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor,
- SOSPEDRA NAVAS, FCO. J. (2006). Los procesos matrimoniales y de menores. En: Francisco José Sospedra Navas (dir.), en *VVAA, Los procesos de familia*, 1.<sup>a</sup> edición, Madrid: Thomson-Civitas.
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Navarra. Aranzadi Thomson Reuters.
- VEGA SALA, FCO. (2006). La reforma de la separación y el divorcio, *Revista Jurídica de Cataluña, número 1*.
- VELA TORRES, P.J. (2018). Pensión compensatoria fijada en atención a hechos posteriores al momento de la ruptura: el despido de la esposa de la empresa del marido, *La Ley, número 9215, sección comentarios de jurisprudencia, 11 de junio*.



NOTAS

<sup>1</sup> RJ 2005, 1133.

<sup>2</sup> RJ 2005, 4209.

<sup>3</sup> LA LEY 243/2018. Descarta la aplicación de las leyes dictadas por la Comunidad Valenciana para regular las uniones de hecho, a las que el recurrente alude en su recurso de casación y en las que, si bien no se establecía una pensión compensatoria, se reconocía la posibilidad de pacto que la acordara (art. 7 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas; con anterioridad artículo 4 de la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulaban las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana). Ello en atención a que la sentencia del Tribunal Constitucional 110/2016, de 9 de junio (RTC 2016, 110) declaró la nulidad, entre otros, del precepto que así lo establecía en la Ley de 2012, como consecuencia de la falta de competencia de la Comunidad Valenciana para regular las consecuencias civiles de las «uniones de hecho formalizadas». Sentado lo anterior, señala asimismo que, hay que destacar que, en el Derecho civil estatal no existe una regulación general de las parejas no casadas. El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101, 320.1, 175.4 del Código Civil, arts. 12.4, 16.1.b, 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el artículo 97 del Código Civil. Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del artículo 1255 del Código Civil, adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 29 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018, 39859) señala que, no procede accionar sobre la base del principio de enriquecimiento injusto, cuando existe una norma aragonesa que, permite reclamar asignación compensatoria por desequilibrio económico.

<sup>4</sup> POSE, T. (2018). El Tribunal Supremo reitera su negativa y no reconoce pensión compensatoria a las parejas de hecho, *La Ley, número 9226, sección Tribuna, de 26 de junio*, 3 que realiza un comentario de la sentencia concluye que «de todo lo expuesto se desprende que las parejas de hecho no pueden reclamar la pensión compensatoria en el procedimiento previsto para la separación o divorcio, sino que deben acudir al procedimiento declarativo ordinario en reclamación económica por ruptura de la pareja, cuando concurren los requisitos fijados legal o jurisprudencialmente para el enriquecimiento injusto».

<sup>5</sup> APARICIO AUÑON, E. (1999). La pensión compensatoria, *Revista de Derecho de Familia, número 5, octubre de 1999*, 46, basa la afirmación en dos tipos de argumentos: 1. En el antecedente histórico de la pensión compensatoria, que es la pensión alimenticia entre divorciados que arbitró la ley de divorcio republicana, y, 2. En nuestras reservas sobre la idea de que con el divorcio desaparezcan todas las obligaciones asistenciales que la ley impone al marido y a la mujer.

Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 3.ª edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 105, quien señala que la prestación impuesta en el artículo 97 no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria. No supone indemnización del culpable al inocente por la ruptura del consorcio, pues el legislador no toma en cuenta en ningún caso quién dio motivo para la separación y prescinde aquí de la referencia potencial de la culpabilidad. Tampoco se trata de alimentos en caso de necesidad: el esposo demandante de la pensión solo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es desfavorable, determinándose entonces la pensión en su favor, mientras el desequilibrio dure.

<sup>6</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 7.ª, 16 de diciembre de 2004 (*JUR* 2008, 158525).

<sup>7</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 90; ROCA TRÍAS, E. (1999). *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Madrid: Cuadernos Civitas, 190; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, En: Candido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz, y Pablo Salvador Coderch (dirs.), *Comentarios del Código Civil*, T.

I, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 403, si bien, matiza que no se trata de una indemnización en el sentido estricto del término, puesto que el daño objetivo consiste en la pérdida de las expectativas de todo tipo que derivan del matrimonio. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 6.ª, 15 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001, 75659); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.ª, 21 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 208250); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 9807).

<sup>8</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 30 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 194631).

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de familia. Derecho de sucesiones, 10.ª edición, Madrid: Tecnos, 125; GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario a los artículos 97 a 101 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, Madrid: Edersa, 436. Igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 2.ª ed., Madrid: Colex, 187-188, después de negar que la compensación tenga carácter alimentario, pues, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, ni tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados; ni tampoco es una indemnización basada en la eventual culpabilidad de uno de los cónyuges en relación con la separación o el divorcio, no se concede al cónyuge inocente a costa del culpable, entre otras razones por la irrelevancia de los criterios culpabilísticos en nuestro sistema de separación y divorcio, se inclina por su naturaleza compensatoria ligada al dato puramente objetivo de la existencia de un desequilibrio económico determinante del empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges; SOSPEDRA NAVAS, FCO. J. (2006). Los procesos matrimoniales y de menores. En: Francisco José Sospedra Navas (dir.), en *VVAA, Los procesos de familia*, 1.ª edición, Madrid: Thomson-Civitas, 101; ROCA TRÍAS, E. (2011). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández (dirs.). *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 529.

Asimismo, señala VEGA SALA, FCO. (2006). La reforma de la separación y el divorcio, *Revista Jurídica de Cataluña, número 1*, 58 que con la reforma operada por Ley 15/2005, la pensión compensatoria ha recuperado la forma originaria del Código Civil francés, donde no era una pensión, sino una prestación compensatoria. *Vid.*, también, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5688).

<sup>10</sup> LA LEY 125216, 2009. Con anterioridad en este sentido, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1637); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 10 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 408694).

<sup>11</sup> *RJ* 2011, 5666.

<sup>12</sup> LA LEY 159722/2011.

<sup>13</sup> *RJ* 2014, 1385. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 5666); 10 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3643); 19 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1131); y, 3 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5604; Id Cendoj: 28079110012015100602). También, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 10 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 157611); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 16 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 88936).

<sup>14</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 179143) se pactó en convenio el pago de la pensión, aunque la esposa empezase a trabajar.

<sup>15</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 6 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 156804) se acuerda en convenio ante notario que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamaría al otro indemnización o/y pensión compensatoria, pues, ambos por edad, profesión y experiencia anterior eran plenamente conscientes del acuerdo al que habían llegado de tipo económico.

<sup>16</sup> *RJ* 2018, 56.

<sup>17</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 1248).

<sup>18</sup> *JUR* 2018, 158425.

<sup>19</sup> JUR 2016, 274623.

<sup>20</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.ª edición, Barcelona: Bosch, 25-26.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1637) conceptúa la pensión compensatoria como «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges, o excónyuges, —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontece la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio». Asimismo, la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (RJ 2013, 4366) señala que la pensión compensatoria es «una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o excónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontece la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer casusa de la misma— y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio».

APARICIO AUÑÓN, E. (1999). La pensión compensatoria, *op. cit.*, 41-42 «es una obligación impuesta directamente por la ley, por motivos de equidad, para equilibrar en todo o en parte una desigualdad económica peyorativa producida de forma fortuita, entre personas unidas por vínculos consorciales contraídos en forma voluntaria o incidentalmente».

<sup>21</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, *op. cit.*, 16; ROCA TRIAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *Comentario del Código Civil, T. I, op. cit.*, 402.

<sup>22</sup> BONET CORREA, J. (1983). Las bases de actualización para las cantidades debidas por cargas, alimentos o pensión en el Convenio Regulador de Separación Matrimonial y Divorcio, *Anuario de Derecho Civil, T. XXXVI, Fasc. III, octubre-diciembre*, 1188.

<sup>23</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 11 de enero de 2000 (JUR 200, 186712).

<sup>24</sup> GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. II*, 2.ª edición, Madrid: Edersa, 436. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8023); 14 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2351); y, 22 de junio de 2011 (LA LEY 159722/2011) en la que se precisa que, la pensión compensatoria tiene por finalidad enmendar la disminución del nivel de vida que conlleva toda ruptura de la convivencia, entendiéndose que su función ha de ser permitir al cónyuge más desfavorecido seguir disfrutando de un nivel económico similar al que llevaba durante la etapa de normalidad conyugal»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 31 de enero de 2001 (JUR 2001, 122787); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 31 de marzo de 2011 (JUR 2011, 187973).

<sup>25</sup> RJ 1987, 9174. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133).

<sup>26</sup> RJ 2015, 2546. Con anterioridad, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2012 (RJ 2012, 3643) afirma, asimismo, por desequilibrio «ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Al constituir finalidad legítima de la norma legal al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, es razonable entender, de una parte, que el desequilibrio que debe compensarse ha de tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, y, de otra, que dicho desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y no basarse

en sucesos posteriores, que no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurrió la crisis matrimonial». Igualmente, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, 3 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5604).

<sup>27</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1997). *La temporalidad de la pensión compensatoria*, *op. cit.*, 16.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2005). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Vicente Guilarte Gutiérrez, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, Valladolid: Lex Nova, 194-199. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2007, 6177).

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*, Madrid: Civitas, 303.

<sup>30</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, separación y el divorcio, *op. cit.*, 187.

<sup>31</sup> En esto coincide la doctrina, *vid.*, GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentarios del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, 125-126; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIEGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 167-188; ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 403; MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L. (2007). La pensión compensatoria. En: Julio V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid: Marcial Pons, 170 a 179. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, 25 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 175057).

<sup>32</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 6060); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 12 de noviembre de 1998 (*AC* 1998, 8712); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. única, 3 y 13 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 8231; y, *AC* 1999, 8234); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 5.ª, de 28 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 226502) en la determinación del desequilibrio impone la regla de la proporcionalidad que, fija el artículo 97.8 del Código Civil; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2002, 132872); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.ª, 30 de octubre de 2001 (*AC* 2001, 12340); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 2 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 28383); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. única, 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 94246); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 18 de junio de 2003 (*JUR* 2003, 240882); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 106079) un desequilibrio económico que se ha producido a la esposa, teniendo en cuanto que ya no podía seguir trabajando en el negocio del esposo y que los trabajos del campo suelen ser temporales; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 29 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 172389); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 19 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 256367); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 27 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 126706) ante la eventualidad del trabajo desempeñado por la esposa; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 22 de junio de 2005 (*AC* 2005, 1450); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 4 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 272099); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 18 de julio de 2007 (*JUR* 2007, 326541); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 24 de julio de 2007 (*JUR* 2008, 16506); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 42660); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 22 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 119118) que habla de la concurrencia de un doble desequilibrio económico y patrimonial; de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 13 de marzo de 2017 (*AC* 2017, 745); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, 5 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 120930); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 8 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 190477); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 12 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 164540); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 17 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 53458).

<sup>33</sup> *Vid.*, las sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 19 de febrero de 1998 (*AC* 1998, 3550); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 11 de diciembre de 1998 (*LA LEY* 1999/4698); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 27 de abril de 1999 (*JUR* 1999, 144146); de la Audiencia Provincial de Zamora, secc. única, 7 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 113468); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 8

de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 150615); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 30 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 286409); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, 22 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 143002).

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 8 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 339) desestima, igualmente, la pensión por desequilibrio, pues, la posición económica de la esposa solicitante no trae causa de la ruptura matrimonial, sino de sus propias circunstancias personales. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 13 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 225140) considera que existe una falta de acreditación de la situación de desequilibrio, pues, ha transcurrido casi ocho años desde el cese de la convivencia matrimonial. Y, en fin, a sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 21 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 221377) entiende, igualmente, que no hay desequilibrio, pues, la esposa tiene suficiente capacidad económica para afrontar de modo autónomo sus necesidades pecuniarias.

<sup>34</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 5666).

<sup>35</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, 23 de septiembre de 1998; y 10 de noviembre de 1998.

<sup>36</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 16 de mayo de 1997. A ambos criterios se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 17 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 226087).

<sup>37</sup> Aceptando un criterio subjetivista, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1133) cuando señala en su *Fundamento de Derecho* 2.º que «la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente patrimonio, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios».

<sup>38</sup> *RJ* 2010, 417. A la doble función de las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil se refiere, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4379); 16 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 4639); 21 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1140); 2 de junio de 2015 (LA LEY 79949/2015); y, 3 de noviembre de 2015 (Id Cendoj: 28079110012015100604).

<sup>39</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 58931) en su *Fundamento de Derecho* 3.º, confirma la doctrina de esta Sala según la cual «el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, y no deben tenerse en cuenta, a los efectos de reconocimiento de este derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio». Igualmente, dispone la sentencia de este Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5666) los dos puntos de referencia obligada son el momento de la ruptura —que ha de servir para comparar las situaciones económicas vigentes hasta ese instante con las posteriores—, y el elemento personal —pues lo que se ha de comparar son las situaciones personales de ambos cónyuges referidos a ese momento—. Por su parte, las sentencias de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2122) dispone que, el desequilibrio debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que, no se ha acreditado cuando ocurre la crisis matrimonial; y, la de 27 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6034) señala que, no cabe la concesión a la esposa de una forma preventiva o condicionada de una pensión compensatoria de futuro en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa para la que trabaja. El desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe

existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. Primera, 13 de febrero de 1999 (AC 1999, 4235); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 14 de abril de 2000 (AC 2001, 2048); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 16 de febrero de 2001 (JUR 2001, 156313); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 24 de enero de 2002 (JUR 2002, 111313); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 4 de febrero de 2002 (JUR 2002, 124303); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.<sup>a</sup>, 12 de julio de 2002 (JUR 2003, 14282); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.<sup>a</sup>, 30 de mayo de 2003 (JUR 2003, 233863).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 2.<sup>a</sup>, 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 65249) precisa que, hay inexistencia de la situación de desequilibrio entre la situación económica durante y después del matrimonio, solicitándose la pensión transcurridos cuatro años desde la separación. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 5 de marzo de 2001 (JUR 2001, 150236) señala que, para apreciar la situación de desequilibrio económico en un cónyuge respecto al otro ha de hacerse únicamente al momento de la ruptura o cese de la convivencia y no en un momento posterior: no es un derecho del cónyuge a acceder a participar en futuras ganancias del cónyuge deudor. Y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 15 de junio de 2006 (JUR 2006, 270461) dispone la valoración del desequilibrio en el momento de la ruptura comparándolo con el inmediatamente anterior de normalidad matrimonial.

<sup>40</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 3.<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 105; ROCA TRÍAS E., Comentario al artículo 100 del Código Civil, *op. cit.*, 409.

<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 23 de enero de 2002 (JUR 2002, 11119).

<sup>42</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7123). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 25 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105399) señala que estamos ante «un desequilibrio económico entre cónyuges en relación con la posición de otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que se determina sobre el doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión, exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial, una vez constatado dicho desequilibrio, la concurrencia de uno o más de las circunstancias enumeradas en dichos preceptos (art. 97.1 del Código Civil; y, 84 del CF catalán) será determinada para la cuantificación de la pensión». En el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 4 de mayo de 2004 (JUR 2004, 290431).

<sup>43</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 2015 (LA LEY 206326/2015). Comienza destacando desde el principio que el objeto de este recurso radica «en establecer el criterio a seguir cuando en el seno de una unión de hechos sus integrantes deciden en un primer momento articular su relación sentimental sobre la base de una convivencia *more uxorio*, excluyendo voluntariamente y de facto la celebración del matrimonio, y pasado cierto número de años deciden finalmente contraer matrimonio». Es decir, si para fijar la pensión compensatoria, en el caso de que esta sea procedente, deben tenerse en cuenta «solo las circunstancias y el tiempo en que efectivamente subsistió la relación matrimonial, o, por el contrario, si los mismos pueden extenderse también al tiempo de convivencia *mor uxorio*», haciendo para ello una aplicación analógica de las normas que regulan los efectos establecidos para la ruptura matrimonial. Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo señala que el argumento de la sentencia recurrida («el art. 97 del Código Civil es exclusivamente aplicable al matrimonio y no, por razón de analogía, a la convivencia *more uxorio*»), no contradice la anterior jurisprudencia de la Sala que excluye la aplicación por analogía de dicho precepto a estos casos, pues como se ha establecido «apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación

para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio». Por tanto, continúa la Sala, la cuestión «se contrae a decidir si a la hora de indagar sobre la existencia de desequilibrio, y, en su caso, cuantificación y temporalidad de la pensión, será circunstancia digna de valoración y de ser tenida en cuenta la etapa prenupcial de convivencia *more uxorio*, que sin solución de continuidad enlaza con el posterior matrimonio». Para resolver este interrogante se fija en la interpretación jurisprudencial del número 2 del citado artículo 97 del Código Civil, según la cual, entre las circunstancias a tener en cuenta para apreciar la existencia o no del desequilibrio que justifica el establecimiento de una pensión compensatoria, se encuentra «(...) incluso su situación anterior en el matrimonio...». Por ello, concluye el Tribunal que esta situación anterior es de sumo interés, pues «no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que este tenga su origen en sus diferentes condiciones personal y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por este, como sería el supuesto aquí contemplado de una convivencia *more uxorio* desde el año 2003 durante la cual la convivencia dedicó a esa convivencia sus esfuerzos y colaboración, merced a la relación sentimental que mantenía con el que luego llegó a ser su esposo, viendo quebradas sus expectativas y oportunidades laborales, según se recoge como hechos probados. Tal dedicación al hogar y a la colaboración profesional con el recurrente tuvo lugar, según se ha expuesto, sin solución de continuidad, durante la unión de hecho y durante la convivencia conyugal, hasta que se produjo la ruptura de esta; por lo que debe computarse aquel tiempo de convivencia, sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia admite fórmulas resarcitorias en caso de ruptura de parejas de hecho (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005)».

<sup>44</sup> LA LEY 5772/2018. VELA TORRES, P.J. (2018). Pensión compensatoria fijada en atención a hechos posteriores al momento de la ruptura: el despido de la esposa de la empresa del marido, *La Ley, número 9215, sección comentarios de jurisprudencia, 11 de junio*, p. 3 realiza un comentario de este sentencia, y concluye que «sin apartarse de la jurisprudencia existente hasta ahora sobre el momento temporal para la concesión de la pensión por desequilibrio económico, que atiende a la situación existente en el momento de la ruptura matrimonial, la sentencia comentada abre un portillo para poder tener en cuenta situaciones de futuro de carácter excepcional como sucede en el caso enjuiciado, en que los ingresos de la esposa dependía en buena medida de la voluntad del marido, en tanto en cuanto ella prestaba servicios laborales retribuidos en la empresa de este. Es decir, indirectamente se impide que la posición económica de la esposa pueda quedar al arbitrio del otro cónyuge».

Sin embargo, este mismo Alto Tribunal en sentencia 19 de octubre de 2011 (LA LEY 205980/2011) pone de manifiesto que, el desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio, y los sucesos posteriores —cómo la hipotética pérdida de trabajo en la empresa del marido— no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión, que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis conyugal y aun en el caso de ocurrir después «no podría considerarse causa de desequilibrio».

<sup>45</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123) señala en su *Fundamento de Derecho* 3.º: «Que presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión es la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocando la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento con relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio, (y no una situación de necesidad, por lo que compatible su percepción incluso en el caso de contar con medios económicos para subsistir), siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal».

<sup>46</sup> La Audiencia Provincial de Cáceres, 21 de noviembre de 1988 dispone que «... es requisito necesario para que surja el derecho de pensión que el desequilibrio económico produzca un empeoramiento en la situación anterior, debiendo por tanto tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio para determinar si por la separación o el divorcio alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su forma de vida, pues, solo en el caso

de que se produzca tal desequilibrio, que ha de tener cierta relevancia, procede la pensión (...) así como es también de apreciar una adecuada relación de causa a efecto entre el desequilibrio producido y la separación...». También la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 20 de mayo de 1992 (AC Aud., número 1 de 1 al 15 de enero de 1993) señala que: «... no basta con que uno de los cónyuges se encuentre en situación de pobreza (...) sino que es preciso que esas mismas condiciones no le afectaran ya durante la etapa de normal convivencia matrimonial y no las padezca también el otro cónyuge...». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, 22 de abril de 1998 (AC 1998, 4380); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, 7 de febrero de 2001 (JUR 2001, 134839); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 23 de febrero de 2001 (JUR 2001, 138441); y, de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, 31 de mayo de 2005 (JUR 2005, 155071).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 26 de mayo de 2005 (RJ 2005, 10277) estima la ausencia de empeoramiento en el nivel de vida de la esposa tras la ruptura matrimonial, continuando con el ejercicio de su actividad laboral y con una asistenta para las labores del hogar.

<sup>47</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 18 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1135) donación del actor a su esposa de su mitad indivisa en vivienda, garaje y trastero de forma pura, sin causa remuneratoria, ni elemento o condición que la afectase, divorciándose el matrimonio un tiempo después sin que la esposa solicitara la pensión compensatoria. Revocación de la citada donación por superveniencia o supervivencia de hijo al actor de otra relación convivencial posterior que resulta de la aplicación objetiva del artículo 644 del Código Civil relativa a «toda donación entre vivos» al cumplirse las premisas legales requeridas. Por lo que, la donación realizada puede ser revocada atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 644, con independencia de su carácter remuneratorio o de su configuración modal, conclusión que la propia norma resulta de un modo categórico «toda donación entre vivos». Esta decisión no prejuzga el posible derecho de la recurrente, por el cauce judicial pertinente, de solicitar la modificación de las medidas del divorcio tras la revocación de la donación, ahora confirmada.

<sup>48</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 14 de junio de 1996 (AC Aud., núm. 23, de 1-15 de diciembre de 1996, 2603).

<sup>49</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 566).

<sup>50</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (RJ 2013, 4366) se trata de un matrimonio que lleva separado 7 años, sin que durante ese periodo mediara reclamación alguna entre los cónyuges y sin que se haya podido constatar ninguna vinculación económica, ni de otro tipo; y, 1 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5494) se niega la pensión a partir de una presunción de la no existencia de desequilibrio económico y de la autonomía patrimonial incompatible que, se destruye cuando, pese a una separación prolongada, los esposos han intercambiado ayudas económicas por parte de uno o de ambos, o cuando, como aquí sucede, no consta como declara probado la sentencia que «ambas partes haya asumido vidas económicas independientes, por lo que el transcurso del tiempo no ha sido suficiente para entender inexistente el citado desequilibrio».

<sup>51</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2016 (LA LEY 59409/2016) recuerda que, la pensión compensatoria es una medida definitiva del juicio de separación o divorcio matrimonial. Siendo ello así concluye que, la tesis mantenida en la sentencia recurrida resulta insostenible. No es un problema de renuncia, sino de presupuesto sustantivo, no procesal, en cuanto al momento en que debe ejercitarse el derecho para valorar el desequilibrio económico, incorporándolo en su caso a la sentencia como media definitiva, lo que deja sin aplicación el artículo 400 de la LEC. Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de este mismo Alto Tribunal, 10 de septiembre de 2012 (LA LEY 162415/2012) sienta como doctrina que, no puede ser considerada incongruente la resolución sobre la cuestión de la pensión compensatoria, siempre que la pretensión se haya introducido en el proceso, a través de la contestación a la demanda.

<sup>52</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, 19 de febrero de 2015 (LA LEY 22366/2015).



<sup>53</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7570); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, 6 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 118132).

<sup>54</sup> *RJ* 1987, 9174.

<sup>55</sup> *RJ* 2012, 5911.

<sup>56</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3048).

<sup>57</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1362) pensión compensatoria fijada en sentencia de divorcio y posterior resolución homologando la decisión del tribunal eclesiástico sobre nulidad matrimonial. Auto reconociendo eficacia civil a la resolución eclesiástica que daba por cierto que la no solicitud de medidas obedecía a la existencia y vigencia de las que se acordaron en la sentencia de divorcio. Resolución que devino firme al haber aceptado el actor la vigencia y eficacia de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio. De forma que, cualquier modificación solo vendría justificada por la existencia de un cambio sustancial posterior de las circunstancias.

<sup>58</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 13 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 459451).

<sup>59</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 224140); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 29 de marzo de 2000 (*JUR* 2001, 90851) que fija como presupuestos, además de la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos, que, tal desequilibrio sea consecuencia directa y esté vinculado causalmente con la separación o divorcio y no con otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

<sup>60</sup> En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1122) se conviene «un sistema mixto de indemnización (abono de cantidad a tanto alzado más pensión vitalicia) que, además, de realizar función compensatoria del daño sufrido por el demandante, con inclusión en ella tanto del daño moral puro como del indirectamente económico, sirve, al propio tiempo, para hacer frente a los costes que en el futuro se van a derivar de aquella permanente asistencia y cuidado que por tercera persona y de por vida va a precisar». Igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 17 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 185612) se establece un sistema mixto en el que se integran dos conceptos —uno, el pago de una cantidad alzada concretada en la mitad del precio que se obtenga de la venta del chalé integrante de la vivienda familiar, que aparece como bien privativo del esposo; y, el otro, la entrega de una cantidad mensual de 300.000 pesetas sin límite de tiempo.

<sup>61</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 4209); 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); 21 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 6060); 28 de abril de 2010 (LA LEY 49079, 2010); 29 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7147); 14 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2772); 20 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 285735); 3 de octubre de 2011 (LA LEY 186207, 2011); 21 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4379); 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3978); 11 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 249); y, 9 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 476); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 16 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003, 269626) establece una limitación temporal de cinco años, en atención a la juventud de la esposa, la cualificación profesional que tiene y las posibilidades reales de acceso al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 6 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 107172) fija una limitación temporal de dos años; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.ª, 17 de marzo de 2004 (*AC* 2004, 382) dispone, al respecto, que «esta pensión no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la cesación de la vida en común de los cónyuges, y que solo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral; no obstante, la limitación temporal de la pensión debe adoptarse con cautela, cuando las circunstancias concurrentes evidencian, que el desequilibrio económico causa de la pensión sea susceptible de desaparecer en un plazo prudencial por estar al alcance de las posibilidades del acreedor; la eliminación de tal desequilibrio»; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 6 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 340321) establece una limitación temporal a 15 años esta-

bleciendo una reducción de la cuantía de la pensión, cuando el obligado al pago se jubile; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.<sup>a</sup>, 19 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 39504) limitación temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.<sup>a</sup>, 23 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 97980) limitación temporal a seis años; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.<sup>a</sup>, 29 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 87802) necesidad de establecer la pensión compensatoria por un periodo de dos años para compensar el desequilibrio creado; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.<sup>a</sup>, 31 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98091) limitación temporal a cuatro años; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.<sup>a</sup>, 9 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 110688) a tres años como plazo suficiente para lograr subsanar la pérdida de oportunidad laboral producida como consecuencia de la dedicación a la familia; de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.<sup>a</sup>, 5 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 120930) a un año; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 26 de abril de 2017 (*JUR* 2017, 210488) a 5 años teniendo en cuenta la edad de la esposa, la duración del matrimonio y la posibilidad de trabajar.

<sup>62</sup> Se fija la pensión con carácter indefinido, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2772) fijación con carácter vitalicio o indefinido. Circunstancias como la edad de la esposa, la duración del matrimonio, la exclusiva dedicación a la familia, el tiempo apartada del mundo laboral permiten concluir con criterios de prudencia y ponderación que, son razonablemente escasas las posibilidades reales de aquella de obtener en un plazo concreto un empleo que, le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente; 3 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4254) no procede la limitación temporal. La esposa tiene 48 años, sin profesión, oficio o titulación, ni experiencia laboral, y está dedicada a la atención de la familia y con hijo en fase de estudios a su cargo. Escasas posibilidades de reinserción laboral; 28 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5187) no procede la limitación temporal, pues, se fijó en convenio con carácter indefinido. Por lo que no puede establecerse en este caso un plazo para su extinción, si no concurren alteración de las circunstancias; 11 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2112) mujer de 56 años con 30 años de matrimonio dedicada en exclusiva a la familia y sin recursos económicos propios; 18 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2002); 24 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2290); 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 274) no procede la limitación temporal. Se trata de un matrimonio de 35 años de duración y dedicación de la esposa al cuidado de la familia casi en exclusiva. Esposa que percibe una ayuda familiar para desempleados; de 3 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 399) no procede la limitación temporal de la pensión compensatoria acordada en convenio de separación, ahora en divorcio, salvo modificación sustancial de las circunstancias, porque no se puede traer a colación lo que en su día no se previó, reprochando el demandado desidia en la búsqueda de empleo. Carece de sentido limitar temporalmente la pensión a los 57 años cuando no se contempló cuando tenía 44; 24 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 669) en atención a la edad de la recurrente 56 años al momento de presentar la demanda y que su matrimonio ha durado más de 30 años y haber sido ella quien de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia y los hijos habidos en el matrimonio y solo esporádicamente ha trabajado en el negocio familiar; único ingreso durante dos años de 425 euros mensuales como ayuda por ser víctima de violencia de género y con dificultad para acceder al mercado laboral; 2 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4215); 6 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4262); 13 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4738); y 18 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 99); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006, 7252); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 7 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 70415) no cabe limitación temporal, pues, el matrimonio ha durado veintiocho años, y, además, la edad, circunstancias personales y cualificación profesional limitada de la esposa lo exigen; y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 4.<sup>a</sup>, 13 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 130693).

<sup>63</sup> Señala LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Principios de Derecho Civil*, T. V Derecho de Familia, 6.<sup>a</sup> edición, Madrid: Marcial Pons, 160 que, en la práctica, ha ganado posiciones claramente la fijación de un tanto alzado, que parece comparecerse mejor con la presunta objetivización u objetivación de la pensión perseguida por la Ley 11, 1981).

<sup>64</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2003). *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, *op. cit.*, 165.

<sup>65</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4366); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 12 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 112778) matrimonio breve unido a la ausencia de hijos comunes; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 21 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 88826) duración escasa de la convivencia y ausencia de descendencia; y, de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, 30 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98466).

<sup>66</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4254) esposa de 48 años, sin profesión, oficio o titulación ni experiencia laboral. Ha estado dedicada a la atención de la familia y con hijos en fase de estudio a su cargo; 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3978) esposa de 53 años de edad sin cualificación profesional debido al cuidado del hogar e hijos durante 25 años sin otra prestación y, de 29 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3097) dada la edad de la demandante —50 años—, carece de formación académica o profesional y nunca trabajó, unido a la reconocida experiencia empresarial de quien fue su esposo, se declara que en la sentencia recurrida se ha fijado una prudente pensión compensable la cual, sin duda ha de ser indefinida, mientras no se modifique sustancialmente las circunstancias, dado que ahora no consta que la demandante pueda superar el desequilibrio económico. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 9 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 82319) la esposa tiene una incapacidad permanente total y escasas posibilidades de incorporarse al mundo laboral. Carece de bienes, atendiendo al cuidado del hogar y del hijo menor durante 16 años de duración del matrimonio. Asimismo, BELIO PASCUAL A.C. (2013). *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 190 a 197 que atiende como criterios para el otorgamiento de la pensión temporal a la edad, estado de salud, la cualificación profesional y las posibilidades de acceso al empleo, la dedicación pasada y futura a la familia y la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.

<sup>67</sup> ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 100 del Código Civil, *op. cit.*, 409-410.

<sup>68</sup> ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 99 del Código Civil, *op. cit.*, 408, señala que «se trata, pues, de un contrato a favor de tercero, en el que el beneficiario es el acreedor de la pensión y en que el tercero debe satisfacer la renta pactada al beneficiario. Esta posibilidad surge por el hecho de que el pago de la pensión no es personalísimo».

<sup>69</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4452) consideró procedente la acción rescisoria en fraude de acreedores ante la dación en pago de la pensión compensatoria, con la finalidad de que los acreedores del marido no pudieran realizar sus créditos. A la esposa, además de 29.000.000 de ptas, se le adjudica un piso, valorado en más de ochenta millones de pesetas y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas, lo que suma un valor muy superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretende evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 13 de septiembre de 1993 (*AC* 1993, 1972) se convino por acuerdo de las partes la sustitución de la pensión por la adjudicación de bienes del caudal ganancial.

<sup>70</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2009). Comentario al artículo 97 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 226; ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 99 del Código Civil, *op. cit.*, 408.

<sup>71</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2489) convenio entre las partes de una pensión «vitalicia», salvo nuevo matrimonio o convivencia marital; y, 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2657) pacto prematrimonial en previsión de crisis conyugal acordando una renta mensual vitalicia para la esposa. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 10 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 107933) aplicación de la doctrina de los actos propios. Cantidad que el actor consideraba proporcionada para compensar la situación de desequilibrio económico que la ruptura matrimonial se deriva en perjuicio de la esposa.

<sup>72</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 23 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 78105) esposa de 28 años, acabando sus estudios superiores y con evidente capacidad laboral; y, de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, 29 de abril de 2005

(*JUR* 2005, 113445) igualmente, considera que no procede la pensión por desequilibrio por la edad de la esposa y la realización de trabajo remunerado.

<sup>73</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 28 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 260373) ausencia de cualificación profesional y de desarrollo de trabajo alguno; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 30 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 30109) conocimiento por parte de la esposa del mundo laboral: trabajo realizado por cuenta ajena antes del matrimonio y en la actualidad realiza un trabajo por cuenta propia; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, 29 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 81119) irrelevancia de la existencia de trabajos eventuales al ser discontinuos y de duración breve; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 12 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 266591) escasa formación profesional y escasas expectativas laborales; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 128970) en atención a la edad de la esposa y la ausencia de cualificación profesional se concede la pensión compensatoria; de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.ª, 27 de febrero de 2006 (*AC* 2006, 606) hace referencia al acceso al mercado laboral prácticamente inviable; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 14 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 288605) ingresos de la esposa como consecuencia de haber estado trabajando constante matrimonio y hacerlo en la actualidad; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 5 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 40468) fácil incorporación de la esposa al mundo laboral con sus propios ingresos conforme a su cualificación profesional y propias aptitudes; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 12 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 302137) la percepción de una pensión por desempleo, presume en cierto modo su posibilidad para trabajar y poder alcanzar remuneración para sí misma; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, 10 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 311341) no procede la pensión por desequilibrio, pues, ambos esposos tienen fácil acceso al mercado laboral.

<sup>74</sup> *Vid.*, las sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, 8 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 3876) matrimonio mantenido casi 30 años con dedicación completa a la familia que impidió su acceso al campo laboral; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 19 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 270417) dedicación al cuidado y atención a la familia durante los años que duró el matrimonio con periodos cortos de actividad laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 12 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 114403) dedicación a su esposo y a sus cuatro hijos desde el año 1960 en que se casó; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 27 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 28210); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 18 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 7816) duración de 27 años del matrimonio durante el cual la esposa dejó de trabajar para atender a la familia, y altos ingresos del esposo como médico especialista; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 11 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 36186) dedicación exclusiva a la familia durante 30 años; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 25 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208456) esposa que durante 45 años estuvo dedicada a las tareas domésticas y cuidado de sus hijas, sin que en todo ese tiempo prestara trabajo alguno por cuenta ajena, sin que por su edad, setenta años, quepa considerar la probabilidad de acceso a un empleo.

<sup>75</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, 14 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 128887).

<sup>76</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 4 de mayo de 2000 (*JUR* 2000, 304635) matrimonio durante doce años, carencia de ingresos y de cualificación profesional, dedicación a los cuidados de la casa y de la familia; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 30 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 265532) duración de 29 años del matrimonio; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 15 de julio de 2002 (*JUR* 2003, 6124) convivencia conyugal durante 20 años dedicándose a atender el hogar, y carencia de específica cualificación profesional; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 5877) duración de la convivencia durante 22 años; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007, 312997) matrimonio con una duración de 26 años teniendo la esposa 51 años y habiéndose dedicado a las labores domésticas.

<sup>77</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 3) no procede la pensión compensatoria por encontrarse el marido en el momento

de la separación en situación de paro; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.<sup>a</sup>, 12 de junio de 2001 (*JUR* 2001, 259725); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 4.<sup>a</sup>, 21 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 116425); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 35632) se determina la cuantía de la pensión en función de las circunstancias concurrentes: duración del matrimonio, edad de los cónyuges, dedicación a la familia y caudal de los cónyuges; y, la falta de cualificación profesional.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.<sup>a</sup>, 24 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 211262) se utilizan como criterios la dificultad de la demandante para desempeñar una vida laboral normal, pues, está cuidando a su madre, que padece una grave enfermedad degenerativa.

<sup>78</sup> En este coincide mayoritariamente la doctrina, *vid.*, ROCA TRÍAS, E. (1991). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 405; GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario al artículo 97 del Código Civil, *op. cit.*, 127.

<sup>79</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012710435); 17 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3703); 20 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7823); 21 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1140); 12 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4583); y, 30 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4865); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 27 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 33645); de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 127303); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 11 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 186440); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.<sup>a</sup>, 23 de julio de 2015 (*JUR* 2016, 108097); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.<sup>a</sup>, 9 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 30125); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, 10 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 9836); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.<sup>a</sup>, 15 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 35765); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.<sup>a</sup>, 15 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 65218); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.<sup>a</sup>, 19 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 75623); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 99535); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.<sup>a</sup>, 30 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 98466); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 18 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 11932).

<sup>80</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2010 (LA LEY 1539, 2010), que, asimismo, precisa en su *Fundamento de Derecho sexto* que, para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrio y su situación anterior al matrimonio; 4 de noviembre de 2010 (LA LEY 231765); 14 de febrero de 2011 (LA LEY 216172011); y, 17 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 377). En la línea por la concepción subjetiva del desequilibrio CARRASCO PERERA, Á. (2006). *Derecho de Familia. Casos, reglas y argumentos*, Madrid: Dilex, 129. En contra, MORENO-TORRES HERRERA, M.<sup>a</sup> L. (2007). La pensión compensatoria, *op. cit.*, 155, quien estima que «la reforma llevada a cabo en 2005 es indicativa de que nuestro legislador está rechazando de plano la tesis que propugna integrar el concepto de desequilibrio del párrafo 1.º del artículo 97 con los hechos enumerados en el párrafo segundo. El derecho a la pensión corresponde al cónyuge que, tras la ruptura, carece de recursos para conservar el nivel de vida anterior, siempre que el otro sí pueda hacerlo, con independencia de que esa situación esté o no provocada por la convivencia matrimonial».

<sup>81</sup> CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Bosch, 171.

<sup>82</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de marzo de 2014 (LA LEY 56104, 2014) fija como doctrina jurisprudencial, a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria que, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justifica la modificación de la pensión; y, 1 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 925) la liquidación de gananciales y los rendimientos obtenidos de la gestión de los bienes adjudicados no constituye

alteración sustancial que la justifique; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 7 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 210333); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 1.ª, 13 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 237187); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, 16 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 121587); de la Audiencia Provincial de León, secc. 3.ª, 13 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005, 233124); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 2 de mayo de 2012 (LA LEY 101458, 2012) no se acredita la desaparición del desequilibrio económico que funda la pensión compensatoria cuya extinción se pretende, sino tan solo una serie de variaciones que llevan a reconsiderar la cuantía de la misma. Así únicamente se varía la cantidad a reintegrar por indebida, apreciando una percepción indebida de 100 euros al mes, que suponen una devolución de 2800 euros al llevar la demandada aproximadamente dos años trabajando, sin aplicación del IPC por no responder este concepto a una alteración sustancial; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 2.ª, 24 de septiembre de 2015 (*JUR* 2015, 284223) la mala situación que atraviesa el sector fresero por una caída de precios en el año 2013 en modo alguno puede ser tenido en cuenta para reducir la pensión compensatoria.

<sup>83</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); 24 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011, 437381) tiene lugar la liquidación de la sociedad conyugal de bienes entre la separación y el divorcio del matrimonio. La adjudicación de gananciales a la demandante por valor de cuatro millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna; 2 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 4281) fijación de la pensión en dos tramos sucesivos, reducción del segundo a partir de los cinco años en consideración a la posible venta futura del bien inmueble propiedad de la preceptora y la mejora de su liquidez. No procede la reducción por falta de un estudio de mercado del inmueble que justifique la operación de 5 años que se aventura y el hipotético enriquecimiento de la propietaria; y, 17 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2761) reducción de su importe en tanto se mantenga el deudor en situación de incapacidad laboral transitoria. Modificación con efectos desde la interposición de la demanda. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 16 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 239448); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 23 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 355414); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 22 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 194103) procede la disminución de la cuantía por jubilación y disminución de ingresos del marido e incremento de ingresos de la mujer al percibir una pensión no contributiva de jubilación; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 3 de febrero de 2015 (*JUR* 2015, 81349) disminución de la cuantía por alteración de las circunstancias. Hay una reducción de los ingresos del esposo derivados de su situación de pensionista y liquidación del negocio empresarial y aumento de los ingresos de la esposa en situación de pensionista también. Reducción de la cuantía a 300 euros mensuales durante seis meses y transcurrido dicho plazo, la pensión queda extinguida; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 8 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 211690) variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su momento respecto de la situación laboral de la esposa, al tener medios de vida propios y suficientes para atender a sus necesidades por haber estado de alta como autónomo y regentando un establecimiento de hostelería con continuidad y no de forma transitoria; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 22 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 234611) procede la disminución de la cuantía, pues, la beneficiaria cuenta con un plan de pensiones y jubilación, además de haber obtenido una compensación económica por razón del trabajo y expectativa de la mejora económica tras el cese del estado de indivisión de los bienes comunes. Reducción de la cuantía de la pensión de 1000 euros a 500 euros; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.ª, 16 de noviembre de 2015 (*AC* 2015, 1796) reducción a una cantidad un poco inferior al 50% de los ingresos del esposo; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 6.ª, 28 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 75689) la prueba practicada ha llevado a la conclusión de que el único sustancial cambio de las circunstancias que se ha producido, es el desempeño por la demandada de una actividad laboral. Esta posibilidad fue prevista expresamente en el convenio para excluir que pudiera afectar al devengo de la pensión compensatoria pactada por una duración de diez años, las partes en uso de la autonomía de la voluntad dispusieron la irrelevancia de ese cambio para el devengo de la pensión acordada.

DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley, 105, manifiesta al respecto que merece el calificativo de sustancial: «la alteración que provoque en

uno de los sujetos de la relación la imposibilidad de subvenir sus necesidades vitales»; y, precisa en otro lugar que «solo las alteraciones de fortuna que tengan lugar como consecuencia que una de las partes de la relación no puede cubrir sus necesidades vitales pueden ser consideradas como «sustanciales», de forma que actúen como causa para modificar una obligación que tiene su fundamento en un vínculo matrimonial inexistente o falto de alguno de sus elementos», 102.

<sup>84</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional, 17 de marzo de 1997 señala que «no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial en la fortuna de uno o del otro cónyuge (arts. 91 y 100 del Código Civil). Es ostensible, por tanto, que el replanteamiento de la cuestión con el mismo fundamento resultaría inviable. No puede pretenderse la modificación de las pensiones una y otra vez sin un cambio de situación, y, por tanto, ha de considerarse agotada en sí misma».

<sup>85</sup> LA LEY 12707, 2018.

<sup>86</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6697); y, 27 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1131).

<sup>87</sup> *RJ* 2016, 925.

<sup>88</sup> *RJ* 2017, 2663.

<sup>89</sup> Asimismo, *vid.*, el artículo 83.5 del Código Foral aragonés y, el artículo 233-19 del Código Civil catalán. En relación con la extinción de la pareja estable el artículo 234-12 de este último cuerpo legal dispone que: «*La prestación alimentaria en forma de pensión se extingue de acuerdo con las reglas del artículo 233-19*». Añade, el artículo 234-14 que: «*En caso de extinción de la pareja estable por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tiene, además de la compensación por razón del trabajo que eventualmente le corresponda de acuerdo con el artículo 232-5.5, los derechos viduales familiares reconocidos por los artículos 231-30 y 231-31*». Por su parte, el artículo 234-13 de tal Código señala que: «*Los derechos a la compensación por razón de trabajo y a la prestación alimentaria prescribe en el plazo de un año a contar de la extinción de la pareja estable y deben reclamarse, si procede, en el mismo procedimiento en que se determinan los demás efectos de la extinción de la pareja estable*».

<sup>90</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2009). Régimen común a la nulidad, la separación y el divorcio, *op. cit.*, 192; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, *op. cit.*, 162. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 251491) sostiene la imposibilidad de aplicar la pérdida del derecho al percibo de la pensión compensatoria como una especie de sanción por el hecho de no haber accedido a un empleo, salvo que se acredite una verdadera desidia o desinterés respecto del acceso al mercado laboral. En el presente caso, se trata de una esposa que abandonó su ocupación laboral para dedicarse a su familia y en particular al cuidado de uno de los hijos habidos del matrimonio que requería cuidados especiales; lo que unido al hecho que tiene actualmente unos cincuenta cinco años —circunstancia que evidentemente resta posibilidad de acceso al trabajo, salvo que se cuente con una especialización determinada— leva a considera que no procede la extinción de la pensión compensatoria y sí su mantenimiento en las condiciones que en su día fueron convenidas; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 157676) y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 153356) se extingue la pensión compensatoria, pues, la beneficiaria ha obtenido una plusvalía importante en su patrimonio por la venta de una vivienda que, le va a permitir disponer de un efectivo que debidamente repartido, supone la misma cantidad de la pensión durante 28 años. Ello implica una evidente mejora en su situación económica y ya no está justificado el percibo de la pensión al haber desaparecido el desequilibrio que motivó su establecimiento.

<sup>91</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.<sup>a</sup>, 9 de octubre de 2015 (*JUR* 2016, 12057).

<sup>92</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 358) cambio de circunstancias económicas respecto al convenio regulador de separación. La esposa ahora tienen una pensión no contributiva y mantiene un domicilio en propiedad. Pensión contributiva actual del esposo menor que su salario, pagando además un alquiler. Procede su supresión.

<sup>93</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 2011 (*JUR* 2011, 415008).

<sup>94</sup> *RJ* 2018, 468.

<sup>95</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 412061); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.<sup>a</sup>, 16 de febrero de 2011 (*JUR* 2011, 218120).

<sup>96</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 18 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 412061).

<sup>97</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.<sup>a</sup>, 10 de febrero de 2015 (*AC* 2015, 497).

<sup>98</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.<sup>a</sup>, 27 de mayo de 2005 (*JUR* 2005, 155239).

<sup>99</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.<sup>a</sup>, 26 de marzo de 2009 (*JUR* 2009, 232973).

<sup>100</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.<sup>a</sup>, 15 de marzo de 2004 (*JUR* 2004, 120631).

<sup>101</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona, 11 de enero de 2000 (*AC* 2000, 3022); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 3.<sup>a</sup>, 20 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 50615).

<sup>102</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.<sup>a</sup>, 8 de julio de 2011 (*JUR* 2011, 309447); y, de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.<sup>a</sup>, 23 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 36462).

<sup>103</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2010 (*JUR* 2011, 411648); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.<sup>a</sup>, 8 de enero de 2018 (*LA LEY* 3458, 2018) en la instancia se declaró extinguida la pensión compensatoria por haber contraído su beneficiaria nuevo matrimonio, sin que el fallecimiento del segundo marido de la demandada haga revivir el derecho a la pensión. El ex esposo demandante cuestiona la fecha de efectos de la declaración de extinción de la pensión compensatoria, y afirma al respecto la Audiencia Provincial que, al tratarse de una medida que queda fuera del control de oficio de los Tribunales, y regirse por el principio dispositivo de las partes, una vez que surge una causa extintiva del derecho a la pensión, corresponde exclusivamente a la iniciativa del obligado al pago el ejercicio de la oportuna acción para la declaración de extinción; de modo que, los efectos de esta declaración extintiva se dan a partir del momento en el que se declara judicialmente la extinción y no desde el momento en que acontece la causa extintiva, en el caso, desde que la demandada contrajo nuevo matrimonio. Los efectos de la extinción de la pensión se producen *ex nunc* —desde que son declarados— y no *ex tunc* como pretende el actor.

<sup>104</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 2040); 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5591) y, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2828). Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.<sup>a</sup>, 2 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 358970); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.<sup>a</sup>, 27 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011, 362702); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.<sup>a</sup>, 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 2308); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 1.<sup>a</sup>, 17 de noviembre de 2015 (*JUR* 2015, 298528); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.<sup>a</sup>, 31 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 242047) acreditación de la existencia de una unión extramatrimonial y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2018 (*LA LEY* 54196/2018) no se acredita que la beneficiaria tenga una relación sentimental comparable con una convivencia matrimonial. Es cierto que, de la prueba practicada se evidencia la existencia de una relación amistosa y de familiaridad entre la demandada y una persona del sexo contrario. Incluso los propios implicados reconocen llegar al ámbito sexual. Pese a ello, no se acredita que concurra en dicha relación los requisitos de permanencia, duración y estabilidad propios de un compromiso materializado en un proyecto de vida en común, que lo hiciera comparable con la convivencia matrimonial.

<sup>105</sup> *RJ* 2017, 896.

<sup>106</sup> *LA LEY* 20190, 2018.

<sup>107</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.<sup>a</sup>, 26 de octubre de 2010 (*LA LEY* 192368, 2010); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.<sup>a</sup>, 13 de abril de 2011 (*LA LEY* 65938, 2011).



<sup>108</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 159100, 2010); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 15 de octubre de 2010 (LA LEY 229506, 2010).

<sup>109</sup> *RJ* 2011, 6697.

<sup>110</sup> LA LEY 21266, 2014. En el mismo sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, 1 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 250991); de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.ª, 28 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 113631); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, 17 de junio de 2015 (*JUR* 2015, 249065).

<sup>111</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 7123); y, 23 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 1900). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, 13 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 118180); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 26 de octubre de 2016 (LA LEY 164409, 2016) dado el tiempo que ha transcurrido de 14 años desde que se dictó la sentencia de divorcio y que no ha tenido la más mínima intención de incorporarse al mercado laboral para procurarse una vida económica independiente, debe declararse extinguida la pensión una vez transcurrido un año desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

<sup>112</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 18 de enero de 2011 (*JUR* 2011, 119128).

<sup>113</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de febrero de 2018 (Id. Cendoj. 280791100120181100052).

<sup>114</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 5 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 183168).

<sup>115</sup> *RJ* 2018, 379.

<sup>116</sup> *RJ* 2015, 1170.

<sup>117</sup> *RJ* 2017, 880. También, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 673).

<sup>118</sup> *RJ* 2015, 5414.

<sup>119</sup> *JUR* 2016, 104094.

<sup>120</sup> *RJ* 2017, 1720.

<sup>121</sup> LA LEY 3973, 2018.

<sup>122</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Navarra. Aranzadi Thomson Reuters, 90 precisa que «si el preceptor se encuentra separado-divorciado, la dependencia económica —como criterio de percepción de la pensión de viudedad— es sustituida por un criterio objetivo consistente en la existencia de una pensión compensatoria a favor del cónyuge superviviente al tiempo de fallecimiento del cónyuge-ex cónyuge o de una indemnización, si el matrimonio ha sido declarado nulo».

<sup>123</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, secc. 1.ª, 5 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 2860); y, 10 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6454). Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, secc. 6.ª, 14 de julio de 2014 (AS 2014, 2561) denegación al cónyuge superviviente separada judicialmente por extinción de la pensión compensatoria antes de la fecha de fallecimiento del causante, así como por ineficacia de la posterior reconciliación, no comunicada al juzgado competente y al no poder ser considerada pareja de hecho, por incumplimiento de requisitos al efecto; del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Sala de lo Social, secc. 1.ª, 30 de septiembre de 2014 (AS 2015, 276) resulta beneficiaria de la pensión de viudedad la esposa separada judicialmente, habiéndose establecido una pensión alimenticia en convenio regulador, equiparable a la pensión compensatoria exigida normativamente; y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Social, secc. 1.ª, 12 de febrero de 2015 (AS 2015, 651) denegación de la pensión de viudedad al cónyuge separado judicialmente, por no ser beneficiaria de la pensión compensatoria, sin que tampoco pueda aplicarse la disposición transitoria decimoctava de la LGSS por haber transcurrido más de 10 años entre la separación y el fallecimiento del causante y sin que tenga eficacia alguna la reconciliación posterior a la separación, por no haber sido comunicada al Juzgado.

<sup>124</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, *op. cit.*, 91 y 105. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 21 de junio de

2017 (RJ 2017, 3296): El cónyuge divorciado que recibió la pensión compensatoria como pago único, no tiene derecho a la pensión de viudedad. Se discute si es o no pensión compensatoria el pago único que se hace en virtud de lo pactado en el convenio regulador del divorcio a los efectos de lucrar la pensión de viudedad. Más allá de *nomen* que a este tipo de pensión den las partes, debe estarse a la verdadera naturaleza de la misma, atendiendo a su finalidad, porque puede darse el caso de que una nominada pensión compensatoria sea en realidad una pensión de alimentos. En la medida en que la pensión de viudedad en caso de separación o divorcio no guarda relación alguna con el estado de necesidad del beneficiario, sino con la pérdida del montante económico que aquel viniera percibiendo en el momento y a causa del fallecimiento del causante, es por lo que la LGSS lo que tiene en cuenta es el vínculo económico preexistente, con independencia de cuál sea la situación económica del beneficiario. Siendo así, el reconocimiento de la pensión de viudedad exige determinar si el fallecimiento del causante pone fin al abono de una obligación asumida por este, con la finalidad de satisfacer lo que propiamente era una pensión compensatoria, o si por el contrario, el fallecimiento no ocasiona pérdida económica para el cónyuge superviviente. En el caso, probado que la solicitante de la pensión de viudedad, al tiempo del fallecimiento del causante, no tenía ninguna dependencia económica de él, no puede resultar beneficiaria de la pensión porque el fallecimiento no le ha ocasionado una pérdida económica, ni una minoración de los ingresos obtenidos a través de una pensión compensatoria que no era tal al haber liquidado los derechos económicos de su vínculo matrimonial a través de un único pago. Cuando la LGSS se remite a la pensión compensatoria y dispone que esta queda extinguida a la muerte del causante, debe entenderse que se está refiriendo a una pensión de pago periódico, y no a una prestación de pago único que se extingue con su pago antes de producirse el óbito del causante.

El Supremo estima el recurso y deniega la pensión de viudedad a la solicitante que recibió una pensión compensatoria en un pago único porque la muerte del causante no le ha supuesto una merma de ingresos que sea compensable a través del instituto de la pensión de viudedad.

<sup>125</sup> Para una evolución legislativa de la pensión de viudedad, *vid.*, UREÑA MARTÍNEZ, M. (2011). *Crisis matrimonial y pensión de viudedad*, *op. cit.*, 3-50.

<sup>126</sup> RJ 2014, 6454.

<sup>127</sup> JUR 2014, 259865.

<sup>128</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 23 de febrero de 2016 (LA LEY 15796, 2016) se fijó una pensión compensatoria vitalicia de 30 euros establecida con la «hipotética finalidad» de preservar una futura pensión de viudedad a la exesposa. Conforme a la legislación actual, tendría derecho a una pensión de viudedad en la cuantía de 30 euros.

<sup>129</sup> Para acceder a la condición de pensionistas de viudedad como víctimas de violencia de género no se exige necesariamente que deba haber una previa tipificación o calificación jurídica de que concurre tal condición. La LGSS flexibiliza su criterio y a efectos de lucrar la pensión permite acreditar que «eran víctimas». La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, 20 de enero de 2016 (LA LEY 1056, 2016) han aportado suficientes medios probatorios, para que de todo su conjunto, se deduzca que la recurrente venía siendo víctima de violencia de género o durante los años anteriores a su separación matrimonial e incluso, indirectamente, durante el propio proceso conducente a ella, debiendo por ello, reconocerse la pensión de viudedad solo por ostentar la condición de «víctima de violencia de género». Lo cierto es que la denuncia de malos tratos de un hijo mayor de edad pesa para conceder la pensión de viudedad a la madre víctima de violencia de género. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, 10 de mayo de 2016 (LA LEY 50255, 2016) se reconoce la pensión de viudedad a una víctima de violencia de género por el testimonio de su hija y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2018 (JUR 2018, 199385) reconoce una pensión vitalicia por viudedad de 692,76 euros mensuales a una mujer víctima de violencia de género en el momento del divorcio.

Para CERVILLA GARZÓN, M.ª J. (2017). *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete: Bomarzo, 75-82 «(...) el artículo 220.1 LGSS se aplica solo a las mujeres que sean acreedoras de la pensión compensatoria. A «sensu contrario», los hombres víctimas de violencia de género que no sean acreedores de dicha pensión no van

a poder ser beneficiarios de la pensión de viudedad, ni tampoco es aplicable a las parejas homosexuales masculinas». Lo que supone para la autora que, el concepto de violencia de género se ha constituido dogmáticamente sobre la tutela de la mujer. Respecto del elemento objetivo señala que «(...) el artículo 220.1 párrafo tercero de la LGSS se encuentra ubicado dentro de las particularidades previstas para la pensión, cuando se producen situaciones de crisis matrimonial». Y, finalmente, manifiesta que «el concepto de violencia de género del artículo 220.1 de la LGSS no se limita a los delitos penales. Por lo tanto, esta teoría podría ser trasladable en caso de concurrencia del delito, pero no si son otras acciones las que han posibilitado la apreciación de la situación de violencia». Además, entiende que «también hay que valorar el hecho que el artículo 220.1 de la LGSS no supone efecto ninguno para el agresor sobre el cual recae su posible o no imputabilidad. Todo su efecto se traslada hacia la víctima, que ha sufrido un daño, físico o psicológico, proveniente del que fue su pareja en un momento dado, fuese su situación mental en ese momento. Es decir, el hecho que no se pudiese apreciar una clara imputabilidad del agresor entendemos que, no puede formar parte del concepto de violencia de género a nuestros efectos, porque el daño está efectivamente hecho en un contexto de pareja, sea cual sea su origen».

<sup>130</sup> JUR 2016, 207111.

<sup>131</sup> LA LEY 213892, 2016.

<sup>132</sup> LA LEY 206447, 2015.

<sup>133</sup> LA LEY 100659, 2016.

<sup>134</sup> RJ 2017, 5957.

<sup>135</sup> LA LEY 40533, 2018.

<sup>136</sup> JUR 2017, 214015.

<sup>137</sup> LA LEY 195827, 2017.

<sup>138</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Constitucional (Pleno), 14 de febrero de 2013 (RTC 2013, 41) con voto particular formulado por el Magistrado D. Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

<sup>139</sup> DESDENTADO DAROCA, E. (2013). *La pensión de viudedad. Retos del Derecho de Familia y reflexiones sobre las últimas reformas*, Albacete: Bomarzo, 165-166 en relación a los requisitos exigidos en el párrafo cuarto del artículo 174.3 de la LGSS señala que son: «1. Relación de afectividad análoga a la conyugal; 2. Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio entre sus miembros; 3. Inexistencia de vínculo matrimonial con otra persona; 4. Convivencia estable, notoria, inmediata al fallecimiento y de duración no inferior a 5 años, acreditada mediante certificado de empadronamiento; y, 5. Acreditación de la existencia de la pareja de hecho por medio de la inscripción o documento público, anterior en dos años al fallecimiento».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 13 de marzo de 2018 (LA LEY 14563, 2018) señala que, la constitución formal de la pareja de hecho es una decisión que corresponde exclusivamente a sus miembros, pero si no la adoptan, no puede considerarse válidamente suplida por la advertencia del Notario autorizante de una escritura de constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda que comparten. La sola mención en la escritura sobre las consecuencias de la aplicabilidad de la Ley autonómica de parejas de hecho a la relación, no pasa de ser una mera observación de carácter genérico carente, por sí misma de eficacia alguna.

<sup>140</sup> LA LEY 613, 2018.

<sup>141</sup> RJ 2018, 515. Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2018 (LA LEY 64433/2018) confirma la denegación de la pensión de viudedad por no llegar a contraer matrimonio porque se suspendió la ceremonia por mostrar el causante de la prestación síntomas de incapacidad para prestar adecuadamente el consentimiento. El informe del médico forense deja constancia de un deterioro cognitivo importante que motiva la denegación posterior de la autorización matrimonial. Si el fallecimiento de uno de los futuros contrayentes no convalida la previa intención de contraer matrimonio, la incapacidad sobrevenida tiene el mismo efecto. Tampoco puede estimarse la pretensión de reconocimiento de la pensión de viudedad por vía de pareja de hecho porque no se ha logrado la constatación a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado del compromiso de convivencia entre los miembros de la pareja de hecho.

### 1.3. Derechos reales

## El tiempo inmemorial: análisis crítico de su noción y aplicabilidad en el Derecho civil y administrativo según la legislación y jurisprudencia contemporáneas

### *Time immemorial: a critical analysis of the concept and its applicability in civil and administrative law under contemporary legislation and case-law*

por

BEATRIZ BADORREY MARTÍN

*Profesora Titular de Historia del Derecho UNED (Doctora en Derecho e Historia)  
Directora del Centro Asociado a la UNED de Mérida*

**RESUMEN:** La noción de «tiempo inmemorial» es invocada, frecuentemente, por la legislación y jurisprudencia actuales. Al tratarse, en principio, de un concepto jurídico indeterminado, su aplicabilidad puede incrementar el número de trámites y reducir, con ello, la eficacia procedimental donde pueda ser invocado. A mayor abundamiento, puede aparejar cierta inseguridad y falta de certeza jurídicas. Para evitar estos inconvenientes, en algunos supuestos ha sido objeto de regulación. La concreción de plazos se ha materializado atendiendo a criterios diversos y con resultados, en ocasiones, contrapuestos a la finalidad perseguida. Por ello, la revisión de sus antecedentes contribuirá al esclarecimiento de su contenido y significado, y de este modo, a encuadrarlo en la normativa y la doctrina contemporánea.

**ABSTRACT:** *The concept of time immemorial is frequently invoked in present-day legislation and case-law. Being in principle an indefinite legal concept, its application may increase the length of proceedings and reduce their effectiveness as a result of its invocation. Moreover, the very notion of time immemorial may cause insecurity and a lack of legal certainty. In order to avoid these drawbacks, it has been regulated in some cases. Terms and deadlines have been fixed according to various criteria, with results sometimes at odds with the intended purpose. A review of the precedents will contribute to clarify the meaning and content of the concept of time immemorial, thus placing it in the context of contemporary law and jurisprudence.*

**PALABRAS CLAVES:** Tiempo inmemorial. Prescripción adquisitiva. Concepto jurídico indeterminado. Mayorazgo. Festejos taurinos populares.

*KEY WORDS: Time immemorial. Acquisitive prescription. Entailed estate (mayorazgo). Popular bullfighting festivals.*

**SUMARIO:** I. LA PRUEBA PERICIAL PRIVADA Y LAS SSTs DE 9 DE ABRIL DE 2008 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1986: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE BIENES COMUNALES: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS INSTITUCIONALES: 1. PRELIMINARES: EL NECESARIO ANÁLISIS DE LA HISTORIA DEL DERECHO. 2. TRIBUNAL SUPREMO: LÍNEA DIVISORIA Y DESLINDES HISTÓRICOS DE AYUNTAMIENTOS. 3. DOMINIO DE BIENES DE APROVECHAMIENTO VECINAL COMÚN: IMPOSIBILIDAD DE SU ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN O *USUCAPIO*. 4. LA NOCIÓN DEL TIEMPO INMEMORIAL: MERO JUICIO HUMANO.—II. EL VALOR JURÍDICO DEL TIEMPO: FUNDAMENTOS: 1. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO Y LA CRONOLOGÍA. 2. TEMPORALIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL: EL ÁMBITO DE LAS SERVIDUMBRES. 3. LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO: POSESIÓN INMEMORIAL Y POSESIÓN CENTENARIA.—III. EL CONCEPTO ACTUAL DE TIEMPO INMEMORIAL: 1. EL CONCEPTO DE TIEMPO INMEMORIAL EN EL ÁMBITO CIVIL: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS Y JURISPRUDENCIA ACTUAL. 2. APLICABILIDAD EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS. EL TIEMPO INMEMORIAL EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS. 3. EL CONCEPTO DE TIEMPO INMEMORIAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO: REGULARIZACIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CONSTATAción PÚBLICA DE UNA REALIDAD CON EFECTOS JURÍDICOS. 4. APRECIACIONES RECAPITULARIAS Y SU APLICABILIDAD EN LA CONCRECIÓN DE INMEMORIALIDAD EN LOS REGLAMENTOS DE FESTEJOS TAURINOS POPULARES: STSUP DE CASTILLA-LEÓN, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2016.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

I. LA PRUEBA PERICIAL PRIVADA Y LAS SSTs DE 9 DE ABRIL DE 2008 Y DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1986: IMPRESCRIPTIBILIDAD DE BIENES COMUNALES: LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS INSTITUCIONALES

1. PRELIMINARES: EL NECESARIO ANÁLISIS DE LA HISTORIA DEL DERECHO

A mediados del siglo pasado Alfonso GARCÍA-GALLO denunció las consecuencias de la dramática pérdida de interés de la Historia del Derecho para el jurista dogmático, y el paralelo incremento de su valor para el historiador. Como afirmaba el insigne maestro, la época de la codificación supuso que la disciplina perdiera su utilidad práctica para los operadores jurídicos. Parecía innecesario su análisis para manejar, con la debida precisión, el origen de las fuentes o la naturaleza de las instituciones que hundían sus raíces en el pasado, ni para defender la esencia de estas. Esta pérdida del nexo con el ordenamiento actual o su estudio de lo que fue, ni siquiera servía al jurista para explicar históricamente el Derecho que él vivía y trataba de comprender<sup>1</sup>. Sin embargo, como bien decía, aún perviven multitud de conceptos, principios y normas jurídicas que mantienen incólume su vigencia. En su virtud, el estudioso del derecho debe evidenciar cómo se ha formado y desarrollado el derecho actual, sus instituciones y conceptos, sea para constatar su naturaleza o para contrastar si perviven los elementos esenciales de cada figura. No en vano, concluye, «en Derecho acaso en mayor proporción que en otros órdenes de la actividad humana, lo pasado y lo presente son en buena parte una misma cosa»<sup>2</sup>.

Dos décadas más tarde, Jesús LALINDE, comparando la Historia del Derecho con otras historias especiales, como las del Arte, la Literatura o la Medicina, afirmaba que estas no son, ciertamente, Arte, Literatura o Medicina. Sin embargo, no ocurría lo mismo con otras disciplinas como la Historia de la Filosofía que, para algunos autores es ya Filosofía, pues hay sistemas que la adoptan como base. A su juicio, el caso del Derecho era muy similar, pues hay sistemas jurídicos que adoptan la historia como elemento esencial, hasta tal punto que, como sucede con el Foral, su justificación ideológica reside en su historicidad. Así pues, apuntaba: «La Historia del Derecho llega incluso a ser Derecho en algunos sistemas y, por descontado, forma parte de la Ciencia del Derecho. El jurista no la estudia por mero pasatiempo erudito, sino que la necesita para su labor interpretativa, la invoca frecuentemente en la práctica, y hasta no es raro que gane pleitos con ella»<sup>3</sup>.

## 2. TRIBUNAL SUPREMO: LÍNEA DIVISORIA Y DESLINDES HISTÓRICOS DE AYUNTAMIENTOS

Esta última idea ha sido ratificada por algunos autores contemporáneos como Margarita SERNA para quien la Historia del Derecho, además de ser útil para que puedan prosperar favorablemente pleitos, resulta necesaria para resolver determinados conflictos jurídicos, con independencia del resultado final de la controversia<sup>4</sup>. Como evidencia de lo anterior, la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo, sección tercera, donde a la vista de la documentación histórica, se estableció que la línea divisoria entre el pueblo de Agüera, perteneciente al ayuntamiento de Guriezo, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, y el Ayuntamiento de Trucíos, en la Comunidad Autónoma del País Vasco, debía coincidir con los deslindes históricos.

Para la anterior resolución citada, resultó fundamental el dictamen elaborado por el profesor Juan BARÓ, en defensa de los límites históricos de Cantabria. El dictamen atendió y se fundó en un exhaustivo análisis de la documentación histórico-jurídica, toda vez que el conflicto tenía su origen en el momento exacto del nacimiento de los núcleos de población que quisieron afirmar el espacio territorial sobre el que las autoridades ejercían sus atribuciones jurisdiccionales. Por ello, para BARÓ la clave de su resolución estaba en la historia, «y de modo más particular en la disciplina de Historia del Derecho, que como tal proporciona los medios que facilitan la interpretación jurídica de los textos y documentos que se conservan en los archivos»<sup>5</sup>.

En el supuesto controvertido, el conflicto entre los vecinos de Agüera y de Trucíos se remontaba a la disolución de una comunidad de bienes sobre los montes de Agüera, que disfrutaban los cinco concejos de la villa de Sámano y el de Trucíos de las Encartaciones de Vizcaya. Y es que el concepto jurídico de los bienes de aprovechamiento común —ejidos, dehesas, baldíos y montes— ha estado y está estrechamente vinculado a su tradición normativa. Regulados ya en algunas fuentes medievales<sup>6</sup>, para Luis Antonio BLANCO, su característica fundamental es el disfrute gratuito y exclusivo por los vecinos, tal y como ha sido su intelección por parte de nuestra legislación histórica<sup>7</sup>. Esa noción histórico-legal de bien comunal es la que ha marcado su especial configuración jurídica, pues el aprovechamiento común es distinto del aprovechamiento fiscal y del uso y servicio público<sup>8</sup>.

3. DOMINIO DE BIENES DE APROVECHAMIENTO VECINAL COMÚN: IMPOSIBILIDAD DE SU ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN O USUCAPIO

En este sentido, jurisprudencia y doctrina han sido unánimes al afirmar la imposibilidad de adquirir por prescripción o usucapión el dominio de bienes de aprovechamiento vecinal común, al menos, mientras mantuvieran dicho carácter. En su virtud, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 1986, declaró que los bienes comunales siempre fueron imprescriptibles, en idéntico sentido a los pronunciamientos del Alto Tribunal a finales del siglo XIX y principios del XX en aplicación de la Ley 7, del Título XXIX, de la Partida III, que consagraba que las cosas pertenecientes al común de los vecinos no eran por sí capaces de prescripción adquisitiva<sup>9</sup>. Y la misma tradición se observa en la equiparación de los bienes comunales a los de dominio público, que realizó el artículo 132, 1 de la Constitución pues, en opinión de Luis Antonio BLANCO, «no supuso otra cosa que reafirmar expresamente unas características que, desde las Leyes del Rey Sabio, han sido ya proclamadas por la doctrina, la jurisprudencia y también —en cierta medida— por la normativa de régimen local»<sup>10</sup>.

La noción y configuración histórico-jurídica de los bienes comunales sufrió una brusca alteración en el siglo XIX, como consecuencia de la legislación de cerramiento de fincas, dictada en las Cortes de Cádiz, y de las leyes desamortizadoras. Ello supuso la mutación de su titularidad originaria, que pasó de la comunidad vecinal a las nuevas municipalidades creadas en las primeras décadas de esa centuria, constituyéndose los nuevos ayuntamientos en personas jurídicas dueñas de todos los bienes del municipio, incluidos los comunales, que quedaron como bienes de aprovechamiento vecinal común. Si bien, pervivieron determinadas modalidades de propiedades vecinales en régimen de comunidad de pastos y, sobre todo, el supuesto de los montes vecinales en mano común, cuya titularidad vecinal se ha mantenido en Galicia. Por lo que respecta a la naturaleza de aquellos aprovechamientos vecinales comunes, la doctrina los ha considerado como un típico ejemplo de servidumbre personal de ejercicio discontinuo, constituida en pro de la comunidad de vecinos y que recae sobre uno o varios predios ajenos a la propiedad de la correspondiente entidad local<sup>11</sup>.

Los ejemplos anteriores corroboran la certeza del planteamiento con el que comenzábamos este epígrafe: en el mundo del derecho la tradición jurídica, a menudo, sigue formando parte del presente. No olvidemos, como señaló GARCÍA GALLO, que «el Derecho —prescindiendo de las normas de excepción— tiene como uno de sus rasgos característicos el de su propia persistencia; aspira a regir indefinidamente y a ser aplicado de la misma manera en todos los casos». En consecuencia, como subrayó el citado autor, es tarea del historiador del derecho estudiar y mostrar tanto la variabilidad como la persistencia del ordenamiento jurídico positivo<sup>12</sup>. En definitiva, es importante para el jurista analizar y manejar con precisión el nexo entre el derecho histórico y el vigente.

4. LA NOCIÓN DEL TIEMPO INMEMORIAL: MERO JUICIO HUMANO

Un concepto legal, frecuentemente invocado en la legislación y en la jurisprudencia actual, que mantiene una estrecha conexión con su pasado histórico es el de «tiempo inmemorial». En principio, más que un concepto jurídico, se trataría de un mero juicio humano que enunciaría un plazo con un origen tan antiguo que se pierde en la memoria y, por ello, caracterizado por la indeterminación.

Ahora bien, en ocasiones ese juicio se convierte en un mecanismo jurídico formal de prueba, esto es, en un concepto legal íntimamente vinculado a algunas instituciones como la prescripción. En tales casos la indeterminación inicial precisaría una concreción singular. Y así se ha hecho. No obstante, la determinación del plazo inmemorial, tanto en el ámbito civil como en el administrativo, se ha realizado bajo criterios muy dispares, provocando cierta inseguridad y falta de certeza jurídica. Una revisión histórica de la institución puede ayudarnos a esclarecer su contenido y significado.

## II. EL VALOR JURÍDICO DEL TIEMPO: FUNDAMENTOS

### 1. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO Y LA CRONOLOGÍA

Las primeras referencias al valor jurídico del tiempo las encontramos en el derecho romano, asociadas a la costumbre. El *Corpus Iuris* contemplaba una *consuetudo* que podía ser *diuturna*, *antiqua*, *vetusta*, *longa*, *perpetua*, *inveterata*, etc. Si bien, esas calificaciones temporales jamás se calculaban en días, meses o años, sino que remitían a distintas formas de calibrar el tiempo. Así, *longa* hacía referencia a un tiempo medido en distancia, *vetusta* aludía a un tiempo expresado en relación con la antigüedad, y *perpetua* indicaba la continuidad del movimiento en el tiempo. Además, siguiendo la tradición helénica, el elemento que otorgaba validez a la costumbre era el consentimiento de todos —*tacito consensu omnium*—, no el mero transcurso del tiempo<sup>13</sup>.

Esta concepción del tiempo se modificó con el advenimiento del cristianismo. El nacimiento de Cristo se impuso como articulación fundamental de la historia del mundo. Se trataba de un hecho clave que iba a suponer el inicio de una nueva era. La creciente preocupación por la periodificación hizo que en la Edad Media la cronología se convirtiera en un arma de la historiografía, marcada por la obsesión de datar, de medir el tiempo<sup>14</sup>. Este cambio afectó muy directamente al mundo del derecho. Por lo que respecta a la costumbre, el concepto resultaba equívoco para los juristas medievales por varios motivos, pero muy especialmente porque el criterio temporal era impreciso, ya que no se establecía la cantidad de años necesarios para que una costumbre fuera introducida. Frente a esa imprecisión romana los glosadores se esforzaron por desarrollar firmes reglas de plazos. Resultaba imperioso establecer los límites de la *consuetudo*, por lo cual «la instauración de una temporalidad clara para la misma —concluye Paola MICELI— pasó a ser una preocupación central entre romanistas y canonistas»<sup>15</sup>.

### 2. TEMPORALIDAD Y PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL: EL ÁMBITO DE LAS SERVIDUMBRES

En el ámbito civil, para clasificar la temporalidad de la costumbre los juristas medievales recurrieron a la prescripción, por ser la única figura jurídica que en el derecho postclásico regulaba, con plazos precisos, la adquisición del dominio tanto sobre inmuebles como sobre bienes incorpóreos<sup>16</sup>. Recordemos que Justiniano extendió la *longi temporis praescriptio* —institución surgida en provincias como medio de protección de la posesión que atribuía la facultad a quien poseía de manera continuada por largo tiempo, esto es diez años entre presentes y veinte entre ausentes, de oponerse a la *vindicatio* del propietario—, a la adquisición de cosas incorpóreas tales como el usufructo o ciertas servidumbres. Es más en



estos casos, cabía también una prescripción inmemorial o *longissimmi temporis praescriptio* de treinta o cuarenta años para la adquisición de las servidumbres que tenían causa discontinua, tal y como se desprende de una Constitución de Constantino (*Codex* 7, 39, 8,1)<sup>17</sup>. La Glosa admitió esos mismos plazos y, en base a ellos, se estableció una tabla de equivalencias que consideró *longa* a la costumbre que estaba vigente diez o veinte años, *longuissima* a la de treinta o cuarenta años, *longeva* a la de cuarenta años, y *vetusta* a aquella cuyo origen se perdía en la memoria, considerada por algunos como inmemorial<sup>18</sup>.

En el derecho civil castellano la prescripción inmemorial también se aplicó a las servidumbres no aparentes o discontinuas. Ciertos criterios establecidos por el derecho postclásico y por los glosadores se plasmaron en *Las Siete Partidas* de Alfonso X, al regular la servidumbre en la ley 15, del título XXXI, de la Partida 3.<sup>a</sup> intitulada: «*En que manera se gana la servidumbre por uso de luengo tiempo*». En primer lugar, se refiere a las servidumbres continuas, estableciendo los plazos ya vistos «diez años, estando su dueño en la tierra et non contradiciendo, o veinte seyendo fuera de ella, siempre que lo hiciera de buena fe, et non por fuerza ni hurto ni ruego hecho al dueño». Y a continuación señala las servidumbre discontinuas, «como senda, o carrera, o via, que hoviese en heredad de su vezino: o en agua que veniese una vez en la semana, o en el mes, o en el año, e non cada día». En estos casos la prescripción solo se ganaría por el transcurso de la inmemorial «tales seruidumbres como estas, et otras semejantes dellas non se podrían ganar por el tiempo sobredicho, ante dezimos, que quie las quisiere hauer por esta razón ha menester que hayan usado dellas, ellos, o aquellos de quien las houieron tanto tiempo que non se puedan acordar los homes quanto ha que lo començaron á usar».

En su glosa, Gregorio LÓPEZ apunta que al precisar las circunstancias que deben concurrir para declarar no haber memoria de hombres de cuando un hecho se verificó o un derecho comenzó a ejercerse, muchos y autorizados doctores «pretenden que con haber transcurrido cien años, se dice ser de tiempo inmemorial». Sin embargo, él entiende que ese plazo debe admitirse con alguna limitación, y siempre a falta de memoria contraria, esto es que nadie recuerde las personas que vieron y oyeron a los que decían haber presenciado lo contrario. Por consiguiente, no debe haber testigos que depongan de oídas, a otros presenciales, sobre cuando tuvo principio el hecho cuya antigüedad se pretende probar. Este, en su opinión, sería el sentido de la citada ley al señalar «de que non se puedan acordar los omes»<sup>19</sup>.

En todo caso, para Paola MICELI lo que se determina en *Las Partidas*, retomando la tradición boloñesa, «es un plazo para que el tiempo cree derecho»<sup>20</sup>. Y esa idea de atribuir efectos jurídicos al paso del tiempo se reitera en la legislación posterior. Por ejemplo, en las Leyes de Toro, al regular la acreditación del mayorazgo —ley 41—, se establece que puede probarse mediante «escritura de la institución del [o] con la escritura de la licencia del Rey que la dio»; y, a falta de las mismas, también se puede justificar por testigos que depongan «en la forma quel derecho quiere del tenor de las dichas escrituras, e asy mismo por costumbre inmemorial provada con las qualidades, que concluyan los pasados aver tenido y poseydo aquellos bienes por mayorazgo». Añade que tales testigos debían ser de buena fama y afirmar «que lo vieron ellos pasar por tiempo de quarenta años: y que lo oyeron decir á sus mayores, y ancianos que ellos siempre así lo vieran y oyeran: y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario; y que dello es publica voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra».

La doctrina subrayó algunos aspectos de esta institución. El maestro Antonio GÓMEZ señaló, en su glosa, que de esta ley se deduce que la escritura no es la

esencia del mayorazgo, sino que solo sirve a efecto de prueba con el mismo valor que otros actos a efectos de verificación. Respecto al tiempo de la costumbre apunta: «Y aunque regularmente toda costumbre se induzca por diez años, sin distinción de ausentes ó presentes pues el pueblo siempre lo está; no obstante la respectiva á acreditar mayorazgo se ha de hacer vér en la forma que queda explicada»<sup>21</sup>.

Por su parte, Juan ÁLVAREZ POSADILLA, refiriéndose al contenido de la deposición testifical, señala: «Se supone que los testigos han ser de buena opinión y fama, deben deponer de que ellos por sí lo han visto por espacio de cuarenta años, y ademas de que así lo oyeron á sus mayores y ancianos, que es pública voz y fama, y que nunca vieron ni oyeron lo contrario; y sin estas circunstancias las deposiciones, aunque de hombres fidedignos, no son bastante prueba de mayorazgo»<sup>22</sup>.

LLAMAS Y MOLINA afirma que la prueba de costumbre inmemorial para hacer constar la fundación del mayorazgo debería denominarse, con más propiedad, prescripción. Aclara que por aquella se adquiere un derecho en común para todos los individuos que componen un pueblo, por lo cual tanto el que adquiere el derecho por costumbre como el que lo pierde, no puede ser un persona cierta y determinada. Por el contrario, en la prescripción es el particular y no la universalidad quien adquiere para sí, «de que nace y resulta un derecho privado entre el que prescribe y aquel contra quien prescribe, cuando la costumbre á diferencia de la prescripción constituye un derecho público, respeto de todos aquellos que tienen interés en la materia en que se versa»<sup>23</sup>. Respecto a las cualidades con que debe probarse la costumbre o prescripción inmemorial, reducidas a las que han de concurrir en las personas de los testigos, reitera la necesidad de acreditar en debida forma su buena fama y haber cumplido cincuenta años. En cuanto a sus deposiciones, en primer lugar deben declarar que vieron lo que se articula por espacio de cuarenta años, anteriores a la introducción de la demanda, y sin prueba en contrario. Esto es, deben declarar «que lo mismo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que estos así lo vieron por el tiempo de sus vidas, y también oyeron decir lo mismo á sus mayores, debiendo expresar los testigos los nombres de aquellos á quienes lo oyeron, y que afirmen igualmente que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario de lo que articulan, y que todo lo dicho es pública voz y fama y opinión común entre los vecinos»<sup>24</sup>.

La legislación posterior mantiene idénticos requisitos sobre prescripción inmemorial. Así, la ley 4, del título 8, del Libro 11 de la Novísima Recopilación, al tratar la prescripción de las jurisdicciones de villas y lugares, ordena expresamente que la posesión inmemorial se pruebe según, cómo y con las calidades establecidas en las Leyes de Toro. Y la ley 7 del mismo título, al tratar la posesión inmemorial con que adquieren los señores de los pueblos los derechos que exigen de sus vecinos, dispone expresamente que se haya de acreditar con las calidades y circunstancias que por derecho y leyes de estos reinos se requieren. Para LLAMAS Y MOLINA, como esta norma es de fecha posterior a las Leyes de Toro, pues fue promulgada por Carlos I, es evidente que el monarca se refirió a ella en su disposición. Y por esa misma ley 7 se declaró la ley 2, del título 1, del Libro VI de la Novísima que, tratando el mismo asunto de señores y vasallos, establece que les sea guardado el uso y la costumbre que hubiere en razón de exigir o pagar derechos de tanto tiempo acá que no haya memoria en contrario, sin expresar el modo y circunstancias con que se había de probar esa inmemorial<sup>25</sup>.

### 3. LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO: POSESIÓN INMEMORIAL Y POSESIÓN CENTENARIA

En el ámbito administrativo la prescripción inmemorial aparece vinculada a los derechos imprescriptibles y la concreción de plazos es diferente. Las Partidas declararon imprescriptibles algunos bienes eclesiásticos como cosas sagradas, santas o religiosas; también ciertas rentas y derechos pertenecientes al rey como tributos, pechos o rentas (Partida 3, 29, 6); y los ya citados bienes de aprovechamiento comunal como plazas, calles, caminos, dehesas, ejidos y otros semejantes (Partida, 3, 29, 7).

En aquellos supuestos la posesión *inmemorial* devino en posesión *centenaria*. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, esta interpretación pudo deberse a influencias canónicas. La racionalización escolástica afirmó que la memoria humana sobre la tierra no se conservaba más allá de tres generaciones; y, al fijarse en treinta y tres años el promedio de una generación —quizá atendiendo al paradigma de la edad de Cristo, tan característico de esta escuela—, la posesión inmemorial devino en centenaria.

Con ello, observa el citado autor, cambió su significado y prosiguió su sentido como simple revelación de prueba si bien, «a través de su limitación temporal su virtualidad va a ser en esencia distinta, por lo mismo que va a prevalecer directamente contra títulos contradictorios, en cuanto sean anteriores a los cien años a que la posesión se circunscribe. El juego es sencillo: consiste en presumir que quien ha poseído cien años lo ha hecho en virtud de título legítimo, de cuya exhibición se le dispensa»<sup>26</sup>. Así definida la institución, su campo de aplicación resultaba el de los derechos imprescriptibles, pues los prescriptibles podían ganarse por tiempos menores de cien años. Además, la imprescriptibilidad es siempre una garantía de permanencia de una cosa o un derecho respecto de una situación principal a cuyo servicio están ordenados, y ese carácter excepcional precisa un título formal que ordinariamente se contiene en un privilegio. Pero en épocas primitivas, carentes de registros oficiales, la ausencia de tales títulos se suplía con la institución de la prescripción inmemorial. En la actualidad, los privilegios constan en las colecciones legislativas o en los registros especiales, y los títulos particulares sobre las cosas en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, en caso de pérdida, destrucción, sustracción, etc., la institución mantiene su naturaleza de origen de relevación de prueba, pues se presume que la situación privilegiada no hubiera podido iniciarse ni mantenerse por tan largo tiempo si el título formal necesario no hubiera existido<sup>27</sup>.

## III. EL CONCEPTO ACTUAL DE TIEMPO INMEMORIAL

Llegamos así a la actualidad de nuestro derecho positivo y a la jurisprudencia contemporánea, donde se sigue invocando el concepto de tiempo inmemorial, tanto en el ámbito civil como en el administrativo.

### 1. EL CONCEPTO DE TIEMPO INMEMORIAL EN EL ÁMBITO CIVIL: ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS Y JURISPRUDENCIA ACTUAL

En la normativa civil actual se alude, con frecuencia, al concepto de tiempo inmemorial. A menudo en un sentido general, esto es, como plazo tan antiguo que

se pierde en la memoria de los hombres. Así, la Ley 3/1993, de 16 de abril, de las Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia, establece en su artículo 1: «Los arrendamientos rústicos históricos, constituidos desde tiempos inmemoriales y regidos por la costumbre como institución propia del Derecho civil gallego, se someterán a lo dispuesto en la presente Ley.

Asimismo, esta Ley será de aplicación a las aparcerías históricas, es decir, las constituidas con anterioridad a agosto de 1942, siempre que no se haya modificado desde aquella fecha la participación correspondiente a cada una de las partes».

Idéntica indeterminación se observa en la jurisprudencia a la hora de demostrar el título de dominio que da lugar a la propiedad vecinal de montes en mano común. En tales casos basta con probar el aprovechamiento consuetudinario del monte «desde tiempo inmemorial» por el común de los vecinos, sin precisar en qué consiste la inmemorialidad. Así, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 14 de octubre de 2013, tras el examen de la prueba documental, testifical y pericial de la instancia, ratificó «que es y debe considerarse acreditado el aprovechamiento consuetudinario del Monte Toxoso desde tiempo inmemorial por el común de los vecinos de Simón da Costa en régimen de comunidad germánica, elementos que configuran el título de dominio que da lugar a la propiedad vecinal de mano común»<sup>28</sup>.

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, declara en su artículo 64: «Son montes abertales, de voces, de varas o de fabeo los conservados pro indiviso en los cuales sus copropietarios, sin perjuicio de realizar en común aprovechamientos secundarios, tenían o mantienen la costumbre de reunirse para repartirse entre sí porciones determinadas de monte o sernas para el aprovechamiento privativo de las mismas, asignaciones que se hacen en tantos lotes como partícipes principales vienen determinados por los títulos o uso inmemorial, y en los cuales su adjudicación se decide por la suerte, también sin perjuicio de la subdivisión de las sernas así asignadas conforme a las adquisiciones hereditarias o contractuales. En su caso, la división de dichas tierras y la consiguiente extinción de la copropiedad se harán con arreglo a la costumbre, y no existiendo esta se harán con arreglo a la presunción de igualdad de cuotas referida en el párrafo segundo del artículo 393 del Código Civil»; como también advierte previamente en materia de la comunidad de aguas, en el artículo 66: «1. Las aguas de torna a torna o pilla pillota se aprovecharán según la costumbre o conforme al acuerdo unánime de los usuarios o partícipes, y, a petición de cualquiera de ellos, se partirán por horas, días o semanas, en proporción a la extensión que se viniera regando, sin que pueda darse a las aguas un uso distinto de aquel para el cual fueron prorrateadas. 2. Los aprovechamientos existentes se presumen inmemoriales y por acta notarial de presencia podrán ser inscritos en el Registro de la Propiedad con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria»<sup>29</sup>.

En otras ocasiones, el concepto de tiempo inmemorial tiene un sentido mucho más preciso y determinado. Por ejemplo, cuando lo encontramos vinculado a la tradición histórica de la prescripción de servidumbres discontinuas. Es verdad que en el siglo XIX la regulación de esta institución sufrió una brusca mutación al establecerse en el Código Civil español, siguiendo al Proyecto de 1851, que «las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por virtud de título, o por prescripción de veinte años» (art. 537), mientras que «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, solo podrán adquirirse en virtud de título» (art. 539)<sup>30</sup>. Como apunta Diego ESPÍN, la doctrina española, en su mayoría, interpretó estos textos entendiendo que para las servidumbres continuas y aparentes suponía el establecimiento de un plazo especial de pres-

cripción, que excluía la tradicional posibilidad de su usucapión por virtud del plazo de diez años, con justo título y buena fe; y para las discontinuas y continuas no aparentes, quedaba derogada la prescripción inmemorial, tal y como estaba regulada en la legislación de las Siete Partidas. Igualmente, la jurisprudencia afirmó que, en virtud del artículo 539 del nuevo Código Civil, no era posible, en adelante, ganar por usucapión las servidumbres discontinuas, como las de paso, sin perjuicio de las que ya estuviesen constituidas antes de la vigencia del citado texto. En tales casos, es decir cuando una servidumbre de paso se venía disfrutando por tiempo inmemorial, la jurisprudencia reconocía su existencia legal. Tal y como ratificó el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de febrero de 1963, alegando que dicha servidumbre se regía «por la ley de Partidas que regula su adquisición por el transcurso de tiempo inmemorial»<sup>31</sup>.

Así lo sigue contemplando la jurisprudencia actual. En tal sentido, una sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 14 de enero de 2014, al reconocer una servidumbre de hierbas, pastos y agua por prescripción inmemorial, se hace eco de la larga tradición jurisprudencial, señalando: «Se entiende por inmemorial lo que es tan antiguo que no hay memoria de cuando comenzó, caracterizándose la inmemorialidad con relación a la prescripción de las servidumbres discontinuas, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1898, por un uso de ellas durante tanto tiempo que no se puedan acordar los hombres, o más concretamente, según la aún más antigua de 27 de junio de 1864, la larguísima y pacífica posesión de origen remoto a que no alcance la memoria de los hombres y sin que haya noticia de hecho alguno contrario a ella exigiendo las Leyes de Partidas que fuera *por tanto tiempo que no se pueden acordar los hombres de cuándo la comenzaron a usar*. Pero no basta actualmente la inmemorialidad sino que, además, debe acreditarse que el inicio del uso es anterior a la vigencia del Código Civil»<sup>32</sup>. Así pues, el Tribunal Supremo ha confirmado que las servidumbres discontinuas no pueden adquirirse por prescripción, al prohibirlo los artículos 537 y 539 del Código Civil, excepto si se demuestra que la posesión inmemorial comenzó antes de la promulgación del citado Código. En consecuencia, en este caso, el concepto jurídico indeterminado de tiempo inmemorial aparece determinado en base a una fecha: antes de 1889<sup>33</sup>.

El derecho navarro también ha concretado la inmemorialidad. Lo ha hecho en relación con la prescripción extraordinaria de servidumbres y, en este caso, estableciendo un plazo de cuarenta años. Así se contempla en una sentencia de 8 de octubre de 2001 de la Audiencia Provincial de Navarra, al declarar el derecho de servidumbre de luces y vistas de los cuatro huecos situados en la fachada de una vivienda de Artajona, porque «es indiscutido que los cuatro referidos huecos se mantienen en la vivienda de la demandante desde tiempo inmemorial, superior, incluso, a 40 años». Mucho más preciso, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por Sentencia de 24 de junio de 2002, casó y anuló una Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de julio de 2001, por no haber quedado acreditada la adquisición, por prescripción extraordinaria, de una servidumbre de luces y vistas concretada en la existencia de un balcón situado en la segunda planta de una vivienda sita en la calle del Pozo de Corella. La Audiencia había considerado probada la existencia de dicha servidumbre, adquirida por tiempo inmemorial, en base a la declaración de un testigo que afirmaba que el balcón o corredor de la casa había existido «desde siempre» o «desde toda la vida», pese a que el perito designado emitió un dictamen manifestando que el balcón o corredor debía tener unos veinticinco años. Por su parte, el Alto Tribunal foral entendió que no había quedado claro

el momento concreto en que se había instalado el balcón, por lo cual no consideró probado que existiera hacía más de cuarenta años, que es el plazo exigido en Leyes 397 y 357 del Fuero Nuevo, en sus párrafos primero y segundo, para adquirir una servidumbre por prescripción extraordinaria, sin concurrir título. Por ello, concluye: «... dada la singularidad del sistema jurídico hoy contenido en el Fuero Nuevo, en el que basta el mero transcurso del tiempo, ha de quedar este perfectamente acreditado, lo que no sucede en el caso de autos». En este supuesto, siguiendo la tradición histórica relativa a la posesión inmemorial como modo de prueba extraordinario a falta de título formal, el plazo posesorio ha quedado concretado en cuarenta años, que es el mismo plazo establecido para la prescripción adquisitiva de títulos nobiliarios<sup>34</sup>.

## 2. APLICABILIDAD EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS. EL TIEMPO INMEMORIAL EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

Y es que, el concepto histórico de tiempo inmemorial también ha resultado fundamental en la configuración y articulación de la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, como ya lo fue para acreditar la hidalguía<sup>35</sup>. Camino SANCINENA apunta que la vinculación de los títulos nobiliarios ocasionó su asimilación a las «vinculaciones y mayorazgos» y, en consecuencia, el sometimiento a las reglas que regían los mayorazgos: leyes 40 a 46 de Toro y concordantes de la Novísima Recopilación, Libro 3, título 5; Libro 6, títulos 1 y 2; y Libro 10, título 17. Esto hizo que se aplicara a la sucesión de títulos nobiliarios la doctrina de la posesión civilísima —ley 45 de Toro— a favor del inmediato sucesor, sin necesidad de toma de posesión material, lo que dio lugar al denominado «dogma de la imprescriptibilidad» de los títulos nobiliarios<sup>36</sup>.

Pero ese dogma se vio legalmente interrumpido por el artículo 18 del real decreto de 27 de mayo de 1912, que introdujo una consolidación en el título nobiliario mediante la posesión continuada e ininterrumpida durante quince años. Esta prescripción no perjudicaría a los que estuviesen sujetos a tutela, siempre que ejercieran su derecho en los cuatro años siguientes a su emancipación, ni a quienes tuvieran pendiente tutela judicial respecto a las mismas dignidades. El precepto tuvo nula repercusión práctica, por ser contrario a la naturaleza, fines y orden de suceder de los títulos nobiliarios. La jurisprudencia reaccionó de manera unánime, negando la existencia de una prescripción adquisitiva<sup>37</sup>. Finalmente, el artículo fue expresamente derogado por decreto de 4 de junio de 1948.

Sin embargo, poco después, la propia jurisprudencia dinamitó la tradicional imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios derivada de la ley 45 de Toro. Una sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1964 extendió a los títulos nobiliarios la aplicación de la prescripción inmemorial de cuarenta años, establecida para la prueba de los bienes pertenecientes a mayorazgos según la ya citada ley 41 de Toro, como un correctivo al dogma de la imprescriptibilidad de la ley 45. En consecuencia, el mayorazgo, además de por la fundación, se podría demostrar por costumbre o posesión inmemorial, que no probaría solo la constitución del mismo, sino también su modificación o la alteración del orden sucesorio, pudiendo perjudicar a los sucesores prellamados, «porque — señala la citada sentencia— consiste en presumir un privilegio de innovación del título anterior a la posesión misma, privilegio de cuya prueba queda dispensado quien acredite esta posesión *«cujus origo memoria excedit»*, *«cujus memoria non extat»*. Así pues, posesión inmemorial es aquella «que excede de la memoria humana»

y, según el antiguo derecho, aplicable universalmente a todas las cosas imprescriptibles, especialmente a aquellas adquiribles por privilegio, como es el caso de las dignidades de honor.

Añade que, precisamente por suponer una situación de privilegio, la inmemorialidad tendió luego a fijarse en plazos temporales «que fue de cien años en la formulación canónica, o de tres generaciones o “genícula”, pero que tendió luego, sobre todo según las fuentes romanizadas, a predicarse de una sola generación, como memoria propia, llegando en este caso a concretarse en la cifra de cuarenta años». Así quedó formulado en la Ley 41 de Toro con la exigencia añadida de que, para formalizar esta prueba, los testigos acreditasen, además de haberlo visto y oído, que también lo oyeron decir así a sus mayores y ancianos. Si bien, esta última exigencia tendió a desaparecer, tanto por su indeterminación e inseguridad, que contrastaba con la precisión de los cuarenta años de testimonio propio como, sobre todo, porque se afirmó poder sustituirse por un título posesorio formal. Así pues, concluía: «La línea o rama que haya disfrutado del Título sin dejarlo caducar durante cuarenta años, deberá ser mantenida en su posesión frente a todos, doctrina concordante con la de la sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1961 que aplicó la prescripción extraordinaria a los Títulos aragoneses y catalanes, dando un paso más en la unificación armónica de nuestro Derecho patrio».

De este modo quedó configurada una «prescripción adquisitiva inmemorial» o usucapión de los títulos nobiliarios como modo de adquirir, con el único requisito de la posesión continuada y no interrumpida, pacífica y pública, durante un plazo que quedó fijado en cuarenta años. Esta doctrina fue acogida veinte años después en una segunda sentencia de 27 de marzo de 1985 y reiterada en otros pronunciamientos posteriores, convirtiéndose en doctrina jurisprudencial<sup>38</sup>. Las sentencias posteriores reiteran que la dejación de derechos por el prellamado, unido al transcurso del tiempo constituye sucedáneo idóneo para la convalidación de la adquisición de un título nobiliario. En tal sentido, una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de febrero de 2003, siguiendo la doctrina jurisprudencial sobre prescripción adquisitiva con base y apoyo en la ley 41 de Toro, afirma que «la posesión por tiempo inmemorial (cuarenta años) prevalece sobre el mejor derecho genealógico en favor de los que poseyeron la merced de forma quieta, pública, pacífica y no controvertida por tal plazo, porque dicho precepto, casi inmemorial, no solo acredita y prueba la constitución del título, sino la modificación o alteración del propio orden sucesorio y perjudica por ello a los sucesores prellamados»<sup>39</sup>. Añade que incluso la prescripción adquisitiva del título produce la extintiva durante igual plazo de cuarenta años<sup>40</sup>.

Y otra sentencia del mismo Tribunal, de 24 de noviembre de 2006, resume la jurisprudencia consolidada sobre el tema con las siguientes palabras: «La posesión civilísima, ficticia, independientemente del hecho material de la posesión de derecho, propugnada por la Ley 45 de Toro, cede ante la posesión real, el contacto con la cosa y el disfrute del derecho, que cuando alcanza los 40 años, pierde la precariedad en razón del presunto abandono y la seguridad jurídica, lo que supone que la adquisición en precario por quien pertenece al linaje o estirpe queda sanada por el tiempo y ya no se doblega respecto de quien ostenta mejor derecho». Respecto al cómputo de los cuarenta años, precisa que se realizará «a partir del primer tenedor rehabilitante o cesionario irregular del título y el último poseedor, siempre que sean descendientes directos, con excepción de quienes no estuvieran entre los llamamientos o hubieran obtenido el título mediante fraude».

Se observa, pues, en el ámbito civil una tendencia a concretar la inmemorialidad, bien a partir de un hito histórico-jurídico, como la promulgación del Código Civil, o atendiendo a la normativa histórica, en este caso a la formulación establecida de la Ley 41 de Toro<sup>41</sup>.

3. EL CONCEPTO DE TIEMPO INMEMORIAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO: REGULARIZACIÓN REGISTRAL DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CONSTATAción PÚBLICA DE UNA REALIDAD CON EFECTOS JURÍDICOS

En el ámbito administrativo también el concepto de tiempo inmemorial aparece en la normativa con diversos sentidos. En primer lugar, como en el derecho civil, equivaldría a un título o modo de adquisición. Así, el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en el artículo 53.1.c, al establecer los requisitos y contenido de la certificación administrativa para la inscripción de un bien o un derecho de titularidad de una Administración Pública, incluye el título o modos de adquisición, «salvo que se tratara de un bien o derecho poseído de tiempo inmemorial, en cuyo caso bastará con señalar esta circunstancia si no constase el origen de la adquisición». Así pues, la acreditación de la posesión inmemorial equivaldría al título de adquisición del bien. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, pues no se concreta el modo o el tiempo de dicha circunstancia.

En el mismo sentido genérico e indeterminado, pero con unos efectos jurídicos más imprecisos, la normativa administrativa contiene una definición muy general de tiempo inmemorial, según la cual tiempo inmemorial correspondería, simplemente, a algo tan antiguo que no es posible tener certeza de su origen temporal. En este caso, más que un concepto jurídico, estaríamos ante un juicio humano sobre la constatación de una realidad que, por existir desde siempre, puede tener ciertos efectos jurídicos. Así se recoge en algunos preámbulos de nuestras leyes. Por ejemplo, la Ley 2/2008, de 19 de mayo, de modificación del nombre del municipio de Ajamil, aprobada por el parlamento de La Rioja, a propuesta de la asamblea municipal de Ajamil, modificó el nombre de dicho municipio por el de Ajamil de Cameros. Y, en la Exposición de Motivos, se justificaba el cambio en el hecho de que ésa había sido «su denominación desde tiempo inmemorial, según consta en diversos registros públicos».

La misma definición, pero con unos efectos jurídicos de especial protección se repite, con frecuencia, en algunas leyes sobre patrimonio histórico o en las declaraciones de bienes de interés cultural. Por ejemplo, la ley de Patrimonio Histórico de Canarias —Ley 4/1999, de 15 de marzo— destaca en el Preámbulo que «desde tiempo inmemorial, los grupos humanos que ocuparon y habitaron las islas han dejado muestras singulares de sus realizaciones». Se trata de un rico acervo histórico, artístico, arquitectónico, técnico, científico y social que justifica su reconocimiento y especial plan de protección. Igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2005, de 20 de abril, de protección del medio nocturno de las Illes Balears, declara que, para mantener la actividad y la vida de nuestros espacios, es preciso prolongar la luz más allá de lo que generosamente nos ofrece la naturaleza. Ahora bien, advierte que es preciso hacerlo cuidando el impacto ambiental, evitando las transformaciones intensas y rápidas que en los últimos años habían producido unas consecuencias difícilmente previsibles como el consumo energético elevado, la emisión de resplandor hacia el cielo o las



enormes cantidades de materias primas requisadas a la naturaleza. «Entre estas —se añade— hay que citar la pérdida de la contemplación del cielo estrellado, que desde tiempo inmemorial forma parte de nuestro patrimonio cultural». Y el Decreto 207/2015, de 13 de noviembre, de la Consellería valenciana de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, que declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de sitio histórico, al Puig de Almizra, destaca que se acordó incoar el expediente de dicha declaración en favor de dicho sitio, ubicado en el término de Campo de Mirra, delimitándolo y describiendo todos los inmuebles que, desde tiempo inmemorial, se asocian a él.

Ese es también el sentido del concepto cuando se alude en la reglamentación de algunas actividades tradicionales como deportes, juegos y espectáculos populares, cuyo origen se pierde en la memoria. Así, la Ley 7/1998, de 6 de julio de 1998, que regula la caza en Canarias, establece en el Preámbulo que el derecho a cazar «se ha venido considerando como una facultad natural y consustancial al hombre desde tiempo inmemorial». En estos supuestos, el reconocimiento de esa antigua práctica o costumbre justificaría su mantenimiento y vendría a dotarla de una especial protección. Tal es el caso del juego de la pilota valenciana, declarado Bien de Interés Cultural Inmaterial por Decreto 142/2014, de 5 de septiembre, porque según consta en la declaración «es el deporte propio y específico que se practica desde tiempo inmemorial en todo el territorio de la Comunidad Valenciana, siendo la única región de Europa en la que perdura la práctica en su genuina tradición».

En el decreto se destaca su antigüedad, pues la primera referencia documental se remonta al año 1305. Se trata de un consejo de Arnau de Vilanova, recogido en su tratado *Regimiento de sanidad*, en el cual recomienda al rey Jaime II el ejercicio que considera más conveniente para su persona. Pese a haber sido objeto de numerosas prohibiciones y restricciones a lo largo de los siglos, por considerar que el juego de la pilota era causa de disputas y riñas, además de fomentar la holgazanería, se ha mantenido en el tiempo. En la actualidad goza de gran arraigo social y de una creciente vitalidad, con más de 3.700 deportistas federados; y constituye uno de los principales espectáculos festivos de algunos pueblos como Beniarrés, Llutxent, Montixelvo, Genovés, Xeraco, Bicorn y Bolbaite. Igualmente, el Acuerdo 32/2014, de 3 de abril, de la Junta de Castilla y León, por el que se declara la Tauromaquia en Castilla y León, Bien de Interés Cultural de carácter inmaterial, comienza señalando que se trata de un hecho cultural imbricado en la identidad de esa comunidad «desde tiempo inmemorial». Y concluye afirmando que con dicha declaración, «la tauromaquia viene a ratificar la relevancia que esta tradición con raíces en nuestra cultura desde tiempo inmemorial, que constituye uno de los hechos más singulares de nuestra Comunidad... digno por su singularidad y relevancia de ser conservado para generaciones futuras».

#### 4. APRECIACIONES RECAPITULARIAS Y SU APLICABILIDAD EN LA CONCRECIÓN DE INMEMORIALIDAD EN LOS REGLAMENTOS DE FESTEJOS TAURINOS POPULARES: STSUP DE CASTILLA-LEÓN, DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2016

En todos los ejemplos anteriores estaríamos ante un concepto de tiempo inmemorial indeterminado. Pero, a veces, con el efecto de reducir trámites, minimizar las trabas administrativas y aumentar la eficacia de los procesos se ha creído oportuno concretar el concepto, convirtiéndolo en un elemento de carácter

reglado. Los criterios para establecer plazos han sido muy diversos y, en ocasiones, los resultados son muy dispares.

Como en el ámbito civil, en ciertos casos la temporalidad ha venido marcada por un hito histórico. Así, el Decreto 72/2015, de 15 de mayo, que regula los símbolos, tratamiento y honores de las entidades locales de la Comunidad valenciana, establece en su artículo 2 que se considerarán escudos o banderas históricos de tiempo inmemorial: «Los que se hayan utilizado de forma continuada e ininterrumpida por los ayuntamientos con anterioridad al año 1837, fecha de la abolición del régimen señorial hasta nuestros días y aquellos respecto de los que, de forma documentada, se demuestre su existencia antes de la fecha citada». Así pues, la Ley de Abolición del régimen señorial de 26 de agosto de 1837 vendría a marcar, en este caso, el hito del tiempo inmemorial.

Esta concreción la podemos constatar al analizar la regulación de ciertas actividades de carácter tradicional, como la ya citada tauromaquia, que unen a su carácter cultural el de espectáculos de masas, por lo cual requieren especiales medidas de seguridad. Entre este tipo de actividades destacan los festejos taurinos tradicionales, esto es, aquellos que se celebran desde tiempo inmemorial de acuerdo con la costumbre de cada lugar. Tales festejos gozan, por ello, de un reconocimiento y protección especial. Así lo establece el Reglamento de festejos taurinos populares de Extremadura, aprobado por Decreto 187/2010 de 24 de septiembre, que define este tipo de espectáculos como «aquellos festejos populares cuya celebración arraigada socialmente se venga realizando en la localidad de forma continuada desde tiempos inmemoriales, desarrollándose de acuerdo con las costumbres del lugar. Se entiende por celebración desde tiempo inmemorial, a los efectos previstos en el párrafo anterior, aquellos festejos en los que se acredite por cualquier forma admitida en derecho que tienen una antigüedad de al menos cien años» (art. 30.1). El objetivo de esta declaración es garantizar su permanencia en el tiempo. Para ello, los festejos que logren tal reconocimiento se inscribirán en un Registro de festejos taurinos tradicionales, y gozarán de un régimen jurídico especial que respetará, en la medida de lo posible, sus peculiaridades respecto al régimen general, salvaguardando el sentido y la tradición del festejo.

Pero, se observa que la concreción del concepto de tiempo inmemorial varía mucho de unos reglamentos a otros. El plazo probatorio se reduce considerablemente para la declaración de los festejos tradicionales en Castilla-La Mancha. Allí, el Decreto 60/2016, de 11 de octubre, por el que se modifica el Decreto 38/2013, de 11 de julio, que aprobó el Reglamento de festejos populares de aquella comunidad autónoma, da una nueva redacción al artículo 2.2, señalando que el órgano periférico provincial de la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha competente podrá autorizar la celebración de festejos tradicionales singulares en los que participen reses de raza bovina de lidia, pero no estén regulados en ese reglamento, «siempre que su celebración arraigada socialmente se venga realizando en la localidad de forma continuada con una antigüedad de al menos treinta años, acreditada por cualquier medio válido en derecho». También se incluyen en esta categoría aquellos festejos declarados de interés turístico regional. Estos espectáculos se ejecutarán de acuerdo a su desarrollo tradicional, para lo cual el ayuntamiento adoptará en sus propias ordenanzas de festejo tradicional aquellas disposiciones y medidas que estimen necesarias para el control efectivo de las condiciones de su celebración. Se regulará especialmente lo relativo al maltrato de las reses, los recursos sanitarios y las condiciones de seguridad.

El plazo de prueba se amplía notablemente en la Comunidad Autónoma de Castilla-León, pues el Decreto-ley 2/2016, de 19 de mayo, por el que se prohíbe

la muerte de reses de lidia en presencia del público en los espectáculos taurinos populares y tradicionales de Castilla y León, dispone en su artículo único que «se entiende por espectáculos taurinos tradicionales aquellos festejos populares con reses de lidia cuya celebración arraigada socialmente se venga realizando en la localidad de forma continuada desde tiempos inmemoriales, desarrollándose de acuerdo con la costumbre del lugar. Tienen la consideración de celebraciones inmemoriales aquellos espectáculos en los que se acredite que tienen una antigüedad de, al menos, doscientos años».

Y, sobre esta cuestión, otras comunidades autónomas mantienen la indeterminación del plazo del tiempo inmemorial. Por ejemplo en Aragón, la Orden PRE/656/2016, de 29 de julio, por la que se concretan las condiciones generales de celebración de festejos taurinos populares, establece en el artículo 4.2 que podrán autorizarse también festejos con reses en que concurren determinadas peculiaridades específicas de la tradición local, «cuya celebración arraigada socialmente se venga realizando en una localidad de forma continuada en el tiempo, de acuerdo con la costumbre del lugar». A continuación precisa tales festejos como el toro de sogá, el toro ensogado, el toro embolado, el toro de fuego, el toro engamellado y los encierros a caballo por el campo. En el mismo sentido, en la Comunidad Valenciana, el artículo 2 del Reglamento de festejos populares establece que se considerarán festejos taurinos tradicionales (bous al carrer) los espectáculos en los que, popularmente, se sueltan, conducen, corren, torear o recortan reses bravas, sin que, en ningún caso, haya lidia de la res. En este concepto se entenderán incluidas las modalidades de suelta de vaquillas, toro embolado, encierros, exhibición de toros cerriles, bou a la mar, toro ensogado, concurso de recortadores y bou de corro, así como aquellas modalidades cuyo carácter tradicional esté debidamente acreditado en el territorio de la comunidad. Finalmente, el punto 3, puntualiza: «Se entenderá que una modalidad está debidamente acreditada respecto a su carácter tradicional cuando existan antecedentes ciertos de su celebración en el territorio de la Comunitat Valenciana. En este sentido, el carácter tradicional será incompatible con la introducción de elementos o medios materiales que supongan un riesgo para participantes, espectadores o reses, así como cuando suponga una desnaturalización de los mismos de acuerdo con su consideración como tales».

Como vemos, en el caso de los festejos taurinos tradicionales, la disparidad de criterios ha sido la nota característica a la hora de regular el concepto de tiempo inmemorial. Algunas comunidades autónomas mantienen la indeterminación, mientras que las que han optado por una concreción temporal han establecido unos plazos tan variables que fluctúan desde los treinta a los doscientos años. Esta disparidad normativa genera agravios y falta de certeza jurídica, pues mientras que en algunas comunidades autónomas se están declarando espectáculos taurinos tradicionales aquellos que tienen una antigüedad documentada de treinta años, en otras como Castilla y León, es preciso acreditar que la celebración se viene realizando de forma continuada desde, al menos, doscientos años, lo que no siempre es posible. Sí lo ha sido en algunos casos como en los famosos encierros de Cuéllar, en la conocida «Fiesta de San Juan de la Ciudad de Soria», o en los denominados «Toritos del Alba», que se celebran en la localidad de Benavente (Zamora), pues en esos casos hay constancia documental de su celebración desde los siglos XV, XVI y XVII. Sin embargo, no se ha podido acreditar esa antigüedad en el festejo «Toro enmaromado de Astudillo/Toro del Pueblo». El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en reciente sentencia de 2 de noviembre de 2016 (01535 2016), no consideró prueba suficiente los testimonios de varias

personas mayores, más la documentación histórica aportada —unos acuerdos sobre función de novillos y toros de 1740, 1773, 1784 y 1786—.

En los fundamentos de derecho señaló que aunque la Administración ostenta facultades de carácter discrecional a la hora de adoptar decisiones como la declaración, revocación o modificación de un espectáculo como tradicional, en la propia declaración existen elementos reglados recogidos en el artículo 28 del Decreto 14/1999, de 8 de febrero, que no son susceptibles de control jurisdiccional. Es decir que, según jurisprudencia del Tribunal Supremo, «no cabe la potestad discrecional al margen de la ley». Añade que, entre los requisitos exigidos para la declaración de festejo histórico tradicional, el punto 2 fija el plazo del tiempo inmemorial en al menos doscientos años, «elemento de carácter reglado que... nos dice lo que es *inmemorial* (concepto, en principio indeterminado) a estos efectos». Entiende que en los documentos conservados no se refleja la actual configuración del festejo, en el cual se corre un toro enmaromado, por lo cual, aun admitiendo que el paso del tiempo puede dar lugar al desarrollo del mismo, no sirven para acreditar la antigüedad exigida.

En conclusión, estima que «de lo obrante en las actuaciones no resulta acreditado que el festejo del toro enmaromado de Astudillo tenga, al menos, doscientos años de antigüedad, tiempo que si bien es muy remoto, lo que dificulta, sin duda su prueba, es el exigido por la normativa aplicable y otras poblaciones han logrado acreditar». Recurrída la sentencia por la Junta de Castilla y León y por el Ayuntamiento de Astudillo, el Tribunal Supremo, a través de una providencia de 29 de septiembre de 2017, ha inadmitido los recursos. Respecto al recurso de casación de la Junta, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso del Alto Tribunal afirma que «la resolución impugnada no es recurrible en casación en la medida en que el debate jurídico sustanciado en la instancia versó sobre la aplicación e interpretación de Derecho autonómico. Y respecto al recurso del Ayuntamiento de Astudillo, ni siquiera lo toma en consideración por entender que «resulta improcedente la interposición o formalización del recurso antes de que se acuerde su inadmisión; y en ningún caso puede suplir ni subsanar las carencia y defectos del escrito de preparación». En consecuencia, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia ha devenido firme.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El acervo histórico, y muy particularmente el análisis proporcionado por la Historia del Derecho sigue resolviendo pleitos y, además, contribuye a la comprensión y aplicación de algunos conceptos jurídicos vigentes como el de tiempo inmemorial, invocado frecuentemente en la legislación y en la jurisprudencia actual, que mantiene una estrecha conexión con su pasado.

II. Se trata de un concepto jurídico, en principio indeterminado, que enunciaría un plazo con un origen tan antiguo que se pierde en la memoria humana. Ahora bien en ocasiones, por razones de seguridad y de certeza jurídica, ha sido objeto de previsión normativa e inclusión de regulación, especialmente en el ámbito civil y en el administrativo. En general, la concreción se ha realizado a partir de determinados hitos jurídicos, o bien atendiendo a la normativa histórica.

III. En el ámbito civil la inmemorialidad aparece íntimamente vinculada a la prescripción de las servidumbres discontinuas. En este caso, la jurisprudencia ha determinado el concepto fundado en un hito jurídico, estimando posesión inmemorial la anterior a la promulgación del Código Civil. También guarda es-

trecha relación con la prescripción extraordinaria y con la prescripción de los títulos nobiliarios. En estos casos la concreción del tiempo inmemorial ha quedado fijada en cuarenta años, siguiendo la tradición histórica contenida en las Partidas y en las Leyes de Toro.

IV. En el ámbito administrativo el concepto de tiempo inmemorial se encuentra, a menudo, en las declaraciones de patrimonio histórico o de bien de interés cultural, refiriéndose a algo tan antiguo que debe gozar de una protección especial. También suele invocarse en la regulación de algunos espectáculos populares, como en la declaración de los denominados «festejos taurinos tradicionales». En este supuesto, con el fin de agilizar trámites y ganar eficacia en los procesos, la noción ha sido regulado en algunos reglamentos autonómicos, si bien de forma un tanto dispar e incluso arbitraria, pues la concreción oscila desde los treinta hasta los doscientos años. Regulado el concepto, los tribunales han perdido sus facultades discrecionales en la valoración de este tipo de declaraciones y, ante la diversidad normativa, los agravios resultan inevitables.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ POSADILLA, J. (1833), *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, 4.<sup>a</sup> impresión, Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro.
- BARÓ PAZOS, J. (2010). *Los hitos de un histórico conflicto territorial entre Cantabria y el País Vasco. El caso de Agüera (Guriezo) y Trucíos*. Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Presidencia y Justicia.
- BLANCO HIGUERA, L. A. (2014). La imprescriptibilidad de los bienes comunales: su trascendencia para la conservación de la propiedad forestal pública. En *Revista jurídica de Castilla y León*, n. 32, 1-37.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. (1965). Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 621-640.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1974). El dogma de la reversión de concesiones. En *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Editorial Tecnos, 14-78.
- GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. (1953). Historia, Derecho e Historia del Derecho. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 23, 5-36.
- GUENÉE, B. (1980). *Histoire et Culture historique dans l'Occident médiéval*. París: Editorial Aubier Montaigne.
- LALINDE ABADÍA, J. (1977). Hacia una historia paralógica del Derecho. En *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 4, 317-353.
- LÁZARO GUILLAMÓN, C. (2002). *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castelló de la Plana: Universitat Jaume I.
- LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2 vols. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig.
- MARTÍN POSTIGO, M. S. y DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ, C. (1990) *La Sala de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Valladolid*. Valladolid: Editorial Ámbito.
- MICELI, P. (2010). Medir y clasificar el tiempo de la costumbre: la obstinada tarea de los juristas medievales. En *Mirabilia 11*, Ricardo Da Costa (coord.), Tiempo y Eternidad en la Edad Media, Jun-Dez 2010; 200-211.
- MORETÓN SANZ (2009), La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato, *RCDI*, 713, 1.113 y sigs.

- MORETÓN SANZ, (2010), Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI*, 86, 718, 779-790.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2011). La prescripción de los títulos nobiliarios, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 1445-1479.
- SERNA VALLEJO, M. (2007). Ganar pleitos con la Historia del Derecho. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, relativa al deslinde entre los términos municipales de Guriezo (Cantabria) y Trucíos-Turtioz (Vizcaya-País Vasco), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 77, 845-853.
- VALMAÑA VICENTE, A. (1978). *El Fuero de Cuenca*. Cuenca: Editorial Tormo.

## VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

- STS de 27 de octubre de 1900
- STS de 7 de enero de 1920
- STS de 19 de noviembre de 1949
- STS de 22 de octubre de 1955
- STS de 3 de julio de 1961
- STS de 15 de febrero de 1963
- STS de 9 de junio de 1964
- STS de 14 de junio de 1977
- STS de 6 de diciembre de 1985
- STS de 11 de noviembre de 1986
- STS de 21 de octubre de 1987
- STS de 20 de febrero de 1988
- STS de 27 de marzo de 1988
- STS 15 de febrero de 1989
- STS de 5 de marzo de 1993
- STS de 20 de febrero de 2003
- STS de 24 de noviembre de 2006
- STS de 9 de abril de 2008
- STS de 28 de noviembre de 2014
- STSJ de Navarra de 24 de junio de 2002
- STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2013
- STSJ de Castilla-León de 2 de noviembre de 2016
- AP de Navarra de 20 de julio de 2001
- AP de Navarra de 8 de octubre de 2001
- AP de Álava, de 14 de enero de 2014

## NOTAS

<sup>1</sup> GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A. (1953). Historia, Derecho e Historia del Derecho. En *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 23, 5-36; la ref. en 22.

<sup>2</sup> *Ibidem*, 25.

<sup>3</sup> LALINDE ABADÍA, J. (1977). Hacia una historia paralógica del Derecho, en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 4, 317-353; la ref. en 319.

<sup>4</sup> SERNA VALLEJO, M. (2007). Ganar pleitos con la Historia del Derecho. A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2005, relativa al deslinde entre

los términos municipales de Guriezo (Cantabria) y Trucíos-Turtioz (Vizcaya-País Vasco), en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 77, 845-853; la ref. en 846.

<sup>5</sup> Vid., BARÓ PAZOS, J. (2010). *Los hitos de un histórico conflicto territorial entre Cantabria y el País Vasco. El caso de Agüera (Guriezo) y Trucíos*, Santander: Gobierno de Cantabria. Consejería de Presidencia y Justicia; la ref. en 16.

<sup>6</sup> V.gr. el capítulo VII del fuero de Cuenca establece: «*El que labre en el ejido del Concejo. Cualquiera que labre en el ejido o en una calle del Concejo, tanto de la ciudad como de una aldea, pague al propio Concejo sesenta mencales y deje la heredad franca y libre. Si alguien la defiende y allí mismo es herido o muerto, no haya por esto pena alguna. Si alguien vende un bien raíz del Concejo, páguelo doble, en cantidad y calidad, al propio Concejo. Y el que lo haya comprado pierda el importe que haya entregado por él y, además, deje la heredad, como ya se ha dicho. Nadie puede dar, ni vender, ni empeñar, ni corroborar, ni defender contra pleito una heredad del Concejo*» (En VALMAÑA VICENTE, A. (1978). *El Fuero de Cuenca*. Cuenca: Editorial Tormo, 78).

<sup>7</sup> Cita, al respecto, los siguientes artículos: el 75 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, el 159 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 y el 147 de la Ley Municipal de octubre de 1935 (BLANCO HIGUERA, L. A. (2014). La imprescriptibilidad de los bienes comunales: su trascendencia para la conservación de la propiedad forestal pública. En *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 32, enero de 2014, 1-37, la ref. en 8-9).

<sup>8</sup> *Ibidem*, 17.

<sup>9</sup> *Ibidem*, 24.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 26-27

<sup>11</sup> *Ibidem*, 18-20.

<sup>12</sup> GARCÍA-GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho*, 27.

<sup>13</sup> En el caso de la *inveterata consuetudo*, Juliano consideraba: «No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterata, y este es el derecho que se dice establecido por costumbre. Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron admitidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo porque ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con votos, o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está perfectísimamente admitido, que las leyes sean abrogadas no solo por el voto del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso» (En MICELI, P. (2010). Medir y clasificar el tiempo de la costumbre: la obstinada tarea de los juristas medievales. En *Mirabilia 11*, Ricardo Da Costa (coord.), Tiempo y Eternidad en la Edad Media, Jun-Dez 2010; 200-211; la ref. en 201-202).

<sup>14</sup> GUENÉE, B. (1980). *Histoire et Culture historique dans l'Occident médiéval*. París: Editorial Aubier Montaigne, 147-149.

<sup>15</sup> MICELI, «Medir y clasificar el tiempo», 204-206.

<sup>16</sup> En este ámbito también se reguló la denominada posesión inmemorial (*vetustas*) como un modo de prueba extraordinario que, en ocasiones, sustituía al título, cuando este era exigido como prueba formal de legitimación de un estado jurídico. La posesión constante, sin memoria en contra del estado en cuestión, supliría al título formal. Tampoco aquí se estableció la determinación de un plazo posesorio exacto, sino la remisión material a falta de memoria contraria (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1974). El dogma de la reversión de concesiones. En *Dos estudios sobre la usucapción en derecho administrativo*, Madrid: Editorial Tecnos, 2.ª ed., 14-78; la ref. en 25).

<sup>17</sup> Para Carmen LÁZARO GUILLAMÓN (2002), con Justiniano se puede hablar de prescripción adquisitiva de servidumbres prediales en sentido estricto, por cuanto desaparecida toda diferencia entre fundos itálicos y provinciales y entre propiedad Quiritaria y otras formas de propiedad, «es la prescripción adquisitiva del derecho justinianeo la que se aplica a las servidumbres y, por tanto, se hacen extensivos a esta prescripción los mismos requisitos que la misma presenta en cuanto a la adquisición de propiedad, a saber un tiempo de *quasi possessio* continuado de 10 o 20 años, buena fe y justo título, esto es: *nec vi, nec clam, nec precario*, y aptitud de la cosa sirviente para ser usucapida —*res habilis*—» (*La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo*, Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 107-108 y 114).

<sup>18</sup> MICELI, Medir y clasificar el tiempo, 206-207.

<sup>19</sup> *Vid.*, *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso del IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, del Consejo de Indias de S.M., vertidas al castellano y estensamente adicionadas con nuevas notas y comentarios...* por D. Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer Subirana, T. II, Barcelona, 1844, 874-875.

<sup>20</sup> MICELI, Medir y clasificar el tiempo, 209.

<sup>21</sup> *Compendio de los Comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez, a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Madrid, 1785, 167-168.

<sup>22</sup> ÁLVAREZ POSADILLA, J. (1833). *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*. 4.<sup>a</sup> impresión, Madrid: Imprenta que fue de Fuentenebro, 257.

<sup>23</sup> LLAMAS Y MOLINA, S. (1853). *Comentario crítico, jurídico, literal, a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2 vols. Madrid: Imprenta y Librería de Gaspar y Roig; la ref. en t. II, 70.

<sup>24</sup> *Ibidem*, 72-75.

<sup>25</sup> *Vid.*, Comentario 32 (*Ibidem*, 74).

<sup>26</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, El dogma de la reversión, 25-27.

<sup>27</sup> *Ibidem*, 29-31.

<sup>28</sup> En los fundamentos de derecho la sentencia alude, en varias ocasiones, al concepto de tiempo inmemorial, siempre de un modo indeterminado. V. gr. considera haber quedado acreditado que los vecinos de toda la parroquia de San Simón da Costa, y no solo los barrios que en su día consideró el Jurado, habían aprovechado «consuetudinariamente desde tiempo inmemorial» el Monte Toxoso, en las condiciones previstas en la normativa de los Montes Vecinales en Mano Común, para ser titulares del mismo.

<sup>29</sup> *Vid.*, MORETÓN SANZ (2009), La expromisión ante el pago del tercero y la cesión de contrato, *RCDI*, 713, 1113 y sigs.

<sup>30</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D. (1965). Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código Civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 621-640; la ref. en 624.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 625.

<sup>32</sup> La sentencia revisa la documentación histórica aportada al procedimiento, que parte de una sentencia arbitral de 14 de junio de 1432, en la cual se establece la forma de hacer los aprovechamientos «para pascer las yerbas y beber las aguas» de los ganados de los vecinos de San Martín de Losa sobre los terrenos propiedad de Bóveda de Valdegobía en el término de la Sierra de Toyo. Otras sentencias —1488, 1495, 1503, 1568, 1620, 1627, 1683, 1685— y algunos convenios posteriores —1840 y 1906— firmados entre ambos concejos así lo corroboran. Aclara, además, que este aprovechamiento de hierbas, pastos y aguas en el derecho moderno, esto es, a partir del Código Civil de 1889, se denomina servidumbre de pastos.

<sup>33</sup> *Vid.*, sentencias de 27 de octubre de 1900, 7 de enero de 1920, 19 de noviembre de 1949, 22 de octubre de 1955, 3 de julio de 1961, 14 de junio de 1977, 6 de diciembre de 1985, 21 de octubre de 1987, 15 de febrero de 1989 y 5 de marzo de 1993.

<sup>34</sup> Sobre la calificación de inmemorial a la posesión mantenida durante cuarenta años, el mismo Tribunal en reciente sentencia de 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2015 3029) sobre acción declarativa de la propiedad de una finca comunal adquirida por un particular por acuerdo de permuta con otro de propiedad privada, señala que no puede reputarse equivocada la calificación de esa posesión como *inmemorial*, «porque aun refiriendo el establecimiento de la familia en la localidad a principios o mediados de la década de los treinta del pasado siglo, no era descartable en 1986 aquel calificativo para una posesión cuyo inicio no fuera determinable con precisión por la memoria de los presentes, pero que verosímilmente podía bien superar con creces los cuarenta años de la prescripción adquisitiva extraordinaria (ley 357 del Fuero Nuevo)...».

<sup>35</sup> Recordemos que dos de las cuatro formas de acreditar la hidalguía en propiedad —por descendencia de familia ilustre, por descendencia de casa y solar conocido— requerían acreditar «de tiempo inmemorial», nobleza de la familia, y la buena reputación y fama de notorios hijosdalgo de los dueños de la casa y de sus descendientes. Mientras que en las otras dos formas —posesoria, en posesión general, y posesoria, en posesión local— bastaba con acreditar veinte años de posesión continuada (MARTÍN POSTIGO, M. S. y DOMÍN-



GUEZ RODRÍGUEZ, C. (1990) *La Sala de Hijosdalgo de la Real Chancillería de Valladolid*, Valladolid: Editorial Ámbito, 32-34).

<sup>36</sup> SANCINIENA ASURMENDI, C. (2011). La prescripción de los títulos nobiliarios, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. IV, 1445-1479; la ref. en 1454.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 1458.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 1462-1463.

<sup>39</sup> En este caso el título se encontraba vacante y fue rehabilitado en 1920 por el abuelo del entonces poseedor, al que sucedió su hija y madre del demandado, del que este lo recibió. En consecuencia, el título permaneció desde 1920 y hasta la interposición de la demanda en 1991, en la línea del demandado. Es decir, más de setenta años del uso de la referida merced sin interrupción.

<sup>40</sup> La determinación del plazo para la prescripción extintiva sufrió algunas fluctuaciones. En un primer momento la doctrina jurisprudencial estableció un plazo de quince años (Sentencia de 20 de febrero de 1988, *RJ* 1988, 1075), por ser una acción personal sin término especial de prescripción (*ex* artículo 1964 del Código Civil). Pero, posteriormente, se entendió que la prescripción adquisitiva y la extintiva constituían dos vertientes de la misma institución, por lo cual se fijó el mismo plazo de cuarenta años (SANCINIENA, La prescripción *Ibidem*, 1464-1467).

<sup>41</sup> *Vid.*, MORETÓN SANZ (2010), Apuntes sobre los elementos reales del fenómeno sucesorio: el supuesto de los títulos nobiliarios como derechos susceptibles de ser transmitidos por testamento y su revocación e interpretación, *RCDI*, 86, 718, 779-790.

## 1.4. Sucesiones

# Condición de socio durante el proceso sucesorio y transmisión *mortis causa* de la titularidad de acciones y de participaciones sociales

## *Partner's status during the succession and transmission mortis causa the ownership of shares and equity interest*

por

CARMEN MUÑOZ DELGADO

*Profesora Asociada Derecho Mercantil*

*Universidad Nacional de Educación a Distancia*

**RESUMEN:** Se presentan en este trabajo algunas cuestiones sobre la sucesión en la condición de socio. En una primera parte, se destaca cómo el ejercicio de la condición de socio se puede ver afectado por el proceso sucesorio hasta que se produce la partición de la herencia y la adjudicación definitiva, teniendo en cuenta que la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales y acciones tiene su propia regulación societaria, una regulación específica que hace necesario estudiar la posible aplicación de los derechos de atribución preferente y de adquisición regulados, respectivamente, en el Código Civil y en la Ley de Sociedades de Capital. La segunda parte del trabajo se centra en el análisis de estos derechos, su aplicación y la necesaria conjunción entre ambos en las distintas situaciones sucesorias.

**ABSTRACT:** *Some issues on succession in the status of partner are presented in this paper. Firstly, it is highlighted how the exercise of the status of partner can be affected by the inheritance process until the partition of the inheritance and the final adjudication takes place, taking into account that the transmission mortis causa of social participations and actions has its own corporate regulation. This specific regulation requires the study of the possible application of the rights of preferential attribution and right of acquisition regulated in the Civil Code and the Capital Companies Act, respectively. The second part of the work focuses on the analysis of these rights, their application and the necessary conjunction between both of them in the different succession situations.*

**PALABRAS CLAVE:** Sucesión. Herencia yacente. Comunidad hereditaria. Derecho de atribución preferente. Sociedad. Acciones. Participaciones sociales. Derecho de adquisición preferente.

**KEYS WORDS:** *Succession. Jacens haereditas. Community in inheritance. Preferential allotment right. Society. Shares. Equity interest.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO POR SUCESIÓN HEREDITARIA.—II. LLAMAMIENTO DE HEREDEROS Y CONDICIÓN DE SOCIO DURANTE EL PROCESO SUCESORIO: 1. PRELIMINAR; 2. YACENCIA HEREDITARIA: LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO; 3. COMUNIDAD HEREDITARIA: EL CAMBIO EFECTIVO DE TITULARIDAD.—III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA: DESTINO DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES: 1. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA: EFECTOS SOCIETARIOS Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL SOCIO FALLECIDO. 2. PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DEL SOCIO FALLECIDO. GANANCIALIDAD Y TITULARIDAD. DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE ENTRE LOS CÓNYUGES. 3. ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.—IV. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: DERECHO DE ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES.—V. CONCLUSIÓN FINAL: DISTINCIÓN NECESARIA ENTRE TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

## I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO POR SUCESIÓN HEREDITARIA

El fallecimiento de una persona tiene como consecuencia la apertura de su sucesión. Sucesión que acaba con la adquisición por los herederos o legatarios de la titularidad de las relaciones jurídicas de las que era titular el de *cuius*. En consecuencia, cuando quien fallece es socio de una sociedad de capital, sus herederos o legatarios adquirirán la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones. Esta adquisición por sucesión hereditaria confiere, además, la condición de socio (arts. 110.1 y 124 LSC).

Ahora bien, la sucesión no siempre se produce en una unidad de acto en favor de herederos o legatarios concretos, sino que entre su apertura y la adjudicación de los bienes y derechos a un nuevo titular suele transcurrir un periodo de tiempo más o menos largo, periodo durante el cual se produce una situación de interinidad en la administración y titularidad de los bienes, máxime cuando son varios los llamados a la sucesión a título universal. Pues bien, esta situación de interinidad también afecta al ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

Por otro lado, una vez producida la partición hereditaria y adjudicadas las acciones o las participaciones sociales, el heredero o herederos debe dirigirse a la sociedad para comunicar dicha adjudicación. El heredero se convierte en el nuevo titular por sucesión hereditaria pero ello no le convierte directamente en socio de la sociedad, ya que la Ley de Sociedades de Capital permite establecer en los estatutos sociales restricciones a la transmisión *mortis causa* fijando un derecho de adquisición de las participaciones sociales del socio fallecido a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad (art. 110.2) o su aplicación —principalmente en sociedades cerradas o en sociedades familiares— siempre que la sociedad presente al heredero un adquirente de las acciones o se ofrezca a adquirirlas ella misma (art. 124.2).

Heredero y socio podrán coincidir en el mismo sujeto, pero sucesión y transmisión *mortis causa* no siempre conducen a ese resultado. Es necesario para determinar quién es el nuevo socio tener en cuenta factores como la previa liquidación de la sociedad de gananciales cuando el socio fallecido estaba casado

bajo este régimen, los posibles derechos de atribución preferente del cónyuge o de los herederos sobre las participaciones sociales o las acciones y, en definitiva, la aplicación de las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad *mortis causa*.

## II. LLAMAMIENTO DE HEREDEROS Y CONDICIÓN DE SOCIO DURANTE EL PROCESO SUCESORIO

### 1. PRELIMINAR

Abierta la sucesión con el fallecimiento del socio, cuando existe una pluralidad de interesados en la misma, se inicia un periodo que comienza con el llamamiento a los herederos designados en el testamento o, en defecto de este, por ley. La herencia en este momento está deferida pero no aceptada. Esta situación, conocida como herencia yacente<sup>1</sup>, se caracteriza por encontrarse los bienes que constituyen la masa hereditaria pendientes de titular o titulares, bien porque están indeterminados al desconocerse quién ha de ser llamado a la sucesión o bien porque los llamados son conocidos pero no han aceptado ni repudiado la herencia (siendo este el caso más frecuente de yacencia hereditaria y el que interesa a efectos societarios). Aceptada la herencia, la posición jurídica de los herederos varía.

Si el causante ha otorgado testamento realizando la partición, cada heredero designado pasará a ser titular del bien adjudicado. Es el caso en que, con el fin de controlar y conservar la sociedad de la que es socio, dispone que las participaciones sociales o las acciones pasen a ser titularidad de un determinado heredero o a un conjunto de ellos según sus propios intereses y los intereses sociales.

Pero si el causante no ha otorgado testamento o si otorgado no comprende la forma de adjudicación de los bienes, la herencia es una herencia indivisa y los herederos forman una comunidad hereditaria, en la que el derecho hereditario *in abstracto* de cada heredero se transforma en una cuota abstracta sobre la titularidad conjunta de la herencia. Por tanto, las participaciones sociales y las acciones forman parte de esa comunidad hereditaria sin tener un titular concreto y determinado.

Pertenecer a una sociedad supone la asunción de un conjunto de derechos y obligaciones, la condición de socio, que representa una posición jurídica compleja<sup>2</sup>. Por otro lado, las participaciones sociales y las acciones son indivisibles (art. 90 LSC), lo que significa que no pueden fraccionarse en otras de menor valor nominal por la mera voluntad de su propietario. Esta indivisibilidad, según opinión mayoritaria de la doctrina, supone, a su vez, la indisociabilidad o inescindibilidad de los derechos que forman esa posición jurídica de socio, es decir, la imposibilidad de transmitir la titularidad de la participación o de la acción con reserva de derechos o de ceder uno o varios derechos de forma separada a la condición de socio. En consecuencia, cuando existe una pluralidad subjetiva en el lado activo de la relación esta debe asumir la posición jurídica compleja o derecho subjetivo que es la condición de socio y debe asumirla sin posibilidad de disgregar las facultades o derechos que la integran.

La herencia yacente y la comunidad hereditaria representan así situaciones de pluralidad de herederos vinculados por un status personal —llamado a la herencia o heredero que ha aceptado la herencia— a un patrimonio común o herencia. Situaciones de pluralidad que cumplen los requisitos de la comunidad ordinaria —dos o más sujetos, objeto en común y relación jurídica que los

une<sup>3</sup>— pero que se alejan de ella en su esencia<sup>4</sup>, y que va a afectar, mientras no se produzca su disolución al ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio, relativo a las participaciones sociales y a las acciones que forman parte del caudal hereditario.

En estos casos, el causante, para orientar el ejercicio de los derechos de socio desde el momento de la apertura de la sucesión hasta que se produzca la partición de la herencia y adjudicación definitiva de los bienes, puede adoptar las previsiones testamentarias que estime oportunas, como disponer que los derechos de asistencia y voto en las juntas generales se ejerciten por un albacea o por uno de sus herederos<sup>5</sup>. La cuestión se plantea cuando, a falta de previsiones testamentarias, es necesario determinar si es posible actuar frente a la sociedad y, en su caso, quién ha de ejercer estos derechos, teniendo en cuenta las normas específicas de la comunidad correspondiente (derecho de sucesiones) y el principio societario de unificación subjetiva del ejercicio de los derechos de socio (derecho societario).

## 2. YACENCIA HEREDITARIA: LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS DE SOCIO

La titularidad de las participaciones sociales y de las acciones mientras dura la yacencia pende hasta que no se produzca la aceptación por los llamados a la herencia. La sociedad, en esta situación, no puede reconocer como socio a quien no es titular legítimo (art. 91 LSC) ni menos aún a quien no tiene personalidad jurídica (la herencia yacente) para ostentar tal condición.

Ante esta situación de indeterminación, lo normal es que los derechos de socio frente a la sociedad se encuentren en suspenso (no hay titular que los ejerza) hasta que se produzca la aceptación por el heredero o los herederos<sup>6</sup>, recuperándose el pleno ejercicio de los derechos sociales en el momento en que se comunique y se inscriba en el registro de socios o en el registro de acciones nominativas la identidad de los nuevos titulares<sup>7</sup>. Sin embargo, mantener una postura restrictiva no siempre conviene al interés social y de terceros, pues puede bloquear su funcionamiento, máxime si la participación es de control y decisión<sup>8</sup>.

En esta situación, desde la perspectiva del derecho sucesorio, lo normal será considerar a la sociedad legitimada para compeler a los llamados a aceptar o repudiar la herencia en calidad de interesada (art. 1005 del Código Civil). Desde la propia sociedad, podría reconocerse a la herencia yacente —sobre todo, cuando los llamados y posibles sucesores son conocidos— cierta capacidad para actuar frente a la sociedad para que se puedan ejercer actos concretos. En tal caso, sería suficiente, para dar validez y legitimar su actuación, que los llamados acrediten que efectivamente se hallan integrados en dicha comunidad, por haber sido vocados a la herencia del causante, por vía testamentaria o intestada. Como se puede colegir de lo expuesto, la sociedad adoptará estas medidas, en su propio interés, permitiendo (aunque no existe obligación) el ejercicio de determinados derechos sociales por los llamados sin ostentar la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones. Los llamados, por su parte, realizarán esos actos si tienen interés en mantener la integridad del paquete de participaciones sociales y de acciones para su titular futuro (art. 394 del Código Civil) y siempre que dichos actos no supongan una aceptación tácita de la herencia, es decir, solo ejercerá aquellos derechos que tengan como finalidad la conservación o administración provisional de la posición societaria del causante (art. 999.4.º del Código Civil).

Ahora bien, desde la perspectiva societaria, siguiendo el principio general de unificación subjetiva del ejercicio de los derechos sociales inherentes a la condición de socio en los supuestos de pluralidad de titulares de participaciones sociales o acciones, es necesario que se designe una sola persona o una representante común (art. 126 LSC). La designación de una persona para que actúe frente a la sociedad y tome decisiones es, por tanto, una norma imperativa no alterable por normas convencionales que regulen de forma distinta el ejercicio de los derechos. Ahora bien, la norma no obliga a la sociedad a oponerse a la actuación que no se realice a través de representante común. La sociedad puede renunciar voluntariamente a esa facultad y aceptar el ejercicio de alguno de los derechos por determinados llamados o mediante otras formas distintas a la del representante común (ejercicio de uno solo en beneficio de todos; asistencia a la junta general de todos los copropietarios; distribución de dividendos en cuotas; impugnación de acuerdos nulos por cualquier cotitular en interés de la comunidad, etc.)<sup>9</sup>. Esta renuncia es distinta de una posible renuncia anticipada total o parcial de la sociedad, vía estatutos, a la designación de una sola persona que ejerza los derechos sociales y de la aceptación de que se ejerzan por cada interesado los derechos inherentes a las participaciones sociales y a las acciones<sup>10</sup>.

Este acto de designación, necesario y obligatorio, es un acto a realizar por los llamados que aunque, en principio, no supone ninguna alteración ni modificación de la participación societaria, sino que favorece su conservación, requiere que quien actúe limite sus relaciones con la sociedad a los actos de administración provisional, para que no suponga una aceptación indirecta. Además, la designación presenta la particularidad de que, si no se adopta por todos de común acuerdo, requiere determinar previamente qué cuota corresponde a cada uno de los llamados. Si el testador ha determinado la participación de los posibles llamados en la herencia esta sería la referencia; sin embargo, en caso de no manifestarse nada en el testamento, lo más adecuado será adoptar el acuerdo por mayoría en función del número de llamados, en respeto a la igualdad de derechos y obligaciones y de acuerdo con lo establecido en el artículo 765 del Código Civil, que determina que los herederos instituidos sin designación de partes heredarán por partes iguales (en analogía con el art. 393 del Código Civil, segundo párrafo, que presume iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad)<sup>11</sup>. En caso de no ponerse de acuerdo sobre la designación o para evitar que determinados actos ejercitados a título individual sean calificados como de aceptación, los llamados pueden solicitar el nombramiento de un administrador que podrá tomar todas las medidas necesarias sobre administración del caudal, su custodia y conservación.

En conclusión, durante este periodo las participaciones sociales y las acciones carecen de un titular legítimo y, por tanto, la sociedad no puede reconocer la condición de socio a ningún sujeto. Sin embargo, en su propio interés, podría permitir que la condición de socio se ejercite por un representante de la herencia yacente (designado por los llamados; un llamado a título particular; el administrador judicial de la herencia) que actúe en nombre de los futuros titulares expectantes.

### 3. COMUNIDAD HEREDITARIA: EL CAMBIO EFECTIVO DE TITULARIDAD

A diferencia de la herencia yacente, la pertenencia de las participaciones sociales o de las acciones a la comunidad hereditaria supone un verdadero cambio de titularidad, objeto de una nueva inscripción en el libro registro de socios o

de acciones nominativas. Esta inscripción requiere de justificación documental (normalmente la escritura otorgada por los herederos) donde conste la aceptación y la falta de división de la herencia.

La sociedad inscribirá la comunidad hereditaria del socio fallecido y no a sus miembros individualmente ya que no se inscriben en concepto de titulares de una parte concreta sobre las participaciones sociales o las acciones sino en cuanto participan de la comunidad hereditaria a la que pertenecen<sup>12</sup>. La jurisprudencia llega incluso a considerar que la condición de socio la ostenta la propia comunidad hereditaria y no sus partícipes<sup>13</sup>. Y los tribunales, en aplicación de los principios de apariencia y confianza que rigen las relaciones en derecho societario, declaran que la convocatoria de junta general efectuada al socio una vez conocido su fallecimiento carece de efectos y, para que sea válida, es necesario que se efectúe a los miembros de la comunidad hereditaria (o a su representante)<sup>14</sup>. Nuevamente se ha de respetar el principio de unificación subjetiva del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio, si bien con una matización, que el socio causante haya designado un albacea en su testamento.

Si el socio fallecido ha designado albacea en su testamento, el ejercicio de los derechos de socio se llevará a cabo por dicha persona. Sin embargo, el albacea puede encontrarse en dos situaciones distintas: (i) que el testador haya determinado los derechos a que alcanza su legitimación y la forma de ejercerlos; o (ii) que el testador no haya dispuesto expresamente las facultades del albacea.

En el primer supuesto, disposición expresa sobre las facultades en el testamento, el albacea tiene todas las facultades que expresamente le haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes (art. 901 del Código Civil). Por tanto, si existe un albacea designado por el testador con facultades expresas para administrar las participaciones sociales y las acciones y actuar frente a la sociedad es el legitimado para ejercer los derechos de socio en nombre de la comunidad<sup>15</sup>, sin que precise del consentimiento ni autorización de los herederos pues le asiste la posición jurídica de ostentar una representación atribuida por el propio testador. Los dos ámbitos de actuación respecto a las partes en el capital, el ámbito interno o de gestión y el externo o de representación, recaen sobre un mismo sujeto, el albacea. En el segundo supuesto, cuando el causante designa un albacea pero no determina las facultades que le corresponden respecto a la herencia, entran en juego las normas reguladoras del albaceazgo<sup>16</sup>. El albacea debe limitar su actuación a tomar las medidas provisionales, necesarias para la conservación y custodia de los bienes con la intervención de los herederos presentes (art. 902.4.º del Código Civil)<sup>17</sup>. En cualquier caso, las medidas no alcanzan, en términos generales, a la administración de los bienes hereditarios salvo que sea necesaria para cumplir aquella obligación general de conservación y custodia de los bienes<sup>18</sup>. De ahí que deba limitarse su actuación personal a aquellos actos que tengan como fin mantener la posición de socio (pagar desembolsos pendientes, efectuar prestaciones accesorias no personalísimas o ejercer el derecho de adquisición preferente), pero no podrá ejercer, sin la debida designación por los herederos, otros derechos, como asistir y votar en las juntas de socio, que se encontrarían limitados por sus efectos, ya que si se trata de adoptar acuerdos como la disolución, fusión o escisión de la sociedad se estarían realizando actos de disposición y no meros actos conservativos<sup>19</sup> lo que no tiene apoyo en el citado artículo. En este caso, debería recurrirse al nombramiento de un representante de la herencia frente a la sociedad.

Por tanto, a falta de disposición testamentaria o acuerdo, la no existencia de una previsión normativa (o, en su caso, estatutaria) de quién será quien ejercite

los derechos<sup>20</sup> exige la aplicación de lo dispuesto en el artículo 126 LSC para los supuestos de copropiedad y acordar el nombramiento del representante de acuerdo con las normas de la comunidad ordinaria<sup>21</sup>. Tal designación es un acto de administración que debe regirse por el criterio de la mayoría, entendida como mayoría de cuotas o intereses económicos (art. 398 del Código Civil). Si no se alcanza la mayoría (supuesto no infrecuente cuando en la comunidad los intereses están igualados y existen dos grupos opuestos), se habrá de acudir a la vía judicial para que designe dicho administrador.

Por último, es necesario destacar que el ejercicio de los derechos de socio en nombre de la comunidad hereditaria no siempre requiere de un representante. Hay derechos cuyo ejercicio comporta o puede comportar un beneficio para la sociedad (nombramiento de auditor de cuentas; requerimiento de levantamiento de acta notarial de junta general<sup>22</sup>; impugnación de acuerdos sociales<sup>23</sup>, etc.) lo que permite que se ejerciten por un solo partícipe de la comunidad hereditaria; o en las sociedades, compuestas por pocos socios con un elemento *intuitu personae* destacable, se admite, sin necesidad de una designación expresa, la actuación de quien de forma constante y tolerada actúa en nombre del socio fallecido o que en la propia junta se nombre al representante (máxime si los demás socios también son miembros de la comunidad y el designado es heredero y socio)<sup>24</sup>.

### III. PARTICIÓN DE LA HERENCIA: DESTINO DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES

#### 1. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA: EFECTOS SOCIETARIOS Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL SOCIO FALLECIDO

La forma más habitual de extinción de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia. La partición consiste en la adjudicación a cada miembro de la comunidad hereditaria de los bienes y derechos que constituyen la herencia<sup>25</sup>. La naturaleza de este acto jurídico sucesorio, como sucede en la división de otras copropiedades y comunidades, ha sido objeto de debate en la doctrina<sup>26</sup>. Se califica, por unos, como acto de carácter traslativo al considerar que el título que legitima al adjudicatario es el derivado de la partición y no su condición de heredero<sup>27</sup>; otros defienden que es un acto simplemente declarativo, por el que se concretan los derechos de cada heredero adquiridos directamente del causante; y otros consideran que es un acto especificativo de derechos, pues no hay transmisión ni transformación de derechos, sino que el acto tiene como fin concretar derechos preexistentes. A efectos societarios, cualquiera que sea la calificación del acto sucesorio, el cambio de titularidad de las acciones y de las participaciones sociales supondrá siempre una transmisión *mortis causa*, sujeta al régimen previsto en la ley o en los estatutos sociales.

Ahora bien, si el socio fallecido estaba casado, es necesario tener en cuenta el régimen que regía su matrimonio. En caso de ser el régimen de sociedad legal de gananciales habrá de determinarse la naturaleza privativa o ganancial de las participaciones sociales o de las acciones. Si estas eran gananciales, es necesario efectuar, antes de extinguir la comunidad hereditaria, la liquidación de la sociedad de gananciales<sup>28</sup>.

Será, en caso de incluirse en el haber hereditario, cuando las participaciones sociales y las acciones del socio fallecido se podrían adjudicar en propiedad a favor de uno, varios o todos los herederos en un número determinado o por



cuotas partes de forma que se constituya una copropiedad sobre participaciones sociales o acciones<sup>29</sup>.

2. PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES DEL SOCIO FALLECIDO. GANANCIALIDAD Y TITULARIDAD. DERECHOS DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE ENTRE LOS CÓNYUGES

El fallecimiento de un cónyuge no solo abre su sucesión (art. 657 del Código Civil), sino que también es causa de disolución del matrimonio (art. 85 del Código Civil), lo que supone la conclusión de la sociedad de gananciales (art. 1392.1.º del Código Civil). En ese momento se produce, por tanto, la apertura de dos procesos: el de sucesión y el de liquidación de la sociedad de gananciales, proceso este último que, aunque de facto se pueda concebir como actividad integrada en el conjunto de operaciones particionales, en sentido estricto, consiste en un conjunto de actos jurídicos distintos e independientes<sup>30</sup>. De hecho, los herederos concurren a la liquidación, no a título de coherederos sino ocupando la posición jurídica del cónyuge fallecido, por lo que las disposiciones testamentarias que sobre las acciones o las participaciones sociales haya podido efectuar no tienen ninguna influencia en esta fase. Debe producirse la adjudicación a la comunidad hereditaria del socio fallecido para que las disposiciones testamentarias tengan sus efectos, pues, aunque el artículo 1380 del Código Civil, permite que se disponga de un bien ganancial testamentariamente, sus efectos quedan supeditados a la adjudicación a la herencia del testador de dicho bien, de forma que si las acciones o participaciones sociales de control fueran de naturaleza ganancial y el testador las adjudica en virtud del artículo 1056.2.º del Código Civil, la adjudicación tendrá validez si liquidada la sociedad de gananciales se adjudican a su haber hereditario<sup>31</sup>.

En consecuencia, el patrimonio hereditario del socio fallecido no quedará delimitado objetivamente hasta el momento en que se produce la liquidación de la sociedad de gananciales: solamente practicada la liquidación, pasarán a la comunidad hereditaria los bienes concretos adjudicados. Es decir, primero se disuelve la sociedad de gananciales y acto seguido se efectúa la partición hereditaria<sup>32</sup>. Se liquida la masa ganancial perteneciente a cada uno de los cónyuges y, posteriormente, se parte la masa hereditaria formada por los bienes gananciales adjudicados al cónyuge fallecido junto a sus propios bienes privativos. Las participaciones sociales y las acciones requieren, por tanto, para poder ser adjudicadas a la comunidad hereditaria gananciales, haberse adjudicado en su haber tras la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Es importante, en este punto, hacer una matización. Las participaciones sociales y las acciones se califican como gananciales atendiendo a los criterios establecidos en los artículos 1346 y sigs. del Código Civil, con independencia de la forma en que se documente la adquisición: por ambos cónyuges para la sociedad de gananciales; adquirirse por un cónyuge con el consentimiento del otro, haciendo constar que se adquieren para la sociedad de gananciales; o adquirirse por un solo cónyuge sin dejar constancia de que se adquieren para la sociedad de gananciales.

Esta disparidad entre ganancialidad y titularidad se refuerza, a efectos societarios, con la vinculación entre la persona del cónyuge titular y la condición de socio, fundamentalmente a través de la fijación de cláusulas limitativas a la transmisibilidad. En este supuesto, acciones o participaciones sociales adquiridas, constante matrimonio con fondos comunes, por uno solo de los cónyuges con

el fin de constituir una sociedad con otros socios teniendo en cuenta sus cualidades o relaciones personales, plantea por la doctrina si debe considerarse esta vinculación societaria personal un elemento esencial para determinar el carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales y de las acciones. Si se parte de que no existe una previsión en tal sentido en nuestro ordenamiento vigente, ha de concluirse que ni la configuración de la sociedad de capital puede interferir en los criterios de adscripción de los bienes a las masas patrimoniales que conforman la sociedad de gananciales, ni el derecho civil económico-matrimonial puede imponer la existencia de ganancialidad cuando en la sociedad existen elementos personalistas que hacen que el cónyuge del reconocido socio sea un tercero para la sociedad.

En el ámbito civil, el criterio de la procedencia de los fondos determina la ganancialidad de la participación social o de la acción se haga la adquisición para la comunidad o bien para uno de los cónyuges (art. 1347.3.º del Código Civil), por lo que dichas participaciones sociales o acciones formarán parte de la sociedad de gananciales, aunque solo uno de los cónyuges se halle legitimado frente a la sociedad para ejercer los derechos de socio.

Desde el punto de vista de la doctrina mercantilista, se defendió, en un primer momento, que en las sociedades en las que los socios están vinculados por una relación de parentesco, familiar o profesional, la condición de socio reside en el adquirente y consecuentemente su titularidad es privativa<sup>33</sup>. La atribución del carácter privativo a la participación evita la intervención del cónyuge no socio en los asuntos de la sociedad, no solo durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sino también en el momento de su liquidación. En este caso, la participación queda sujeta a las responsabilidades y obligaciones personales de su titular. La atribución del carácter privativo a la participación se fundamentaba en la aplicación preferente del artículo 1346.5.º del Código Civil que, excepcionando el principio de subrogación real (salvo el derecho de reembolso de la aportación ganancial), declara la privatividad de aquellos bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *inter vivos*. Este planteamiento, basado en la inherencia de las participaciones sociales y de las acciones a la persona del socio, requiere analizar si en ellas se dan las notas esenciales de estos bienes vinculados a la persona, es decir, si se trata de bienes extracomercio, inembargables, inejecutables en los que el ejercicio por su titular es infungible. Pues bien, si se analiza la naturaleza de la participación en una sociedad de capital queda desvirtuada la inherencia participación-socio, aun cuando existan cualidades, requisitos o prestaciones accesorias vinculadas a la condición de socio.

En la doctrina científica, consciente de que la calificación de la titularidad de la participación en una sociedad de capital según la procedencia de los fondos (ganancialidad) o por la inherencia de la condición de socio a la persona que figura como titular frente a la sociedad (privatividad)<sup>34</sup> no es solución suficiente para conjugar los intereses familiares y societarios, se han buscado vías para conciliar ambas posturas (distinción entre título y derechos patrimoniales<sup>35</sup>; distinción titularidades en la participación<sup>36</sup>; subparticipación en la participación<sup>37</sup>), sin llegar a una solución armonizada.

Por tanto, la forma de documentar su adquisición en la escritura pública tiene repercusión solo a efectos societarios. Esta circunstancia va a determinar al legitimado para ejercitar los derechos sociales (art. 91 LSC) y, en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, la adjudicación supondrá una especificidad de derechos (de comunidad a un solo titular) o una transmisión sometida al régimen estatutario o legal de transmisibilidad establecido cuando

se adjudiquen al cónyuge no socio, es decir, al que no figura como titular legítimo<sup>38</sup>. Es decir, al cónyuge no socio le pueden ser adjudicadas las participaciones sociales y las acciones, pero para la sociedad será un nuevo titular (al figurar inscritas a nombre solo del otro cónyuge).

Es decir, si el cónyuge no socio recibe las participaciones en pago de sus gananciales se está ante la misma casuística que cuando se realiza la liquidación por actos *inter vivos* entre los cónyuges, pues aunque la disolución de la sociedad de gananciales se produce por el fallecimiento del socio, el cónyuge no socio no adquiere las participaciones sociales o las acciones por transmisión *mortis causa* sino por adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales. Esto lleva a considerar la aplicación de las restricciones estatutarias a la transmisión *inter vivos*, pudiendo fundarse, en este caso, en que al fallecer el socio su cónyuge pierde la vinculación que tenía con la sociedad. Se convierte así en un extraño para la sociedad y, por tanto, son de aplicación las restricciones a la transmisibilidad *inter vivos* legal o estatutariamente establecidas. Nuevamente son los estatutos la vía que permite evitar los conflictos derivados de la interrelación entre ambas normativas. De hecho son habituales las cláusulas estatutarias que permiten que el cónyuge no socio adquiera tal condición mientras permanezca viudo —sobre todo, en sociedades familiares y sociedades instrumentales del ejercicio de la actividad—, pero con un derecho de rescate a favor de los demás socios que obliga a la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones en caso de volver a contraer matrimonio o constituirse en pareja de hecho. Es decir, se produce una transmisión de la participación condicionada a que no se produzcan determinados hechos.

Por último, en relación con la adjudicación en la liquidación de la sociedad de gananciales, hay que tener en cuenta los derechos de adjudicación preferente entre cónyuges. El artículo 1406, 2.º del Código Civil<sup>39</sup> recoge expresamente que el cónyuge que hubiere gestionado efectivamente la explotación tiene derecho a que con preferencia se incluya en su haber. Es un derecho que exige no la titularidad de la «explotación», sino la «gestión efectiva» de la misma.

Este derecho así concebido, vinculación a la gestión y no a la titularidad, permitiría hacer extensivo el derecho de atribución preferente a las participaciones sociales y a las acciones gananciales<sup>40</sup>, en caso de gestión efectiva de una sociedad de capital. Para ello es necesario:

- i) Delimitar la sociedad como organización de personas a través de un contrato para el ejercicio/explotación de una actividad<sup>41</sup>.
- ii) Ejercer efectivamente la gestión de la sociedad. Esta competencia en las sociedades se encomienda a los administradores con funciones ejecutivas o de gestión en la sociedad (art. 209 LSC)<sup>42</sup>. Es habitual en las llamadas «sociedades familiares» o «sociedades personalizadas» que el socio además de titular asuma la posición de administrador.

En principio y siguiendo esta interpretación, será el cónyuge con dicha condición el que tenga derecho a la atribución preferente de las participaciones sociales o de las acciones, aunque no sea su titular formal. Sin embargo, es opinión generalizada, que en caso de que la titularidad de un paquete de control, aunque solo sea formalmente, figure a nombre de uno solo de los cónyuges, aunque este no sea administrador, la titularidad conlleva el control y, en consecuencia, dicho cónyuge también tendría un derecho de atribución preferente<sup>43</sup>. Esta relación de propiedad-gestión-control tiene su mejor reflejo en las sociedades de capital unipersonales.

Por último, no es necesario añadir que, en el caso de que los dos cónyuges sean administradores el derecho decae (la preferencia es de un cónyuge frente al otro) o si el fallecido es el cónyuge administrador, pues el artículo 1406.2.º del Código Civil no sería aplicable ya que se configura como un derecho personal de quien es gestor/administrador<sup>44</sup>. Es decir, en la liquidación de gananciales, la comunidad hereditaria que actúe en nombre del fallecido, no podrá invocar que el fallecido además de socio ejercía la gestión efectiva de la sociedad como administrador.

En conclusión, unas participaciones sociales o unas acciones gananciales que figuran inscritas a nombre de uno solo de los cónyuges (el socio fallecido) pueden, en virtud de una aplicación amplia del artículo 1406.2.º del Código Civil, atribuirse en la liquidación de la sociedad de gananciales al otro cónyuge (administrador de la sociedad pero no socio) o al cónyuge titular de un paquete significativo de participaciones sociales o de acciones que aunque no ostente la condición de administrador tiene el control de la sociedad a través de su posición en la junta general. Únicamente, en el primer supuesto, a efectos de la sociedad, se produce una transmisión, sometida, en su caso, a las restricciones a la libre transmisibilidad establecidas en los estatutos o en la Ley de Sociedades de Capital.

### 3. ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES EN LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA

Efectuada la liquidación de la sociedad de gananciales —o, en su caso, de socio no casado en régimen de sociedad de gananciales—, la inclusión en el patrimonio hereditario de participaciones sociales y de acciones supone para determinados herederos la posibilidad de ejercer con preferencia el derecho de atribución preferente sobre las mismas.

El Código Civil, en relación con la atribución de bienes y derechos de la herencia, reconoce un derecho de atribución preferente directo (art. 1056 del Código Civil) y otros derechos derivados de la partición material por los herederos o por el contador-partidor (art. 1062 del Código Civil).

La Ley 7/2003 (Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa) introdujo una modificación importante en la regulación de la sucesión en la empresa desarrollada por el fallecido. El nuevo apartado del artículo 1056, 2.º párr., del Código Civil, permite mantener indivisa la participación en una sociedad de capital con el fin de preservar y mantener el control de la gestión y evitar los problemas derivados de la sucesión generacional. Se dota así a la familia de instrumentos que permitan diseñar, en vida, la sucesión más adecuada (Exposición de Motivos, II)<sup>45</sup>.

Los únicos límites impuestos a esta partición por el propio testador son los impuestos legalmente, es decir, la necesaria titularidad de los bienes y el respeto a la intangibilidad de las legítimas (art. 675 del Código Civil). El respeto a las legítimas exige que el testador no pueda disponer por testamento más que de lo que es suyo, cumplido este requisito está facultado para adjudicar en su propio testamento las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital o de un grupo de sociedades a un solo sujeto de forma que se mantenga el control en una sola mano y siempre que se ordene el pago en metálico de las legítimas a los demás interesados. El precepto concede una facultad al testador en vida para después de la muerte. Se efectúa una disposición *mortis causa* que requiere, en todo caso, de un testamento.

Si el testador no efectúa la partición y adjudica las participaciones sociales y las acciones de forma que se mantenga el control societario, la única vía posible

para que los herederos que ya sean socios o hayan gestionado la sociedad tengan preferencia en su adjudicación es invocar el artículo 1062 del Código Civil. Este artículo prevé que, cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, se pueda adjudicar a uno solo de los herederos, siempre que se abone a los demás el exceso en dinero. En principio, la aplicación de la indivisibilidad material recogida en este precepto cuando existe más de una participación social o de una acción, podría ser causa de objeción. Ahora bien, se podría alegar que la división del paquete de participaciones sociales o de acciones, máxime si se trata de un paquete de control, puede repercutir en el funcionamiento de la sociedad al disgregarse la unidad de decisión ostentada por el socio causante. Se trataría de una cuestión de hecho que requiere la apreciación conjunta de las circunstancias concurrentes y de una interpretación del artículo 1062 del Código Civil, integrada por el espíritu del artículo 1056 del Código Civil<sup>46</sup>.

#### IV. TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA CONDICIÓN DE SOCIO: DERECHO DE ADQUISICIÓN DE PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE ACCIONES

Siguiendo la línea expositiva, cuando fallece el socio a cuyo nombre figuran las participaciones sociales o las acciones, en la sociedad tendrá lugar una transmisión, bien derivada de la liquidación de la sociedad de gananciales, o bien previa adjudicación a la masa hereditaria, de la partición de la herencia. Es decir, integradas las participaciones sociales o las acciones en la masa hereditaria y adjudicadas al cónyuge supérstite o a los herederos, legitimarios o a un tercero es de aplicación el régimen de transmisión *mortis causa* previsto en la Ley de Sociedad de Capital (arts. 110 y 124 LCS).

La Ley de Sociedades de Capital establece el principio general de que la transmisión *mortis causa* supone la adquisición por parte del heredero de la condición de socio. Ahora bien, establecido el principio general, se permite que en los estatutos sociales de las sociedades de capital se fijen restricciones a la transmisión *mortis causa*, fijando un derecho de adquisición a favor de los socios y, en su defecto, a favor de la sociedad.

El punto de partida de la legislación es la adquisición hereditaria de las participaciones sociales o de las acciones<sup>47</sup>. Se trata de una transmisión que se produce *ex lege* que confiere al heredero o legatario la condición de socio (relación jurídica que pertenecía al socio causante). Es decir, la adquisición hereditaria confiere la titularidad, sin embargo, esta adquisición se puede ver limitada en sede de la sociedad por restricciones estatutarias.

Así, la propia Ley prevé que se podrá establecer en los estatutos sociales un derecho de adquisición a favor de los socios sobrevivientes y, en su defecto, a favor de la sociedad, de las participaciones que pertenecían al socio fallecido (art. 110.2 LSC). En el caso de acciones, este derecho de adquisición es aún más amplio: es suficiente con que la sociedad presente al heredero un adquirente o se ofrezca a adquirir dichas acciones ella misma (art. 124.2 LSC)<sup>48</sup>. Se trata de cláusulas restrictivas que solo pueden invocarse una vez que tiene lugar la transmisión *mortis causa* y se comunica a la sociedad. Son, en consecuencia, derechos de adquisición cuya naturaleza es la de cláusula de rescate.

En consecuencia, la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones se transmite *mortis causa*, pero la transmisión de la condición de socio queda supeditada a que el beneficiario (socio sobreviviente, sociedad o tercero adquirente) ejerciten su derecho de adquisición en el plazo fijado. Es decir, el

heredero o quien haya sido designado sucesor en la titularidad (vía testamentaria, en aplicación o no del artículo 1056.2.º del Código Civil) o, incluso, la comunidad hereditaria que comunique la aceptación de la herencia a la sociedad, están obligados a transmitir las participaciones sociales o las acciones si se ejercita el derecho.

Se puede concluir, por tanto, que el efecto de las restricciones a la libre transmisibilidad *mortis causa* es evitar que la voluntad del testador o de los herederos al efectuar la partición hereditaria pueda afectar a los intereses sociales (protección de los intereses de los socios frente a la entrada de terceros ajenos a la sociedad), de forma que la participación en el capital social se sustituya por su valor razonable. Se respeta la sucesión pero se transforma la participación material en el interés patrimonial que representa.

## V. CONCLUSIÓN FINAL: DISTINCIÓN NECESARIA ENTRE TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA* DE LA TITULARIDAD DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES Y DE LAS ACCIONES Y TRANSMISIÓN DE LA CONDICIÓN DE SOCIO

I. Durante las distintas fases del proceso sucesorio, herencia yacente, comunidad hereditaria o comunidad postganancial, la condición de socio —en cuanto representa el conjunto de derechos y obligaciones sociales del titular de las participaciones sociales y de las acciones— se ejerce en beneficio del futuro titular que resultará de la partición de la herencia del socio fallecido. Producida la adjudicación o permaneciendo la herencia indivisa pero aceptada, se asume por el heredero o por la comunidad hereditaria la posición jurídica del causante, por tanto, solo a partir de ese momento se produce la transmisión de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones.

II. Teniendo en cuenta que la sucesión por causa de muerte es un mecanismo transmisivo indisponible por las partes, una vez que la participación en el capital social ha entrado a formar parte de la herencia del socio causante, la misma se transmite *ex lege* a sus causahabientes (arts. 657 y 661 del Código Civil). Eso supone que los socios ni pueden impedir la transmisión ni adquirir la participación del socio fallecido con preferencia a herederos o legatarios. El medio que puede utilizarse para restringir la transmisión *mortis causa* es la cláusula de adquisición rescate, establecida en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 110 y 124). El régimen de restricciones a la transmisión *mortis causa*, tanto en la sociedad de responsabilidad limitada como en la sociedad anónima, requiere como presupuesto previo necesario la adquisición de la titularidad de las participaciones sociales o de las acciones en los términos de la legislación sucesoria. Solo en el momento en que es adquirida la titularidad por un nuevo sujeto opera la cláusula restrictiva que establece el derecho de adquisición.

III. Sea en el momento de la aceptación o en el concreto de la adjudicación, cuando la sociedad tiene conocimiento del sucesor ya se ha producido un acto traslativo *mortis causa* y el ejercicio del derecho de adquisición o derecho de rescate supone una transmisión *inter vivos*, entre el heredero adjudicatario o la comunidad hereditaria y el socio o la propia sociedad<sup>49</sup>.

IV. La transmisión de la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones al heredero o a la comunidad hereditaria se produce, aunque solo sea de forma temporal, pues existe la posibilidad de que se vean obligados a efectuar la transmisión de las participaciones sociales o de las acciones heredadas a favor de los socios o de la sociedad que ejerzan el derecho de adquisición o rescate.

Las restricciones estatutarias producen una limitación de los efectos inmediatos de la sucesión hereditaria, al poderse ver la adjudicación desvirtuada por el ejercicio de los derechos de adquisición pero, en ningún caso, se produce una única transmisión sino dos transmisiones sucesivas: del causante al heredero o legatario y del heredero o legatario al tercer adquirente (sea otro socio, la sociedad o un extraño en caso de acciones nominativas).

V. En conclusión, no existe conflicto de normas, sino que se trata de la aplicación sucesiva de distintas normativas sobre una misma realidad jurídica, la sucesión en la titularidad de las participaciones sociales y de las acciones. Por esta razón, no se puede entender la aplicación de las restricciones estatutarias, cuya finalidad es impedir la entrada de nuevos socios extraños a la sociedad, como violación de las normas testamentarias ni de las normas imperativas de derecho sucesorio. El respeto al derecho a las legítimas<sup>50</sup> está asegurado, pues la sucesión en la titularidad se produce aunque el bien —la participación en el capital social— se vea sustituido por el precio del rescate societario.

Ahora bien, la titularidad de participaciones sociales y acciones se transmite si bien la condición de socio puede no llegar a ser ejercitada por el sucesor, por lo que condición de heredero y condición de socio no siempre van unidas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J. (2018). Pasado y futuro del albaceazgo, en *RCDI*, núm. 765, 195-209.
- (2012). Pasado y futuro del albaceazgo. *RJN*, núm. XII, extraordinario, 11 y sigs., 7-20.
- BEAUS CODES, A. (1982). Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de noviembre de 1982, en *AAMN*, tomo XXVI (Vlex-233213).
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- CADARSO PALAU, J. (1993). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid: Tecnos.
- CALAZA LÓPEZ, A. (2017). El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial: controversias jurídicas y propuestas de *lege ferenda*, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 15.
- CARUANA FONT DE MORA, G. (2014). La comunidad de bienes. En M.J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASTRO SÁEZ, A. (1998). *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*. Universidad de Sevilla. Servicio de Publicaciones.
- COCA PAYERAS, voz «comunidad hereditaria» en *Enciclopedia Jurídica Básica*, 4771-4773.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2008). *Transmisión de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*. Navarra: Aranzadi.
- FERRÉ MOLTO, M. (1998). Derechos sobre participaciones sociales. En Nieto Carol (coord.) *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dikynson, 537-598.
- FUENTES MARTÍNEZ, J.J. (2005). La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad

- hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma. En M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo II. Barcelona: Bosch, 457-499.
- GARCÍA ALEMANY, E. (2017). Capítulo XII: La sucesión «*mortis causa*» en la empresa familiar. En *Cuadernos de Derecho y Comercio*, número extraordinario (ejemplar dedicado a: Panorama actual de la empresa familiar), 631-731.
- GARCÍA HERRERA, V. (2011). La sucesión en la empresa familiar. *RCDI*, núm. 726, 1927-1959
- GARCÍA VICENTE, J.R. (2011). Copropiedad y derechos reales sobre participaciones sociales o acciones (comentario al art. 126). En A. Rojo y E. Beltrán (dirs.), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*. Navarra: Civitas, 1009-1014.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A (2016). *Derecho de Sociedades Mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARRIGUES, J. (1982). *Curso de Derecho Mercantil I* (ed. revisada por A. BERCOVITZ). Madrid.
- GIRÓN TENA, J. (1971). Los cambios de socios en las sociedades de personas. En *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 139-166.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1995), *La herencia yacente*. Barcelona: Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1981). *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de junio de 1981*. Barcelona: Bosch.
- LARGO GIL, R. (2011). Sociedad nueva empresa, en *RdS*, núm. 36, 239-253.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2015). Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales, en *RCDI*, núm. 752, 3169-3220.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1997). La significación de la reforma. Configuración y representación de la participación social. En C. Paz-Ares (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 21-58.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2013). Comunidad y sociedad, en *AAMN*, 351-382.
- MUÑOZ DELGADO, C. (2018). *Copropiedad de participaciones sociales y acciones. La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1992). *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*. En URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV. Vol. 3. Madrid: Civitas.
- PAZ ARES, C. (2017). Lección 16: Las sociedades mercantiles. En A. MENÉNDEZ y A. ROJO, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra: Civitas, 363-379.
- PERDICES HUETOS, A.B. (2005). Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares. En M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coord.), tomo IV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Barcelona: Bosch, 481-522.
- (2000). *El libro registro de socios, la legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid: Civitas.
- (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid: Civitas.
- (1996). Sociedad de gananciales y titularidad de las participaciones sociales., en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo II, Sociedades mercantiles, Madrid: Civitas, 2237-2268.



- POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P. (2014). La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la participación. En F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y J.A. Torres Lana (dirs.) y O. Monje Balmaseda (coord.), *El Patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Madrid: Dikynson, 1253-1281.
- POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P. y MORETON SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2014). La comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, en *RCDI*, núm. 743, 1418-1433.
- PUIG BRUTAU, J. (1991). *Compendio de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1997). *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SEGURA ZURBANO, J.M. (1996). La comunidad de bienes. En *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado.
- SERRANO GARCÍA, J.A. (1989). Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988), en *ADC*, julio-septiembre, 1037 y sigs.
- SIMÓN MORENO, H. (2015). La copropiedad llamada romana. En Nasarre Aznar (dir.), *Bienes en común*. Valencia: Tirant lo Blanch, 169-226.
- TRIGO GARCÍA, B. (2012). Comentario al artículo 15 de la Ley de Sociedades Profesionales. En AAVV, *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*. Navarra.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. (1999). Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (comentario a los artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada. En URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, vol. 1.º B. Madrid: Civitas.
- VIERA GONZÁLEZ, A.J. (2002). *Las Sociedades de Capital Cerradas. Un problema de Relaciones entre los Tipos SA y SRL*. Navarra: Aranzadi.

## VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

- STS, Primera, de 6 de junio de 2016
- STS, Primera, de 23 de junio de 2015
- STS, Primera, de 16 de septiembre de 2010
- STS, Primera, de 14 de febrero de 2005
- STS, Primera, de 5 de noviembre de 2004
- STS, Primera, de 26 de febrero de 2004
- STS, Primera, de 7 de abril de 2000
- STS, Primera, de 30 de abril de 1999
- SAP Alicante, de 9 de marzo de 2006
- SAP Madrid, 18 de febrero de 2011
- SAP Ourense, de 30 de junio de 2017
- SAP Zaragoza, de 20 de abril de 1995
- RDGRN, de 4 de marzo de 2015
- RDGRN, de 13 de junio de 2013

NOTAS

<sup>1</sup> Esta figura es admisible por la influencia romanista de nuestro derecho de sucesiones, CASTRO SÁEZ, A. (1998), *La herencia yacente en relación con la personalidad jurídica*, Universidad de Sevilla: Servicio de Publicaciones; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D. (1995), *La herencia yacente*, Barcelona: Bosch; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1997), *La herencia yacente (vertientes personal y patrimonial)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>2</sup> GARRIGUES, J. (1982), *Curso de Derecho Mercantil I* (ed. Revisada por A. Berco-vitz), Madrid, 1982, 453; GARCÍA-CRUCES GÓNZALEZ, J.A. (2016), *Derecho de Sociedades Mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch, 192; PERDICES HUETOS, A.B. (1997), *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid: Civitas, 32.

<sup>3</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954), *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 27-30; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Comunidad y sociedad* (2013), en *AAMN*, 360-361; SEGURA ZURBANÓ, J.M. (1996), *La comunidad de bienes*, en *Comunidades de bienes, cooperativas y otras formas de empresa*, vol. I, Consejo General del Notariado, 15 y sigs.; SIMÓN MORENO, H. (2015), *La copropiedad llamada romana*, en *NASARRE AZNAR* (dir.), *Bienes en común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 169 y sigs.

<sup>4</sup> MUÑOZ DELGADO, C. (2018), *Copropiedad de participaciones sociales y acciones. La comunidad hereditaria y la sociedad legal de gananciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 110 y sigs.

<sup>5</sup> FUENTES MARTÍNEZ, J.J. (2005), *La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos)*. La empresa y la responsabilidad hereditaria ultra vires. Algunas propuestas de reforma, en M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, tomo II. Barcelona, Bosch, 459.

<sup>6</sup> Los nuevos titulares podrán ejercer los derechos derivados de los acuerdos adoptados durante la yacencia que todavía persistan, como puede ser el cobro de dividendos o la suscripción preferente (en consonancia con el artículo 989 del Código Civil que declara el efecto retroactivo de la aceptación).

<sup>7</sup> Algunos autores, opinan que cuando el heredero o herederos no reclamen los derechos de su causante o tarden un tiempo en solicitar directa o implícitamente su legitimación ante la sociedad se produce «una suspensión del lado activo de la condición de socio, del mismo modo, por ejemplo, que en el caso de la mora del socio o de la adquisición de acciones en autocartera», PERDICES HUETOS, A.B. (2000), *El libro registro de socios, la legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 218.

<sup>8</sup> El Tribunal Supremo ha llegado a declarar la nulidad de la sociedad de capital cuando la situación de yacencia de las participaciones sociales o de las acciones impide adoptar determinados y fundamentales acuerdos sociales para cuya aprobación se exige un quórum especial o cualificado (A título de ejemplo, la STS, 1.<sup>a</sup>, núm. 347/2000, de 7 de abril, que resuelve un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de abril de 1995, que confirmaba la de instancia, en la que se acordaba la disolución, instada por el administrador único, de una sociedad de responsabilidad limitada, formada por dos hermanos, que poseían cada uno de ellos el 50% y el 30% respectivamente, y la herencia yacente del padre, con un 20% de las participaciones sociales, por existir una manifiesta enemistad entre los hermanos que impedía la adopción de acuerdos válidos a la vista de las mayorías previstas en algunos temas trascendentales, tales como aumento o reducción del capital social, prórroga de la duración de la sociedad, fusión o transformación de la misma, su disolución o la modificación de la escritura social, lo que suponía la paralización del funcionamiento de los órganos sociales y la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social).

<sup>9</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (1992), *Copropiedad, usufructo, prenda y embargo*, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo IV. Vol. 3. Madrid, Civitas, 18 y 49-50. En el mismo sentido, PERDICES HUETOS, admite la renuncia del ejercicio unitario de los derechos allí donde sea posible —por ejemplo, para los derechos económicos (*El libro registro de socios...*, op. cit., 203).

<sup>10</sup> Consideran ineficaz el pacto convencional o estatutario, FERRÉ MOLTO, M. (1998), *Derechos sobre participaciones sociales*, en Nieto Carol (coord.) *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid: Dickynson, 545 (aunque añade que, con reservas, puede aceptarse el

ejercicio independiente en ciertos derechos patrimoniales, como el derecho al dividendo, es decir cuando se trata de derechos cuyo objeto es divisible, pero será de imposible aplicación en otros derechos sociales como el del voto); GARCÍA VICENTE, J.R. (2011), Copropiedad y derechos reales sobre participaciones sociales o acciones (comentario al art. 126), en A. Rojo y E. Beltrán (dir.), *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*, Navarra, Civitas, 1011.

<sup>11</sup> La SAP Madrid (Sec. 28.<sup>a</sup>), núm. 46/2011, de 18 de febrero, estima suficiente que la sociedad compruebe que quien actúa en el seno de las juntas lo hace con el respaldo de «la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad» —lo que se considera necesario conjugar mediante la operatividad del régimen de mayorías previsto en el artículo 398 del Código Civil— «y ello porque de otro modo cualquier conflicto interno entre los interesados en la herencia yacente sería capaz de provocar la “inercia” y la “paralización” de la actividad societaria».

<sup>12</sup> POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2014), Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, en *RCDI*, núm. 743, 1418-1443.

<sup>13</sup> STS, Primera, de 5 de noviembre de 2004, núm. 1082/2004.

<sup>14</sup> SAP Alicante, Sec. 8.<sup>a</sup>, núm. 108/2006, de 9 de marzo

<sup>15</sup> Según el artículo 894.2.<sup>o</sup> del Código Civil el testador podrá nombrar uno o más albaceas que podrán ser nombrados mancomunada, sucesiva o solidariamente. En los casos de existir más de un albacea habría que estar a la existencia o no de las disposiciones testamentarias sobre la administración de las participaciones sociales, pues frente a la sociedad es necesaria la designación de una sola persona.

<sup>16</sup> Esta figura presenta diferencias de régimen jurídico entre la legislación civil común y determinadas legislaciones forales que regulan con mayor detenimiento y detalle las facultades que legalmente se le atribuyen.

<sup>17</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1981), *Elementos de Derecho Civil, V. Derecho de sucesiones, conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de junio de 1981*, Barcelona, Bosch, 409.

<sup>18</sup> PUIG BRUTAU, J. (1991), *Compendio de Derecho civil, vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Barcelona, Bosch, 321.

<sup>19</sup> ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J. (2018), Pasado y futuro del albaceazgo, en *RCDI*, núm. 765, 195 a 209.

— (2012) *RJN*, núm. XII, extraordinario, 2012, 11 y sigs.

<sup>20</sup> Solo el artículo 188.5, párrafo segundo, del RRM, prevé que las sociedades de responsabilidad limitada pueden establecer en los estatutos la designación de un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria pero siempre que así se establezca en el título sucesorio.

<sup>21</sup> STS, Primera, núm. 383/2016, de 6 de junio.

<sup>22</sup> RRDGRN de 4 de marzo de 2015 y de 13 de junio de 2013.

<sup>23</sup> El Tribunal Supremo reconoce que la legitimación activa de los herederos nace de la transmisión del derecho de impugnación de los acuerdos por sucesión testamentaria de su causahabiente, anterior titular de las participaciones sociales o de las acciones, con independencia de que no se haya realizado la partición de la herencia y esta permanezca indivisa (SAP Alicante, secc. 8.<sup>a</sup>, núm. 108/2006, de 9 de marzo que recoge la doctrina del TS).

<sup>24</sup> STS, Primera, núm. 1082/2004, de 5 de noviembre; STS, Primera, 30 de abril de 1999; y SAP Madrid, 18 de febrero de 2011.

<sup>25</sup> CARUANA FONT DE MORA, G. (2014), La comunidad de bienes, en M.J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 440. POUS DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P. (2014), La acción de división de la herencia y el procedimiento previo de la liquidación del régimen económico de gananciales: Nulidad, rescisión y modificación de la participación, en F. Lledó Yagüe, M.P. Ferrer Vanrell y J.A. Torres Lana (dir.) y O. Monje Balmaseda (coord.), en *El Patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista*, Madrid, Dikynson, 1253 a 1281.

<sup>26</sup> COCA PAYERAS, voz «comunidad hereditaria» en *Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit.*, 4771-4773.

<sup>27</sup> CARUANA FONT DE MORA, G. (2014), La comunidad de bienes, *op. cit.*, 440, matiza que la partición es el título traslativo y «ni el testamento ni el auto de declaración de

herederos son títulos suficientes para justificar el dominio sobre los concretos bienes o derechos de la herencia»; GARCÍA HERRERA, V. (2011), La sucesión en la empresa familiar, en *RCDI*, núm. 726, 1928.

<sup>28</sup> SSTS, Primera, núm. 349/2015, de 23 de junio, y núm. 157/2004, de 26 de febrero. Para un estudio jurisprudencial y doctrinal sobre la naturaleza imperativa de la liquidación de la sociedad de gananciales como acto previo a la partición hereditaria, POU DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P. y MORETON SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2014), Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-matrimonial, *op. cit.*, 1424 y sigs.

<sup>29</sup> STS, Primera, núm. 547/2010, de 16 de septiembre.

<sup>30</sup> POU DE LA FLOR, M.<sup>a</sup> P. y MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2014), Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico-mercantil, *op. cit.*, 1419.

<sup>31</sup> Sobre la fórmula de partición combinada de forma que los dos cónyuges adjudiquen las participaciones sociales o las acciones a favor de la misma persona, v. GARCÍA HERRERA, V. (2011), La sucesión en la empresa familiar, *op. cit.*, 1941 y sigs. y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (2008), *Transmisión de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Navarra, Aranzadi, 269.

<sup>32</sup> Es necesario destacar que, al igual que sucede en el proceso sucesorio, la liquidación de la sociedad de gananciales se puede extender en el tiempo. Durante ese periodo entre la disolución y la liquidación, surge una nueva comunidad, denominada por la jurisprudencia «comunidad postganancial», a la que no son aplicables las normas que regían durante el matrimonio, pues dicho régimen deja de tener vigencia, no existiendo unas normas reguladoras específicas de esta comunidad. Lo habitual y generalmente admisible por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —aunque con matices— es que el cónyuge socio que viene ejerciendo los derechos en la sociedad siga ejerciéndolos durante este periodo si se atiende a la protección de la apariencia jurídica. Por todas, STS, Primera, núm. 50/2005, de 14 de febrero.

<sup>33</sup> SERRANO GARCÍA, J.A. (1989), Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales (en torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988), en *ADC*, julio-septiembre, 1037 y sigs.

<sup>34</sup> V., sobre la materia, CALAZA LÓPEZ, A. (2017), El inmisericorde camino del capital privativo hacia la comunidad ganancial controversias jurídicas y propuestas de *lege ferenda*, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 15.

<sup>35</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1981), en *Elementos de Derecho Civil...*, *op. cit.*, 415 y sigs.; BEAUS CODES, A. (1982), Sociedades de gananciales y sociedades mercantiles, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de noviembre de 1982, en *AAMN*, tomo XXVI (Vlex-233213, 4); FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008), *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, *op. cit.*, 282, conclusión novena; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1997), La significación de la reforma. Configuración y representación de la participación social, en C. Paz Ares (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 54-55; SERRANO GARCÍA, J. A. (1989), Acciones de sociedad anónima cerrada..., *op. cit.*, 1042-1045.

<sup>36</sup> CADARSO PALAU, J. (1993), *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Madrid, Tecnos, 129.

<sup>37</sup> PERDICES HUETOS, A.B. (2005), Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares, en M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill (coord.), tomo IV. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Barcelona: Bosch, 2240. En el ámbito de las sociedades de personas, GIRÓN planteó una teoría similar al tratar de la asociación en la parte de socio [Giron Tena, J. (1971)]. Los cambios de socios en las sociedades de personas. En *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, I, Madrid, 156 a 158.

<sup>38</sup> PERDICES HUETOS, A.B. (2005), «Restricciones a la transmisión de acciones y participaciones. Algunas cuestiones respecto a las llamadas sociedades familiares», *op. cit.*, Barcelona, Bosch, 497.

<sup>39</sup> Sobre la posible atribución preferente de las participaciones sociales o de las acciones no existe unanimidad en la doctrina. Para un estudio de las distintas posiciones contrapuestas, v. MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales, en *RCDI*, núm. 752, 3188 y 3189.

<sup>40</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales, en *RCDI*, núm. 752, 3189 y sigs. (interpretación extensiva del objeto y no aplicación analógica del art. 1406.2.º).

<sup>41</sup> Por todos, PAZ ARES, C., Las sociedades mercantiles, en AA.VV. *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, Navarra, 2017, 303 y 304.

<sup>42</sup> GARCÍA CRUCES, J.A., *Derecho de Sociedades Mercantiles*, op. cit., 341 y sigs.

<sup>43</sup> SAP Ourense, núm. 259/2017, de 30 de junio, donde se aplica el artículo 1406.2.º y el artículo 1062 del Código Civil, para adjudicar las participaciones sociales en su totalidad al cónyuge que venía desarrollando la actividad y el control y teniendo en cuenta que la partición del paquete supondría un perjuicio para el buen funcionamiento de la sociedad.

<sup>44</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (2015), Derecho de atribución preferente de acciones y participaciones sociales, en *RCDI*, núm. 752, 3172-3173.

<sup>45</sup> LARGO GIL, R. (2011), Sociedad nueva empresa, en *RdS*, núm. 36, 239-253.

<sup>46</sup> v. interpretación artículo 1062 del Código Civil, en SAP Ourense núm. 259/2017, de 30 de junio, citada. De gran interés en este sentido la enmienda núm. 85 presentada al artículo 15 de la Ley de Sociedades Profesionales (v. TRIGO GARCÍA, B. Comentario al artículo 15 de la Ley de Sociedades Profesionales, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*, Navarra, 2012).

<sup>47</sup> De acuerdo con lo establecido en el artículo 1068 del Código Civil, que dispone que la partición confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados.

<sup>48</sup> Una diferencia importante en la regulación de las restricciones a la transmisión *mortis causa* entre la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima es el distinto momento de valoración de las particiones sociales (fallecimiento del socio) y de las acciones (en el momento de solicitar la inscripción en el registro de acciones nominativas).

<sup>49</sup> La doctrina defiende mayoritariamente que el sistema fijado en la ley es de doble transmisión, *mortis causa* entre el socio fallecido y el heredero e *inter vivos* entre el heredero y el tercero adquirente (socio, sociedad o extraño). Sin embargo, un sector minoritario distingue entre sociedad anónima en la que admite la doble transmisión y sociedad de responsabilidad limitada donde defiende una única transmisión. Dicha diferenciación se basa en el diferente funcionamiento y configuración de la cláusula restrictiva en una y en otra. En las sociedades anónimas existe una doble transmisión, ya que para rechazar la inscripción del nuevo socio es necesario presentar un nuevo adquirente al heredero y, por esta razón, se valoran las acciones en el momento en que el heredero solicita su inscripción como nuevo socio en el libro registro. En cambio, en las sociedades de responsabilidad limitada, la configuración del derecho de adquisición por los socios sobrevivientes se refiere directamente a las participaciones sociales del socio fallecido y al valor razonable del día de fallecimiento, de forma que puede entenderse que los socios adquieren directamente del socio fallecido y lo que este transmite a los herederos es un derecho expectante que, dependiendo de que los socios sobrevivientes ejerciten o no el derecho de adquisición, supondrá que lo que se hereda es el valor de las participaciones sociales o su titularidad, evitando así la doble transmisión PERDICES HUETOS, A.B. (2005), «Restricciones a la transmisión de acciones...», op. cit., 497 y en *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones...*, op. cit., 257; VIERA GONZÁLEZ, A.J. (2002), *Las Sociedades de Capital Cerradas. Un problema de Relaciones entre los Tipos SA y SRL*. Navarra, Aranzadi, 334; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M. (1999). Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada (comentario a los artículos 26 a 34 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo XIV, vol. 1.º B. Madrid: Civitas, 159.

<sup>50</sup> FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, A. (2008), en este sentido, dice que «el establecimiento de cláusulas restrictivas no entraña un gravamen sobre la legítima ex artículo 813 del Código Civil en cuanto, en rigor, ninguna carga puede suponer la condición impuesta en un contrato, el social, que puede anteponerse largo tiempo al fallecimiento del causante» (en *Transmisión Mortis Causa...*, op. cit., 92). GARCÍA ALEMANY, E. (2016), Capítulo XII: La sucesión «mortis causa» en la empresa familiar, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Extraordinario, 695.

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Nulidad de los contratos de adhesión a clubs vacacionales y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico \*

## *Nullity of membership in holiday clubs contracts and timesharing real estate*

por

PROF. DRA. BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Adjunta de Derecho Civil  
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

*RESUMEN:* La importancia del sector turístico en España determina el interés de las empresas intervinientes en la articulación de diversas fórmulas de explotación de los alojamientos y el aprovechamiento de los inmuebles. Entre ellas nos encontramos con la fórmula del aprovechamiento de inmuebles en régimen de tiempo compartido, en algunos casos bajo figuras de tipo asociativo como los clubs vacacionales. A raíz de numerosas resoluciones del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la posible nulidad de los contratos de afiliación a clubs vacacionales en el marco de la antigua Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, este trabajo trata de concretar el régimen de aprovechamiento de bienes en régimen de tiempo compartido y exponer los principales argumentos que se han dado por el Tribunal Supremo para declarar la nulidad de esos contratos de membresía a clubs vacacionales.

*ABSTRACT:* The importance of the tourism sector in Spain determines the interest of the companies involved in the articulation of various ways of operating the accommodation and the use of real estate. Among them we find the ways of the use of real estate in timeshare regime, in some cases under associative figures such as vacation clubs. As a result of numerous resolutions of the Supreme Court that between 2017 and 2018 have pronounced on the possible nullity of the contracts of affiliation to vacation clubs in the frame of the old Law 42/1998, about timesharing, this work tries to specify the regime of use of assets in timeshare regime and expose the main arguments that have been given by the Supreme Court to declare the nullity of these membership contracts to holiday clubs.

---

\* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación: «Vivienda Colaborativa», con referencia DER2017-84726-C3-1-P, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, Ministerio de Economía y Competitividad, 2018-2020, siendo investigador principal el Prof. Dr. D. Sergio NASARRE AZNAR.

**PALABRAS CLAVE:** Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Club vacacional. Consumidor. Contrato de reventa. Nulidad.

**KEY WORDS:** *Timesharing. Holiday club. Consumer. Resale contract. Nullity.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.— II. DERECHOS DE USO DE INMUEBLES EN RÉGIMEN DE TIEMPO COMPARTIDO: 1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RELEVANCIA ACTUAL DE ESTA FÓRMULA DE APROVECHAMIENTO EN EL ÁMBITO TURÍSTICO. 2. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERIZADORA. 3. CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA: A. *La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias.* B. *La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.*—III. NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE AFILIACIÓN A CLUBS VACACIONALES Y DE APROVECHAMIENTO POR TURNO: 1. DURACIÓN INDEFINIDA DE RÉGIMENES PREEXISTENTES. 2. INDETERMINACIÓN DEL OBJETO. 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN A CLUBS VACACIONALES A PARTIR DE LA STS DE 16 DE ENERO DE 2017.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO

La importancia del turismo en España es un hecho notoriamente conocido a nivel económico y social. Un fenómeno no solo nacional sino transfronterizo.

Las fórmulas de alojamiento turístico son diversas: desde el tradicional alojamiento hotelero (en sentido amplio: hoteles, hostales, pensiones, albergues...), el arrendamiento de temporada o vacacional, el aprovechamiento por turnos y, ya en los últimos años, el alojamiento turístico colaborativo o contratado a través de plataformas *on-line* virtuales.

En este trabajo me voy a centrar en las fórmulas de uso de inmuebles en régimen de tiempo compartido bajo las previsiones de la antigua Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, y la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias. Y ello prestando particular atención a los clubs vacacionales (como modalidad concreta de explotación de un régimen de aprovechamiento de inmuebles en tiempo compartido, bajo una figura asociativa, en la que se inciden y refuerzan los servicios prestados, fundamentalmente con descuentos vacacionales y tratando de proporcionar un servicio turístico más integral) con ocasión de varias sentencias del Tribunal Supremo que han resuelto en relación a este régimen de aprovechamiento por turnos y a la nulidad de los contratos de afiliación a dichos clubs vacacionales: entre otras, SSTS número 16/2017, de 16 de enero de 2017, número 115/2017, de 22 de febrero de 2017, número 373/2017, de 9 de junio de 2017, número 514/2017, de 22 de septiembre de 2017, número 647/2017, de 27 de noviembre de 2017, números 48/2018 y 49/2018, de 30 de enero de 2018, números 106/2018 y 108/2018, de 1 de marzo de 2018, número 201/2018,

de 10 de abril de 2018, números 269/2018 y 270/2018, de 9 de mayo de 2018, números 284/2018, 285/2018, 286/2018 y 287/2018 de 18 de mayo de 2018, números 301/2018, 302/2018 y 303/2018, de 24 mayo de 2018, número 321/2018, de 30 de mayo de 2018, números 378/2018 y 379/2018, de 20 de junio de 2018, número 430/2018, de 10 de julio de 2018 y número 448/2018, de 12 de julio de 2018.

## II. DERECHOS DE USO DE INMUEBLES EN RÉGIMEN DE TIEMPO COMPARTIDO

### 1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA RELEVANCIA ACTUAL DE ESTA FÓRMULA DE APROVECHAMIENTO EN EL ÁMBITO TURÍSTICO

Aunque, por razones derivadas de la crisis económica internacional sufrida en los últimos años, el turismo y el uso de inmuebles para finalidades vacacionales y turísticas se redujo, este sector vuelve a repuntar con los atisbos y signos de una recuperación económica.

Cierto es que han aparecido nuevas fórmulas de alojamiento turístico que han tenido mucho éxito y cuyo desarrollo aún se prevé mayor (me refiero al llamado turismo colaborativo, cuyo pilar actualmente es el uso de las nuevas tecnologías y plataformas virtuales en Internet que conectan a oferentes y demandantes de estas necesidades de alojamiento<sup>1</sup>), pero el turismo como sector económico necesita abordar y explotar todas las fórmulas que sean posibles y la del régimen a tiempo compartido es una de ellas; de hecho existen grandes grupos empresariales dedicados específicamente a este tipo de explotación en régimen compartido a nivel internacional (por ejemplo, *Interval Leisure Group*, con los clubs vacacionales *Sheraton* y *Westin*, o algunos clubs vacacionales que han suscitado más controversias en España como son «Mundo Mágico» o «ITN»). En todo caso, aunque no sea actualmente una alternativa turística de tanta demanda y uso como hace años, también debe tenerse en cuenta que por su naturaleza y duración los contratos realizados en relación con estos derechos de uso y aprovechamiento aún pueden estar vigentes y generar conflictos, como lo demuestran las controversias suscitadas en los tribunales de las que son ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo español citadas, además de las de las instancias anteriores de esos mismos casos.

Y más aún, cabe advertir cómo, de hecho, a nivel europeo se otorga relevancia a esta figura cuando en plena crisis económica en 2009 se aprobó la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, con el objetivo de armonizar las normativas de los distintos países y cubrir las lagunas que se habían manifestado tras la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (derogada por la Directiva 2008/122).

En los considerandos de la Directiva 2008/122 se advierte de que la fórmula del aprovechamiento de inmuebles en régimen de tiempo compartido se había desarrollado ampliamente y habían surgido nuevos productos vacacionales que



requerían de atención, especialmente de cara a la protección del consumidor, así como para evitar que el fin y las normas recogidas en las directivas comunitarias sobre esta materia se eludan. El desarrollo de este régimen con la Directiva 94/47 se había extendido hasta límites que no se preveían, surgiendo productos vinculados al mismo pero que desvirtuaban su regulación: por ello se precisaba resolver los problemas que se habían generado y proteger mejor al consumidor y, con ello, al mercado comunitario en este sector económico.

Tal y como se indica en los considerandos 2 y 3 de la Directiva 2008/122: «Dado que el turismo desempeña un papel cada vez más importante en las economías de los Estados miembro, es preciso fomentar un crecimiento y una productividad mayores en el sector del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y de los productos vacacionales de larga duración mediante la adopción de determinadas normas comunes. A fin de reforzar la seguridad jurídica y poner plenamente a disposición de los consumidores y las empresas las ventajas que ofrece el mercado interior, es necesario aproximar más las legislaciones pertinentes de los Estados miembro. Por lo tanto, es preciso armonizar totalmente determinados aspectos de la comercialización, venta y reventa de los productos vacacionales de larga duración y de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, así como el intercambio de estos últimos». Con ello se pretende impulsar el crecimiento de la explotación de esta figura pero bajo un régimen de mayor seguridad, que genere mayor confianza para el consumidor, y con ello aumentar las inversiones en esta materia dentro de la Unión Europea frente a otros terceros países.

Así pues la fórmula del régimen de aprovechamiento de inmuebles a tiempo compartido sigue vigente y preocupa a la Unión Europea, especialmente en el marco del desarrollo turístico de los Estados miembro y de la protección de los consumidores. Y es que muchos Estados, entre ellos España, cuentan con un número importante de alojamientos explotados bajo este régimen.

Y en el caso español, dada la importancia del sector turístico en el ámbito económico y su incidencia como factor actual de repunte de la crisis y recesión económica, las previsiones normativas, doctrinales y jurisprudenciales en torno a esta fórmula de alojamiento siguen siendo objeto de especial interés.

## 2. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y CARACTERIZADORA

Como se ha indicado la búsqueda de alternativas y fórmulas para atender a las demandas de alojamiento turístico siempre ha sido un objetivo para el desarrollo del turismo.

La fórmula del aprovechamiento por turnos o en régimen de tiempo compartido se configura, tal y como se advierte en el artículo 23 Ley 4/2012, como un derecho que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, consecutivo o alterno, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios. Es decir, el uso de cada alojamiento se fracciona y divide en distintos periodos temporales anuales (frecuentemente la franja temporal que se usa es la de la semana), y cada periodo constituye el marco temporal del objeto de cada derecho de aprovechamiento por turno.

Este régimen solo podrá recaer en un edificio o en un conjunto inmobiliario o un sector de ellos arquitectónicamente diferenciado, sujetándose al mismo todos los alojamientos independientes que lo integren.

La facultad de disfrute reconocida al titular no comprenderá las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario, no pudiendo por ello hacer reformas en el inmueble.

En relación con la naturaleza de este derecho, en las Directivas comunitarias anteriormente citadas se dejaba a criterio de cada Estado miembro la configuración de estos derechos; en España el derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o con carácter obligacional. Pero en ningún caso se configura como un derecho de propiedad o un derecho vinculado a una cuota indivisa de propiedad: es por ello, que la normativa española prohíbe la utilización del término «multipropiedad», o bajo expresiones que contengan el término «propiedad»; se trata con ello de evitar incertidumbre, errores y vicios de consentimiento en aquellos usuarios adquirentes de estos derechos en relación con su real contenido, naturaleza y objeto.

De modo que, con estas fórmulas se reconoce la posibilidad de disfrutar de un alojamiento de forma exclusiva (junto con servicios complementarios como piscina, jardín, zona deportiva...) durante un determinado tiempo cada año que efectivamente es el que pueden disfrutar los usuarios, sin necesidad de adquirir la propiedad de esa vivienda o segunda residencia (que supondría un coste muy superior y no proporcional con respecto al uso efectivo que se vaya a hacer del alojamiento, al margen de los costes de mantenimiento que con esta fórmula se compartirían con el resto de usuarios titulares de un derecho de aprovechamiento por turnos sobre el mismo alojamiento) y sin necesidad de tener que estar gestionando una reserva hotelera o de otro tipo de alojamiento en ese lugar cada año (con las exigencias de antelación y las molestias y dificultades que ello puede suponer si se trata de un destino turístico muy solicitado). Este tipo de aprovechamientos es utilizado especialmente por extranjeros a los que la opción de comprar una vivienda vacacional en otro país no les resulta interesante por precio y aprovechamiento efectivo, al margen de que exista algún incentivo fiscal.

Desde el punto de vista del empresario inversor que opta por destinar su edificio o complejo inmobiliario a la explotación bajo el régimen de tiempo compartido, esta fórmula le permite optimizar mejor su inversión porque le permite que cada unidad de alojamiento sea ocupada por varios usuarios sucesivamente en periodos específicos y cada año con seguridad (sin estar a expensas de posibles reservas puntuales cada año), repartiendo así el coste de la construcción de ese edificio o complejo entre más personas y pudiendo obtener mayor beneficio antes, tras la amortización de ese coste<sup>2</sup>.

### 3. CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO POR TURNO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

#### A. *La Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*

Con anterioridad a la Ley 42/1998 la forma de explotación de este tipo de alojamientos en régimen de tiempo compartido, atribuyendo a cada usuario un derecho de aprovechamiento exclusivo en un determinado periodo de tiempo por turnos, no estaba regulada y las empresas del sector al amparo del principio de

autonomía de la voluntad configuraban libremente los contratos de constitución y afiliación a este tipo de disfrute vacacional o turístico, por lo que existían muy diversas modalidades, siendo dos muy frecuentes la multipropiedad y los clubs vacacionales. Sin embargo, cuando se aprobó la Ley 42/1998, para dar cumplimiento al deber de transposición de la Directiva 94/47<sup>3</sup>, se optó por una restricción en las modalidades contractuales y de configuración de estos derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Así, tan solo se admitía la configuración como derecho real limitado (nunca como propiedad o vinculado a una cuota indivisa de propiedad) o bien bajo un contrato de arrendamiento de bien inmueble vacacional por temporada con ciertas condiciones: i) que tenga por objeto más de tres temporadas pero un máximo de cincuenta años; ii) que se anticipen las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas; iii) que el contrato se refiera a una temporada anual determinada que se corresponda con un periodo determinado o determinable de esa temporada y a un alojamiento determinado o determinable por sus condiciones genéricas, siempre que esté especificado el edificio o conjunto inmobiliario donde se va a disfrutar del derecho (art. 1, apartados 1 y 6 Ley 42/1998).

Aquellos contratos que no se ajustasen a estas previsiones serían nulos: tal y como advierte el apartado 7 del artículo 1 de la Ley 42/1998 «el contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, será nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos».

Precisamente este artículo 1.7 de la Ley 42/1998 es el que ha servido de fundamento a múltiples sentencias del Tribunal Supremo recientes para determinar la nulidad de contratos de aprovechamiento por turnos de inmuebles y, particularmente, de los contratos de afiliación a clubs vacacionales bajo ciertas circunstancias, como se concretará más en un posterior apartado; se atendía a la aplicación de esta norma, en cuanto que la Ley 4/2012 no era aplicable al momento temporal en el que se celebró el contrato controvertido.

Pero también se tenía en cuenta esa libertad de configuración que existía en el sector antes de la regulación, y así en esta Ley 42/1998 se recogía un determinado régimen transitorio con el que se pretendía mantener viables y vigentes los regímenes de uso a tiempo compartido constituidos con anterioridad, si bien bajo determinadas condiciones recogidas en la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998. Se impone la adaptación a esta Ley 42/1998 de los regímenes preexistentes en el plazo de dos años desde su entrada en vigor; y en caso de que quisieran transformar todo el régimen preexistente sobre todo un inmueble para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, tal y como lo regula la Ley 42/1998, se advierte que «podrá hacerlo cumpliendo todos los requisitos establecidos en esta, pero manteniendo la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida». No obstante, y sin perjuicio de ello, sí que se indica en el apartado 3 de esa disposición transitoria segunda que «todos los regímenes preexistentes tendrán una duración máxima de cincuenta años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo que sean de duración inferior, o que hagan, en la escritura de adaptación, declaración expresa de continuidad por tiempo indefinido o plazo cierto»; una posibilidad excepcional que debe atender al hecho de que en el artículo 3 de la Ley 42/1998 se concretaba que la duración del régimen será de tres a cincuenta años, a contar desde la fecha

de inscripción del régimen jurídico o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción.

*B. La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*

Como consecuencia de que en la práctica en este sector inmobiliario concreto se estaban desarrollando fórmulas y nuevos productos que desvirtuaban la regulación acogida en la Directiva 94/47<sup>7</sup> (y, por ende, en las normas nacionales de transposición), resultando lesivas en muchos casos para los intereses de los consumidores, se aprobó la Directiva 2008/122/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, ya anteriormente citada.

Con el fin de transponer esta Directiva en España se aprobó en primer lugar el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, que después ya fue formalmente sustituido por una norma con rango de Ley que derogó la Ley 42/1998: la ya mencionada Ley 4/2012. En esta se incluyen las nuevas previsiones de la Directiva 2008/122 que también se centraba como la anterior Directiva en las transacciones comerciales y la protección del consumidor, pero aprovecha (como igualmente hizo la Ley 42/1998) a dotar de regulación completa a este régimen de aprovechamiento por turnos y a contemplar los contratos de producto vacacional de larga duración, sometiéndolos a ciertos requisitos estrictos.

A diferencia de en la Ley 42/1998, en este caso no hay unas previsiones tan restrictivas en cuanto a la configuración de este régimen sino que se acepta una mayor pluralidad de fórmulas. Se acepta como antes la configuración como un derecho real limitado (igualmente se proscribió el uso del término «propiedad» y la vinculación de los derechos de aprovechamiento a cuotas indivisas de propiedad) y bajo la figura del multiarrendamiento de temporada, si bien ahora basta con que se refiera a más de una temporada (no más de tres como antes) y con independencia de que se anticipen o no las rentas correspondientes a algunas o a todas las temporadas contratadas. Y, además, en la Ley 4/2012 se admiten otras modalidades contractuales de constitución de derechos:

a) Conforme indica el apartado 6 del artículo 23 de la Ley 4/2012, en relación con la configuración bajo la modalidad arrendaticia se advierte que se admiten asimismo «cualesquiera otras modalidades contractuales de duración superior a un año, que sin configurar un derecho real tengan por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación», quedando sujetos «a lo dispuesto en este Título [título II de la Ley], sin perjuicio de lo prevenido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y en la legislación general de protección del consumidor».

b) Y en el apartado 8 de ese artículo 23 se advierte por su parte que se reconoce la validez «de cualquier otra modalidad contractual de constitución de derecho de naturaleza personal o de tipo asociativo, que tenga por objeto la utilización de uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación, constituidas al amparo y en los términos contenidos en las normas de la Unión Europea, en particular, en el Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (ROMA I) y en los convenios internacionales en que España sea parte. A todas estas modalidades contractuales les será de

aplicación lo dispuesto en el título I de esta Ley». Se admiten así modalidades excluidas con la Ley 42/1998, pero también se acotan las fórmulas admitidas no dejando plena libertad a las empresas del sector.

La constitución de derechos de aprovechamiento en régimen de tiempo compartido bajo otras modalidades supondría la nulidad de pleno derecho de ese contrato constitutivo (art. 23.7 Ley 4/2012).

### III. NULIDAD DE LOS CONTRATOS DE AFILIACIÓN A CLUBS VACACIONALES Y DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

Con posterioridad a la aprobación de la Ley 42/1998, con el afán de buscar nuevas fórmulas de explotación que atendieran mejor a las demandas turísticas, buscando mejorar los servicios prestados pero también la explotación económica de los inmuebles en este sector; fueron proliferando los contratos que proporcionaban también aprovechamiento por turnos de inmuebles pero bajo fórmulas que trataban de eludir la rigidez de las previsiones de la Ley 42/1998. Fórmulas a las que, como he indicado antes, se ha tratado de dar cobertura con la mayor flexibilidad o amplitud reguladora acogida en la Ley 4/2012, pero que han generado diversas controversias, especialmente ligadas a la información efectiva proporcionada durante el proceso de contratación (con técnicas normalmente agresivas y con información poco clara) y a la configuración y contenido de los contratos y derechos constituidos antes de la aprobación de esa Ley 4/2012.

Entre esas fórmulas que podrían tener amparo actualmente, están los contratos de afiliación a clubs vacacionales en los que se reconoce el derecho a utilizar un inmueble en régimen de tiempo compartido con ventajas por ser parte del club, incluso la posibilidad de elegir entre distintos destinos, se añaden servicios adicionales, se reconocen descuentos vacacionales...

Los clubs vacacionales son fórmulas de origen anglosajón, que tienen como base las formas societarias o asociativas y que se desarrollaron mucho ya desde antes de la Ley 42/1998 en el marco de los complejos turísticos existentes en España, especialmente en zonas de costa. Mayoritariamente se originaron para atraer y atender al turismo extranjero en España, pero siendo también extranjero el titular de ese club. La Ley 42/1998 no los acogió dentro de su regulación, aunque en el marco de su Derecho transitorio permitía, como se indicó anteriormente, la adaptación de todos los regímenes preexistentes en el plazo de dos años desde su entrada en vigor (disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998).

Es el club quien ostenta la titularidad del inmueble o inmuebles o complejos inmobiliarios turísticos que serán objeto de aprovechamiento por turnos por los socios y quien organiza y gestiona el aprovechamiento de cada alojamiento. Estos socios tienen el derecho (de carácter personal, no real) de usar y disfrutar de uno o varios alojamientos en el periodo de tiempo determinado pactado, como contraprestación a las cuotas o aportaciones realizadas como socio; podrán utilizar cualquiera de los alojamientos pertenecientes al club en distintos lugares atendiendo a un sistema de reservas y a los estatutos del club y siempre bajo la ordenación y gestión del sistema de turnos llevada a cabo por el club. Se puede afirmar que en estos clubs generalmente existe una indeterminación en cuanto al concreto alojamiento objeto de disfrute y aprovechamiento y también en cuanto al periodo de tiempo de disfrute (lo que se ha evidenciado en la mayoría de los casos que han determinado controversias planteadas ante los juzgados y que han llegado hasta el Tribunal Supremo).

Generalmente hay que abonar unas cantidades como pago de afiliación o entrada inicial y después una cuota anual para cubrir conceptos de gastos de mantenimiento y de conservación. Pero también pueden distinguirse por el club modalidades y categorías de participación o afiliación que impliquen otras cuotas diferentes a abonar, de modo que dependiendo del nivel o grado de afiliación pueden obtenerse más ventajas (mayor tiempo de disfrute, mejores alojamientos, mejor temporada adjudicada, descuentos en productos concretos...).

Necesariamente se suscribirá al inicio un contrato de membresía o afiliación al club que implicará la entrega de un certificado de pertenencia al club (*holiday certificate*) que podrá después ser objeto de transmisión o reventa a terceros<sup>4</sup>.

A continuación se van a analizar brevemente ciertas situaciones y justificaciones que han motivado la resolución judicial de nuestro Tribunal Supremo declarando la nulidad de contratos de aprovechamiento de inmuebles por turnos, fundamentalmente vinculados a clubs vacacionales, aplicando lo previsto en la Ley 42/1998, que era la legalmente vigente al momento de la suscripción de los contratos de afiliación o membresía de los clubs.

#### 1. DURACIÓN INDEFINIDA DE RÉGIMENES PREEXISTENTES

Como he indicado anteriormente, en la disposición transitoria segunda de la Ley 42/1998 se acogía la posibilidad excepcional de mantener el carácter indefinido de los regímenes preexistentes. Esta posibilidad fue objeto de pronunciamiento en las SSTS número 774/2014, de 15 de enero de 2014, y número 431/2015, de 16 de julio de 2015, en las que se fijó como doctrina a este respecto que «lo relevante para determinar la norma aplicable no es la fecha de la constitución del régimen de tiempo compartido del complejo turístico en cuestión, ni la opción por el mantenimiento del plazo indefinido de duración del régimen por parte de la entidad titular, sino el momento en el que los demandantes adquirieron su derecho, que siempre tendrá que sujetarse al plazo de duración máximo establecido en el artículo 3 de la Ley 42/1998» y con base en ello, declara nulos los contratos de aprovechamiento por turno de inmuebles controvertidos<sup>5</sup>.

Asimismo, posteriormente la STS núm. 96/2016, de 19 de febrero de 2016 declaró como doctrina jurisprudencial que «la comercialización de turnos de aprovechamiento turístico, tras la entrada en vigor de la Ley 42/1998, sin respetar el régimen temporal establecido en el artículo 3.1 de dicha ley, que fija una duración entre tres y cincuenta años, da lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato».

#### 2. INDETERMINACIÓN DEL OBJETO

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha justificado la nulidad de los contratos de aprovechamiento controvertidos vinculados a clubs vacacionales por entender que en los contratos no se determinaba el objeto de aprovechamiento.

En estos casos no se configuraba el aprovechamiento bajo la modalidad de contrato de arrendamiento reconocido en el artículo 1.6 de la Ley 42/1998, y como tampoco se concretaba en cualquier caso el objeto del supuesto derecho real limitado constituido, esa indeterminación contravendría, a juicio del Tribunal Supremo, las previsiones y exigencias del artículo 9.1.3.º de la Ley 42/1998 sobre contenido mínimo del contrato constitutivo del derecho de aprovechamiento por turnos: «El contrato celebrado por toda persona física o jurídica en el marco de

su actividad profesional y relativo a derechos de aprovechamiento por turno de alojamientos deberá constar por escrito y en él se expresarán, al menos [...] 3.º. Descripción precisa del edificio, de su situación y del alojamiento sobre el que recae el derecho, con referencia expresa a sus datos registrales y al turno que es objeto del contrato, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina».

Esta indeterminación en el objeto del contrato y derecho de aprovechamiento es la *ratio decidendi* de, entre otras, las SSTs núm. 775/2015, de 15 de enero de 2015, número 460/2015, de 8 de septiembre de 2015, número 192/2016, de 29 de marzo de 2016, núm. 449/2016, de 1 de julio de 2016 y número 685/2016, de 21 de noviembre de 2016: «En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley».

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN A CLUBS VACACIONALES A PARTIR DE LA STS DE 16 DE ENERO DE 2017

La STS (Pleno) número 16/2017, de 16 de enero de 2017 determinó la nulidad de estos contratos de adhesión a clubs vacacionales al entender que realmente existía un incumplimiento reiterado de la Ley 42/1998, en cuyo ámbito objetivo de aplicación debían entenderse incluidos los contratos litigiosos. Conforme al artículo 1.1 de la Ley 42/1998, «es objeto de esta Ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un periodo específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios».

Atendiendo a este precepto y a los contratos litigiosos la Sala del Tribunal Supremo consideró que realmente eran contratos que encajaban en ese ámbito objetivo de la Ley 42/1998: se trataba de contratos en los que se constituía un derecho por tiempo superior a tres años relativo a la utilización de uno o más inmuebles dentro de un periodo determinado o determinable al año que, aparente y fraudulentamente pretendían apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turnos de un inmueble para eludir la aplicación de la Ley 42/1998; y atendiendo también al apartado 5 del artículo 1 de la Ley 42/1998 debía considerarse aplicable esta Ley. Y en la medida que los contratos litigiosos se apartaron y trataron de eludir la referida Ley, y además, a mayor abundamiento, la incumplieron sistemáticamente en varios de sus preceptos (arts. 9, 10, 11 y 12), debía declararse su nulidad con base en el artículo 1.7 de la Ley 42/1998.

Asimismo, en esta STS de 16 de enero de 2017, se advertía que subjetivamente también era aplicable la Ley 42/1998 en la medida que habría que considerar como consumidora a la demandante, y ello aunque se previera y legitimase a la misma para revender el derecho. A este respecto entiende el Tribunal en sus sentencias número 175/2018, de 23 de marzo de 2018 y número 430/2018, de 10 de julio de 2018, entre otras, que debe concretarse la condición de consumidora de la revendedora, y a este respecto, estas resoluciones señalan que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física [...] esta

intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor», y con referencia a lo indicado en el artículo 3 del TRLCU en relación al concepto de consumidor, «sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCom». Por lo tanto, el análisis de la condición de consumidor deberá realizarse en cada caso siendo el criterio de habitualidad en la realización de operaciones de reventa determinante para su exclusión.

Con esta STS se pretendía poner así fin al criterio contradictorio entre las Audiencias Provinciales, muchas de las cuales estaban afirmando que la Ley 42/1998 no era aplicable a estos contratos, que eran un producto que formaba parte de un paquete vacacional de larga duración no recogido en la referida Ley (a diferencia de la actual Ley 4/2012, que sí lo regula, pero que no era susceptible de aplicación temporalmente al caso) y por ello denegaban la nulidad solicitada. De hecho esta misma argumentación sostiene el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio SALAS CARCELLER en su voto particular a esta STS de 16 de enero de 2017: considera que «el contrato litigioso no cabe encuadrarlo en el ámbito objetivo de la Ley 42/1998 recogido en su artículo 1, pues el contrato ante el que ahora nos hallamos, que contempla un producto vacacional distinto cuyo objeto es la adquisición de determinados derechos para concertar periodos vacacionales en distintos lugares y momentos con determinados beneficios. [...] Por ello, el motivo debió ser desestimado, pues al no resultar de aplicación la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, no se puede sostener la nulidad del contrato con fundamento en el artículo 1.7 de dicha Ley». Igualmente este magistrado se mostró contrario a la consideración de la demandante como consumidora «dada la finalidad comercial que para ella tenía la suscripción del contrato» y, en todo caso, al no haberse discutido en casación la conclusión de la sentencia recurrida de que no hubo vicio de consentimiento de la actora, quien recibió información completa y detallada de todos los aspectos del contrato.

Sin embargo, la argumentación del Pleno en la STS de 16 de enero de 2017 en relación a considerar los contratos y membresías en clubs vacacionales controvertidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 42/1998 y considerarlos nulos por eludirla e incumplirla, se ha reiterado en sentencias posteriores en los mismos términos: STS número 175/2018, de 23 de marzo de 2018, números 285/2018 y 286/2018, de 18 de mayo de 2018, número 305/2018, de 24 de mayo de 2018 y número 448/2018, de 12 de julio de 2018, entre otras.

La STS número 321/2018, de 30 de mayo de 2018 incide en estos argumentos, y partiendo de lo indicado en el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 42/1998<sup>8</sup>, concluye que «del tenor de la ley debe entenderse que la misma regula no solo los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu* sino también los “similares”, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año (art. 1.7 de la Ley). La propia ley establece la nulidad de pleno derecho para aquellas fórmulas que en los casos referidos en el párrafo anterior se construyan al margen de la ley y ello para evitar el fraude legal».



Las SSTS número 269 y 270/2018, de 9 de mayo de 2018, igualmente acogen estos fundamentos indicados anteriormente señalando asimismo que «más que incumplimiento parcial de la ley estamos ante una falta de cumplimiento sistemático de la misma». Y todo lo razonado les lleva a declarar la nulidad radical del contrato «dado que de acuerdo con el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 se ha pretendido la formalización de un contrato “al margen de la presente ley”». En iguales términos: SSTS números 378/2018 y 379/2018, de 20 de junio de 2018 y número 287/2018, de 18 de mayo de 2018.

#### IV. CONCLUSIONES

I. El sector turístico en el ámbito del aprovechamiento de inmuebles sin duda avanza muy rápidamente acogiendo fórmulas de explotación muy diversas a las que debe prestarse atención por el Derecho para fundamentalmente evitar fraudes, lesiones a los intereses de los consumidores y, en general, la elusión de aplicación de leyes.

II. Una de las fórmulas de explotación de bienes inmuebles es la del aprovechamiento en régimen de tiempo compartido, que no se reguló en España hasta la Ley 42/1998 que transpuso la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y acogió una postura restrictiva en la configuración de derechos de aprovechamiento por turno. Posteriormente, esta Ley fue derogada por la Ley 4/2012 (que también transpuso otra Directiva comunitaria: la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo), pero esta Ley fue más flexible y acoge más fórmulas de aprovechamiento que la ley predecesora.

III. Pero a pesar de que actualmente contamos con esa Ley 4/2012 que reconoce las fórmulas asociativas en los contratos de aprovechamiento por turno de inmuebles de uso turístico (como serían los clubs vacacionales), en los últimos años las controversias se han suscitado en relación a la nulidad de contratos de este tipo, concretamente de afiliación a estos clubs vacacionales, que se constituyeron y desarrollaron estando vigente la Ley 42/1998.

IV. En relación con estas controversias el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre esa nulidad de membresías en clubs vacacionales bajo distintos argumentos: la falta de respeto a la duración indicada en la Ley 42/1998; la indeterminación del objeto del contrato; y especialmente en los últimos años 2017 y 2018, el incumplimiento sistemático de la Ley 42/1998, entendiéndose que realmente configuran derechos que encajan en su ámbito de aplicación, pero que aparentemente se formulan como productos distintos con el único fin de eludir la aplicación de la norma.

#### ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS núm. 774/2014, de 15 de enero de 2014.
- STS núm. 775/2015, de 15 de enero de 2015.
- STS núm. 431/2015, de 16 de julio de 2015.
- STS núm. 460/2015, de 8 de septiembre de 2015.
- STS núm. 96/2016, de 19 de febrero de 2016.
- STS núm. 192/2016, de 29 de marzo de 2016.
- STS núm. 449/2016, de 1 de julio de 2016.
- STS núm. 685/2016, de 21 noviembre de 2016.

- STS núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017.
- STS núm. 115/2017, de 22 de febrero de 2017.
- STS núm. 373/2017, de 9 de junio de 2017.
- STS núm. 514/2017, de 22 de septiembre de 2017.
- STS núm. 647/2017, de 27 de noviembre de 2017.
- SSTS núms. 48/2018 y 49/2018, de 30 de enero de 2018.
- SSTS núms. 106/2018 y 108/2018, de 1 de marzo de 2018.
- STS núm. 175/2018, de 23 de marzo de 2018.
- STS núm. 201/2018, de 10 de abril de 2018.
- SSTS núms. 269/2018 y 270/2018, de 9 de mayo de 2018.
- SSTS núms. 284/2018, 285/2018, 286/2018 y 287/2018 de 18 de mayo de 2018.
- SSTS núms. 301/2018, 302/2018, 303/2018 y 305/2018, de 24 mayo de 2018.
- STS núm. 321/2018, de 30 de mayo de 2018.
- SSTS núms. 378/2018 y 379/2018, de 20 de junio de 2018.
- STS núm. 430/2018, de 10 de julio de 2018.
- STS núm. 448/2018, de 12 de julio de 2018.

## BIBLIOGRAFÍA

- CARRIZO AGUADO, D. (2018). Alojamiento turístico en régimen de aprovechamiento por turno desde la perspectiva jurídica europea: ¿déficit traspositivo? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 181-212.
- COSTAS RODAL, L. (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 35-89.
- (2017). Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 127-136.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.<sup>a</sup> C. (2015). La nulidad de los contratos de aprovechamiento por turno posteriores a la Ley 42/1998 que exceden la duración de 50 años. STS de 16 julio 2015. *Revista Centro de Estudios de Consumo (CESCO)* [trabajo disponible en [http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/La-nulidad-de-los-contratos-de-aprovechamiento-por-turno-posteriores-a-la-Ley-42\\_1998-que-exceden-la-duraci%C3%B3n-de-50-a%C3%B1os.pdf](http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/La-nulidad-de-los-contratos-de-aprovechamiento-por-turno-posteriores-a-la-Ley-42_1998-que-exceden-la-duraci%C3%B3n-de-50-a%C3%B1os.pdf)].
- (2017). Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles sometido al (derogado) régimen imperativo de la Ley 42/1998. «Indeterminación» del objeto y consecuencias de su nulidad. *Revista Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, núm. 21, 158-165 [trabajo disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1417/1180>].
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018). Vivienda colaborativa: algunas notas sobre la situación jurídica en España y Portugal. *Revista Electrónica de Direito - Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE)*, núm. 2, junio, 157-186 [trabajo disponible en <https://www.cije.up.pt/content/vivienda-colaborativa-algunas-notas-sobre-la-situaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-en-espa%C3%B1a-y-portugal>].

## NOTAS

<sup>1</sup> Sobre los alojamientos turísticos colaborativos, un análisis más profundo del fenómeno en una perspectiva comparada España-Portugal puede verse en SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2018). Vivienda colaborativa: algunas notas sobre la situación jurídica en España y Portugal. *Revista Electrónica de Direito - Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Centro de Investigação Jurídico-Económica (CIJE)*, núm. 2, junio, 169-179 [trabajo disponible en <https://www.cije.up.pt/content/vivienda-colaborativa-algunas-notas-sobre-la-situaci%C3%B3n-jur%C3%ADdica-en-espa%C3%B1a-y-portugal>].

<sup>2</sup> *Vid.*, a este respecto, CARRIZO AGUADO, D. (2018). Alojamiento turístico en régimen de aprovechamiento por turno desde la perspectiva jurídica europea: ¿déficit traspositivo? *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 188.

<sup>3</sup> Esta Ley 42/1998 no se limitó estrictamente a transponer la Directiva 94/47 sino que trató de aportar ya una regulación completa del fenómeno del aprovechamiento de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

<sup>4</sup> Al respecto de esta figura de los clubs vacacionales, *vid.*, COSTAS RODAL, L. (2013). Aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico y aprovechamiento por turno de bienes inmuebles: principales novedades introducidas por la Ley 4/2012. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 41-43 y COSTAS RODAL, L. (2017). Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la Ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 128.

En el marco de ese contrato de reventa conforme exponen las SSTS núm. 16/2017, de 16 de enero de 2017, núm. 175/2018, de 23 de marzo de 2018 y núm. 430/2018, de 10 de julio de 2018, entre otras, debe concretarse la condición de consumidor de la revendedora, y a este respecto, estas resoluciones señalan que «el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física [...] esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor», y con referencia a lo indicado en el artículo 3 del TRLCU en relación al concepto de consumidor, «sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCom».

<sup>5</sup> *Vid.*, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2015). La nulidad de los contratos de aprovechamiento por turno posteriores a la Ley 42/1998 que exceden la duración de 50 años. STS de 16 julio 2015. *Revista Centro de Estudios de Consumo (CESCO)* [trabajo disponible en [http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/La-nulidad-de-los-contratos-de-aprovechamiento-por-turno-posteriores-a-la-Ley-42\\_1998-que-exceden-la-duraci%C3%B3n-de-50-a%C3%B1os.pdf](http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/11/La-nulidad-de-los-contratos-de-aprovechamiento-por-turno-posteriores-a-la-Ley-42_1998-que-exceden-la-duraci%C3%B3n-de-50-a%C3%B1os.pdf)]. Esta autora advierte de que la decisión del Tribunal Supremo en esta STS de 16 de julio de 2015 parte de la confusión entre duración del derecho de aprovechamiento y la duración del régimen (que debe ser siempre igual a todos los adquirentes de derechos en el inmueble sujeto al mismo régimen al estar recogidos en la misma escritura de constitución del régimen de aprovechamiento por turnos sobre el inmueble total o conjunto inmobiliario).

<sup>6</sup> En la STS núm. 775/2015, de 15 de enero de 2015 se contiene, no obstante, un voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio SALAS CARCELLER, quien entendió que el contrato sí que tenía objeto, y lo que sucedía era que se había omitido la mención de alguno de los datos exigidos en el artículo 9.1 Ley 42/1998; por ello no debía haberse aplicado la sanción de nulidad del artículo 1.7 Ley 42/1998, sino atender a lo previsto en el artículo 10.2 Ley 42/1998, que permitiría la resolución del contrato en el plazo de tres meses siguientes a su celebración.

<sup>7</sup> Al respecto, *vid.*, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C. (2017). Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles sometido al (derogado) régimen imperativo de la Ley 42/1998. «Indeterminación» del objeto y consecuencias de su nulidad. *Revista Centro de Estudios de*

*Consumo (CESCO)*, núm. 21, 158 y sigs. [trabajo disponible en <https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1417/1180>].

<sup>8</sup> En el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 42/1998 se señala que «el ámbito de aplicación restrictivo ha aconsejado establecer una norma para determinar el régimen de los derechos de aprovechamiento por turno o similares a estos que se constituyan sin ajustarse a la Ley, pues aunque es evidente que se trataría de supuestos de fraude de ley y deberán, en consecuencia, someterse a la solución del artículo 6.4 del Código Civil, esta no parece por sí sola norma suficiente para evitar que, de hecho, el fraude de ley se produzca en la práctica».

## 1.6. Responsabilidad civil

### Pactos en previsión de crisis matrimonial: legalidad y contenido\*

#### *Agreements in anticipation of marital breakdown: legality and content*

por

BLANCA SILLERO CROVETTO

*Profesora Titular Derecho civil*

*Universidad de Málaga*

**RESUMEN:** Los pactos celebrados en previsión de futura ruptura conyugal permiten a los cónyuges regular aspectos patrimoniales y también personales derivados de su eventual crisis matrimonial. Aceptada su validez en el Derecho civil autonómico, no ocurre así en el Código Civil, lo que no ha sido obstáculo para su reconocimiento por nuestros tribunales, fijando los ámbitos sobre su validez así como los límites de las cláusulas que el acuerdo incluye.

**ABSTRACT:** *Agreements in anticipation of marital breakdown allow the spouses to regulate patrimonial and personal aspects derived from their eventual matrimonial crisis. Accepted their validity in the autonomous civil law, this is not the case in the Civil Code; however, this has not been an obstacle to its recognition by our courts, which has fixed their areas of validity as well as the limits of the clauses included in the agreements.*

**PALABRAS CLAVES:** Pactos en previsión de ruptura conyugal. Autonomía de la voluntad. Capitulaciones matrimoniales. Crisis matrimonial.

**KEY WORDS:** *Agreements in anticipation of marital breakdown. Autonomous will of the parties. Marital agreements. Marital break-up.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL.—III. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA: 1. LA CONSIDERACIÓN DE LOS

---

\* *En homenaje y agradecimiento a mi querida amiga y compañera M.<sup>a</sup> José GARCÍA ALGUACIL, de la que tanto aprendí como persona y apasionada del Derecho.*

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Comportamientos basados en el discurso del odio» (DER 2017-84178-P) financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, cuya IP es la Prof. Dra. Patricia LAURENZO COPELLO.

PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO CONTRATOS. 2. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO CAPITULACIONES MATRIMONIALES. 3. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO PACTOS PRIVADOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO O CONVENIO REGULADOR. 4. POSTURA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. CONTENIDO DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL: 1. PACTOS REGULADORES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES DE LA PAREJA. 2. PACTOS DESTINADOS A REGULAR ASPECTOS SUCESORIOS. 3. PACTOS SOBRE CUESTIONES PATRIMONIALES O ECONÓMICAS SUBSIGUIENTES A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO: A. *Pactos sobre la vivienda familiar*. B. *Pactos sobre la prestación compensatoria*. C. *Pactos sobre indemnización entre cónyuges*. D. *Pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. JURISPRUDENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN

La evolución del Derecho de Familia en España a lo largo de las últimas décadas se ha caracterizado por el reconocimiento de un ámbito de actuación, cada vez mayor, de la autonomía de la voluntad. Esta evolución se ha materializado en la aprobación de sucesivas disposiciones que han ido reforzando el poder de decisión de los cónyuges sobre los efectos derivados de la celebración y extinción de su matrimonio.

Hasta el año 1975, la posibilidad de pactar estuvo prohibida. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reformas de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, fue la que introdujo aspectos tan importantes como que la mujer pudiera actuar en el tráfico económico sin la representación de su marido<sup>1</sup>. Otra modificación importante de dicha ley fue la posibilidad de realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio<sup>2</sup>.

La entrada en vigor de la Constitución Española y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio permiten afirmar que es a partir de esta época cuando legalmente se puede hablar de la posibilidad de realizar un acuerdo prematrimonial en el ordenamiento español. Estos cambios hacen posible la igualdad entre los cónyuges al permitir que estos puedan disponer sobre las consecuencias económicas y personales de su unión. Si bien el afianzamiento de esta libertad y mayor autonomía de la voluntad en el Derecho de familia se lleva a cabo con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, donde se reconoce a los casados la facultad de solicitar la disolución del matrimonio sin más trabas que el transcurso de tres meses desde su celebración así como determinar los efectos de la ruptura<sup>3</sup>.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria representa un nuevo paso en el proceso de progresiva facilitación del divorcio y privatización del matrimonio, en cuanto introduce, como novedad, la separación y el divorcio ante Notario y ante Letrado de la Administración de Justicia, agilizando con ello los trámites en los supuestos en los que el legislador considera menos conflictivos, en cuanto que existe acuerdo entre los intervinientes, y menos problemáticos, en la medida en que se requiere que no haya ni hijos menores de edad ni hijos mayores con la capacidad judicialmente modificada dependientes de los progenitores. La admisión de la separación y el divorcio notarial supone un paso

más, añadido a la introducción del divorcio a causa en 2005, de la postura de no intervención judicial en la libre decisión de los cónyuges sobre la continuidad de su matrimonio, que lleva consigo una abstracción de las circunstancias concretas por las que ha atravesado dicha relación<sup>4</sup>.

En el Código Civil no se contempla ninguna regulación específica de los pactos en previsión de crisis matrimonial, figura que aunque carente de tradición en el Derecho español, se ha ido introduciendo paulatinamente en nuestro ordenamiento por la vía convencional<sup>5</sup>. Pudiendo afirmarse que es, «desde hace unos años, una de las figuras más atractivas en el panorama actual del Derecho de familia»<sup>6</sup>. Sin embargo, esta falta de regulación, no es total en el ordenamiento español, ya que la normativa autonómica se ha ocupado de regular una figura contractual que denominan «Pactos en previsión de ruptura matrimonial».

## II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial tuvieron reflejo legal por primera vez en la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, cuyo artículo 15 ya contenía una mención expresa al disponer lo siguiente:

*«En los capítulos matrimoniales puede determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial».*

Y es que el Derecho de familia catalán, según CERVILLA GARZÓN (2013: 1) puede calificarse como «un Derecho muy proclive al pacto como fórmula viable para solucionar o prever conflictos dentro de las relaciones familiares. [...]». Es de justicia tomar en consideración la tendencia puesta de manifiesto por el legislador catalán que acostumbra a hacerse eco de las más modernas de las corrientes doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. Y si existe alguna materia novedosa, de actualidad en Derecho de familia, son los pactos prematrimoniales para el caso de ruptura».

Más completa y precisa resulta la vigente regulación al respecto contenida en la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, cuyo artículo 231-20, además de admitir expresamente los pactos en previsión de una ruptura, establece los específicos requisitos determinantes de su validez y eficacia:

1. *«Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenuptiales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, y caducan de acuerdo con lo establecido por el artículo 231-19.2<sup>7</sup>».*
2. *«El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.»*
3. *«Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.»*

4. *El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.*
5. *Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podía razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron»<sup>8</sup>.*

Respecto de la eficacia y requisitos de validez de los pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial, queremos referirnos a las interpretaciones que del artículo 231-20 CCCat ha realizado recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>9</sup>.

La Sala Civil i Penal del TSJ Cat en sentencia de 8 de mayo de 2016, (Roj: 5538/2014, MP José Francisco VALLS GOMBAU), respecto de la eficacia de los pactos en previsión de una futura ruptura matrimonial, afirma que: «constituyen una concreción del principio de libertad de contratación entre los cónyuges, pero ello no significa que todos los pactos en previsión de ruptura matrimonial, cualquiera que fuera su contenido sean válidos y no puedan ser nulos, anulables o rescindibles, puesto que, como negocios dispositivos que son, se hallan sometidos a las reglas generales de ineficacia jurídica de los negocios patrimoniales y, además, a algunas especificaciones de los negocios de familia. [...]. En cuanto a la forma, exige la actual legislación del CCCat que se realicen en capítulos matrimoniales o en escritura pública. Escritura pública con virtualidad constitutiva, porque al margen de su eventual acceso a los registros oficiales, dicha forma era la más apropiada para garantizar la libre formación de la voluntad de los cónyuges otorgantes. En el caso de autos, no habiéndose otorgado las capitulaciones matrimoniales en escritura pública, sino mediante contrato privado protocolizado por notario, no pueden considerarse válidas. [...]. No se trata, pues, de que el notario redactara un documento (escritura pública) conforme a la minuta que le fue entregada por los litigantes, sino que el notario se limitó a unir un documento privado, firmado por las partes, mediante un acta de protocolización, y que por sí solo —dicha acta— no tiene efectos jurídicos cuando los capítulos matrimoniales de acuerdo con la tradición jurídica catalana ya recogida en el artículo 7 de la Compilación, requiere forma *ad solemnitatem*, que se otorgan en escritura pública».

En la sentencia de 31 de marzo de 2016, (Roj: 2419/2016, MP Carlos RAMOS RUBIO) la Sala Civil i Penal del TSJ Cat afirma que: «El CCCat configura, en principio los pactos en previsión de una ruptura matrimonial como uno de los contenidos posibles de los capítulos matrimoniales, pero admite que puedan constituir el objeto de una escritura pública no capitular (art. 231-20.1). En cualquiera de los casos, además de la *licitud* de su objeto (art. 231-19.1.) y de su *forma pública constitutiva* (art. 231-20.1) el CCCat exige una serie de requisitos específicos para su validez, que deben concurrir en el momento del otorgamiento, en la medida en que todos ellos están relacionados, directa o indirectamente, con la correcta formación del consentimiento negocial de los otorgantes, a fin de garantizar que este sea libre, voluntario y suficientemente informado. Estos requisitos se hallan referidos: a) al *tiempo* de su otorgamiento en relación con el de celebración del correspondiente matrimonio; b) al cumplimiento de ciertos



deberes de *asesoramiento* imparcial del notario autorizante para con los otorgantes; y c) a la *reciprocidad* y a la *claridad* de aquellos pactos que comporten exclusión o la limitación de derechos.

Por otro lado. El CCCat impone también una *carga* que debe cumplirse y prevé una condición que ha de concurrir, en ambos casos, para la eficacia de dichos pactos en el momento en que uno de los otorgantes pretenda hacerlos valer frente al otro —por tanto, una vez producida la ruptura de la convivencia—, en la medida en que se trata de un *negocio familiar* realizado entre personas vinculadas o que pretenden vincularse a corto plazo por un especial deber de lealtad, como manifestación de la buena fe y honradez en los tratos que debe observarse en todas las relaciones jurídicas privadas.

Tal sucede con: a) la *carga* de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de *información suficiente* sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información sea *relevante* en relación al contenido del pacto de que se trate (art. 231-20.4); y b) que los pactos de que se trate no sean *gravemente perjudiciales* para el otro cónyuge a causa de circunstancias sobrevenidas que sean relevantes y que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron (art. 231-20.5).

El cumplimiento del *deber de información* que regula el artículo 231-20.4 CCCat no constituye propiamente un requisito *formal* de la validez, sin perjuicio de los efectos que su incumplimiento pudiera tener sobre la correcta formación del consentimiento necesario, este sí, para su validez (STSJ Cat, Sala Civil i Penal, 12 de julio de 2012, Roj: 8894/2012, MP Carlos RAMOS RUBIO).

En cambio, la carga de probar dicho cumplimiento, o, alternativamente, que el otorgante frente al que se invoca el pacto disponía por cualquier otro medio de dicha información al tiempo de su otorgamiento si constituye un presupuesto de su eficacia vinculante, con independencia de que el notario autorizante hubiere cumplido adecuadamente su deber de *asesoramiento* (art. 231-20.2).

La información ha de ser sustancialmente *fiel* a la realidad económica que pretende transmitir, lo que podrá hacerse por cualquier medio de comunicación, no necesariamente documental, siempre que sea con el detalle y la precisión *suficientes* como para que los otorgantes puedan formarse recíprocamente un cabal conocimiento sobre la composición de sus respectivos patrimonios al tiempo del otorgamiento [...]. Precisamente por ello, la relevancia de la información que exige el artículo 231-20.4 habrá de medirse no solo relación con el contenido del pacto, sino también en atención a la intención evidenciable de las partes al otorgarlo, de modo que si el eventual déficit no hubiera podido condicionar razonablemente el consentimiento del otorgante ni su decisión de pactar, deberá considerarse intrascendente».

Como en el caso de Cataluña, en la comunidad autónoma del País Vasco, el capítulo II de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, desarrolla el contenido de los pactos en previsión de ruptura de la convivencia y del convenio regulador. Los pactos en previsión de ruptura de convivencia según la Exposición de Motivos de la Ley, «son acuerdos mediante los cuales, previendo la situación de ruptura, las partes regulan las condiciones de las relaciones familiares ante ella, disminuyendo de manera importante la contenciosidad en el momento de la ruptura real».

En concreto dispone el artículo 4 lo siguiente:

«1. Los pactos que prevean la ruptura de la convivencia y regulen las nuevas relaciones familiares podrán otorgarse antes o durante dicha convivencia.

2. *Tales pactos tendrán, en todo o en parte, el contenido que se prevé para el convenio regulador.*
3. *Para su validez, estos pactos habrán de otorgarse en escritura pública, y quedarán sin efecto en caso de no contraerse matrimonio o iniciarse la convivencia en el plazo de un año.*
4. *Los pactos podrán contener la previsión y compromiso de acudir, con carácter previo a la vía judicial, a la mediación familiar, con el objeto de resolver mediante el diálogo aquellos conflictos que puedan surgir tras la ruptura.*
5. *Estos pactos serán válidos y obligarán a todos los firmantes aun cuando no contengan todos los extremos mínimos de un convenio regulador. En tal caso, la validez y eficacia se limitará a los aspectos pactados. Únicamente serán susceptibles de ejecución judicial los pactos previamente aprobados por el juez».*

Se trata, por tanto, de una normativa, en la que además de admitir expresamente los pactos en previsión de una ruptura, se establecen específicos requisitos determinantes de su validez y eficacia<sup>10</sup>.

Si bien es, en estas normativas autonómicas dónde con más detalle se regula esta materia, ello no obsta, a que otras normativas también recojan disposiciones a favor de los pactos entre los cónyuges, se realicen antes o después de la celebración del matrimonio.

En Aragón, no existe una regulación explícita de los pactos en previsión de crisis, pero sí pueden tener cabida en los preceptos reguladores de las capitulaciones matrimoniales llevando a cabo una interpretación amplia del contenido de dichas capitulaciones. Así, artículo 185 del Real Decreto legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, reconociendo el «Principio de libertad de regulación», establece lo siguiente:

1. *Los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares en capitulaciones matrimoniales, tanto antes como después de contraer matrimonio, así como celebrar entre sí todo tipo de contratos sin más límites que los del principio standum est chartae.*
2. *Las normas de los artículos 183, 184, 186 a 190 y 194 son imperativas».*

En el artículo 195, y respecto del contenido y forma de los capítulos, se dispone:

1. *Los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes y de quienes con ellos concurrán al otorgamiento, sin más límites que los del principio standum est chartae.*
2. *Los capítulos matrimoniales y sus modificaciones requieren, para su validez, el otorgamiento en escritura pública.*

Y junto a las estipulaciones capitulares, el artículo 199.2 se refiere a la posibilidad de que puedan otorgarse en capitulaciones otros «actos y contratos», sin mencionar específicamente cuáles, por lo que según PARRÁ LUCÁN (2017:952) podrían incluirse en este precepto los pactos preventivos de la ruptura conyugal.

En la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, su artículo 172 precisa que los cónyuges disponen de total libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación de la sociedad de gananciales con plenos efectos al disolverse la misma, norma que según ANTÓN JUÁREZ (2015:34) es: «Una forma suave de dar luz verde a los pactos en previsión de ruptura»<sup>11</sup>.

El Derecho civil navarro prevé en la Ley 76 del Fuero Nuevo el principio de libertad contractual entre cónyuges y en desarrollo de este precepto se reconoce la facultad de prestar garantías de carácter real o personal a favor del otro cónyuge y de llevar a cabo atribuciones patrimoniales<sup>12</sup>.

El legislador valenciano reconocía en el artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen económico matrimonial valenciano<sup>13</sup>, la posibilidad de los cónyuges de establecer pactos prematrimoniales en los siguientes términos:

*«En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta Ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio».*

### III. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO NEGOCIO JURÍDICO DE DERECHO DE FAMILIA

La ausencia de un reconocimiento explícito de los pactos en previsión de ruptura matrimonial a nivel del derecho estatal, no significa que no quepan en él. Los razonamientos jurídicos que en opinión de ANTÓN JUÁREZ (2015:34), pueden apoyar la legalidad de la figura de estos pactos son dos: 1) La consideración de los pactos en previsión de crisis matrimonial como contratos, y 2) Su consideración como capitulaciones matrimoniales.

#### 1. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO CONTRATOS

Destaca GARCÍA RUBIO como, «estos pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura permiten a las partes iniciar su relación familiar o matrimonial de manera más realista, anticipando sus contingencias y planeándolas, con lo que facilita una decisión más consciente de casarse o de no hacerlo. Abren a las partes la posibilidad de regular su relación matrimonial y postmatrimonial con sus mutuas aspiraciones, intereses y valores, de suerte que les permite ponderar todos ellos para adaptarlos a su particular situación de manera más singularizada de lo que puede hacerlo la ley. Es por ello que, las partes regulan su relación matrimonial o su eventual crisis de forma más ajustada a su especial realidad y representa un instrumento adecuado para las familias reconstituidas» (2003:1657) y poco después, reitera, «son contratos y como tales quedan sometidos a las reglas generales de los contratos, sin perjuicio de que la especial relación de confianza que existe en las partes y la peculiar naturaleza de las cuestiones incluidas en ellos pueda exigir otras cautelas» (2004).

Su validez en este caso se sustenta en base a las reglas del Derecho de los contratos, que son: autonomía de la voluntad y libertad de pacto —art. 1255 del Código Civil—, artículo 1323, que señala que «los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». En definitiva, se puede pactar sobre cualquier asunto encontrándose las partes como límites, la ley, la moral y el orden público.

Los acuerdos adoptados por los futuros contrayentes en un contrato prematrimonial gozan de la fuerza vinculante propia de cualquier contrato. Por lo que el consentimiento ha de ser libre, espontáneo, íntegro y no estar viciado. Deben pactar sobre cuestiones de las que pueden disponer (objeto) y lo deben llevar a cabo por un propósito, movidos por algún fin o razón, ya sea oneroso o una mera liberalidad (causa)<sup>14</sup>.

Se trata de pactos, según PAZ-ARES (2008:110), que «posibilitan en el futuro contrayente una reflexión más o menos intensa sobre aspectos de la futura vida matrimonial en común, particularmente económico, e, incluso, de forma más tímida, sobre las consecuencias de los posibles avatares matrimoniales».

Y desde una perspectiva del análisis económico del Derecho, precisa AGUILAR RUIZ (2014:106) que «la fijación *ex ante* de las consecuencias económicas de un eventual divorcio de la pareja protegerá durante la vida del «negocio» (negocio jurídico, en este caso), las inversiones o aportaciones económicas realizadas por los cónyuges durante la convivencia marital, sean remuneradas o no, lo que redundará después en unos menores costes de litigación en el momento de la disolución del matrimonio por divorcio».

## 2. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales constituyen la institución jurídica tradicional con la que el ordenamiento español cuenta para los pactos entre cónyuges. La cuestión que planteamos es si un acuerdo en previsión de ruptura matrimonial figura regulada únicamente en las legislaciones autonómicas puede tener cabida dentro de la figura jurídica de las capitulaciones, teniendo en cuenta la variedad de contenido que puede caracterizar a estos pactos, para lo que como se pregunta ANTÓN JUÁREZ (2015:35) «habría que plantearse un aspecto fundamental, y es, ¿qué contenido cabe dentro del término capitulaciones matrimoniales de acuerdo al ordenamiento español? ¿se reducen las capitulaciones a tratar cuestiones referentes al régimen económico matrimonial o, se pueden incluir cuestiones de otro tipo?»

Siguiendo la interpretación actual que realiza la doctrina civilista sobre capítulos matrimoniales, es posible afirmar que estos pactos pueden albergar cualquier cuestión patrimonial que tenga que ver o no con el régimen económico matrimonial, y es que el artículo 1325 del Código Civil señala «*cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*»<sup>15</sup>. Luego, las capitulaciones matrimoniales son pactos que pueden versar sobre cualquier materia referente al matrimonio, ya tenga que ver con el régimen económico matrimonial o no. De este modo, las capitulaciones pueden ser tanto los pactos que tienen por objeto aspectos relacionados con el régimen económico matrimonial, lo que es cierto constituye uno de los aspectos fundamentales, como pueden ser pactos que no estipulan nada sobre el régimen económico, pero sí sobre otras cuestiones que afectan al matrimonio<sup>16</sup>.

3. LA CONSIDERACIÓN DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL COMO PACTOS PRIVADOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO O CONVENIO REGULADOR

Los acuerdos pre-ruptura, al tratarse de acuerdos preventivos con vistas a una posible ruptura, se acercan también a la naturaleza de otras figuras contractuales previstas en nuestro ordenamiento, como los *pactos privados de separación o divorcio o el convenio regulador* del artículo 90 del Código Civil. Pueden por tanto, estos pactos compartir cláusulas con los acuerdos de separación o el convenio regulador. Si bien la función de estos pactos es regular los términos de una ruptura una vez producida. Por lo que la diferencia fundamental es que mientras el pacto pre-ruptura se celebra en previsión de una posible e incierta ruptura, los acuerdos privados de separación, como el convenio regulador, son celebrados una vez que la ruptura es una realidad<sup>17</sup>. Ello obliga a plantearse en particular, la validez y eficacia de los acuerdos que consisten en la renuncia a derechos que todavía no han nacido al tiempo de su celebración, y lo acordado debe quedar sujeto al régimen establecido para el convenio regulador; esto es: los pactos de que se trate precisarán aprobación judicial, que procederá «salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges» (art. 90, párr. 2.º del Código Civil)<sup>18</sup>.

Concluimos con RODRÍGUEZ GUITIÁN (2018:21) que «los pactos en previsión de ruptura familiar, cabe definirlos como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia en virtud de los cuales quienes tienen planteado contraer matrimonio, o se hallan en una situación de ordinaria convivencia matrimonial, prevén de manera total o parcial las consecuencias que pudieran derivarse de la posible ruptura de su matrimonio, bien sea por separación o bien por divorcio».

4. POSTURA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO

A continuación vamos a analizar la posición mantenida por el Tribunal Supremo respecto de la validez de los pactos en previsión de ruptura y los límites o requisitos para la validez de los mismos.

En la STS, Primera, de 31 de marzo de 2011, (Roj: 2158/2011; MP Encarnación ROCA TRÍAS), y respecto de la «*validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posible ruptura*», se afirma que «*la autonomía de la voluntad ya fue reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimonial pueden coincidir tres tipos de acuerdos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código Civil*». Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez.

[...]. La sentencia de 22 de abril de 1997 declaró que «*es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes. «No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez*». En consecuencia, «*las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado sobre*

*el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil*». La sentencia de 21 de diciembre de 1998 afirma que aparte del convenio regulador, que tiene «carácter contractualista», no se impide que al margen del mismo, «los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado [...] tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil». En este mismo sentido cita la sentencia de 17 de octubre de 2007, por lo que afirma «los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez»<sup>19</sup>.

La Sala Primera TS en sentencia de 24 de junio de 2015, (Roj: 2828/2015; MP Francisco Javier ARROYO FIESTAS), añade que «en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código Civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 del Código Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis matrimonial, en los artículos 231-19 del Código Civil catalán y en el artículo 25 de la Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana»<sup>20</sup>. Argumentos que reitera la STS, Primera, de 19 de octubre de 2015 (Roj: 4175/2015; MP Eduardo BAENA RUIZ).

La reciente STS, Primera, 18 de abril de 2018 (Roj: 1925/2018; MP Francisco Javier ARROYO FIESTAS) en la que el motivo del recurso de casación se funda en la infracción de la doctrina casacional recogida sobre la validez de los pactos prematrimoniales y los límites a los mismos, entre otras en la STS de 24 de junio de 2015, conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros y en el presente caso, doña Gloria que había renunciado ante notario a la pensión compensatoria, debía considerarse nula por ser contrario a la ley, a la moral y al orden público.

En cuanto a la validez del pacto prematrimonial, la sentencia dictada en primera instancia centra la cuestión en determinar si el pacto limita la igualdad o dignidad de alguno de los cónyuges: «se trata de analizar si lo pactado lesionaba el derecho a la igualdad de la Sra. Gloria, por el sometimiento que implicaba ya que esta al momento no solo de la firma sino incluso también al momento de la ruptura carecía de recursos económicos, de cualquier tipo de ingresos, de autonomía económica...». La sentencia acude a la STS 392/2015, de 24 de junio, en el que ambas personas eran instruidas y preparadas, como en el presente caso, y concluye que la renuncia de la parte actora a la pensión compensatoria fue nula, por contraria al derecho a la igualdad y no por estar viciado el consentimiento. La sentencia refiere absoluta precariedad de la demandante.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial, revoca la de instancia, y ante los antecedentes fácticos expuestos tiene en cuenta el carácter disponible de la pensión compensatoria, de puro contenido económico, la autonomía de la voluntad, y entiende que es un negocio jurídico válido.

La Sala, partiendo de la renuncia a la pensión compensatoria que hizo la recurrente en el acta notarial de manifestaciones, razona que:

- «Doña Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario».
- «No puede entenderse cuestionado el orden público (art. 1255 del Código Civil), la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, [...] estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a doña Gloria a una situación de previsible precariedad».
- «No puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de doña Gloria, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en la que la esposa resulta beneficiario de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente antelación al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz. Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14, 17 y 19 de la Constitución)».

Se desestima el recurso de casación interpuesto por doña Gloria y se confirma la sentencia recurrida en todos sus términos».

De lo expuesto se deduce que «no existe prohibición legal frente a los denominados acuerdos prematrimoniales, la admisibilidad legal de estos pactos en previsión de futura crisis matrimonial, se puede encajar tanto en el artículo 1323 del Código Civil, que consagra el principio de libertad de contratación entre los cónyuges y que no es más que una concreción del artículo 1255 del Código Civil (admisión del juego de la autonomía de la voluntad) como cabe sostener la posición comúnmente aceptada para fundamentar el reconocimiento de los mismos en la expresión última del artículo 1325 del Código Civil «cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Dónde se debe poner el acento es, en los límites a los mismos, que están:

- «Reunir los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el artículo 1261 del Código Civil y no solo esto, sino, todas las reglas reguladoras del contrato», STS, Primera, de 31 de marzo de 2011 (Roj: 2158/2011).
- «La protección de la igualdad de los cónyuges. Límite que se vulneraría cuando el pacto sea gravemente perjudicial para una de las partes o se inferiría cuando uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante o haya sumido al otro en una clara situación de precariedad que genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas». STS, Primera, de 24 de junio de 2015 (Roj: 2828/2015).
- «La protección del interés de los menores, si los hubiere». No en vano, dice la STS, Primera, de 24 de junio de 2015 (Roj: 2828/2015) «el artículo 90.2 del Código Civil establece como requisito para los convenios reguladores, que no sean dañinos para los menores o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En igual sentido el artículo 39 de la Constitución cuando establece la protección de la familia y de la infancia».

Sin olvidar que, el reconocimiento de un poder de autorregulación en el ámbito matrimonial y familiar se halla en los principios de libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad de los artículos 1 y 10, de la Constitución Española.

#### IV. CONTENIDO DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE CRISIS MATRIMONIAL

Reconocida la libertad de los cónyuges para pactar y el amparo legal de los pactos preventivos tanto en Derecho civil común como en la legislación autonómica, la admisibilidad de estos pactos no es un problema, la cuestión jurídica que se plantea en torno a ellos no tiene que ver con la figura en sí misma sino con el tipo de cláusulas que se incluyen en el acuerdo.

Cuando en el acuerdo preventivo se trata de determinar los efectos patrimoniales y personales, como pacto inter partes, los contrayentes pueden regular prácticamente cualquier aspecto de su convivencia común. Como se afirma en la STS, Primera, de 31 de marzo de 2011 (Roj: 2158/2011), «[...] estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios». En este sentido el contenido de los pactos es y puede ser tan variado como corresponda a los particulares intereses de los futuros contrayentes. A partir del contenido más habitual en nuestro entorno jurídico, y según AGUILAR RUIZ (2006:112) podemos distinguir:

- Acuerdos antes del matrimonio y dirigidos a regular aspectos (derechos y obligaciones) personales de la pareja.
- Acuerdos dirigidos a regular aspectos sucesorios.
- Acuerdos destinados a regular las consecuencias de la eventual ruptura del matrimonio.

##### 1. PACTOS REGULADORES DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES DE LA PAREJA

La posibilidad de que los futuros contrayentes decidan cuestiones personales que acomoden su convivencia a un modelo convencional, propio o distinto del legalmente previsto, no son los pactos más frecuentes. Ejemplos de cláusulas como: no volverse a casar, no frecuentar determinados lugares o personas, cláusulas penales por infidelidad, se encuentran en la experiencia de ciertos Estados de EEUU.

En el Código Civil los artículos 66 a 68 recogen los deberes personales de los cónyuges, y sobre este tipo de cláusulas las cuestiones que se plantean son, por una parte su «admisibilidad» y otra, la «indemnización». En el Código Civil de Cataluña no se alude a los pactos relativos a la regulación preventiva de los aspectos personales de los cónyuges, lo que se debe según FIGUEROA TORRES (2016:221) a que la mayoría de ellos están relacionados directamente con uno de los límites existentes al juego de la autonomía de la voluntad: el orden público constitucional, además por la mayor proximidad a prejuicios ideológicos, morales o religiosos, y añade que, la expresión de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial ha ido ligada tradicionalmente al negocio familiar de contenido patrimonial.

La posibilidad de pactos en los que se restrinja el derecho a contraer matrimonio o a iniciar una convivencia de hecho en el futuro carece de sentido y tales



acuerdos serían nulos de pleno derecho por contrarios al orden público constitucional (art. 32 CE). Lo que también se aplicaría en el supuesto de prohibición de contraer matrimonio o convivencia de hecho con persona determinada, prohibición de no casarse durante cierto tiempo RODRÍGUEZ GUITIÁN (2018:250). En el mismo sentido, afirma serían nulas cláusulas que, sin más, impusieran o excluyeran una determinada residencia al otro cónyuge tras el divorcio o la separación. Estas cláusulas, sin duda, serían nulas por vulneración de nuevo del orden público constitucional (art. 19 CE).

Respecto a su admisibilidad, expresamente PINTO ANDRADE (2008: 65) afirma que: «Los pactos sobre aspectos personales deben considerarse nulos por cuanto, los artículos 67 y 68 del Código Civil son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente del poder del deber conyugal incumplido. Debe señalarse que son un conjunto de deberes y derechos personalísimos y recíprocos respecto a los cuales prestan su consentimiento los cónyuges en el acto constitutivo del matrimonio. A tenor del artículo 45 del Código Civil son indisponibles por los cónyuges e irrenunciables y no se pueden limitar ni modalizar y el pacto en tal sentido se tiene por no puesto, tanto sea anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al acto constitutivo del mismo». ANTÓN JUÁREZ (2015:41), considera sin embargo que para valorar la validez de este tipo de actos sería necesario tener presente, por una parte, la libertad de pacto, es más, en su opinión este tipo de acuerdos donde se regulan o concretan deberes del día a día pueden hacer una convivencia más fácil; y en segundo lugar, el límite de estos pactos se encontraría en la transgresión de principios básicos del ordenamiento —libertad, no discriminación, etc.— y por tanto de la propia institución del matrimonio. Según PÉREZ MARTÍN (2009:92), «pactar sobre deberes personales se debería permitir, modificar los deberes básicos de la institución del matrimonio no».

Compartimos con ANTÓN JUÁREZ (2015:42) que quizá el verdadero problema de las estipulaciones personales en los acuerdos preventivos reside no tanto en la posibilidad de pacto sino en el reconocimiento por parte de un tribunal de una indemnización por un posible incumplimiento de estos deberes. La Sala Primera TS en sentencia de 30 de julio de 1999 (Roj: 5489/1999. MP. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA) se muestra en contra de reconocer responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de deberes personales, sin embargo a nivel de Audiencias Provinciales ha surgido una corriente jurisprudencial favorable al resarcimiento de daños y perjuicios en este tipo de hipótesis<sup>21</sup>.

## 2. PACTOS DESTINADOS A REGULAR ASPECTOS SUCESORIOS

¿Pueden los cónyuges establecer acuerdos destinados a ser ejecutados en caso de muerte de uno de ellos? Se trata de acuerdos que, como indica GARCÍA RUBIO (2004), plantean bastantes problemas de validez por su íntima conexión con los pactos sucesorios dadas las importantes diferencias existentes entre el Derecho sucesorio autonómico y común. Dos ejemplos lo ponen de manifiesto:

Un ejemplo sería el «pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges renuncian en el acuerdo prematrimonial a los derechos legitimarios u otros análogos que pudieran corresponderles en la herencia del otro». Tal pacto según el

artículo 816 del Código Civil está prohibido, mientras que es admisible en otros ordenamientos como el gallego, el balear, el navarro o el catalán.

El segundo ejemplo sería aquel por el que uno de los cónyuges o futuros cónyuges asumen la obligación de testar a favor del otro. La regla general sobre la que descansa el Derecho civil común, a diferencia de otros ordenamientos autonómicos, es que sobre la herencia futura no se puede pactar, salvo aspectos que tengan que ver con la división del caudal, artículo 1271 del Código Civil<sup>22</sup>.

Hay otras cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho sucesorio, como las donaciones de bienes futuros en caso de muerte o la promesa de mejorar o mejorar (arts. 826 y 827 del Código Civil), que sí podrían ser pactadas en capitulaciones matrimoniales, por lo que se podría entender que las cuestiones sucesorias que se permiten vía capitulaciones matrimoniales también se podrían recoger en acuerdos prematrimoniales, siempre que se cumpla el requisito formal de escritura pública<sup>23</sup>. Es el supuesto de la determinación del *lugar de residencia de los esposos* que, como afirma DE LA IGLESIA MONJE (2015:372), puede formar parte del contenido atípico de las capitulaciones matrimoniales y no tiene en principio efectos directamente económicos pero que influye indirectamente en los aspectos de derecho sucesorio y tributario. Este pacto tiene su importancia cuando uno de los esposos no es español de origen, y de este modo, se utilizan las capitulaciones matrimoniales para introducir esta manifestación, que la residencia habitual pactada por acuerdo prenupcial sea en España, lo que determina, según el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil el derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio, y específicamente la determinación de la normativa aplicable de los derechos sucesorios del cónyuge superviviente que son el objeto de la contienda originada por la STS de 28 de abril de 2014 (Roj: 2126/2014 MP Francisco Javier Orduña Moreno).

En este supuesto queda acreditado que: D. Pablo, de nacionalidad italiana, falleció en fecha de 26 de enero de 2006 en la localidad de Benalmádena, en estado de casado con D.<sup>a</sup> Ariadna, de nacionalidad española, con la que había mantenido previa convivencia marital durante años, residiendo ambos en Benalmádena. Contrajeron matrimonio el 18 de febrero de 2004, y habían otorgado capitulaciones matrimoniales por las que acordaban el régimen económico matrimonial de separación de bienes mediante escritura pública de fecha 17 de febrero de 2004. Los otorgantes hicieron constar su residencia habitual común en Málaga y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio. Por tanto las partes, antes de contraer matrimonio, establecieron en base a su autonomía de la voluntad plasmada en las capitulaciones matrimoniales realizadas previamente a la celebración del matrimonio la fijación de su residencia habitual, lo que a juicio de DE LA IGLESIA MONJE (2015:376) debe entenderse como su vecindad civil, que en este caso es de Derecho común, lo que va a tener efectos fundamentales en el Derecho sucesorio.

«En el presente caso, se afirma, *la aplicación sistemática de los artículos 9.2 y 9.8, in fine, del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge superviviente, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio*».

### 3. PACTOS SOBRE CUESTIONES PATRIMONIALES O ECONÓMICAS SUBSIGUIENTES A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO

En función de su contenido, podemos a su vez distinguir diferentes acuerdos referidos a:

#### A. *Pactos sobre la vivienda familiar*

La vivienda familiar suele ser el bien con más valor del matrimonio, y en muchas ocasiones, es el único bien del patrimonio familiar. Por ello, suele ser el bien sobre el que más disputas se concentran en los procesos de divorcio<sup>24</sup> y sean aconsejables los posibles pactos que los cónyuges o futuros cónyuges lleven a cabo sobre dicho bien con anterioridad a la crisis conyugal.

La validez y exigibilidad de los acuerdos preventivos sobre la vivienda familiar resulta evidente si al momento de disolverse el matrimonio, este no ha tenido descendencia. Y es que en estos casos, el artículo 96 del Código Civil convierte esta materia en plenamente disponible por las partes, con el único límite de su control judicial posterior, dirigido a evitar que el acuerdo sea en el momento de su ejecución «gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges» (art. 90.2 del Código Civil)<sup>25</sup>. Los cónyuges sin hijos van a tener bastante más libertad a la hora de fijar el uso o la adjudicación de la vivienda familiar. Pactos como por ejemplo: la venta inmediata del inmueble y el reparto del precio obtenido entre los cónyuges en proporción a sus aportaciones; pacto por el que se decide la atribución de la titularidad de la vivienda familiar adquirida por ambos cónyuges a uno de ellos, previo reintegro de la mitad de las cuotas o aportaciones realizadas por el no titular, o bien previo pago del alquiler de otra vivienda en determinada zona para el cónyuge no adjudicatario<sup>26</sup>.

La validez y exigibilidad de los pactos sobre vivienda cuando el matrimonio tiene hijos menores queda supeditada a un control judicial a posteriori (AGUILAR RUIZ 2014: 318). La necesidad de que el juez controle si lo pactado de forma anticipada por los cónyuges es, una vez producida la crisis, conforme al interés superior del menor, deriva según RODRÍGUEZ GUTIÁN (2018: 300-301), por analogía, de lo dispuesto en el artículo 96.1 del Código Civil, ya que este precepto exige la aprobación judicial del acuerdo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial y, en defecto de acuerdo, prevé la atribución judicial al uso de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge custodio en cuanto manifestación del interés del menor. Por consiguiente, si los cónyuges pactan en previsión de la crisis sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, o cualquier otra modalidad de dicho uso, están realizando disposiciones que afectan a terceros, terceros que además son protegidos de forma especial en el ordenamiento jurídico, no solo desde la perspectiva constitucional (art. 39. 3 CE) sino también internacional (Convención de los Derechos del Niño).

El interés del menor, afirma ANTÓN JUÁREZ (2015:40), siempre va a estar antes que cualquier previsión que las partes hayan realizado en cualquier tipo de pacto. El carácter de orden público de las normas reguladoras de los deberes para con los hijos menores impone la ilicitud de los pactos que traspasen sus límites, lo que no significa impedir la validez de cualquier tipo de acuerdo pre-matrimonial que afecte a los hijos.

*B. Pactos sobre la prestación compensatoria*

Se trata sin duda de los pactos más buscados por los cónyuges, sobre todo por los cónyuges que han vivido matrimonios anteriores y continúan obligados al pago de pensiones a sus exparejas y los que han marcado el nacimiento y evolución de la categoría jurídica de los acuerdos prenupciales<sup>27</sup>.

La discusión sobre su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico ha sido llevada, en numerosas ocasiones ante nuestros Tribunales, ya la STS de 2 de diciembre de 1987, señaló que «[...] el juez no puede actuar de oficio concediéndola, siendo competencia únicamente de las partes incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento». Las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1997, 31 de marzo de 2011 y la de 20 de abril de 2012 declaran, que: «1. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de autonomía de la voluntad, tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación».

Expresa ALLUEVA AZNAR (2016:145) que el tipo de pacto que se haga sobre la prestación compensatoria influirá directamente en la forma de vida conyugal. Si el derecho a la prestación compensatoria se reconoce en una manera amplia ello supondrá un reforzamiento de la comunidad de vida entre los cónyuges y de su compromiso matrimonial. Por el contrario, si los pactos tienden a reducir o, incluso, suprimir, la prestación compensatoria ello fomentará la independencia profesional en cada uno de los esposos, con una menor dedicación al ámbito doméstico.

La prestación compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil, al tratarse de una norma de derecho dispositivo, no de derecho imperativo, puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, ya que la misma no afecta a las cargas del matrimonio, por no concernir o ser relativa a los hijos AGUILAR RUIZ y HORNERO MÉNDEZ (2006:12). Es por ello que este tipo de pactos en los que se renuncia anticipadamente a la prestación compensatoria son relativamente frecuentes en la práctica, aunque es cierto que la tendencia actual tanto del legislador como de la jurisprudencia a restringir los casos en que se concede, o al menos, en los que se concede con carácter indefinido, lleva consigo una pérdida de importancia de estos pactos<sup>28</sup>.

Se puede decir que la renuncia anticipada a la prestación compensatoria puede ser admisible siempre que se respeten los límites a la autonomía privada, negándose por tanto validez a los pactos anticipados de renuncia que:

— Contravengan los límites genéricos del artículo 1255 del Código Civil. Entre los principales supuestos en los que un pacto de renuncia anticipada a la prestación compensatoria vulnera estos límites se pueden citar con RODRÍGUEZ GUTIÁN (2018: 280 y sigs.) los siguientes:

1. Pactos de renuncia anticipada a la prestación compensatoria que perjudiquen a los hijos. En el supuesto de hijos menores de edad, devendría nulo el pacto en cuanto contrario al artículo 6.2 del Código Civil, norma imperativa. Sin olvidar la trascendencia de orden público del principio del interés superior del menor.
2. Pactos de renuncia anticipada a la prestación compensatoria lesivo de los derechos del cónyuge renunciante. Se trata de aquellos acuerdos que

no salvaguardan o vulneran el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges del artículo 66 del Código Civil. Resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Caso de renuncia no recíproca<sup>29</sup>.

3. Pactos de renuncia anticipada a la prestación compensatoria en perjuicio de terceros. Se trata de analizar si en el momento del cumplimiento del acuerdo tales pactos de renuncia anticipada a la prestación compensatoria implican un daño para terceros, distintos en este caso de los hijos del cónyuge renunciante y vulneran la norma de carácter imperativo recogida en el artículo 6.2 del Código Civil. Terceros tales como, los acreedores del cónyuge renunciante.

— No superen el control acerca de los requisitos generales del artículo 1261 del Código Civil; esto es, consentimiento, objeto y causa.

— Superen las circunstancias sobrevenidas, *rebus sic stantibus*, cuya aplicación ha servido de base a los tribunales para declarar la inaplicación de pactos prematrimoniales de renuncia en los que el juez ha entendido se habían producido *alteraciones sustanciales e imprevisibles* en las bases objetivas del acuerdo. Sin embargo, comparto con ANTÓN JUÁREZ (2015:40) que, «admitir esta excepción a la validez puede resultar un arma de doble filo o mejor dicho, una vía para plantear la ineficacia de la renuncia en todo caso, ya que, si el pacto prematrimonial se firmó veinte años atrás es obvio que las circunstancias de los cónyuges han cambiado. Por lo tanto, será el caso concreto, teniendo en cuenta la admisibilidad general a la renuncia de la pensión compensatoria, el que verdaderamente podrá indicar a un tribunal si efectivamente las circunstancias son las sobrevenidas o inesperadas como para que la renuncia no sea válida por perjudicar gravemente a una de las partes». En palabras de RODRÍGUEZ GUTIÁN (2018:280), debiera restringirse, el control judicial de justicia de estos pactos de renuncia, a la hipótesis de que el pacto haya devenido injusto para uno de ellos, por alteración sobrevenida de las circunstancias, en el momento de la ejecución de aquel.

### C. Pactos sobre indemnización entre cónyuges

También encontramos en los pactos preventivos cláusulas que establecen condiciones particulares para el divorcio de la pareja que, constriñen de alguna manera, la petición del mismo. Su objeto es, en muchas ocasiones, la imposición de sanciones económicas en caso de que se produzca el cese de la convivencia, la separación o el divorcio. La AP Murcia, 6.<sup>a</sup>, en sentencia de 24 de octubre de 2013 (Roj: 2492/2013 MP Carlos MORENO MILLÁN) manifiesta, trayendo a colación el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias de 25 de junio de 1987 y 26 de enero de 1993, que: «dichas resoluciones atribuyen trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges para los tiempos posteriores a la separación matrimonial».

En el caso enjuiciado en la SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (Roj: 223/2003 MP Manuel ESPINOSA LABELLA), literalmente se pactaba que: «*En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. Juan Ramón asume la obligación de indemnizar a D.ª Marcelina en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de matrimonio.* Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a

la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal». Se trata de una cláusula con la característica, de que la suma acordada sería exigible desde el momento en que se presentase la demanda de divorcio, aunque no se probase que se produjeron daños.

La sentencia recurrida consideró que la citada cláusula de la escritura de capitulaciones matrimoniales es nula por ser contraria al orden público matrimonial, contraria a las buenas costumbres, la moral y la ética social pues supone penalizar el cese de la convivencia conyugal, no considerando admisible que se pague por la convivencia matrimonial.

La Audiencia de Almería estima también que «la referida cláusula es nula por aplicación del artículo 1328 del Código Civil, que considera así cualquier estipulación limitativa de los derechos que corresponden a cada cónyuge. En efecto, de admitirse la validez de la estipulación se estarán autorizando cláusulas penales que limitarían el derecho a la separación matrimonial, reconocido implícitamente en el artículo 32.2 de la Constitución, lo que no es admisible y supondría un retroceso en el régimen de los derechos de los cónyuges y colocaría a uno de ellos en desigualdad no solo con respecto al otro en el ámbito de ese matrimonio sino en general con los demás al limitarse la posibilidad de instar esa separación matrimonial».

No obstante, encontramos otros pronunciamientos judiciales en los que se mantiene la validez de los pactos con cláusula penal, así, la SAP Santa Cruz de Tenerife de 7 de julio de 2008 (Roj: 2169/2008 MP Eugenio Santiago DOBARRO RAMOS), en la que figura la siguiente cláusula: «En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite, D.<sup>a</sup> Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido».

La sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife da por supuesta la validez de la cláusula, el punto que se debate es la discusión sobre el nacimiento del derecho a la compensación por cada año de matrimonio, que se entiendo es la resolución judicial decretando el divorcio, no la ruptura de hecho de la convivencia ni el incurrir en causa de divorcio<sup>30</sup>.

En la STS 20 de abril de 2012 (Roj: 2906/2012, MP Encarnación ROCA TRÍAS) son hechos probados los siguientes:

«D. José y D.<sup>a</sup> Carolina contrajeron matrimonio en 1986. En 2002 se pronuncia una sentencia de separación, con convenio regulador, que contenía la cláusula que se transcribe relativa a la pensión compensatoria:

*Cláusula Séptima: Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la Sra. Carolina, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante matrimonio, el Sr. José se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas (250.000 pts.) mensuales.*

*Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar o iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo».*

D. José demandó a D.<sup>a</sup> Carolina, pidiendo la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de separación y en concreto, la extinción de la pensión compensatoria. D.<sup>a</sup> Carolina contestó diciendo que la previsión de la cláusula no afectaba a la pensión compensatoria, dado que se le reconocía plena libertad laboral y negocial.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid de 2009, acordó la extinción de la pensión compensatoria, con lo argumentos que se

reproducen a continuación: a) la causa que dio origen a la pensión no fue el desequilibrio, sino que se trataba de «una suerte de pensión vitalicia que confiere a la demandada un derecho a percibir unas indemnizaciones de carácter personal por razón de los frutos obtenidos por una actividad mercantil durante la vigencia de la sociedad de gananciales», porque en realidad «tiene como causa el repartir los rendimientos fijos que se generan periódicamente como consecuencia del seguro aludido, lo que difiere de la finalidad de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, b) debe estimarse la petición de extinción «[...] al no existir causa que motivara su nacimiento, por cuanto que el fin perseguido no era paliar el desequilibrio económico»; c) además, considera probado que la esposa ha venido a mejor fortuna; d) «[...] todo ello teniendo en cuenta que la renta vitalicia que se determina en el convenio regulador de separación puede establecerse en otro negocio jurídico más idóneo o solventarse en la liquidación del régimen económico de gananciales, ya mediante la acción de adición o complemento, ya por rescisión por lesión o por la vía que la parte estime adecuada dada la naturaleza ganancial del derecho discutido».

D.<sup>a</sup> Carolina, apeló, esta parte de la sentencia. La SAP de Madrid, sección 24, de 29 de septiembre de 2010, confirmó la sentencia apelada.

Presenta D.<sup>a</sup> Carolina recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Se estima el recurso de casación y se reconoce que *«el pacto entre D.<sup>a</sup> Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era la voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.*

*De ahí se concluye que sea cual fuera la razón y el origen de este pacto, la entrada de D.<sup>a</sup> Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa».*

#### D. Pensión de alimentos

¿Es posible que los cónyuges puedan realizar un pacto en contemplación de la ruptura matrimonial incluyendo un acuerdo voluntario de alimentos a favor de uno de ellos tanto durante la separación como durante el divorcio? Lo admiten GARCÍA RUBIO (1995: 78-79) y RODRÍGUEZ GUTIÁN (2018: 334), y también la jurisprudencia ha admitido la validez de estos pactos, pero referidos a su previsión en un convenio regulador, es decir cuando la crisis ya se ha producido. Su fundamento legal es la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, y según el Tribunal Supremo, ese pacto puede calificarse como un contrato de alimentos voluntario conforme al artículo 153 del Código Civil.

La separación de los cónyuges, en cuanto subsiste el vínculo matrimonial y el deber de socorro, provoca la obligación legal de alimentos si uno de los cónyuges se encuentra en situación de necesidad en el momento de la separación, por lo

que el juez no estará vinculado por los posibles acuerdos convencionales que hayan celebrado los cónyuges en materia de alimentos. Por el contrario, en caso de divorcio, se extingue la obligación legal de alimentos de los artículos 151 y siguientes del Código civil al cesar los cónyuges en su condición de tales (GARCÍA RUBIO 1995: 110 y 142). Pero ¿sería válido un pacto voluntario de prestación de alimentos con ocasión del divorcio?

En la STS 4 de noviembre de 2011 Roj: 6998/2011 (MP Encarnación ROCA TRÍAS) y ante el interés casacional que presenta el recurso por existir doctrina contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la compatibilidad del divorcio con el mantenimiento de pactos que prevén alimentos entre otorgantes del convenio regulador en un procedimiento de separación previa<sup>31</sup>, se afirma lo siguiente:

*«El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 del Código Civil, es decir se tratará de alimentos voluntario, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se registrarán por los dispuesto en el artículo 1791 del Código Civil, o gratuitos, como ocurre en este caso. El pacto de alimentos debe incluirse en esta categoría porque lo contratantes no tienen ya un derecho legal a reclamárselos al haber cesado su cualidad de cónyuges.*

*Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.*

*[...] el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del sobre los alimentos, porque: a) hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; b) de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados «alimentos», que en realidad no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, y c) en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido.*

*Esta Sala fija la siguiente doctrina: el convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre los excónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentante deberá seguir prestándolos.*

## V. CONCLUSIONES

Al otro lado del Atlántico es ya rutina el llamado Derecho Preventivo de Familia que evita «la incertidumbre judicial». Por el contrario, en el ordenamiento jurídico español, apenas se pone en práctica, no hay tradición en la celebración



de pactos en previsión de futura crisis matrimonial, si bien han sido reconocidos en los derechos civiles autonómicos.

Aunque el Código Civil no los contemple se admite su validez en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de contratación entre cónyuges y a la potestad de estos para estipular en capitulaciones cualquier disposición por razón del matrimonio, pudiendo las partes regular prácticamente cualquier aspecto económico y personal de la vida en común que pretenden comenzar y prever las consecuencias personales y económicas de una futura ruptura conyugal.

El Tribunal Supremo los configura como «pactos atípicos», declarando que los cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas.

Es por ello que, el debate en torno a estos acuerdos en previsión de crisis matrimonial no se centre tanto en el momento de la celebración, en cuanto que concurren los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general, sino en el momento de hacerlos valer ante un tribunal. O lo que es lo mismo, suponiendo que el pacto supere, por así decirlo «los controles de inclusión y contenido», en el momento de su cumplimiento, puede resultar que la supervivencia del pacto va a depender del control judicial que el tribunal realice. Se toma en cuenta el tiempo transcurrido entre la celebración y la reclamación de cumplimiento del pacto, la existencia o no de hijos o de otras personas dependientes, la salud de los cónyuges, su desarrollo profesional... Todas ellas son circunstancias que entran a valorarse por los tribunales junto con las cláusulas del contrato en el momento de su ejecución.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L. (2014). Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, T. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, 9 y sigs.
- ALLUEVA AZNAR, L. (2016). *Prestación compensatoria y autonomía privada familiar*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol 16, 101 y sigs. Disponible en <http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>
- (2013). Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Sección 1.ª), de 12 de julio de 2012, *InDret*, enero de 2013. (disponible en: [http://www.indret.com/pdf/952\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf)).
- ANDERSON, M. (2012). Comentario a la STS de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, 379 y sigs.

- ANGUITA VILLANUEVA, L. A. (2009). Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos a la realidad española, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid: Dykinson, 278-300.
- (2010). Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española, *Estudios sobre validez e ineficacia*, núm. 1, (Disponible en: <http://codigo-civil.net/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806>).
- ANTÓN JUÁREZ, I. (2015). Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1. (Disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>).
- AÑOVEROS TERRADAS, B. (2010). Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado, *AEDIPr*, T. X, 441-469.
- AYERRA MICHELENA, K. (2016). *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). Pactos en previsión de ruptura matrimonial, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 5, primer trimestre.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2016). Comentario al artículo 1325 del Código Civil, en Ana Cañizares Laso, et al. (dirs.), *Código Civil Comentado*, 2.ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 835 y sigs.
- (2012). Las capitulaciones matrimoniales, en Gema Díez-Picazo Giménez (coord.) *Derecho de familia*, Madrid, Civitas, 589 y sigs.
- CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2017). Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2, 3-54. (Disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/249/207>).
- (2013). *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura: un estudio de Derecho comparado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013.2). Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano, *Diario La Ley*, núm. 8011. Disponible: [http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA-AAAAEAMtMSbF1CTEAAkNLMwtDE7Wy1KLizPw8WyMDQ2MDQwMTtbz8l-NQQF2fb0ryU1LTmVnQUkJLMtEqX\\_OSQyoJU25Ki0lS11KT8\\_GwUg-LhBqS-mZJYATXRJLEm1NbJUNTIxMAQSIGka82JXyn0AAAA=WKE](http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA-AAAAEAMtMSbF1CTEAAkNLMwtDE7Wy1KLizPw8WyMDQ2MDQwMTtbz8l-NQQF2fb0ryU1LTmVnQUkJLMtEqX_OSQyoJU25Ki0lS11KT8_GwUg-LhBqS-mZJYATXRJLEm1NbJUNTIxMAQSIGka82JXyn0AAAA=WKE).
- DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2012). Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 987-1198.
- (2015). Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 371-382.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2012). Los regímenes patrimoniales en los derechos civiles especiales y forales. Navarra, en Gema Díez-Picazo (Coord.) *Derecho de Familia*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 795.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid: Tecnos.
- EGEA I FERNÁNDEZ, J. (2014). Comentari al article 233-21 del Codi Civil de Catalunya, en Egea i Fernández, J. y Ferrer i Riba, J. (Dirs.) *Comentari al Llibre Segon del Codi civil de Catalunya, Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier, 518 y 519.
- (2003). Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid: Civitas, 4552-4565.

- ESPÍN ALBA, I. (2017). La familia en el Derecho civil de Galicia, en Yzquierdo Tolsada, M./Cuena Casas M (dirs.) *Tratado de Derecho de familia*, vol. VII, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1210.
- FIGUEROA TORRES, M. (2016). *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid: Dikynson.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (1995). *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid: Civitas.
- (2003). Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, T. LVI, fascículo IV, octubre-diciembre, 1653-1673.
- (2004). Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de Familia, Ponencia a les XIII Jornades de Dret Català a Tossa, Tossa de Mar, (disponible en: <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/pon/2/mpgr.htm>).
- GASPAR LERA, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fas. III, 1042-1045.
- (2012). Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés, *InDret*, 3, (disponible en: [http://www.indret.com/pdf/913\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf))
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). Acuerdos y contratos prematrimoniales (I y II), *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, julio, 9-13 y núm. 82, septiembre, 1-9.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1975). *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Madrid: Civitas,
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2010). ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, abril-junio, 29-48.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, Madrid: Tecnos.
- MÁRTINEZ DE AGUIRRE, C. (2016). Comentario al artículo 97 del Código Civil, en Ana Cañizares Laso y otros (dirs.), *Código Civil Comentado*, 2.<sup>a</sup> edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 544 y sigs.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2014). Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales, en Luis Díez-Picazo (Coord.) *Estudios Jurídicos Homenaje José María Miquel*, Tomo I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1863 y sigs.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> A. (2017). La familia en el Derecho civil de Aragón, en Yzquierdo Tolsada, M./Cuena Casas M (dirs.) *Tratado de Derecho de familia*, vol. VII, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 952.
- PASTOR VITA, F. J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 25-55.
- PAZ-ARES, I. (2008). Previsiones capitulares, *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: Modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares. Homenaje a Luis Zarraluqui Sánchez Ezna- rriaga*, Madrid: Dykinson, 97 y sigs.
- PÉREZ HERESA, J. (2008). La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales, *Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLVIII, curso 2007/2008, colegio Notarial de Madrid, 548 y sigs.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2009). *Tratado de Derecho de Familia. Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, II, Valladolid: Lex Nova.
- PINTO ANDRADE, C. (2010). La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales previsión de ruptura, *Noticias Jurídicas*, septiembre, 2010. (Disponible

- en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generalidad-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-prevision-de-la-ruptura-/>).
- (2010). *Pactos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Barcelona: Bosch.
- QUICIOS MOLINA, S. (2016). Comentario a la STS de 24 de junio de 2015, el pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 191 y sigs.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña), en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Cizur Menor, Thomson Civitas, 735 y sigs.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2015). Luces y sombras de la aplicación del Derecho de Daños al ámbito de la familia, *La Ley Derecho de Familia*, número 8, 12.
- RUBIO GIMENO, G. (2014). Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán; Madrid: Dykinson.
- SOLÉ FELIÚ J. (2014). Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya, en Egea i Fernández, J./Ferrer i Riva (dirs.) *Comentari al Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier, 146 y sigs.
- VEGA SALA, F. (2011). Comentario a l'article 231-20. Pactos en previsión de ruptura matrimonial, en Roca Trías (coord.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid: Sepín, 642 y sigs.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. (2007). *Derecho de Familia y de la persona*, Barcelona: Bosch.

## VII. JURISPRUDENCIA CITADA

- STS, Primera, 30 de julio de 1999 (Roj: 5489/1999)
- STS, Primera, 31 de marzo de 2011 (Roj: 2158/2011)
- STS, Primera, 4 de noviembre de 2011 (Roj: 6998/2011)
- STS, Primera, 20 de abril de 2012 (Roj: 2906/2012)
- STS, Primera, 28 de abril de 2014 (Roj: 2126/2014)
- STS, Primera, 24 de junio de 2015 (Roj: 2828/2015)
- STS, Primera, 19 de octubre de 2015 (Roj: 4175/2015)
- STS, Primera, 30 de mayo de 2018 (Roj: 1925/2018)
  
- STSJ Cat, Sala Civil I Penal, 12 de julio de 2012 (Roj: 8894/2012)
- STSJ Cat, Sala Civil I Penal, 8 de mayo de 2014 (Roj: 5538/2014)
- STSJ Cat, Sala Civil I Penal, 31 de marzo de 2016 (Roj: 2419/2016)
  
- SAP Almería, Segunda, 17 de febrero de 2003 (Roj: 223/2003)
- SAP Valencia, 6.<sup>a</sup>, 5 de septiembre de 2007 (Roj: 2216/2007)
- SAP Santa Cruz de Tenerife, Primera, 7 de julio de 2008 (Roj: 2169/2008)
- SAP León, Primera, 30 de enero de 2009 (Roj: 39/2009)
- SAP Murcia, 6.<sup>a</sup>, 24 de octubre de 2013 (Roj: 2492/2013)

## NOTAS

<sup>1</sup> El marido era el representante de su mujer, que no podía comparecer en juicio sin su licencia (art. 60 del Código Civil, en su redacción originaria); no podía, sin dicha licencia, adquirir bienes a título oneroso o gratuito, enajenar sus bienes ni obligarse, bajo sanción de nulidad (art. 61); y no tenía la disposición de sus bienes parafernales (art. 1387 del Código Civil).

<sup>2</sup> Hasta la entrada en vigor de la ley, los cónyuges solo podían realizar capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Con esta prohibición se quería evitar que la mujer coaccionada por el marido modificara aspectos de su régimen económico matrimonial en su propio perjuicio. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1975). *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Madrid, Civitas; ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, L. (2007). *Derecho de Familia y de la persona*, Barcelona, Bosch, 42.

<sup>3</sup> Se afirma en la Exposición de Motivos lo siguiente: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. En coherencia con esta razón, el artículo 32 de la Constitución configura el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge». Sobre la autonomía de la voluntad en la determinación de las medidas que han de regular los efectos de la ruptura, se afirma también en la Exposición de Motivos que: «La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Solo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas».

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M. (2018). *Los pactos pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 29.

<sup>5</sup> Es en EEUU, donde existe mayor tradición en materia de acuerdos prematrimoniales, *vid.*, CERVILLA GARZÓN, M.D. (2017). Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos, *Revista de Derecho civil*, Vol. IV, núm. 2, 3-54, en el que realiza un recorrido por la normativa y la jurisprudencia de los EEUU desde 1972 hasta llegar a la propuesta de ley uniforme de 2012 (The Uniform Premarital and Marital Agreement Act), destacando como durante cuatro décadas el ordenamiento jurídico de los EEUU ha evolucionado desde posiciones contractualistas a otras más sensibles a los intereses familiares presentes en estos pactos, así como a una unificación en el tratamiento de los acuerdos matrimoniales y prematrimoniales. De la misma autora, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, 57-125 y Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el Derecho norteamericano, *Revista La Ley*, núm. 1, 8011, 29 de enero de 2013, 1 y sigs.; ANGUITA VILLANUEVA, L.A. (2009). Acuerdos prematrimoniales: Del modelo de los Estados Unidos a la realidad española, en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid, 278-300. Por lo que a Europa se refiere, GASPAREL, S. (2012). Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés, *InDret*, 3, 2-25, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/913\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf); ANTÓN JUÁREZ, I. (2015). Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 32. Disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2510>, Un recorrido de Derecho comparado realiza EGEA I FERNÁNDEZ, J. (2002). Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid: Civitas, 4552-4565.

<sup>6</sup> AGUILAR RUIZ, L. (2014). Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de Familia, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, T. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 108.

<sup>7</sup> Apartado modificado por la Ley 6/2015, de 13 de mayo, de armonización del Código Civil de Cataluña, con la finalidad de aclarar las dudas sobre la caducidad de los pactos antenuptiales en previsión de la ruptura si los otorgantes no contraen matrimonio antes de un año. Dispone el artículo 231-19.2: «Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la celebración del matrimonio. Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año».

<sup>8</sup> *Vid.*, ALLUEVA AZNAR, L. (2016). Gènere i Dret de Família: Una lectura dels pactes en previsió d'una ruptura matrimonial a partir del Llibre Segon del Codi Civil de Catalunya, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16, 101 y sigs. Disponible en <http://revistes.iec.cat/index.php/RCDP>; SOLÉ FELIÚ (2014). Comentario al artículo 231-20 del Codi Civil de Catalunya, en Egea i Fernández, J./Ferrer i Riva (dirs) *Comentari al Llibre segon del Codi Civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajudada mútua*, Barcelona: Atelier, 146 y sigs.; VEGA SALA, F. (2011). Comentari a l'article 231-20. Pactos en previsión de ruptura matrimonial, en Roca Trías (coord.), *Persona y Familia. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, Madrid: Sepin, 642 y sigs.

<sup>9</sup> La primera resolución en la que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se pronunció sobre los pactos en previsión de ruptura matrimonial, fue de 12 de julio de 2012, una vez habían sido reconocidos por el legislador catalán con la entrada en vigor de la Ley 25/2010, de 29 de julio. Pero al tratarse de un caso en que la demanda de divorcio tuvo lugar en el año 2008, la normativa aplicada es la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, texto que no regulaba en detalle ni los requisitos, ni los efectos y límites de los pactos. ALLUEVA AZNAR, L. (2013). Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. comentario a la STSJ de Cataluña (Sala Civil y Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 12 de julio de 2012, *InDret*, enero. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/952\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/952_es.pdf)

<sup>10</sup> *Vid.*, AYERRA MICHELENA, K. (2016). *Derecho Civil Vasco de Familia. Comentario crítico a la Ley 7/2015 de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

<sup>11</sup> ESPÍN ALBA, I. (2017), apunta que el amplio contenido de este precepto es expresivo de una opción por unas capitulaciones propias del Derecho foral que, como las de Aragón, Cataluña y Navarra, pueden incluir donaciones por razón de matrimonio, y en general, pactos sucesorios, La familia en el Derecho Civil de Galicia, en Yzquierdo Tolsada, M./Cuenca Casas, M. (dirs.) *Tratado de Derecho de familia*, vol. VII, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1210.

<sup>12</sup> En ese sentido DÍEZ-PICAZO, G. (2012), manifiesta que el elenco de la Ley 80 es un *numerus apertus* que permitiría celebrar cualquier pacto que sea conforme a la moral y a las buenas costumbres, Los regímenes patrimoniales en los derechos civiles especiales y forales. Navarra, (coord.), *Derecho de Familia*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 795.

<sup>13</sup> El Pleno del Tribunal Constitucional estimó el recurso presentado por el Gobierno contra la Ley de la Comunidad Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano (LREMV), y la declara inconstitucional y nula. La sentencia concluye que la norma impugnada se ha extralimitado de la competencia legislativa que en materia de derecho civil tiene la Comunidad Valenciana (art. 149.1.8 CE). En este caso, no ha demostrado la vigencia, previa a la promulgación de la Constitución, de normas legales o consuetudinarias en materia de régimen económico matrimonial. Ha sido ponente de la resolución la magistrada Encarnación ROCA. Formula voto particular el magistrado Juan Antonio XIOL. [...]. Al no cumplirse los requisitos establecidos por el artículo 149.1.8 CE para el reconocimiento de la competencia a la comunidad autónoma, declara la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados (arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 LREMV) y, por conexión (art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), la extiende al resto de normas que integran la regulación del régimen económico matrimonial valenciano establecido en la LREMV. Todas ellas forman una «unidad inescindible» e «incurren en la misma e idéntica causa de inconstitucionalidad».

STC 82/2016, de 28 de abril (BOE 31 de mayo de 2016). Nota Informativa Tribunal Constitucional, núm. 46/2016.

[http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP\\_2016\\_046/Nota%20Informativa%20n%C2%BA%2046-2016.pdf](http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_046/Nota%20Informativa%20n%C2%BA%2046-2016.pdf)

<sup>14</sup> Los acuerdos prematrimoniales pueden y deben cumplir los requisitos esenciales que exigen el artículo 1261 del Código Civil para que un contrato sea válido. *Vid.*; AGUILAR RUIZ, L. Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia, *op. cit.*, 109; BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). Pactos en previsión de ruptura matrimonial, *La Ley Derecho de Familia*, núm. 5, 6; DE LA IGLESIA MONJE, I. (2012). Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 987-1198; REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008). Pactos en previsión de una ruptura matrimonial (Reflexiones a la luz del Código Civil de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del Código Civil de Cataluña), en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Cizur Menor: Civitas; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). Acuerdos y contratos prematrimoniales (I y II), *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 81, 9-13 y núm. 82, 1-9.; PINTO ANDRADE, C. (2010). La genérica validez de los pactos y acuerdos matrimoniales previsión de ruptura, *Noticias Jurídicas*. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4575-la-generica-validez-de-los-pactos-y-acuerdos-matrimoniales-en-prevision-de-la-ruptura/>

<sup>15</sup> *Vid.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (2016). Comentario al artículo 1325 del Código Civil, en Ana Cañizares Laso et al. (dirs.), *Código Civil Comentado*, 2.ª edición, Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 835 y sigs.

<sup>16</sup> Doctrina que interpreta el concepto de capitulaciones matrimoniales de forma amplia, *vid.*, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid: Tecnos, 50 y GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. Acuerdos y contratos prematrimoniales, *op. cit.*, 11.

<sup>17</sup> GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., *idem.*, 11.

<sup>18</sup> GASPAR LERA, S., Acuerdos prematrimoniales..., *op. cit.*, 1056.

<sup>19</sup> *Vid.*, ANDERSON, M. (2012). Comentario a la STS de 31 de marzo de 2011. Acuerdo en previsión de ruptura matrimonial, que no hace valer en el pleito matrimonial. Promesa de renta gratuita y donación obligatoria. Validez de la primera y nulidad de la segunda. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, 379 y sigs.

<sup>20</sup> *Vid.*, QUICIOS MOLINA, S. (2016). Comentario a la STS de 24 de junio de 2015. el pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 191 y sigs.

<sup>21</sup> *Vid.*, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M. (2015). Luces y sombras de la aplicación del Derecho de Daños al ámbito de la familia, *La Ley Derecho de Familia*, número 8, 12; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T (2010). ¿Es indemnizable la infidelidad?, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 47, 29-48. SAP Valencia, 6.ª, 5 de septiembre de 2007 (Roj: 2216/2007, MP M.ª Pilar Eugenia Cerdán Villalba); SAP León, Primera, 30 de enero de 2009 (Roj: 39/2009. MP Fernando Javier SANZ LLORENTE).

<sup>22</sup> AÑOVEROS TERRADAS, B. (2010). Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado, *AEDIPr*, T. X, 441-469, estudia los problemas que plantean los denominados pactos patrimoniales «heterogéneos», aquellos en los que exista un elemento internacional o interregional y su posible regulación en Derecho internacional privado.

<sup>23</sup> ANTÓN JUÁREZ, I. (2015:41). *Vid.*, SAP Burgos, 15 de mayo de 1999 en relación al pacto conteniendo una donación *propter nuptias* sujeta a una carga modal vinculada a la muerte de uno de los cónyuges.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, Madrid: Tecnos, 108.

<sup>25</sup> El Código Civil de Cataluña en el artículo 233-21 permite que en previsión de ruptura pueda pactarse sobre la atribución o distribución del uso de la vivienda y sobre las modalidades de este uso, pero establece la falta de eficacia de los pactos cuando, si no se han incorporado a un convenio regulador, comprometen las posibilidades de atender a las necesidades básicas del cónyuge beneficiario del uso», *vid.*, EGEA I FERNÁNDEZ, J. (2014). Comentario al artículo 233-21 del Codi Civil de Catalunya, en Egea i Fernández, J. y Ferrer

i Riba, J. (dirs.) *Comentari al Llibre Segon del Codi civil de Catalunya, Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier, 518 y 519.

<sup>26</sup> PÉREZ MARTÍN, A.J. (2009). Tratado del Derecho de Familia, *cit.*, 96.

<sup>27</sup> AGUILAR RUIZ, L. Los pactos prematrimoniales..., *cit.*, 118. *Id.*, PASTOR VITA, F.J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, 25-55; GARCÍA RUBIO, M.P. (1995). Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho, Madrid: Civitas.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN (2018: 273). Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2016: 544), estos pactos son útiles para que el cónyuge con elevados recursos económicos pueda salvaguardar su patrimonio o para que el cónyuge que paga ya una cantidad alta en tal concepto de prestación compensatoria a un anterior cónyuge no tenga reticencias a la hora de contraer un segundo matrimonio. Igualmente son aconsejables, para PÉREZ HERESA (2008: 581 y sigs.) en el caso de matrimonios con ingresos separados y en los que existe el deseo de que se mantengan de este modo durante toda la vida matrimonial. Constatando que, en la práctica también son comunes estos pactos en la hipótesis de que uno solo de los cónyuges trabaje fuera del hogar, si bien en estos casos, la renuncia unilateral por parte del cónyuge que se dedica al hogar suele ir acompañada de una atribución en bienes a su favor en la futura liquidación del régimen matrimonial.

<sup>29</sup> En este sentido el Código Civil de Cataluña exige, con carácter general, el cumplimiento del requisito de reciprocidad para los pactos de exclusión o limitación de derechos incluidos en pactos de previsión de ruptura matrimonial (231-20-3).

<sup>30</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2014) Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales, en *Estudios Jurídicos Homenaje José María Miquel*, Tomo I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 76 y sigs.

<sup>31</sup> En el convenio regulador aprobado en la sentencia de separación se incluyen las siguientes cláusulas cuarta y quinta:

CUARTA. De las prestaciones que el esposo debe satisfacer a favor de la esposa para el levantamiento de las cargas familiares y asignación de pensión alimenticia al menor:

4.1. Alimentos a favor de la esposa. La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por D. Carlos, en los negocios que este desarrolla en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente a SEIS MIL EUROS (6000 euros) de salario o contraprestación neta, en el establecimiento denominado... Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación de mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora-asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquel fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de este la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuese la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente a SEIS MIL EUROS (6000 euros) en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a esta en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso, la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que esta pueda cederlo a tercero.

QUINTA. Pensión compensatoria. No se establece una pensión compensatoria, ya que la disminución de la capacidad adquisitiva y desequilibrio que la separación produce a la esposa se compensa con la adjudicación de bienes que por medio del presente convenio se realiza entre los cónyuges».



Las plataformas de financiación participativa  
en la Ley de Fomento de la Financiación  
empresarial. Aproximación a la regulación  
del *crowdfunding* en España\*

*The crowdfunding platforms in the Law for  
the Promotion of Business Financing. Approach  
to crowdfunding regulation in Spain*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Complutense de Madrid

**RESUMEN:** Las plataformas de financiación participativa (PFP) son empresas que operan en red creando un entorno digital para que promotores de proyectos empresariales, de formación o de consumo soliciten financiación para los mismos mediante la oferta de suscripción de préstamos o valores, a cambio de otorgar al inversor profesional o consumidor que presta financiación, un rendimiento dinerario. Estas plataformas constituyen un nuevo operador del mercado financiero regulado por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE). El *crowdfunding* regulado por la LFFE genera una amalgama de relaciones jurídicas, pues es preciso que el inversor acceda (se dé de alta en la plataforma) para poder operar a través de ella e invertir en concretos proyectos. Es preciso que el promotor someta su proyecto a la admisión y selección de la PFP, previa a su publicación en la web, para su posterior contratación directa con los inversores. LA PFP no parece contratar en nombre de sus clientes, no sería mandataria o comisionista, sino intermediaria en la creación de un entorno digital que permite la contratación, pero sí que formaliza el contrato existente, y puede ejercitar acciones de reclamación contra el promotor en nombre de los partícipes en proyectos de *crowdlending* o en nombre propio (previa cesión por el inversor de su derecho de crédito). La PFP también puede detallar extremos de los contratos de financiación participativa que ofrecen los promotores y en este sentido su actividad iría más allá de la mediación. La PFP predispone el clausulado de los contratos de acceso para la multiplicidad de los inversores (que por lo tanto está sometido a Condiciones Generales de la Contratación). Predispone, igualmente, el clausulado del contrato de naturaleza incierta, tal vez mediación, que celebra con cada promotor, contrato también sometido a CGC. En cuanto

---

\* 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.<sup>a</sup> Dra. Matilde CUENA CASAS.

al contrato de financiación participativa es un contrato de adhesión pues el inversionista no ha participado en la elaboración de la oferta de suscripción de valores o en la oferta de préstamo, que se limita a aceptar (no hay tratos preliminares de los que resulte una oferta última y vinculante), con la particularidad de que en el *crowdlending* quien formula la oferta de contrato de préstamo es el prestatario que manifiesta las condiciones en que quiere asumir tal posición, limitándose el prestamista a aceptar tales condiciones.

*ABSTRACT: Participative financing platforms (PFPs) are companies that operate in a network, creating a digital environment for promoters of business, training or consumption projects to request financing for them through the offering of loans or securities, in exchange for granting the professional investor or consumer who provides financing, a money yield. These platforms constitute a new financial market operator regulated by Law 5/2015, of April 27, on the promotion of business financing (LFFE). The crowdfunding regulated by the LFFE generates an amalgam of legal relationships, since it is necessary for the investor to access (register on the platform) to be able to operate through it and invest in specific projects. The promoter must submit his project to the admission and selection of the PFP, prior to its publication on the website, for subsequent direct contracting with investors. The PFP does not seem to hire on behalf of its clients, would not be agent or commission agent, but intermediary in the creation of a digital environment that allows the hiring, but it does formalize the existing contract, and can exercise claim actions against the promoter in name of the participants in crowdlending projects or on their own behalf (prior assignment through the sale by the investor of their right to credit). The PFP can also detail contract clauses of the participative financing contracts offered by the promoters and in this sense their activity would go beyond mediation. The PFP predisposes the clauses of the access contracts for the multiplicity of investors (which are therefore subject to General Conditions of Contracting). The PFP also predisposes the clauses for the contract of an uncertain nature, perhaps mediation, which is concluded with each promoter, a contract also subject to CGC. Regarding the participative financing contract, it is an adhesion contract because the investor has not participated in the elaboration of the subscription offer of securities or in the loan offer, which is limited to accepting (there are no preliminary deals that result in a last and binding offer), with the particularity that in the crowdlending who formulates the offer of loan contract is the borrower who manifests the conditions in which he wants to assume such position, the lender limiting himself to accepting.*

**PALABRAS CLAVE:** Economía colaborativa. Plataformas de financiación participativa.

**KEY WORDS:** Collaborative economy. Crowdfunding platforms.

**SUMARIO:** I. LA ECONOMÍA COLABORATIVA.—II. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA COMO EXPONENTE DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA.—III. TIPOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA.—IV. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA EN LA LEY DE FOMENTO DE LA FINANCIACIÓN EMPRESARIAL. RÉGIMEN JURÍDICO: 1. NUEVOS OPERADORES DEL MERCADO

FINANCIERO. 2. RESERVA DE ACTIVIDAD Y DENOMINACIÓN. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN PREVISTA EN LA LEY 5/2015, DE 27 DE ABRIL. 4. LOS PROYECTOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA. 5. SERVICIOS QUE PRESTAN LAS PFP: A) *Servicios básicos*. B) *Servicios auxiliares*. C) *Prohibiciones*. 5. NORMAS DE CONDUCTA Y OBLIGACIONES DE LAS PFP.—V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS PROMOTORES: 1. REQUISITOS GENERALES. 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PROYECTOS DE *CROWDLENDING*. 3. REQUISITOS ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PROYECTOS DE *EQUITY CROWDFUNDING*. 4. EVALUACIÓN Y OTRAS ACTUACIONES DE LA PFP EN RELACIÓN CON LOS PROYECTOS PRESENTADOS POR LOS PROMOTORES.—VI. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS INVERSORES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

## I. LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Las llamadas plataformas de financiación participativa (o plataformas de *crowdfunding* en la terminología anglosajona) se enmarcan en el más amplio contexto de la denominada economía colaborativa, nueva fórmula para realizar operaciones de intercambio desde cualquier lugar del mundo a través de plataformas digitales, con eliminación o reducción de los tradicionales intermediarios, en lo que podríamos llamar un comercio *deslocalizado*. Se trata de la instauración de una nueva concepción de la actividad económica que quiere incorporar a la PYME y al trabajador autónomo (emprendedores) a la economía globalizada (del mismo modo que ya están incorporadas las grandes empresas transnacionales) y que sin embargo será muy difícil que sustituya por completo al comercio *localizado, nacional (o de importación/ exportación), presencial y físico*, aunque puede afectar enormemente al sector servicios<sup>1, 2</sup>.

## II. LA FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA COMO EXPONENTE DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante LFFE) regula una forma de economía colaborativa aplicada a las finanzas, esto es, el llamado con terminología anglosajona *crowdfunding* (o mejor en terminología española, la financiación participativa).

«El término inglés *crowdfunding* deriva de los vocablos *crowd*, que en español se traduce por «multitud» y *fundng*, que se traduce como «financiación», y es conocido también en nuestro país como microfinanciación, financiación participativa, financiación colectiva, financiación popular o mecenazgo»<sup>3</sup>.

El surgimiento de este modelo de financiación suele vincularse a la reciente crisis hipotecaria mundial y la necesidad de las PYMES, emprendedores y *start-ups* (empresas emergentes apoyadas en la tecnología) de buscar otras alternativas de financiación ante las restricciones de los bancos para concederles crédito o préstamos, dado que «este tipo de compañías suponen un mayor riesgo para los bancos por sus bajos recursos y escasez de patrimonio que sirva como garantía»<sup>4</sup>. Pero otros factores no económicos también habrían influido en la aparición del *crowdfunding*, el cual sería «una manifestación más de los movimientos sociales de actuación y emprendimiento colectivo colaborativo». «La comunicación con la *crowd* (masa) es una pieza clave para dar visibilidad, difundir e interactuar con un colectivo [al] que se identifica con el proyecto y [que] participa en él aportando

opiniones, colaboraciones o financiación... Internet ha creado una cultura de masas que permite y facilita desarrollar portales y *comunidades sociales on line* a bajo coste y con acceso a un amplísimo colectivo»<sup>5</sup>.

«El *crowdfunding* puede definirse como un modo de obtener financiación a través de plataformas digitales de financiación participativa entre particulares que conectan *directamente* a todas aquellas personas que están dispuestas a dar, prestar o invertir dinero en un proyecto que necesita financiación»<sup>6</sup>. Este proyecto es presentado por el promotor; los financiadores del mismo pueden ser personas físicas o jurídicas, pequeños inversores o inversores profesionales y la plataforma informática es el medio de conexión (intermediación) entre unos y otros.

«Hasta abril de 2015, este modelo de financiación carecía de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se trataba de un fenómeno *atípico* en Derecho español. Pero la LFFE no regula todas las formas de *crowdfunding*, sino que deja fuera de su ámbito de aplicación a las plataformas de financiación participativa en las que se capta financiación exclusivamente *a través de donaciones, venta de bienes y servicios y préstamos sin interés*»<sup>7</sup>, *de lo que se deduce que gran parte del fenómeno crowdfunding sigue siendo atípico en España, es decir, da lugar a la realización de contratos atípicos, a los que será de aplicación la teoría general del contrato y la regulación de contratos típicos (por analogía, subsunción en su régimen jurídico...)*.

Según ZUNZUNEGUI, España «ha optado por una regulación de máximos, regulando con detalle el estatuto de las plataformas en el Título V de la Ley de fomento de la financiación empresarial»<sup>8</sup>. Ciertamente la ley regula el régimen jurídico al que se sujetan estos nuevos operadores del mercado financiero pero prácticamente nada se señala sobre la regulación de los contratos que se celebran con la plataforma o que inversores y promotores celebran entre sí, ni las posibles responsabilidades civiles de las PFP en el desempeño de su actividad de intermediación<sup>9</sup>. Sin embargo, la regulación financiera que contiene la Ley sobre la actividad de tales plataformas (PFP), sí que puede orientar al intérprete en la búsqueda y fijación de tal regulación civil-mercantil, actividad extremadamente compleja, dada por un lado, la multiplicidad de relaciones jurídicas que suscita el fenómeno del *crowdfunding* o contratación participativa y, por otro lado, la posible participación de la propia PFP en la formación del clausulado de tales relaciones jurídicas.

### III. TIPOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

En función de la contraprestación que reciben los financiadores, existen varios tipos de *crowdfunding* o financiación participativa:

- El *crowdfunding* basado en donaciones que pretende financiar «proyectos de interés general o para organizaciones sin ánimo de lucro». En este caso, «los financiadores mecenas realizan donaciones por las que no esperan recibir ningún tipo de contraprestación»<sup>10</sup>, o «en su caso, esta consiste en una suerte de obsequio o recompensa simbólica, de escaso valor económico (p.e., descuentos de compra del futuro producto...) o un simple agradecimiento o reconocimiento por la participación en la financiación del proyecto»<sup>11</sup>. Esta clase de financiación participativa está excluida del ámbito de aplicación de la LFFE [art. 46.2.a)], resultándole de aplicación las normas del Código Civil sobre donaciones (arts. 618 y sigs.)<sup>12</sup>.

- El *social lending crowdfunding* es similar al anterior en cuanto a la falta de ánimo de lucro del financiador, pero se articula en lugar de mediante donaciones, mediante préstamos sin intereses<sup>13</sup>.
- El *crowdfunding* de recompensa, referido a «plataformas en las que se realizan aportaciones a cambio de una recompensa o entrega de un bien o servicio por la aportación», p.e., «una edición limitada de un producto». El bien o servicio que se recibe a cambio de la financiación tiene «un valor económico cercano a la financiación facilitada»<sup>14</sup>. También estaría excluido del ámbito de aplicación de la LFFE [art. 46.2.b)] y le serían de aplicación las normas del Código Civil sobre la compraventa (arts. 1445 y sigs. del Código Civil)<sup>15</sup>.
- El *crowdfunding* basado en préstamos, o *crowdlending*, en el que los financiadores del proyecto son prestamistas, debiendo el promotor del proyecto devolver el préstamo con los intereses devengados. En este caso «se obtiene financiación directamente de una pluralidad de personas sin necesidad de acudir a los servicios de un banco o de los mercados de capitales...». Esta modalidad de financiación participativa es objeto de regulación por la LFFE (arts. 46.1 y 46.2.c) *a contrario sensu*)<sup>16</sup>.
- El *crowdfunding* basado en acciones, en el que los financiadores del proyecto reciben a cambio de su aportación al capital de la sociedad promotora del proyecto, acciones o participaciones sociales u obligaciones de la sociedad. Esta modalidad de financiación participativa es objeto de regulación por la LFFE<sup>17</sup>.

#### IV. LAS PLATAFORMAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA EN LA LEY DE FOMENTO DE LA FINANCIACIÓN EMPRESARIAL. RÉGIMEN JURÍDICO

##### 1. NUEVOS OPERADORES DEL MERCADO FINANCIERO

Las PFP aparecen definidas en el artículo 46.1 de la Ley 5/2015, en los siguientes términos: «Son plataformas de financiación participativa *las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa denominados promotores*». Indicando a continuación el artículo 46.3 que «el régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa será el previsto en esta Ley y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de la restante normativa aplicable a estas empresas y su actividad».

Queda claro, pues, que las plataformas de financiación participativa son *empresas* que operan en el mercado financiero o, mejor dicho, son un nuevo operador del mercado financiero<sup>18</sup>. Para actuar en dicho mercado necesitan de una autorización y registro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (arts. 53 y 54 de la LFFE)<sup>19</sup>, la cual se otorga siempre que cumplan una serie de requisitos para poder ejercer la actividad (arts. 55 y 56) y se siga el procedimiento establecido por la ley para obtener la autorización (arts. 53 y 57). La Ley exige en su artículo 55.c) que tales empresas revistan la forma de sociedades de capital constituidas por tiempo indefinido; que tengan su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional o en territorio de otro

Estado miembro de la Unión Europea y que tengan por objeto social *exclusivo* la realización de las actividades propias de las plataformas de financiación participativa (arts. 51 y 52)<sup>20</sup>.

De acuerdo con el artículo 54 de la LFFE, «las plataformas de financiación participativa serán inscritas en el registro correspondiente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Este registro será público y deberá contener los datos actualizados de la denominación social, dirección de dominio internet y domicilio social de la plataforma de financiación participativa, así como la identidad de los administradores y una relación de los socios con participación significativa. La inscripción se practicará *una vez otorgada la preceptiva autorización y tras su constitución e inscripción en el registro público que corresponda según su naturaleza*».

La CNMV podrá revocar la autorización concedida a una PFP cuando, declarado el concurso de la misma, se hubiera dictado resolución judicial de apertura de la fase de liquidación (art. 59.1.b)). También como sanción según lo previsto en el artículo 93 de la Ley (art. 59.1.c)). La revocación de la autorización se hará constar en todos los registros públicos correspondientes y, tan pronto sea notificada a la PFP, conllevará el cese de la actividad para la que estaba autorizada, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 55.i). Cabe que la propia PFP renuncie a la autorización concedida, lo que debe comunicarse a la CNMV, que la aceptará expresamente *a menos que existan razones fundadas para considerar que la cesación de la actividad puede ocasionar riesgos graves para los inversores o promotores* (art. 59.4 en relación con el art. 55.i).

*La autorización y registro de las PFP supone que la actividad descrita en el artículo 46 LFFE, «queda reservada de manera exclusiva y excluyente a estas entidades»<sup>21</sup>.*

## 2. RESERVA DE ACTIVIDAD Y DENOMINACIÓN

La actividad prevista en el artículo 46.1 de la Ley queda reservada a las plataformas de financiación participativa que hayan obtenido la consiguiente autorización y registro<sup>22</sup>; del mismo modo que les queda reservada la denominación como tales y la abreviatura PFP, que deben incluir en su denominación social (arts. 48.1 y 2 LFFE), existiendo una prohibición para toda persona física o jurídica no autorizada ni registrada para el ejercicio de la mencionada actividad (art. 48.3) y la obligación por parte del Registro Mercantil y demás registros públicos de denegar la inscripción de empresas cuya actividad, objeto social o denominación vulneren estas reservas, so pena de nulidad de la inscripción, que podrá cancelarse incluso de oficio (art. 48.4 LFFE).

## 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA REGULACIÓN PREVISTA EN LA LEY 5/2015, DE 27 DE ABRIL

Como hemos indicado, la Ley 5/2015, de 27 de abril, dedica su Título V a regular el régimen jurídico de las PFP, señalando su artículo 47 su ámbito de aplicación territorial.

De acuerdo con lo previsto en dicho artículo 47, las PFP con domicilio social en territorio nacional o en otro Estado miembro de la UE, estarán sujetas al mencionado Título V *siempre que ejerzan su actividad (esto es, presten sus servicios) en territorio español*.

Igualmente, estará sujeta a dicho Título V *la participación en ellas de los promotores de proyectos (empresarios o consumidores) y de los inversores (acreditados y no acreditados), o sea, tanto los contratos que estos verifiquen con la PFP como entre sí*, siempre que su participación en la PFP obedezca a que esta anuncia, promociona o capta clientes en España o dirige sus servicios específicamente a inversores y promotores residentes en España. Casos en que se considera que el servicio prestado por la PFP *se presta en territorio nacional (aunque el domicilio social de la empresa radique en otro Estado miembro de la UE) que, además, no obedece a una iniciativa propia del cliente de la plataforma.*

Ahora bien, no se considerará que un servicio prestado por una PFP ha tenido lugar en territorio nacional (y, por lo tanto, no se aplicará la ley española sino la que corresponda con arreglo a las normas de Derecho internacional privado), cuando un residente en España participe *por iniciativa propia, como promotor o inversor*, en una PFP con domicilio social en el extranjero, que no capta clientes en España<sup>23</sup>.

El artículo 47 nada dice «del supuesto en que inversores y promotores establecidos fuera del territorio nacional acceden a los servicios ofrecidos por una plataforma establecida dentro de este, lo que ha llevado en alguna ocasión a una interpretación limitativa de esta posibilidad»<sup>24</sup>.

#### 4. LOS PROYECTOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA

De acuerdo con el artículo 49 de la LFFE, el proyecto de financiación participativa es presentado por el promotor (persona física o jurídica; empresario o consumidor), pudiendo consistir en un proyecto de tipo empresarial (p.e., poner en marcha una actividad de emprendimiento); formativo (p.e., cursar ciertos estudios) o de consumo (p.e., adquirir un determinado bien mueble o inmueble). El promotor, en todo caso, debe solicitar la financiación *en nombre propio*, lo que significa, *a sensu contrario*, que no puede actuar *en nombre ajeno* (p.e., un tutor no puede presentar un proyecto de financiación en nombre de su pupilo, o unos padres en nombre de su hijo en potestad; o un empresario como apoderado de otro empresario), debiendo ser, como ha indicado la doctrina, *el destinatario final de la financiación solicitada*. De ahí que el proyecto no pueda consistir en captar financiación para dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos o préstamos (dicho proyecto empresarial no podría ser publicado por la PFP), o en captar fondos para luego suscribir acciones u otros instrumentos financieros en un mercado regulado (lo que supondría inyectar capital a terceros)<sup>25</sup>. Aunque un mandatario sin poder de representación actuaría *en nombre propio, si bien por cuenta ajena*, entiendo que tampoco podría presentar un proyecto de financiación a través de la PFP, pues no sería el destinatario final de la financiación (el proyecto no sería *del promotor* sino de ese tercero cuya identidad quedaría oculta por mor de la representación indirecta, o meramente económica, derivada del mandato sin poder de representación)<sup>26, 27</sup>.

El proyecto, que pienso incorpora una oferta de contrato que será hecha pública o no por la PFP<sup>28</sup>, debe dirigirse a una pluralidad indeterminada de personas físicas o jurídicas, inversores profesionales o no, los cuales esperan obtener un rendimiento dinerario. Dicha oferta de contrato lo es de un *contrato de adhesión*, pues los destinatarios de la misma no han intervenido mediante tratos preliminares en su formación.

El proyecto deberá financiarse a través de alguna de las formas previstas en el artículo 50 de la Ley, esto es mediante emisión de acciones, participaciones,

obligaciones u otros valores representativos de capital por la sociedad promotora del proyecto y la consiguiente suscripción por parte de los inversores, o bien mediante la solicitud de préstamos, teniendo los inversores la condición de prestamistas y el promotor, la condición de prestatario (si bien, curiosamente, es el prestatario el que oferta y predispone las condiciones en que quiere serlo, quizás porque se piensa que el prestamista es mero suscriptor de un producto financiero). En el primer caso, estaríamos en presencia de un *equity crowdfunding* mientras que en el segundo caso, estaríamos en presencia de un *crowdlending*. Si el proyecto de *crowdfunding/crowdlending* consiste en la adquisición de un inmueble, estaríamos en presencia de un *crowdfunding inmobiliario*<sup>29</sup>.

Las PFP basada en *crowdlending* y las PFP que intermedian en la financiación participativa basada en valores «lo único que tienen en común es que ambas intermedian: todos los demás aspectos de su actividad son distintos, como distintos son los riesgos que unas y otras plantean para los inversores y promotores y los problemas que pueden sufrir. Así la terminología que la Ley 5/2015 emplea («promotor», «proyecto», «inversor») parece más adecuada al contexto de las plataformas basadas en valores que al de las plataformas basadas en préstamos (para quienes más bien habría que hablar de «prestatario», «prestamista» y «préstamo»)»<sup>30</sup>.

Las plataformas de *equity crowdfunding* ponen en contacto a inversores con sociedades, entrando aquellos a formar parte de estas.

## 5. SERVICIOS QUE PRESTAN LAS PFP

### A) Servicios básicos

Los servicios o actividad u objeto social de las empresas PFP consisten en *recibir, seleccionar y publicar* los proyectos de financiación participativa, así como desarrollar, establecer y explotar canales de comunicación para *facilitar la contratación de la financiación entre promotores e inversores*<sup>31</sup>. La PFP, por lo tanto, no contrata en nombre de unos y otros, sino que promotores e inversores contratan directamente entre sí, *facilitándoles tal contratación la PFP a través de la página web que gestiona*<sup>32</sup>.

De lo dicho se desprende que la PFP realiza un contrato con cada promotor que somete a evaluación su proyecto de financiación, el cual tiene por objeto *admitir, seleccionar y publicar* su proyecto, con arreglo a los criterios legales (arts. 60 y 66), reglamento interno de conducta [arts. 55.h) y 57.f)]<sup>33</sup>, su política en materia de conflictos de interés (arts. 62 y 63), así como la forma de selección de los proyectos y los criterios para su publicación, indicada en su página web [art. 61.a)]<sup>34</sup>. Formando parte de dicho contrato, en el caso de producirse la eventualidad de la publicación del proyecto, *el explotar canales de comunicación electrónica para facilitar que los inversores financien dicho proyecto*. Estos contratos son contratos de adhesión y están sometidos a condiciones generales de la contratación, pues la PFP tiene la condición de empresario o profesional<sup>35</sup>. Si el promotor es un consumidor, se aplicará también el Texto Refundido de la LGDCU (art. 85 LFFE) y otra normativa complementaria señalada por la Ley 5/2015 en su artículo 86<sup>36, 37</sup>.

Igualmente, será de aplicación en términos generales a la actividad desarrollada por la PFP y consecuentemente a la contratación con los promotores, la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros (arts. 60.2 y 85 LFFE).



En ningún caso la plataforma podrá publicar proyectos en los que los consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria (art. 87), prohibición que no alcanza al promotor empresario, salvo en lo referente a la vivienda habitual (art. 74.2 LFFE). En efecto, como señala este precepto, los proyectos de *crowdfunding* no podrán incorporar nunca una garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del promotor — prestatario, ya sea este empresario o consumidor.

### B) Servicios auxiliares

Las PFP pueden prestar servicios auxiliares, algunos de los cuales pueden ser los enumerados en el artículo 51.2 de la Ley. Puede tratarse también de otros servicios pues de acuerdo con dicho precepto, la lista de servicios auxiliares contenida en el mismo no es una lista cerrada. De hecho, el artículo 51.2.g) prevé que podrán prestar también «aquellos otros servicios auxiliares que en su caso determine el Ministro de Economía y Competitividad o, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores». En todo caso, aunque la lista del artículo 51.2 de la Ley no es una lista cerrada, la PFP no tendría autonomía para fijar cualquier otro servicio auxiliar, pues se pretende que sea un operador *regulado* del mercado financiero por lo que cuando la Ley indica en el artículo 57 que al solicitar la autorización e inscripción de una PFP, junto con el proyecto de Estatutos y una certificación registral negativa, deberá presentarse el programa de actividades «en el que, de modo específico, deberán constar los servicios, *incluidos los auxiliares*, que se pretenden realizar», tales servicios deberán ser, o bien los enumerados expresamente en el artículo 51.2, letras a) a f) [y en el art. 51.3] o los determinados por el Ministro de Economía y Competitividad<sup>38</sup>.

Los servicios auxiliares que enuncia la ley son los siguientes:

- Asesoramiento a los promotores en relación con la publicación del proyecto en la plataforma (en áreas de tecnología de la información, marketing, publicidad y diseño). Dicho asesoramiento entiendo que debe ser *posterior* a la selección del proyecto y previo a su publicación pues, de lo contrario, la PFP podría no cumplir con el principio de neutralidad que debe regir su actividad (art. 60). Tal asesoramiento posterior cumpliría, en cambio, el principio de diligencia con arreglo al mejor interés de sus clientes.
- La publicación de la información relativa a la determinación del nivel de riesgo que implica cada proyecto para los inversores, en términos objetivos y sin realizar recomendaciones personalizadas, pues de lo contrario, estaríamos en presencia de una actividad de asesoramiento financiero.
- La habilitación de canales de comunicación a distancia para que los clientes de la PFP (inversores y promotores), contacten directamente entre sí antes, durante o después de las actuaciones que den lugar a la financiación del proyecto.
- La puesta a disposición de las partes de los modelos de contratos necesarios para la participación en los proyectos. Entiendo que esta actividad auxiliar sería previa a la *recepción* del concreto proyecto, el cual incorporaría el modelo de contrato facilitado por la PFP y asumido por el promotor. Por otro lado, la PFP facilitaría también (predispondría, mejor) un modelo de contrato<sup>39</sup> regulador de sus relaciones con el inversor, contrato de acceso a la plataforma, en terminología de CUENA CASAS, y en virtud del cual

- el inversor con acceso a la PFP podría ya participar en la financiación de los proyectos publicados por esta.
- La transmisión a los inversores de la información facilitada por el promotor sobre la evolución del proyecto, así como sobre los acontecimientos societarios más relevantes, de manera que los inversores puedan tener información actualizada sobre la vida del contrato suscrito con el promotor. Entiendo que este servicio debería ser considerado un servicio básico y no accesorio, pues el inversor tiene derecho a tener acceso a tal información y el promotor está obligado a manifestarla (art. 1258 del Código Civil). Del mismo modo que entiendo que la PFP no puede cesar en su actividad voluntariamente, debiendo continuar prestando todos los servicios a que se comprometió hasta que se hayan consumado por el cumplimiento voluntario o la ejecución forzosa los contratos en los que intermedió [*vid.*, en cambio, art. 55.i)].
  - La reclamación judicial y extrajudicial de los derechos de crédito, actuando en representación de los inversores o en nombre propio si los inversores le cedieren su derecho de crédito [art. 51.2.f)]. De este párrafo se desprende, por un lado, que el inversor puede hacer líquida su inversión, cediendo su derecho de crédito a la PFP (arts. 1526 y sigs. del Código Civil). Por otro lado, que la plataforma puede ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales, en defensa de los inversores que han participado en proyectos de *crowdlending*. *No se prevé ninguna actuación en defensa de los inversores en proyectos de equity crowdfunding, que se han convertido en accionistas o partícipes de la entidad promotora y cuyos derechos son derechos corporativos a recibir dividendos, pero no propiamente derechos de crédito*. Por otro lado, se deduce también, que el contrato de financiación participativa mediante préstamo, es *un solo contrato de préstamo*, sujeto a la legislación propia que resulte aplicable (art. 74.1 LFFE), en el que existe una pluralidad de sujetos acreedores prestamistas, pues estos pueden ceder su derecho de crédito (no su contrato) a la propia PFP, en cuyo caso esta actuará en la reclamación en nombre propio, como efecto de la cesión. Cesión que habría que garantizar se produce en términos justos para el inversor que prefiere liquidez inmediata y no litigar, ante el incumplimiento del prestatario promotor, teniendo presente que la PFP percibirá los intereses de demora generados durante el procedimiento de reclamación, lo que pienso debería bastar como precio de la venta del crédito a la PFP. Si la PFP no presta este servicio accesorio, la reclamación judicial y extrajudicial de sus derechos de crédito corresponde a los propios inversores, que al ser inversores minoristas y constituir una pluralidad subjetiva de acreedores pueden tener ciertas dificultades para ejercitar sus derechos de recobro.
  - En relación con proyectos de *crowdlending* o de proyectos de *equity crowdfunding* financiados mediante la emisión de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, las PFP podrán «*formalizar los contratos de préstamo y de suscripción de participaciones que se basen en un acuerdo de voluntades, manifestado a través de la PFP, actuando en representación de los inversores*» (art. 51.3). El precepto se refiere a que la PFP está *autorizada por la ley, sin necesidad de otorgamiento de poder*, (y pienso que también obligada) para, en nombre de los inversores, rellenar la *forma ad probationem* procedente (arts. 1278 a 1280 del Código Civil), una vez que el consentimiento de los inversores ha quedado plasmado por medios electrónicos a través de la página web, facilitando esta formalización el

recobro del préstamo, pues la escritura pública que lo documente servirá como título ejecutivo (art. 517.4.º LEC). Si el promotor ofrece garantía hipotecaria en los términos permitidos por la ley, la garantía quedará constituida en la misma escritura en que se formaliza el préstamo, siendo en este caso preciso el otorgamiento de poder para recibir la garantía en nombre de los inversores [art. 52.1.c) LFFE], y constituyendo obligación de la PFP proceder, en nombre de los inversores, a la inscripción de la escritura (art. 60.1 en relación con el art. 51.3 LFFE y art. 6 LH).

### C) *Prohibiciones*

Las plataformas de financiación participativa no podrán ejercer las actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión (y por ello, no pueden prestar asesoramiento financiero [*vid.*, art. 52.2.a) y g]). Tampoco podrán ejercer las actividades reservadas a las entidades de crédito (por lo que no pueden recibir depósitos y conceder préstamos [*vid.*, art. 52.2.c)]<sup>40</sup>, salvo lo previsto en el artículo 63 en relación con los proyectos vinculados<sup>41</sup>). Solo pueden recibir fondos por cuenta de los inversores y de los promotores si tienen finalidad de pago y la PFP cuenta con la autorización de entidad de pago híbrida, de acuerdo con lo previsto en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y su normativa de desarrollo [art. 52.2.b), 52.3 y 55.a)]. De hecho, el artículo 57 de la LFFE indica que junto con la solicitud de autorización e inscripción, la PFP deberá acompañar un documento en que se describa «los procedimientos y sistemas establecidos por los que se harán llegar al promotor los fondos de los inversores, y por los que los inversores recibirán la remuneración de los capitales invertidos y *en el caso de que exista intermediación* [de un tercero] en los pagos, *el nombre de la entidad autorizada a prestar tal servicio y su número de registro*». El cambio sustancial en el mecanismo de transmisión de fondos debe ser sometido a autorización por parte de la CNMV [art. 58.1.b)], no teniendo tal carácter sustancial la designación de nueva entidad autorizada a prestar servicios de pago<sup>42</sup>. Como señala ZUNZU-NEGUI, «las plataformas de financiación participativa *son empresas dedicadas a la gestión de información*, con puesta en contacto de promotores con inversores. Son intermediarios que no tocan ni los fondos ni los valores que son objeto de contratación», salvo que presten, previa autorización, servicios de pago<sup>43</sup>.

La PFP no puede recibir activos de los promotores en garantía del cumplimiento de las obligaciones de tales promotores frente a los inversores, si no es en nombre ajeno, esto es, actuando como mandatario de los inversores y con poder de representación otorgado por los mismos [art. 52.1.c)]. Si, por lo tanto, en la escritura en que se formalice el préstamo va a constituirse también garantía hipotecaria, será necesario que la PFP tenga poder de representación otorgado por los inversores para actuar en su nombre y recibir por cuenta y en nombre de estos, tal garantía.

Tampoco puede la PFP asegurar a los promotores la captación de los fondos [art. 52.2.d)], ni participar en la financiación de proyectos publicados por otras PFP o promover proyectos en otras PFP (art. 63.4).

## 6. NORMAS DE CONDUCTA Y OBLIGACIONES DE LAS PFP

La actividad que desarrolla la PFP debe regirse por los principios de neutralidad, diligencia y transparencia, debiendo siempre actuar con arreglo al mejor

interés de sus clientes, promotores e inversores (art. 60 LFFE). La Ley prevé expresamente un especial deber de información a los clientes sobre los derechos y obligaciones que asumen *al operar a través de la plataforma*, esto es, *al contratar con la plataforma para luego contratar a través de ella*, debiendo ser tal información clara, oportuna, suficiente, accesible, objetiva y no engañosa<sup>44</sup>. Tal deber exige, en primer término, que la página web informe de las siguientes cuestiones:

- *El funcionamiento básico de la plataforma.* Señala ZUNZUNEGUI que «estas reglas de funcionamiento deben cumplir las previsiones legales sobre las “condiciones de acceso” de los clientes al sistema de la plataforma (arts. 66-67 para los promotores, y 81-82 para los inversores), la «admisión a contratación» de los proyectos [arts. 61.1.a), 68-80], la «información» que se debe suministrar a la CNMV y la «publicidad de las operaciones» a través de la página web de la plataforma (art. 61). Los «procedimientos operativos» para la contratación de los productos no están regulados en la Ley», pero también deberían indicarse en la página web. (ZUNZUNEGUI, 2015, 15). El artículo 61.1.a) indica expresamente que en la información sobre el funcionamiento básico de la plataforma habrá que incluir los criterios de selección y publicación de los proyectos, que deberán ser homogéneos y no discriminatorios. Pese a esta previsión en cuanto a que los criterios de selección no sean discriminatorios, lo cierto es que la PFP discriminará y publicará efectivamente ciertos proyectos y dejará de publicar otros, lo que supone que el proyecto empresarial de la PYME o del emprendedor que solicita financiación será objeto de una *evaluación*, cosa que no ocurre cuando se solicita financiación a un banco, el cual solo evalúa la situación financiera del futuro prestatario, pero no tiene en cuenta *para qué se solicita su préstamo o su crédito. Ciertas líneas de negocio podrían, pues, por no resultar «atractivas» para las PFP, quedar excluidas de financiación. Las PFP, en la medida en que lleguen a ser más o menos hegemónicas en el mercado de crédito a la pequeña y mediana empresa, podrían marcar las directrices empresariales del país, en un claro atentado a la libertad de empresa (art. 38 CE).*
- *Riesgos que implica para los inversores la participación en los proyectos de financiación participativa y, en todo caso, el riesgo de pérdida total o parcial del capital invertido, el riesgo de no obtener el rendimiento dinerario esperado y el riesgo de falta de liquidez de la inversión.* En caso de financiación mediante la emisión de acciones, se debe informar también del *riesgo de dilución de la participación en la sociedad, del riesgo de no recibir dividendos y del riesgo de no poder influir en la gestión de la sociedad y en el caso de financiación mediante participaciones sociales, de las restricciones a la libre transmisibilidad inherentes a su régimen jurídico [art. 61.1.b)].*
- *Advertencia de que la PFP no es una empresa de servicios de inversión ni una entidad de crédito y que no está adherida a ningún fondo de garantía de inversiones o fondo de garantía de depósitos [art. 61.1.c)].*
- *Advertencia de que los proyectos de crowdfunding no son objeto de autorización ni supervisión por la CNMV ni el Banco de España [art. 61.1.d)].* Como señala ZUNZUNEGUI, «las emisiones objeto de los proyectos de crowdfunding carecen de folleto y registro en la CNMV. Además no hay fondo de garantía de depósitos o inversiones que cubran las pérdidas de las operaciones intermediadas por las PFP»<sup>45</sup>. Pero, señala, no es del todo cierto que el inversor sea quien asuma los riesgos sin estar amparado por

la red de seguridad de la supervisión financiera «pues las PFP se registran y son objeto de supervisión por parte de la CNMV»<sup>46</sup>.

- *Medidas y medios organizativos adoptados para minimizar el riesgo de fraude y el riesgo operacional* [art. 61.1.e)]. En relación con lo cual, pienso que la PFP no debería poder cesar en su actividad por renuncia, pese a lo previsto en el artículo 59.4 de la Ley, pues ello puede dejar el inversor en situación de grave indefensión, p.e., ante una situación de concurso del promotor del proyecto en cuya financiación participó. La PFP solo podría dejar de operar, como hemos ya indicado, una vez consumados los contratos de financiación participativa en que intermedió.
- *Procedimientos y medios a través de los cuales se invierte en los proyectos* (mediante suscripción de valores o participación en la concesión de préstamos) [art. 61.1.g)].
- *Tarifas aplicables a inversores y promotores, el procedimiento de contratación y la forma de facturación* [art. 61.1.h)].
- *Medidas adoptadas para evitar los conflictos de interés* [art. 61.1.i) y 62].
- *Información sobre los procedimientos y sistemas establecidos por los que se harán llegar los fondos a los promotores y la remuneración del capital invertido a los inversores* [art. 61.1.j)].
- *Procedimientos para la presentación de quejas y reclamaciones por parte de los clientes y su resolución* [art. 61.1.k)].
- *Mecanismos para que en caso de cese de la actividad de la PFP, se sigan prestando los servicios a los que se comprometió* en relación con los proyectos que hubieren obtenido financiación, y las consecuencias que conllevaría para los clientes la falta de activación de tales mecanismos [art. 61.1.m)].
- *Identidad de los auditores de la PFP* [art. 61.1.n)].
- *Criterios de su política interna para decidir su participación en los proyectos* [art. 63.b)].
- *Proyectos de los que la propia PFP o sus administradores, altos ejecutivos y socios con participación significativa; sus cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad sean promotores* [art. 63.2.b)].

Toda esta información (y la opcional prevista en los apartados f) y l) del art. 61.1) deberá incluirse de forma accesible, permanente, actualizada, gratuita y fácilmente visible en la página web. *En todo caso, la información referente a riesgos de las operaciones, tarifas, procedimiento de contratación y forma de facturación [art. 61.1.b), c), d) y h)] deberá presentarse en la página web en un lugar especialmente destacado bajo un epígrafe denominado «información básica para el cliente», en términos breves y sencillos.*

Las PFP pueden realizar publicidad de su actividad profesional y de proyectos concretos. La ley exige que tal selección de proyectos concretos se base en criterios objetivos y no discriminatorios, pero tal posibilidad de publicidad selectiva, entiendo, siguiendo a ZUNZUNEGUI, que viola el principio de neutralidad y del mejor interés de cada cliente, por lo que se produce una contradicción legal entre el artículo 64.4 y el artículo 64.3 de la Ley.

## 7. SUPERVISIÓN, INSPECCIÓN Y SANCIÓN

Las PFP están sujetas a un régimen de supervisión, inspección y sanción por la CNMV, la cual cuenta con la *cooperación* del Banco de España en relación con

PPF que publiquen proyectos de *crowdfunding* (art. 90). Por su parte, las PFP están obligadas a remitir a la CNMV la información relativa a los cambios en su estructura accionarial o en la distribución de participaciones y, al cierre del ejercicio las cuentas anuales auditadas y una memoria (en la cual se debe indicar, entre otros datos, un resumen de las categorías de proyectos (empresariales, de formación y de consumo) publicados en su web, con la financiación que han alcanzado o bien que no han conseguido financiación, así como los proyectos que no han sido seleccionados para su publicación y las categorías de razones que han motivado este hecho).

En los artículos 92 y 93 se tipifican las infracciones y sanciones. En todo lo no dispuesto en el Capítulo VI, Título V de la Ley, relativo al régimen de supervisión, inspección y sanción de las PFP, será de aplicación supletoria al ejercicio de la potestad sancionadora la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y su normativa de desarrollo y, en particular, el RD 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros.

## V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS PROMOTORES

«Son “promotores” las personas que solicitan financiación *en nombre propio* destinada a un proyecto de financiación participativa... el cual debe tratarse de un proyecto concreto *del promotor* de carácter “empresarial, formativo o de consumo”. Esta noción contrapone los proyectos empresariales a los de consumo. Lo que quiere decir que se puede financiar un proyecto de consumo, como la compra de un automóvil, y el promotor ser un consumidor que por esta vía accede al crédito al consumo»<sup>47</sup>.

Los promotores de proyectos de financiación participativa deben cumplir los requisitos establecidos en el Capítulo IV del Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. Dichos requisitos se refieren a los siguientes aspectos:

### 1. REQUISITOS GENERALES

- *Requisitos referentes a la persona del promotor (arts. 66 y 67)*: El promotor debe estar debidamente identificado. Si es persona jurídica, debe estar válidamente constituida en España o en otro estado miembro de la UE. Si es persona física, su residencia fiscal deberá estar en España o en otro estado miembro de la UE. *Ni el promotor, ni los socios de la entidad promotora, ni sus administradores podrán hallarse inhabilitados con arreglo a lo previsto en la LC*<sup>48</sup> o norma equivalente de otro Estado de la UE. Tampoco podrán estar cumpliendo condena por delitos contra el patrimonio, blanqueo de capitales, delitos contra el orden socioeconómico, la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Será necesario que los promotores cumplan estos requisitos para poder tener acceso a la PFP. Esto es celebrar el contrato con la PFP para la admisión, selección y en su caso, publicación de su proyecto.
- *Requisitos referentes al proyecto promovido*: Solo podrá publicarse en cada PFP un solo proyecto (si bien podrían admitirse varios para su selección), no pudiendo captarse a través del mismo más de 2.000.000 de euros

(lo que supone un límite cuantitativo a la financiación que se solicita a través del proyecto)<sup>49</sup>. Si se dirigiere solo a inversores acreditados, podrá captarse a través del mismo un máximo de 5.000.000 euros (art. 68). El promotor deberá fijar un *objetivo de financiación* para el proyecto y un *plazo máximo* para poder participar como inversor (art. 69.1), debiendo la PFP asegurar que tal objetivo y plazo no será superado. Si no se alcanzara el objetivo dentro del plazo temporal fijado, o se superara dicho objetivo, se procederá a la devolución de las cantidades aportadas. No obstante la PFP puede tener reglas de funcionamiento que permitan superar hasta en un 25 % dichos límites temporal y cuantitativo o que permitan recibir la financiación cuando se hubiere alcanzado el 90 % del objetivo de financiación. El proyecto deberá contener *una descripción del mismo de forma concisa y en lenguaje no técnico*, proporcionando la información necesaria para que un inversor medio pueda emitir un juicio fundado sobre su decisión de financiación. Estos requisitos indicados son requisitos a cumplir para la *recepción o admisibilidad del proyecto*.

## 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PROYECTOS DE CROWDLENDING

Si el promotor del proyecto de *crowdfunding* es una persona jurídica, el proyecto deberá contener la información sobre el promotor indicada en el artículo 78 de la Ley (incluida la descripción de su situación financiera, estructura del capital social y endeudamiento). Si el promotor es una persona física, el proyecto deberá incorporar su *currículum vitae*, domicilio a efectos de notificaciones y *descripción de la situación financiera y endeudamiento*. *En todo caso, el proyecto debe incluir una información sobre el contrato de préstamo que el promotor pretende celebrar* y que se circunscribirá, al menos, a los datos siguientes: características esenciales del mismo y riesgos asociados; modo de formalización, y en caso de formalización mediante escritura pública, lugar de otorgamiento e indicación de quién correrá con los gastos; derechos vinculados al préstamo y forma de ejercicio; remuneración y amortización y limitaciones a la cesión (art. 76.1). En particular, deberá incorporar (art. 76.2), *al objeto de clarificar las condiciones en las que promotor e inversores participarán en el proyecto*: el tipo de préstamo, importe total del mismo y duración del contrato; la TAE; el coste total del mismo; la tabla de amortizaciones; el tipo de interés de demora y una advertencia sobre las consecuencias en caso de impago; las garantías aportadas, la existencia o ausencia de derecho de desistimiento y de reembolso anticipado. Pienso que estos datos que la ley denomina «información general» y «particular», constituyen el clausulado mínimo que debe contener la *oferta de préstamo* que el promotor verifica mediante la presentación del proyecto (y posterior publicación del mismo por la PFP). De hecho, el artículo 76.3 indica que si alguna de estas cuestiones no estuviese determinada en el momento de la publicación del proyecto o durante la publicación del mismo, la PFP deberá detallar su forma de determinación o cálculo antes de la formalización de la financiación, es decir, parece que deberá, previa comunicación al promotor, completar la oferta con cláusulas redactadas por la PFP, que se incorporarán al contrato, y figurarán en el documento en que se formalice, y que por lo tanto, asume el promotor. Es posible también que la PFP haya prestado el servicio auxiliar de facilitar el modelo de contrato al promotor antes de que este presente su proyecto para su recepción y selección, o que sobre la base de la información facilitada por el promotor al presentar el

proyecto (información general y particular), facilite el modelo de contrato (que recoge los términos de tal información, y en su caso, los completa) una vez seleccionado y antes de la publicación en la página web. Esta actuación de la PFP sí que parece ir más allá de una mera intermediación para la aproximación de los futuros contratantes a través de un entorno digital. Así opina, CUENA CASAS.

### 3. REQUISITOS ESPECÍFICOS APLICABLES A LOS PROYECTOS DE *EQUITY CROWDFUNDING*

En este caso, la financiación se instrumenta mediante valores representativos de capital, quedando sujetos al régimen de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y a lo previsto en el RD-Leg. 1/2010, de 10 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

El proyecto de financiación deberá contener la información sobre el emisor de los valores indicada en el artículo 78 (descripción de la sociedad; órganos y plan de actividades; identidad y *currículum vitae* de los administradores y directores; denominación social, domicilio social, dirección del dominio internet y número de registro del emisor; forma de organización social; número de empleados; descripción de la situación financiera; estructura del capital social y endeudamiento y los Estatutos sociales, salvo que se trate de emisión de obligaciones (art. 78.1 en relación con el art. 78.2). Los Estatutos sociales de los promotores deberán regular los derechos de los socios indicados en el artículo 80: asistencia a junta por medios telemáticos; derecho de representación en junta por cualquier persona y derecho de comunicación en relación con pactos parasociales, siendo nulas las cláusulas que contradigan tales derechos.

Deberá contener también una *información sobre la oferta de valores*, esto es, descripción del tipo de valor y código de identificación del mismo; características esenciales y riesgos asociados con la inversión; indicación de si los valores están representados mediante títulos o anotaciones en cuenta, indicando en el primer caso la entidad de custodia y en el segundo, la entidad responsable de la llevanza de las anotaciones y las tarifas aplicables a estos servicios; derechos vinculados a los valores y forma de ejercicio; amortización y remuneración de los valores, pactos de recompra y limitaciones a la venta (art. 79)<sup>50</sup>.

### 4. EVALUACIÓN Y OTRAS ACTUACIONES DE LA PFP EN RELACIÓN CON LOS PROYECTOS PRESENTADOS POR LOS PROMOTORES

La PFP deberá *evaluar con la debida diligencia* la *admisión* de los proyectos de financiación, comprobando su adecuación a los requisitos subjetivos (del promotor) y objetivos (del proyecto) establecidos en los artículos 67 a 80 que hemos comentado (art. 66.1 LFFE).

Particularmente, deberá comprobar debidamente la identidad del promotor, como señala el artículo 66.2 LFFE (con la finalidad de evitación de fraudes; operaciones de blanqueo de capitales, etc.).

La PFP deberá asegurarse también de que ningún promotor tiene publicado en su página web más de un proyecto de *crowdfunding* (*es decir no deberá admitir a selección un proyecto si el promotor ya tiene un proyecto publicado en la PFP; arg. ex art. 68.1 LFFE*).

*Igualmente deberá asegurarse de que se ha establecido para cada proyecto sometido a evaluación un objetivo de financiación y un plazo máximo de participación,*



garantizando la PFP que tales límites cuantitativos y temporales del proyecto, no son superados, una vez publicado (art. 69 LFFE).

Una vez seleccionado el proyecto (con arreglo a los criterios legales, su reglamento interno de conducta, política en materia de conflictos de interés y criterios de selección, existentes en su caso, y publicados en la página web)<sup>51</sup>, la PFP deberá publicar la descripción del mismo en lenguaje no técnico que haya aportado el promotor, y a que hemos hecho antes alusión, así como la información contenida en las secciones 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del Capítulo IV del Título V de la Ley, esto es, la información sobre los requisitos específicos aplicables a los proyectos de *crowdfunding* y *equity crowdfunding*, que permiten identificar al promotor como oferente y determinar su oferta vinculante de contrato de préstamo o su oferta de emisión de valores (art. 70.2), incluso, completando en relación con los proyectos de *crowdfunding*, las cuestiones no predispuestas por el promotor con unas cláusulas elaboradas por la propia plataforma (art. 76.3), y que asume el promotor. La PFP es responsable de que esta información que debe publicar sea completa (art. 70 en relación con el art. 71), y deberá publicar cualquier otra información relevante que obre en su poder sobre el proyecto o los promotores.

La Ley detalla otras obligaciones adicionales de información en relación con el proyecto y los promotores en el artículo 72. Así, por ejemplo, indica que de habilitarse un canal de comunicación (p.e., un foro) entre promotor e inversores potenciales, deberá garantizar que toda la información que se envíe a través de este canal sea accesible al resto de inversores potenciales. Igualmente, la PFP deberá actualizar diariamente en su página web el estado de participación en el proyecto (esto es, el porcentaje de financiación asumido por los inversores) y una vez finalizado el plazo tope fijado para la participación, anunciarlo en el espacio reservado en la web al proyecto correspondiente<sup>52</sup>.

En todo caso, los promotores son responsables frente a los inversores de la información que proporcionen a la PFP para su publicación, esto es, la PFP es una mera intermediaria en este sentido y si la información proporcionada no es correcta, p.e., induce a error, haciendo anulable el contrato de préstamo o de suscripción de valores, la acción de impugnación deberá ejercitarse frente al promotor.

La PFP, en todo caso, deberá advertir a los promotores que tengan la consideración de consumidor del riesgo de endeudamiento excesivo que puede implicar la obtención de financiación mediante la PFP, si bien ningún precepto de la LFFE le obliga a evaluar la solvencia del consumidor antes de publicar su proyecto de financiación.

## VI. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LOS INVERSORES

Los inversores pueden ser personas físicas o jurídicas. La Ley distingue entre dos tipos de inversores, acreditados (o profesionales) y no acreditados.

Los inversores no acreditados «son financiadores de carácter minorista y no profesional, pequeños inversores», mientras que los inversores acreditados «son empresarios o proceden del mundo financiero» y «suelen tener el perfil de la *business angels* [ángeles inversionistas, en español] especialista en el sector»<sup>53</sup>.

Para poder acceder a la plataforma (operar a través de ella), han de cumplir unas condiciones de acceso (arts. 81 y sigs.). La determinación, pues, de cómo va a operar el inversor en la PFP debe verificarse en el contrato de acceso a la

misma, antes de que empiece a realizar inversión alguna (contratar directamente con el promotor a través de la web).

Los inversores acreditados deben cumplir (para serlo) los requisitos indicados en el artículo 81.2 y 3 LFFE. Se trata de unos requisitos económicos, si bien cabe que las personas físicas y pequeñas y medianas empresas y personas jurídicas distintas de las mencionadas en las letras a) y b) del artículo 81.2, puedan solicitar a la PFP ser considerados como inversores acreditados (antes de su participación en ningún proyecto) y renuncien de forma expresa a su tratamiento como cliente no acreditado. Esta solicitud y renuncia deberá realizarse con arreglo a lo previsto en el artículo 84<sup>54</sup>, quedando condicionada a que la PFP evalúe adecuadamente la experiencia y conocimientos del cliente en materia de inversión y se asegure de que puede tomar sus propias decisiones de inversión y comprender sus riesgos. También tendrán la consideración de inversor acreditado las personas físicas o jurídicas que simplemente acrediten haber contratado un servicio de asesoramiento financiero sobre los instrumentos de financiación de la PFP (o sea, sobre sus proyectos publicados), por parte de una empresa de servicios de inversión autorizada (art. 81.3).

Todo inversor que no cumpla los requisitos económicos señalados, o no haya solicitado ser considerado inversor acreditado, o no justifique la contratación del servicio de asesoramiento financiero, tendrá la consideración de inversor no acreditado (art. 81.4), disfrutando de la protección que la ley dispensa a esta clase de inversores. En este sentido, la Ley fija unos límites a la inversión que puede hacer en una PFP un inversor no acreditado (3000 euros en un solo proyecto de la PFP y 10.000 euros en 12 meses en proyectos de la misma PFP) (art. 82.1) y prevé que la PFP exija al inversor no acreditado la manifestación de no superar ciertos límites de inversión (10.000 euros) en el conjunto de plataformas existentes (art. 82.2).

Todo ello deberá quedar fijado en el contrato de acceso por el que el inversor se da de alta en la PFP.

Ahora bien, antes de participar en un concreto proyecto, el inversor no acreditado *deberá recibir y aceptar una comunicación específica* en la que la página web que gestiona la PFP le advierta de forma clara y comprensible de que el proyecto (en el que piensa invertir) no ha sido objeto de autorización ni supervisión ni por el Banco de España ni por la CNMV; *la existencia de riesgo de pérdida total o parcial del capital invertido, de no obtener el rendimiento dinerario esperado y del riesgo de iliquidez para recuperar la inversión*<sup>55</sup> *y de que el capital invertido no está garantizado por el fondo de garantía de inversiones ni por el fondo de garantía de depósitos* (art. 83).

Finalmente, *antes de adquirir un compromiso de pago, y no en el momento de darse de alta en la plataforma*, la PFP exigirá al inversor no acreditado que, *junto con su consentimiento contractual, manifieste que ha sido advertido de los riesgos que implica la inversión y que teniendo en cuenta la operación que realiza, su inversión total en los últimos doce meses no supera los 10.000 euros de inversión en el conjunto de PFP* (art. 84.2)<sup>56</sup>.

Las manifestaciones del inversor acreditado y no acreditado a que nos hemos ido refiriendo pueden obtenerse tanto a través de su expresión manuscrita como por canales electrónicos o telefónicos (art. 84.3 y 4).

De acuerdo con la prohibición establecida en el artículo 52.2.e) de la Ley, solo los inversores acreditados pueden hacer uso de procedimientos automatizados de inversión<sup>57</sup>.

Tanto los inversores acreditados como no acreditados tienen la condición de clientes de la PFP (art. 60.2). Las relaciones de ambos con la PFP está regida

por la normativa sobre protección de consumidores y usuarios (art. 85), con las especialidades previstas en el capítulo V del Título V de la LFFE, que es el que regula la protección del inversor. Igualmente resulta de aplicación a dichas relaciones jurídicas la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros (art. 85)<sup>58</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

I. La LFFE regula fundamentalmente la actuación en el mercado financiero del nuevo operador PFP, empresas de base tecnológica que operan en el entorno digital a través de páginas web.

II. La LFFE no regula ni los contratos de acceso a la PFP ni el contrato de financiación participativa basado en préstamos o en valores que celebran promotor e inversores, pero la regulación de la actividad de la plataforma en el mercado financiero da pautas al intérprete para la fijación de dicho régimen jurídico.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH (AEFI). *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*. 1-85, disponible en <https://asociacionfintech.es/landing/libro-blanco-fintech-e-insurtech/>
- CUENA CASAS, M. (2018). *Crowdlending* y datos de solvencia patrimonial. *Comunicación pública en el Congreso Innovación Tecnológica, Mercado y protección del consumidor*. Facultad de Derecho, UCM, 10 de mayo de 2018.
- GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y NARVÁEZ BARBA, I. (2016). Economía colaborativa y financiación. *Diario La Ley*, núm. 8807, 1-14 (formato PDF).
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2018). La inhabilitación del concursado persona física culpable en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, julio-agosto, 2018, *en prensa*.
- LÓPEZ ORTEGA, R. (2016). Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, 1-24 (formato PDF).
- MALDONADO RAMOS, I. (2018). El *crowdfunding* inmobiliario, ¿colectivización de la propiedad? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 79, 25-27.
- ZUNZUNEGUI, F. (2015). Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*). *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 1-32 (formato PDF).

## NOTAS

<sup>1</sup> Las nuevas orientaciones que en materia laboral parecen apuntarse consisten en aumentar el número de emprendedores o trabajadores autónomos, en detrimento del trabajo por cuenta ajena, mucho más seguro para el trabajador-medio en términos generales, particularmente si los contratos de trabajo son indefinidos, pues el trabajo autónomo entraña unos riesgos y unos costes inasumibles por la mayoría de la población. De este modo el Estado hace relegación de su obligación de promover las condiciones óptimas para que sus ciudadanos puedan estar empleados.

<sup>2</sup> Cfr.: GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 1-4 y 12. Esta nueva economía colaborativa entiendo que guarda relación con la irrupción informática y tecnológica en la vida social, o sea, la digitalización del entramado social, momento posterior a la incorporación masiva a Internet y a las redes sociales de la población; la pretensión de sustitución de la realidad física por «realidades» virtuales y la puesta en marcha de la llamada «inteligencia» artificial y su «razonamiento» sobre la base de algoritmos.

Como señala MALDONADO RAMOS «el del consumo es uno de los sectores donde se ha evidenciado la enorme influencia de la revolución operada por Internet, con la difusión de las llamadas redes sociales y la comunicación P2P (*person to person*, en inglés). Productos novedosos... hoy se ofrecen, una vez finalizados y de modo simultáneo a una cantidad incalculable de potenciales adquirentes. Dado que la posibilidad de uso y adquisición es también inmediata gracias a esos mismos medios de comunicación, se multiplican las transacciones y ventas hasta niveles antes insospechados» (MALDONADO RAMOS, 2018, 25).

<sup>3</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 4.

<sup>4</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 4. ZUNZUNEGUI, 2015, 2.

<sup>5</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 6. De hecho, «la figura del crowdfunding fue utilizada en sus inicios para financiar proyectos... de diferente naturaleza en la industria cinematográfica o en la industria de la música ...» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 2).

<sup>6</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 4. *Vid.*: ZUNZUNEGUI, 2015, 2-3.

<sup>7</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 7. «Quedan excluidas del ámbito del régimen legal las plataformas no financieras, es decir, aquellas que *no remuneran* a los ahorradores que participan en las mismas. En este sentido, quedan excluidas las plataformas que gestionan donaciones o préstamos sin intereses, que conforman el mecenazgo participativo. Tampoco son financieras las plataformas o portales que gestionan la venta de bienes o servicios. Quienes donan su dinero o compran bienes y servicios no son «inversores», sujetos a los que se destinan los servicios de la plataforma» (ZUNZUNEGUI, 2015, 10).

<sup>8</sup> Sin embargo, en su opinión lo aconsejable es regular «lo mínimo imprescindible para facilitar el negocio, manteniendo una adecuada protección del cliente y del conjunto del sistema financiero». (ZUNZUNEGUI, 2015, 6).

<sup>9</sup> Como señala LÓPEZ ORTEGA, «el objetivo de la LEFE no es el de establecer un marco jurídico integral del *crowdfunding* sino crear una nueva categoría de intermediarios del mercado de la financiación, ... y ofrecer el régimen jurídico de estas plataformas al ser el elemento clave sobre el que pivotan alguna de las principales modalidades de *crowdfunding*, las de carácter financiero». «La estructura de las distintas modalidades de financiación colectiva sigue un esquema común, representado por una relación en la que intervienen tres sujetos: el promotor del proyecto, los aportantes y la plataforma electrónica. Las plataformas electrónicas son los intermediarios necesarios que permiten crear el entorno electrónico imprescindible para la interacción entre inversores y promotores, y constituye el componente tecnológico de la operación,...» «...El legislador [ha]... optado por centrar su atención casi exclusivamente sobre las plataformas de *crowdfunding*» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 7).

<sup>10</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 5.

<sup>11</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 3.

<sup>12</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 5.

<sup>13</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 3.

<sup>14</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 4.

<sup>15</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 6.

<sup>16</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 6.

<sup>17</sup> GARCÍA-OCHOA MAYOR y NARVÁEZ BARBA, 2016, 6.

<sup>18</sup> «La posibilidad de que [las actividades de las Plataformas de financiación participativa] ...canalicen importantes cantidades de dinero procedentes de una multiplicidad de personas ha llamado la atención del legislador, que ha optado por insertarlas dentro de la regulación del sector crediticio, considerándolas, formas de financiación alternativa» (MALDONADO RAMOS, 2018, 26). Las PFP «se conciben como portales de financiación... que sirven de mostrador para captar la atención y la financiación de los internautas, pero que además quedan habilitados para prestar diversos servicios auxiliares. Pero las plataformas son algo

más que unos portales que ponen en contacto a inversores con promotores. Son intermediarios financieros que operan por internet» como medio técnico (ZUNZUNEGUI, 2015, 8).

<sup>19</sup> Previo informe preceptivo y vinculante del Banco de España, en el caso de plataformas que publiquen proyectos de *crowdfunding* (art. 53.1 en relación con art. 50.1).

<sup>20</sup> «La PFP es una empresa que tiene por objeto la gestión de un portal de contratación “por medios electrónicos”, de forma habitual “a través de páginas web”... gestiona en sentido estricto un “sistema” de financiación participativa como actividad principal de su objeto social» (ZUNZUNEGUI, 2015, 8); actividad *principal, pues puede prestar servicios auxiliares a tal gestión* como veremos más adelante. «Las plataformas no son meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, son intermediarios financieros que operan por Internet, a los que les puede resultar aplicable la Ley 34/2002 [de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico], que regula dichos servicios» (ZUNZUNEGUI, 2015, 9). «Las plataformas gestionan un sistema electrónico de financiación participativa que permite la *contratación electrónica de valores y préstamos* en el ámbito del mercado primario...», no constituyendo mercados secundarios de negociación. (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 9). El empleo de medios electrónicos «no se presenta como un simple elemento instrumental sino que forma parte del concepto legal de PFP. Se trata de una actividad empresarial en red» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 10). En estas ideas insiste más adelante (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 19).

<sup>21</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 11.

<sup>22</sup> «El régimen español ha establecido que ni siquiera las entidades de crédito, entidades con capacidad universal para prestar todo tipo de servicios financieros, puedan dedicarse a las actividades típicas de las plataformas. En Francia y en Italia los bancos y empresas de inversión pueden gestionar las plataformas, en España les está vedado» (ZUNZUNEGUI, 2015, 12).

<sup>23</sup> En términos similares señala ZUNZUNEGUI que «las plataformas con domicilio en el extranjero que comercialicen por iniciativa propia sus servicios a personas residentes en España se someten a la Ley española en cuanto a las actividades desarrolladas en territorio nacional. Se presume la iniciativa propia cuando la plataforma anuncie, promocióne, capte o dirija sus servicios a inversores o promotores residentes en España. La comercialización pasiva no queda comprendida en las actividades sometidas a la ley española. Así «no se considerará que un servicio ha tenido lugar en territorio nacional cuando un residente en España participe por iniciativa propia, como inversor o promotor en una plataforma con domicilio social en el extranjero». Es un régimen territorial semejante al establecido en el artículo 3 de la Ley del Mercado de Valores ... de tal modo que la jurisprudencia que desarrolla este precepto resulta de gran utilidad para interpretar el alcance de la aplicación territorial de la Ley que regula las PFP» (ZUNZUNEGUI, 2015, 12).

<sup>24</sup> AEFI, 52.

<sup>25</sup> Como señala ZUNZUNEGUI «está prohibido que un tercero que se dedica a la concesión de crédito utilice la plataforma para financiarse. Por ejemplo, la plataforma no puede gestionar la recepción de préstamos para nutrir de recursos a una entidad que se dedica a conceder microcréditos. El promotor debe ser el prestatario último» (ZUNZUNEGUI, 2015, 11). Microcrédito, en economía y finanzas, es la concesión de préstamos muy pequeños a emprendedores pobres que no pueden prestar garantías, no tienen empleo fijo o no tienen un historial de crédito verificable (<https://es.wikipedia.org/wiki/Microcrédito>).

<sup>26</sup> *Vid.*: artículo 49.c), que indica que el proyecto de financiación participativa deberá «destinar la financiación que se pretende captar exclusivamente a un proyecto concreto del promotor, ...».

<sup>27</sup> En este sentido, ZUNZUNEGUI, para quien «la intención del legislador es limitar la captación de financiación no solo en nombre propio sino también por cuenta propia. No pueden ser objeto de gestión por las plataformas proyectos de promotores que actúen por cuenta ajena. Se excluye por lo tanto la actuación *indirecta mediante testaferros o personas interpuestas*» (ZUNZUNEGUI, 2015, 16).

<sup>28</sup> *Cfr.*: LÓPEZ ORTEGA, 2016, 23.

<sup>29</sup> En el ámbito del sector inmobiliario se ha intentado utilizar la captación de recursos vía red, para desarrollar *una inversión propia*. «En este caso, se oferta [por la propia PFP] la posibilidad de adquirir una participación de un inmueble junto con otros inversores,

para obtener una rentabilidad, bien por las plusvalías tras su venta, bien por los réditos obtenidos por su alquiler. Lo habitual es que se constituya una sociedad, destinada a adquirir el inmueble que en cada caso constituya el proyecto de inversión, y se publique el mismo en la red. Una vez obtenidas las oportunas adhesiones, se introduce a los interesados, mediante una ampliación de capital, y se adquiere el objeto en cuestión. El beneficio al cabo obtenido, sea por su reventa o sea por el arrendamiento, tributará como rendimiento del ahorro. Al final, una vez dispuesto su patrimonio, la sociedad se disolverá y liquidará, sin mayor coste fiscal para el inversor...». «Sin embargo, esta novedosa iniciativa ha tropezado con las sospechas de la propia CNMV, ya que uno de los requisitos de la PFP es ... precisamente que la financiación solicitada sea para un proyecto de un tercero [promotor], no para actividades de la propia plataforma. Por eso han difundido sus dudas acerca de la legalidad de los *crowdfunding* directos, como sería el caso... descrito». «De momento, y a la espera de que el legislador decida extender la regulación a las *plataformas directas*, las principales empresas del sector [inmobiliario] están optando por acogerse al régimen actualmente en vigor, y *operar como intermediarios a favor de promotores externos*, que presentarían como proyecto a financiar un proyecto de adquisición de un inmueble. Este sería el *crowdfunding/crowdlending inmobiliario actualmente existente* (MALDONADO RAMOS, 2018, 27). Hay que tener presente que el artículo 63 de la Ley establece «una clara barrera a la autopromoción» o *crowdfunding directo* (cfr. AEFI, 60), a diferencia del Reino Unido en que «las PFP pueden actuar como promotoras de la totalidad de los negocios sobre activos o bienes tangibles» (AEFI, 61).

<sup>30</sup> AEFI, 52. El ordenamiento francés «distingue entre el *crowdfunding* de préstamos y el de valores, para darles distinto tratamiento jurídico» (ZUNZUNEGUI, 2015, 6).

<sup>31</sup> ZUNZUNEGUI denomina a este servicio como servicio de contratación participativa. El servicio de admisión de proyectos se prestaría al promotor mientras que el de contratación participativa a inversores y promotores (ZUNZUNEGUI, 2015, 10). Sin embargo, para LÓPEZ ORTEGA, ambos servicios se prestan a favor de inversores y promotores (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 16). «Respecto a la contratación participativa, la descripción de los canales de comunicación que la faciliten debe recogerse en las reglas de funcionamiento de la plataforma. Son operaciones de suscripción de productos financieros que se regirán por su correspondiente régimen jurídico, como de forma superflua dice el artículo 74.1 para los préstamos. No hay mercado secundario, lo que justifica que no se regule la negociación de los productos adquiridos a través de la plataforma» (ZUNZUNEGUI, 2015, 11).

<sup>32</sup> «Las plataformas de financiación participativa son sistemas de contratación electrónica de valores y préstamos» (ZUNZUNEGUI, 2015, 14).

<sup>33</sup> De acuerdo con el artículo 55.h) es preciso que la PFP disponga de «un reglamento interno de conducta que contemple, en particular, los posibles conflictos de interés y los términos de la participación de los administradores, directivos, empleados y apoderados en las solicitudes de financiación que se instrumenten a través de la plataforma».

<sup>34</sup> ZUNZUNEGUI señala que «respecto de la admisión de proyectos les basta cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 66, evaluando con la debida diligencia la admisión, verificando que su descripción permite un juicio fundado sobre la decisión de inversión y que cumple los límites temporales y cuantitativos fijados en la Ley». En cuanto a la forma de selección de los proyectos, debe ser publicada en su página web [art. 61.1.a)], lo que significaría que debe tener unos criterios de selección que respeten las exigencias legales (ZUNZUNEGUI, 2015, 10).

<sup>35</sup> Artículo 1 LCGC: 1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas *predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes*, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, *habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión. Artículo 2 LCGC: 1. *La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional-predisponente, y cualquier persona física o jurídica-adherente*. 2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional

a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada. 3. *El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.*

<sup>36</sup> De acuerdo con este precepto, en sus relaciones con aquellos promotores que tengan la consideración de consumidor, la PFP, tendrá la consideración de intermediario a efectos de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, resultando de aplicación dicha norma en los términos indicados en el artículo 86.1 de la LFFE. Igualmente, la PFP tendrá la consideración de intermediario a efectos de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo en los términos indicados en el artículo 86.2. Como señala ZUNZUNEGUI «cuando la plataforma preste servicios de puesta en contacto con los prestamistas a promotores que son consumidores, el artículo 86.1 de la Ley considera que la plataforma actúa como intermediario al que le resulta de aplicación la Ley 2/2009 ...A su vez, según dice el artículo 86.2 las plataformas que intermedian en el préstamo al consumo de promotores tienen la consideración de intermediarios a efectos de la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo ...Luego las plataformas están habilitadas cumpliendo [los requisitos aligerados señalados en el art. 86.1 y 2] para facilitar el crédito al consumo al margen de las entidades de crédito y de los controles para prevenir el sobreendeudamiento. La Ley no impone a las PFP que facilitan el crédito al consumo evaluar la solvencia del promotor que se endeuda. Pero sí establece una obligación de advertir del riesgo del endeudamiento excesivo por parte de los promotores que tengan la condición de consumidor (art. 88)» (ZUNZUNEGUI, 2015, 18).

<sup>37</sup> En relación con la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre el promotor y la PFP, LÓPEZ ORTEGA sostiene que es un contrato de *mediación* ya que la PFP «al igual que el mediador, desempeña una pura actividad de aproximación de los futuros contratantes dado que su finalidad es la de facilitar la conclusión de contratos entre terceras personas, estimulando la coincidencia entre oferta y demanda, en estos casos, de promotores e inversores, y para ello tendría que desplegar la actividad necesaria que le permita lograr ese resultado ... su obligación consiste en facilitar la contratación, pero no en contratar, a diferencia de la actividad que desarrollan los comisionistas que consiste en desplegar la actividad tendente a la realización de la operación deseada. Así, las PFP no obran como representantes de ninguna de las partes y quedan al margen del contrato resultante de su actividad...». Las PFP «no se obligan a realizar por cuenta y encargo de los promotores las concretas operaciones de préstamo o de suscripción de valores en que se materialice la financiación, de hecho, el art. 49.1.b) LFFE alude a los promotores como personas físicas o jurídicas que solicitan la financiación en nombre propio. Por tanto, podemos concluir que las PFP actúan como mediadores...» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 21). «El acuerdo se alcanza y así se manifiesta a través de las comunicaciones que tienen lugar en la plataforma, de tal manera que la PFP facilita pero no interviene en la celebración de ese acuerdo, es decir, *no participa en la perfección del contrato*, no celebra el contrato de préstamo o de suscripción en nombre de ninguna de las partes sino que únicamente facilita ese encuentro de voluntades entre el promotor del proyecto y los potenciales inversores, quedando autorizada para formalizar los contratos correspondientes, si conforme a lo previsto en el artículo 51.3 LFFE, ha asumido tal servicio» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 22). «La plataforma no es un mandatario o comisionista del promotor... Su objetivo no es promover y alcanzar la distribución de unos valores o de un préstamo, sino generar un mercado que posibilite el encuentro entre demandantes y oferentes de financiación» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 23).

<sup>38</sup> En este sentido, ZUNZUNEGUI, 2015, 11.

<sup>39</sup> De adhesión y sujeto a CGC, así como a la normativa de consumo y de protección del cliente de servicios financieros (art. 85 LFFE).

<sup>40</sup> Como señala ZUNZUNEGUI, «la intermediación entre prestamistas y prestatarios tiene como límite la reserva legal a favor de la banca sobre la captación de fondos reembolsables del público» (ZUNZUNEGUI, 2015, 4).

<sup>41</sup> Las PFP pueden participar en proyectos publicados en su página web, dentro de los límites señalados por el artículo 63.1.a) siempre que informen a los inversores del importe de su participación y publiquen en su página web los criterios de su política interna para

decidir su participación en los proyectos. En este caso, la propia PFP es financiadora de un proyecto (prestamista). También es posible que la PFP publique proyectos de los que la propia PFP sea promotora (en cuyo caso es prestataria) o bien lo sean las personas relacionadas en el artículo 63.3 LFFE, esto es, administradores, altos ejecutivos, socios con participación significativa de la PFP, y sus cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Todo ello, señala ZUNZUNEGUI, es contrario al principio de neutralidad y compromete «una adecuada prevención de los conflictos de interés», al igual que comprometería la neutralidad de la PFP, la realización de publicidad sobre proyectos publicados por la plataforma (ZUNZUNEGUI, 2015, 27).

<sup>42</sup> «...En el marco regulatorio actual, si estas entidades desean desarrollar una actividad que no se ciña a la mera intermediación entre personas que ofrezcan o soliciten financiación, sino una gestión efectiva de esa financiación consistente en la captación de financiación (entendida como fondos o depósitos de los oferentes), y posterior pago a los solicitantes, requerirá dos autorizaciones: (i) autorización para constituirse como PFP otorgada por la CNMV; (ii) autorización para realizar la actividad de servicios de pago otorgada por el Banco de España» (AEFI, 50).

<sup>43</sup> ZUNZUNEGUI, 2015, 14.

<sup>44</sup> Gran parte de esta información constituirá CGC de los contratos de adhesión que la PFP celebra con los inversores para su acceso a la plataforma y con los promotores para la recepción, selección y publicación de sus proyectos.

<sup>45</sup> ZUNZUNEGUI, 2015, 3.

<sup>46</sup> ZUNZUNEGUI, 2015, 21.

<sup>47</sup> ZUNZUNEGUI, 2015, 16.

<sup>48</sup> *Vid.*: JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

<sup>49</sup> Si bien sería posible realizar sucesivas rondas de financiación que no superen el citado importe en cómputo anual, si el proyecto se dirige tanto a inversores acreditados como no acreditados.

<sup>50</sup> Señala ZUNZUNEGUI, que en el caso de financiación instrumentada a través de valores, la oferta de los mismos no requiere la formulación de un folleto informativo a tenor del Título III de la LMV, por lo que de este modo «se delimita la financiación participativa a ofertas que no requieren un folleto o que no han sido objeto de oferta pública con folleto». Por otro lado, de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 5/2015, que reforma el artículo 401 de la Ley de Sociedades de Capital, se elimina la prohibición de las sociedades de responsabilidad limitada de emitir obligaciones (ZUNZUNEGUI, 2015, 19).

<sup>51</sup> Para LÓPEZ ORTEGA, «a la vista del régimen legal podemos concluir que las PFP disponen de un amplio margen de libertad para desarrollar esta función de selección de los proyectos, que puede consistir en establecer unos criterios de admisión que se limiten a la verificación del cumplimiento de los criterios y requisitos legales, o bien, además, que se sometan a un proceso de selección interna en el que se valore la calidad, la viabilidad o el éxito del proyecto ... En uno u otro caso, lo importante es que la PFP disponga de unos criterios de selección de proyectos que habrá de publicar en su página web (art. 61.1.a) LFFE) y que habrán de aplicar y cumplir con la debida diligencia (art. 66.1 LFFE)» (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 17).

<sup>52</sup> «Cuando los inversores manifiestan su aceptación a través de la plataforma (art. 51.3 LFFE y hacen entrega de la cuantía pecuniaria por la que se vinculan al negocio de *crowdfunding*, queda perfeccionado el contrato, el cual está sujeto a la condición suspensiva de que el importe de la financiación alcance una determinada cuantía y se logre dentro de un periodo determinado. Mientras la condición se cumple, la PFP custodia los fondos aportados por los inversores. Cumplida la condición, la PFP entrega los fondos que le han sido transferidos a los promotores y el contrato despliega su eficacia. En caso contrario, la PFP deberá restituir los fondos a los inversores (LÓPEZ ORTEGA, 2016, 24).

<sup>53</sup> LÓPEZ ORTEGA, 2016, 15.

<sup>54</sup> De acuerdo con el artículo 84.1 de la Ley, la PFP debe exigir al inversor acreditado, *antes de operar por primera vez como tal*, que exprese que ha sido advertido de que por su condición de tal, está expuesto a mayores riesgos (al no existir límites a la cuantía de las inversiones que puede realizar) y por lo tanto, goza de menor protección. Esta expresión



puede realizarse al mismo tiempo que se formula la solicitud de ser considerado inversor acreditado y se renuncia al tratamiento de cliente no acreditado.

<sup>55</sup> Riesgo de no poder vender el crédito que ostenta en el contrato de préstamo participativo o riesgo de no poder transmitir los valores suscritos.

<sup>56</sup> AEFI, 53-54.

<sup>57</sup> AEFI, 53.

<sup>58</sup> ZUNZUNEGUI matiza que los inversores «como clientes de las plataformas reciben la protección de la Ley que regula las plataformas. Si además *quedan comprendidos en el ámbito subjetivo de la LGDCU*, quedarán protegidos como usuarios de los servicios de las plataformas» (ZUNZUNEGUI, 2015, 18).

## 2. DERECHO MERCANTIL

### Fianza y Consumidores

#### *Contract of guarantee and consumers*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y Abogado*

*RESUMEN:* Contratos de fianza y de garantía inmobiliaria celebrados con una entidad de crédito por personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional y que carecen de vínculos funcionales con la sociedad mercantil de la que se constituyen en garantes.

Nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores.

*ABSTRACT:* *Contracts of guarantee or providing security concluded with a credit institution by natural persons acting for purposes outside their trade, business or profession and not having any link of a functional nature with the commercial company in respect of which they act as guarantors or sureties.*

*Nullity of guarantee clauses signed by consumers.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de contratos. Fianza y consumidores.

**KEY WORDS:** *Contracts of guarantee and consumers.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. UN CASO PARTICULAR EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE AVALISTA A SOCIEDAD MERCANTIL.—III. DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA POSIBLE NULIDAD DE LAS FIANZAS OTORGADAS POR CONSUMIDORES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

#### I. INTRODUCCIÓN

Otorgar el carácter de consumidor a un fiador dependerá de si su relación contractual se enmarca —o no— en actividades ajenas al ejercicio de su actividad empresarial o profesional, diluyéndose el criterio que atendía a la naturaleza del contrato principal.

Resulta pues, que para los fiadores que no tengan relación empresarial con la sociedad que avalan, la actual doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea les ha dotado de una mayor protección, aplicándoles los derechos y

garantías que establece la normativa de consumidores, conforme al auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de noviembre de 2015:

*«En cuanto a si puede considerarse “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, una persona física que se compromete a garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a una entidad bancaria en el marco de un contrato de crédito, procede señalar que si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza.*

*A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo. Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión.*

*Corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva.*

*De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado».*

Por tanto, para actuar en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario, el avalista no debe tener una participación significativa en la sociedad avalada, no ostentar cargos de gerencia o administración en dicha sociedad (*vínculos funcionales*) debiendo haber actuado con fines privados o familiares.

En idéntico sentido al Auto del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre de 2015, el auto del Tribunal de 14 de septiembre de 2016, Caso Pavel Dumitraş y Mioara Dumitraş contra BRD Groupe Société Générale, Sucursala Judejean  Satu Mare (TJCE 2016329) (citado por el propio auto apelado), razona la funcionalidad del avalista y la sociedad avalada con el siguiente tenor:

*«De este modo, en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actu  en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado [auto de 19 de noviembre de 2015 (TJCE 2015, 386), Tarca u, C-74/15, EU:C:2015:772, apartado 29].*

Es decir, tal y como afirma el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea el hecho de no tener gerencia en la sociedad prestamista o una participación significativa en su capital social supone que el avalista haya actuado con fines de carácter privado.

El propio Tribunal de Justicia, en el auto de 3 de septiembre de 2015, mostró su voluntad de proteger al consumidor del modo más amplio posible cuando permitió que fuera considerado como tal un abogado que había suscrito un préstamo hipotecario.

El avalista debe ser considerado consumidor mientras no se demuestre con claridad que la actividad de la empresa avalada era su actividad profesional, bien porque era administrador o bien porque la sociedad constituía el vehículo para el ejercicio de su actividad profesional.

Además, en el párrafo 27 del propio auto de 19 de noviembre de 2015 dice: «A este respecto, procede recordar que el concepto de “consumidor”, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión». Por ello, la intención de obtener un beneficio económico con la operación no ha de ser el parámetro que determine si es o no consumidor el avalista.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea quiere proteger a los consumidores, entendiendo por tal a quien no ejerce una actividad profesional, y dentro de este concepto de actividad profesional podría incluirse como sinónimo, la expresión de *vínculo funcional*, en la interpretación amplia que de dicha expresión pudiera hacerse.

Así lo demuestra el auto de 3 de septiembre que hemos citado, en referencia al abogado o en la sentencia de 19 de julio de 2012, en la que utiliza el concepto de vínculo funcional para hacer referencia a un contrato de trabajo de un chófer contratado por la Embajada de Argelia en Berlín («...las actividades del demandante, que presentaban un vínculo funcional con las actividades diplomáticas de la embajada, estaban excluidas de la competencia de los órganos jurisdiccionales alemanes»).

Pues bien, con especial trascendencia para el entendimiento de la problemática propuesta, destacamos que en el apartado 4 del Fundamento Jurídico Quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2018 núm. 314/2018 (Id Cendoj: 28079110012018100297), se razona expresamente lo siguiente:

«4. Con el término “gerencia” que utiliza el TJUE debemos entender cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que, en cualquier modalidad de sistema de administración, quien participa directamente en la toma de decisiones de la empresa tiene vínculo funcional con ella. Es decir, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores. Así se deduce del propio ATJUE de 14 de septiembre de 2006, caso Dumitras, que, además, hace extensiva la vinculación funcional del administrador social al socio único.

En consecuencia, D. Gaspar y D. Elías, en su condición de administradores sociales de la prestataria, tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores».

Es decir, el Tribunal de Justicia ha interpretado que el vínculo funcional del fiador con la sociedad afianzada que excluiría su condición de consumidor coincide con la existencia de una relación de gerencia o mantenimiento del fiador con la sociedad de una participación significativa, siendo interpretado por

nuestro Tribunal Supremo que la relación de gerencia se identifica con la relación de administración, de lo que deducimos lógicamente que vínculo funcional (más allá del caso de la participación significativa) coincide con el carácter de administrador del fiador en la sociedad avalada.

## II. UN CASO PARTICULAR EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID DE AVALISTA A SOCIEDAD MERCANTIL

En el auto de fecha 15 de marzo de 2018 (Recurso de Apelación 1038/2017-4) de la Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid niega la consideración de consumidora de la apelante únicamente sobre la base de lo siguiente:

*«En el presente supuesto, sí que existe un vínculo funcional de la avalista Doña XXXXXXXXX con la entidad prestataria pues consta como apoderada de la sociedad prestataria YYYYYYYYYYYY según escritura pública» (FJ Tercero, página 6).*

En este supuesto, es cierto que la apelante tenía poderes para efectuar pagos con limitación de 3.000 euros, así como poderes de representación procesal, lo que supone evidentemente que debido a la limitación práctica y restrictiva del ámbito de actuación de la apoderada, en virtud de los mismos, no pueda calificarse que se ostenta un vínculo funcional con la sociedad prestataria, en los términos de gerencia, participación significativa o actividad profesional del apoderado.

En todo caso, para que el apoderamiento pudiera ser considerado como *vínculo funcional* entre la apoderada y la empresa que hiciera negar la condición de consumidora de la apoderada, habrían de ejercitarse *poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas*, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento. El requisito de que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa *«implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa, y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a esta frente a terceros»*, así como que esos poderes han de afectar a *«los «objetivos generales de la compañía», no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de estas»* (STS de 24 de enero de 1990).

Por ello, lo que caracterizaría el vínculo funcional del apoderado que eliminara su condición de consumidor sería la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial y que para apreciar dicho vínculo funcional se tendrían que dar los siguientes presupuestos: el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad de la empresa, el carácter general de esos poderes, que se han de referir al conjunto de la actividad de la misma, y la autonomía en su ejercicio, solo subordinado al órgano rector de la sociedad.

En nuestra opinión, la Audiencia Provincial de Madrid, basándose tan solo en el hecho de que la operación crediticia se realizó a favor de una sociedad mercantil, se limitó a declarar la inaplicabilidad de la normativa de consumidores al avalista no deudor, sin determinar si tal garante actuó en el marco de una actividad profesional y si tenían vínculos funcionales con la sociedad deudora garantizada. Al no examinar las circunstancias concretas del caso enjuiciado, el órgano judicial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por no seleccionar razonablemente la norma aplicable al proceso, como en este caso era

la Directiva 93/13, obviando así la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de aplicación preferente e ineludible, dado el sistema de fuentes establecido, por los jueces nacionales.

De esta forma se imputa a dicho auto la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 145/2012, de 2 de julio, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y la interpretación del concepto de consumidor dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015 y, consecuentemente, debería haber declarado la condición de consumidor de la parte apelante y haber analizado la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales objeto del recurso de apelación.

El referido auto descansa en nuestra opinión en una motivación errónea al no interpretar correctamente en el caso sometido la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC 26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4).

En relación con el error patente, el Tribunal Constitucional ya ha puesto de manifiesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión y de la legalidad apreciada por el Tribunal, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, destacándose que los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional dicho error son que no sea imputable a la negligencia de la parte sino atribuible al órgano judicial, pueda apreciarse inmediateamente de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y resulte determinante de la decisión adoptada por constituir el soporte único o básico —*ratio decidendi*— de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en él (por todas, STC 4/2008, de 21 de enero, FJ 3).

El derecho fundamental que se considera vulnerado es el de la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española, en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el prin-

cipio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 145/2012, de 2 de julio, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y la interpretación del concepto de consumidor dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015.

La sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 75/2017 de 19 de junio de 2017 (RTC 2017, 75) (BOE de 17 de julio de 2017), en un caso similar otorga el amparo al recurrente que era fiador de una persona jurídica obligando al reconocimiento de su carácter de consumidor —de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea— sobre la ausencia de una vinculación funcional del fiador con la sociedad ejecutada.

Es decir, el hecho de que a la participación en el capital social se anude por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el requisito de «*significativa*», no valiendo cualquier porcentaje de tenencia del capital social por el fiador para estimarse la existencia de «*vínculo funcional*» con la sociedad avalada que le haga excluir del ámbito de protección de la normativa de consumidores y usuarios, no puede suponer más que la «*gerencia*» a la que hace referencia el referido Tribunal de Justicia de la Unión Europea, haya de ser también «*significativa*», no pudiéndose por tanto mantener lo contrario si no es con el vicio de incurrir en una interpretación ilógica de los dictados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

### III. DIVERSAS CUESTIONES RELATIVAS A LA POSIBLE NULIDAD DE LAS FIANZAS OTORGADAS POR CONSUMIDORES<sup>1</sup>

Si bien es cierto que existe una evidente polémica jurisprudencial sobre la admisibilidad de la nulidad de las cláusulas de fianza firmadas con consumidores en alegato a la abusividad de las mismas, sobre la base principalmente de argumentos como que la fianza afecta al objeto principal del contrato; si la cláusula de fianza es o no una condición general de la contratación con verificación en su caso de los controles de incorporación y transparencia, así como a la existencia de desequilibrio contractual o no, destacamos también los siguientes problemas que nos hemos venido encontrando en la práctica en relación a este asunto y que habrán de ir solucionándose o teniéndose en cuenta con el objeto de que se vaya aclarando la referida polémica judicial.

#### i) LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR Y/O PRESTATARIO PRINCIPAL PARA INSTAR LA NULIDAD DEL AFIANZAMIENTO ABUSIVO

Para empezar con la exposición del tema que en estos momentos nos ocupa, hemos de tener presente que el artículo 8 de la LCGC, establece expresamente lo siguiente:

##### «Artículo 8. Nulidad.

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

Mientras que el artículo 83 de la LGDCU, prevé lo siguiente:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. 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».

Como afirma GETE ALONSO<sup>2</sup>, expresando a nuestro juicio una opinión generalizada: «la nulidad de pleno derecho implica la ineficacia absoluta, imprescriptible, no sanable y *erga omnes*, de la cláusula: el régimen de la nulidad contractual (como recuerda el artículo 9.1). El «otro efecto distinto» habrá de indagarse en cada caso concreto, aunque se hace difícil pensar en supuestos en los que esto ocurra (salvo, en su caso, el de los actos en fraude, art. 6.4 del Código Civil).

En nuestra opinión la nulidad de pleno derecho a la que hacen referencia el artículo 8 de la LCGC y el artículo 83 de la LGDCU, son un claro caso de lo que se ha venido a denominar ineficacia automática del contrato<sup>3</sup> sin que la misma sea necesaria para su existencia una declaración judicial, siendo de carácter relativo ya que se limita el ejercicio de esta nulidad única y exclusivamente al adherente. Por ello, coincidimos con ese sector doctrinal (MIQUEL GONZÁLEZ)<sup>4</sup> que califica a esta nulidad como nulidad de pleno derecho de carácter relativo.

Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ (*vid., op. cit.*), la nulidad de pleno derecho se producirá por la contradicción con la ley o con otras leyes y no necesita declaración judicial. La acción de nulidad no es constitutiva. La legitimación activa, en las acciones individuales, solamente la ostenta el adherente (art. 9 LCGC) y en este sentido la nulidad es relativa. Se trata, por tanto, de normas imperativas relativas o de protección de una sola de las partes: el adherente. Si una Ley establece la nulidad para la protección de otros intereses se regirá por lo que disponga la propia ley de que se trate y en su defecto por el artículo 6.3. Naturalmente también el fiador del adherente puede oponer la nulidad de la condición general o cláusula predispuesta (art. 1853), y, por supuesto, los herederos.

Por otro lado, no puede olvidarse que tratándose de una fianza solidaria, hemos de tener presente lo previsto en el artículo 1141 del Código Civil que prescribe lo siguiente: «cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos estos».

Tanto el fiador como la parte prestataria hipotecante suelen constituirse como deudores solidarios y si ello es así también tienen tal carácter, es decir el de solidario, a efectos de la petición de nulidad que se formule. Ante tal circunstancia resulta de aplicación el artículo 1141 del Código Civil (LEG 1889, 27) que dice que: *cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.*

Interpretado dicho artículo teniendo cuenta el carácter con el que litigase el prestatario y pretendiendo con la acción un beneficio común a él y al fiador



solidario, también tendría legitimación activa, sin que se pueda pretender un litisconsorcio activo necesario, porque tal figura no está contemplada en el derecho procesal español.

En conclusión, tiene legitimación para instar la acción de nulidad de la cláusula de fianza tanto el adherente fiador como el prestatario deudor solidario de la misma, al tratarse de un acto beneficioso para su codeudor solidario.

Por otro lado, es necesario que el fiador tenga la condición de consumidor y la Jurisprudencia menor viene diciendo que lo será si el obligado principal lo es.

A título de ejemplo, podemos citar con BASTANTE GRANELL (*vid., op. cit.*):

«[...] y de la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, en el sentido de que el fiador o hipotecante no deudor, en función del carácter accesorio de la obligación que dimana de la garantía prestada, ostenta el mismo carácter que el obligado en la obligación principal garantizada, de manera que es la calificación como de consumo de la relación principal de la que dimana esta obligación, la que determina la aplicación o no de la normativa de consumidores, pues en definitiva el garante no es consumidor de un bien ni usuario de un servicio, sino que se limita a prestar su garantía [...] La cuestión ya ha sido analizada en varias ocasiones por esta Sección que ha señalado que la condición de fiador y garante hipotecarios del crédito confieren una posición especial en orden al examen del carácter de consumidor, pues dada la naturaleza accesoria de la garantía no es la situación personal del fiador o hipotecante la que atribuye tal condición, sino la que resulta de la obligación garantizada, de manera que ostentará esta condición si esta obligación dimana de una relación de consumo por intervenir un consumidor y un empresario, pero no si garantiza una relación entre empresarios; es decir, lo fundamental no es la condición de consumidor del hipotecante, sino la del prestatario afianzado con la hipoteca, pues es su condición como tal la que se comunica a la persona física que interviene en esa misma condición como garante; el criterio lo viene manteniendo esta Sección» [Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 147/2015, de 21 de julio de 2015 (PROV 2015, 249138)].

«Al ser la fianza un contrato por el cual uno se obliga a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo este, cuando, como en el supuesto examinado, el afianzamiento tiene lugar respecto de una persona física en la que concurre la condición de consumidor y de un crédito hipotecario concedido para la adquisición de su vivienda habitual, el régimen tuitivo derivado de la LDCU (RCL 1984, 1906) es extensible a los fiadores, salvo que estos actúen en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, que no es el caso. Como dice la SAP Madrid, sección 12, del 14 de marzo de 2013 (PROV 2013, 156399), no es admisible que en un mismo contrato con deudores solidarios se apliquen normativas distintas. Por tanto, ninguna duda existe acerca de la aplicabilidad a este procedimiento de las normas de la LDCU (RCL 1984, 1906), en la versión vigente en la fecha en que se firmó el préstamo hipotecario con la intervención de los fiadores, esto es, la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» [Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 3 de febrero de 2014 (AC 2014, 379)].

ii) ALCANCE DE LA NULIDAD: TODA LA CLÁUSULA AFECTADA O SOLO LA RENUNCIA A LOS BENEFICIOS

De acuerdo con los precedentes judiciales existentes sobre el particular citados también por BASTANTE GRANELL (*vid., op. cit.*) entendemos que la declaración

de nulidad ha de predicarse tan solo de la renuncia a los beneficios de excusión y división, sobre la premisa de que la propia existencia de la fianza sí que ha sido libremente negociada por las partes, resultando que la falta de transparencia se predica tan solo de la meritada renuncia a los beneficios de excusión y división de la fianza, que al no negociarse individualmente es lo que permite analizar el carácter abusivo de dicha cláusula.

*«En el caso de autos, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia no supone una integración o modificación de su contenido, sino, simplemente, restaurar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes. Por consiguiente, procede declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto recoge la renuncia a los beneficios de orden, división y excusión por parte de los fiadores, pero no la cláusula de afianzamiento en sí»* [sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª), núm. 180/2015, de 30 septiembre de 2015 (PROV 2015, 269085); sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2.ª), núm. 197/2015 de 6 noviembre (PROV 2016, 38610)].

*«Se considera que la nulidad ha de afectar solamente a la mención arriba transcrita en la que la fianza se configura como solidaria con renuncia expresa a los beneficios de orden, excusión y división. De conformidad con el artículo 10 bis vigente en el momento de la contratación [art. 83 del actual TRLGDCU (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372)] las cláusulas declaradas nulas no surten efecto y se tienen por no puestas. Esta previsión se acomoda a las directrices de interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) marcadas por el TJUE. En efecto, tal y como se recuerda en la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), Caso Unicaja Banco los jueces de los Estados Miembro deben dejar sin efecto la cláusula abusiva sin poder alterar su contenido [...]. En este caso, conviene tener presente que el único aspecto que se ha considerado no negociado y se ha sometido al control de abusividad de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) ha sido el referido a la opción por la fianza solidaria y la renuncia a los beneficios. Su nulidad no afecta al pacto de fianza entre las partes que puede subsistir sin que ello genere un desequilibrio contractual y sin que ello pueda considerarse una modificación del contrato»* [sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Donostia-San Sebastián, núm. 56/2016, de 18 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88059)]. *«Es decir, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual conlleva la nulidad de la misma, sin que proceda su moderación por vía judicial. Una vez apreciada la abusividad de una cláusula, la misma resulta totalmente nula e ineficaz, por lo que procede dejar completamente sin efecto la cláusula décima de la escritura de 30 de diciembre de 2003 y de la cláusula decimotercera de la póliza de préstamo de 16 de diciembre de 2008, en lo que estrictamente concierne a la parte actora»* [sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016 (PROV 2016, 72022)]. En igual sentido, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 323/2014 de 2 de octubre de 2014 (AC 2014, 1674); sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 327/2014, de 30 de septiembre de 2014 (AC 2014, 1672); auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016 (PROV 2016, 88094).

iii) INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En los procesos de ejecución hipotecaria, hemos de tener presente que:

a) Es posible que el fiador alegue defectos procesales (falta de legitimación pasiva) en la oposición a la ejecución hipotecaria y si es admisible la legitimación pasiva del fiador en el referido procedimiento, lo que ha sido resuelto de forma diversa por las distintas Audiencias Provinciales.

b) En segundo lugar, la declaración de abusividad de la renuncia a los beneficios de orden, división, excusión y extinción no afecta a la subsistencia de la relación contractual de afianzamiento y el hecho de declarar la nulidad de la cláusula única y exclusivamente en cuanto a dicha renuncia.

c) En todo caso la Ley 19/2015 de 13 de julio ha introducido un nuevo apartado 5 en el artículo 685 LEC, de acuerdo con el cual: A los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 579 será necesario, para que pueda despacharse ejecución por la cantidad que falte y contra quienes proceda, que se les haya notificado la demanda ejecutiva inicial. Esta notificación podrá ser practicada por el procurador de la parte ejecutante que así lo solicite o cuando atendiendo a las circunstancias lo acuerde el letrado de la Administración de Justicia. La cantidad reclamada en esta será la que servirá de base para despachar ejecución contra los avalistas o fiadores sin que pueda ser aumentada por razón de los intereses de demora devengados durante la tramitación del procedimiento ejecutivo inicial.

Por tanto, de las anteriores premisas podemos deducir lo siguiente: ejecutado el avalista, la consecuencia no puede ser más que en el momento procesal oportuno la eliminación de la renuncia a los beneficios del fiador a los que ha renunciado el avalista.

iv) NULIDAD Y ACTOS PROPIOS

En otro orden de cosas y para la aplicación práctica de lo anterior en caso en que hayan existido novaciones contractuales, hemos de recordar que la entidad acreedora habrá requerido la concurrencia del fiador a la prórroga concedida al deudor principal para evitar cualquier alegación tendente a obtener la extinción de la fianza en caso contrario, en aplicación de lo previsto en el artículo 1851 del Código Civil.

Dado que la nulidad predicable de una cláusula abusiva es una nulidad absoluta, hemos de recordar que la nulidad de pleno derecho o radical no está sujeta a ningún plazo de prescripción o caducidad ni es susceptible de sanación y convalidación siquiera por actos propios, según repetidamente tiene dicho nuestra jurisprudencia, como por ejemplo razona la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015, por lo tanto, no podría alegarse por la entidad bancaria la aplicación de cualquier convalidación de la cláusula nula abusiva por el hecho de que el fiador haya consentido una prórroga al deudor por parte del acreedor.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

BASTANTE GRANELL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2017.

- DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007.
- GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017.
- GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir.) Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999.
- MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codi-go-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 19 de julio de 2012
  - ATJ de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015
  - ATJ de la Unión Europea de fecha 19 de noviembre de 2015
  - ATJ de la Unión Europea 14 de septiembre de 2016
  - STC 311/2005, de 12 de diciembre
  - STC 4/2008, de 21 de enero
  - STC 26/2009, de 26 de enero
  - STC 61/2009, de 9 de marzo
  - STC 82/2009, de 23 de marzo
  - STC 145/2012, de 2 de julio
  - STC 75/2017 de 19 junio de 2017
  - STS de 24 de enero de 1990
  - STS de 25 de noviembre de 2015
  - STS de 28 de mayo de 2018
  - SAP de Guipúzcoa de 30 de septiembre de 2015
  - SAP de Guipúzcoa de 6 de noviembre.
  - AAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 de julio de 2015
  - Auto de fecha 15 de marzo de 2018 (Recurso de Apelación 1038/2017-4) de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid
  - Auto del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, de 3 de febrero de 2014
  - SJM de San Sebastián de 2 de octubre de 2014
  - SJM de San Sebastián de 30 de septiembre de 2014
- 
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Almería, de 16 de febrero de 2016
  - Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Segovia, de 28 de marzo de 2016

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid.*, sobre el particular: BASTANTE GRANELL. La cláusula de afianzamiento en préstamos hipotecarios: su abusividad a debate. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2017; GARCÍA ABURUZA. Problemática en relación a los avalistas y sobre su posible condición de consumidores. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017.

<sup>2</sup> GETE ALONSO. *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (dir.) Arroyo-Miquel, Tecnos, Madrid 1999, 84.

<sup>3</sup> DÍEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2007, página 565 caracteriza este tipo de ineficacia automática del siguiente modo: «Atendiendo al mecanismo de producción y de actuación, pueden distinguirse dos tipos de ineficacia, a los que llamaremos automática y provocada.

Llamamos automática a la ineficacia cuando esta se produce por la fuerza misma del ordenamiento jurídico como *ipso iure*, esto es, por obra del mismo Derecho. La misma idea se expresa modernamente al decir «de pleno derecho», como en la actualidad hace el artículo 6.3 del Código Civil tras la reforma del Título Preliminar de 1974. De “pleno derecho” quiere decir que no es necesario que nadie inste ante los órganos jurisdiccionales, o, lo que es lo mismo, que algo puede ser puesto en juego sin necesidad de la previa declaración y, por consiguiente, que hay ineficacia desde el momento mismo en que el contrato ineficaz aparece. En cambio llamamos provocada a la ineficacia, cuando el ordenamiento jurídico, en lugar de establecer una automática actuación de la sanción, se limita a atribuir a uno o a varios sujetos un poder jurídico en virtud del cual y únicamente en virtud del cual la sanción será actuada».

<sup>4</sup> MIQUEL GONZÁLEZ. La nulidad de las condiciones generales. <http://www.codigo-civil.net/nulidad/lodel/document.php?id=343>.

### 3. URBANISMO

## La acreditación registral de la identidad de propietarios y titulares de derechos reales en la modificación del planeamiento general

### *The identification of the real estate owners and real rights holders during the General Plan modification*

por

VICENTE LASO BAEZA

*Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico*

**RESUMEN:** Con el fin de procurar la mayor transparencia en la tramitación de los procedimientos administrativos de elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico el legislador ha ido introduciendo una diversidad de medidas entre las que, por su relevancia en orden al mantenimiento de la validez del acto final de aprobación, cobra especial importancia la debida identificación de los propietarios y titulares de derechos reales beneficiados por dichos instrumentos según dispone el artículo 70 ter.3 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, medida cuyo alcance actual viene en parte clarificado por una jurisprudencia que ha ido progresivamente precisando la clase de instrumentos afectados, el tipo de alteración de planeamiento a la que se aplica, los términos de su confección a partir de la información suministrada por el Registro de la Propiedad y, finalmente, los respectivos sobre el tiempo y forma de su incorporación a la documentación del planeamiento.

**ABSTRACT:** *In order to ensure the greatest transparency in the administrative procedures for the development of urban planning instruments, the legislator has been introducing a variety of measures among which, due to its relevance in order to maintain the validity of the final act of Approval, special importance is given to the proper identification of the real estate owners and real rights holders benefited by such instruments as provided in article 70 ter.3 of Law 7/1985, of April 2, Regulating the Bases of Local Regime, measure whose current scope is partly clarified by a jurisprudence that has progressively defined the type of instruments affected, the type of alteration of planning to which it applies, the terms of its preparation from the information provided by the Land Registry and, finally, the terms and form of their incorporation into the documentation of the planning.*

**PALABRAS CLAVE:** Modificación. Plan General. Documentación. Identidad. Propietarios. Registro. Catastro. Transparencia.

**KEY WORDS:** *Modification. General Plan. Documentation. Identity.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA TRANSPARENCIA COMO OBJETIVO PERSEGUIDO EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL PLANEAMIENTO.—II. LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 70 TER.3 DE LA LRRL Y SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CATALANA.—III. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA: 1. LA TRANSPARENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL PLANEAMIENTO COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA NORMA. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA.—IV. EL MOMENTO PROCEDIMENTAL DE CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA LEGAL Y FORMA DE SU CUMPLIMIENTO: 1. EL CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA LEGAL EN LA APROBACIÓN INICIAL DEL PLAN. 2. EL SUJETO OBLIGADO Y SU FORMA DE CUMPLIMIENTO. V. CONSECUENCIAS DEL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO.—VI. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL CONTROL DE LEGALIDAD QUE LE CORRESPONDE EN LA TRAMITACIÓN DEL PLANEAMIENTO.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA TRANSPARENCIA COMO OBJETIVO PERSEGUIDO EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL PLANEAMIENTO

La entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, justo a las puertas de la profunda crisis económica desencadenada en el entorno de esa fecha, permitió identificar en su contenido el deseo del legislador de poner coto a algunos de los abusos que en el desbocado proceso desarrollista en gran medida producido en los años precedentes se manifestaron en no pocas ocasiones en el ejercicio de la potestad de planeamiento<sup>1</sup>.

En este sentido una de las medidas que rápidamente fue extendiéndose fue precisamente la limitación de la política de convenios de planeamiento desde la legislación autonómica<sup>2</sup>, lo que se vio también reflejado en la referida Ley 8/2007 y hoy figura en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 (TRLRSRU) al afirmar en su artículo 3.1 que «*La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este (...)*». Limitación que, en todo caso, no supone impedimento alguno en orden a la posible formulación de propuestas de ordenación por los particulares, las cuales, sin condicionar el ejercicio de la potestad de planeamiento, quedan expresamente contempladas en el artículo 8 del citado TRLRSRU.

En consecuencia, aun cuando la tarea planificadora en defensa del interés general no tenía en rigor por qué verse devaluada por sistema por el mero hecho de que la definición de su contenido pudiera anticiparse mediante el reflejo de sus determinaciones esenciales en convenios que en todo caso no limitaban la potestad de planeamiento a la vista de su carácter indisponible tantas veces resaltado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no es menos cierto que su carácter habitualmente híbrido por la presencia simultánea de compromisos de gestión junto a los propiamente de ordenación en no pocas ocasiones suponía un deslizamiento hacia posiciones negociales cuyo desenvolvimiento se presentaba como inevitable campo abonado al menos en condiciones para facilitar la devaluación advertida. Se producía, de este modo, lo que gráficamente fue expresado como la sustitución del plan por el pacto para introducir después el pacto en el plan, proceder que si bien no necesariamente había de traducirse en un perjuicio

para el interés general ciertamente llevaba consigo una desvalorización del trámite de información pública que siendo el que en principio está llamado a conferir legitimidad democrática al planeamiento lejos de ello podía quedar reducido a un mero formalismo al estar anticipadamente rechazada toda posible alegación que pudiera cuestionar un modelo de ordenación en realidad ya cerrado por los beneficios comprometidos.

Cuando, además, más allá de un posible ejercicio indebido de la potestad de planeamiento susceptible de ser calificado como supuesto de desviación de poder las relaciones bilaterales entabladas con la Administración podían incluso incurrir en ilícitos de carácter penal por la atribución a los terrenos de contenidos urbanísticos por intereses espurios sin necesidad de verse aquella siquiera comprometida por la formalización de convenios, es por lo que el legislador introdujo medidas adicionales, una de las cuales, la aquí considerada, pretende identificar públicamente desde el inicio de la tramitación de procedimientos correspondientes a determinados instrumentos de planeamiento a los beneficiados por la ordenación.

Dicho de otro modo y como seguidamente se verá, para reforzar la transparencia del proceso de confección del planeamiento el legislador decide dar publicidad a la identidad de los propietarios sobre cuyos suelos recaen una o varias de las concretas determinaciones urbanísticas que son incluidas en una relación cerrada, ello con independencia, por lo tanto, del hecho de no haberse cometido irregularidad alguna por su parte, medida que, precedida de su recepción en la legislación catalana<sup>3</sup>, fue tomada a nivel estatal con la redacción dada al artículo 70 ter.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)<sup>4</sup>.

## II. LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 70 TER.3 DE LA LRBRL Y SU RECEPCIÓN EN LA LEGISLACIÓN CATALANA

El artículo 70 ter.3 de la LRBRL, que fue introducido por la disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo y que probablemente por no formar parte de la legislación autonómica se ha ignorado de modo sorprendente en la práctica administrativa, dispone lo siguiente:

*«3. Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el Registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia».*

El supuesto de hecho de la norma está en consecuencia constituido por la necesaria concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) La tramitación de un procedimiento de alteración del planeamiento urbanístico.
- b) El procedimiento de alteración en cuestión debe ser ajeno a aquellos que se incardinan en el *«ejercicio pleno de la potestad de ordenación»*.
- c) La alteración del planeamiento ha de dar lugar a un cambio en la ordenación que refleje alguna de las siguientes determinaciones: un incremento



de la edificabilidad, un incremento de la densidad o una modificación de los usos del suelo.

A su vez, concurriendo los presupuestos precedentes, la consecuencia jurídica prevista en la norma está constituida, de un lado, por la necesidad de hacer constar en el expediente la identidad de todos los «propietarios o titulares de otros derechos reales»<sup>5</sup> sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, y, de otro, por la determinación de que la identidad de los propietarios y titulares de derechos reales será aquella que «conste en el Registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia».

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña (LUC), introduce en su artículo 99.1.a.<sup>6</sup> algunas precisiones que deja abierto el artículo 70 ter.3 de la LRBRL, lo cual realiza con el siguiente alcance:

- a) Frente a su previsión indirecta en la LRBRL, la LUC identifica de modo expreso la modificación de planeamiento como la modalidad legal de alteración que determina su aplicación.
- b) La deducción del planeamiento general como instrumento al que se aplica la LRBRL es abiertamente recogida por la LUC.
- c) La identificación del incremento de densidad como determinación que contenida en una modificación de planeamiento general desencadena la aplicación de la norma queda ligada al uso residencial, lo que no se concreta en el artículo 70 ter.3 de la LRBRL.
- d) A los tres supuestos previstos en el artículo 70 ter.3 de la LRBRL, se añade el incremento de la intensidad de usos.
- e) Frente al silencio de la LRBRL en este punto, la LUC precisa el carácter igualmente público o privado de las fincas sobre las que concurren los restantes requisitos para la aplicación de la norma.
- f) A la constancia de la identidad de los propietarios o titulares de otros derechos reales, la norma catalana inicialmente añade la inclusión de los títulos en virtud de los cuales se hubieran adquirido los terrenos.
- g) Mientras la anterior constancia la refiere la LRBRL al expediente, la LUC lo hace a la documentación del instrumento de planeamiento general.
- h) En particular, la LUC establece que será en la Memoria del planeamiento general donde deberá figurar la relación de las personas que reúnan las indicadas condiciones debiendo incorporarse igualmente las correspondientes certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad y, en su caso, por el Registro Mercantil, o, en su defecto, los datos del catastro.
- i) Por fin, la LUC añade que también debe hacerse constar en la Memoria la existencia, en su caso, de los adjudicatarios de la concesión de la gestión urbanística.

### III. FUNDAMENTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

#### 1. LA TRANSPARENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DEL PLANEAMIENTO COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DE LA NORMA

Según aclara la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2010, el fundamento del apartado 3 del artículo 70 ter de la LRBRL se encuentra en la

necesidad de «incrementar la transparencia del proceso urbanístico, previniendo el tráfico de influencias y otros supuestos de corrupción vinculados a las recalificaciones de fincas realizadas mediante modificaciones puntuales del planeamiento».

En idéntico sentido se manifiestan, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014 y de 25 de octubre de 2016, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2016 y la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 8 de junio de 2015.

La sentencia citada en último lugar, en línea con lo también manifestado por la doctrina<sup>7</sup>, añade lo siguiente:

*«La razón de ser de esta modificación legislativa se encuentra en la pretensión de buscar una mayor transparencia en los procesos administrativos que tienen por objeto la modificación del planeamiento, transparencia que pretende evitar un uso desviado de las potestades administrativas en el ámbito urbanístico en relación con los resultados pretendidos con su puesta en acción. Efectivamente, un mayor y mejor conocimiento de los propietarios de las fincas afectadas por aquellos procedimientos administrativos que supongan un beneficio para sus titulares contribuirá a facilitar mayor transparencia y asegurar que el ejercicio de las potestades administrativas persigue el legítimo fin que ampara su existencia.*

*(...) El legislador ha querido explícitamente con esta exigencia hacer del proceso planificador, y más en concreto de sus modificaciones, una actividad que excluya cualquier atisbo de duda en relación a las intenciones y objetivo que justifican su puesta en marcha, lo que convierte al documento de constancia de los titulares de derechos afectados como un requisito imprescindible para entender adecuado a derecho el procedimiento administrativo a través del cual se lleva a cabo, otorgando al mismo mayor transparencia y apariencia de actuación recta de las potestades administrativas de planificación urbanística, cuando es así que las mismas contienen grandes dosis de discrecionalidad, y se activan para alterar el planeamiento vigente a través de una modificación».*

## 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

Si bien en la legislación catalana la aplicación de esta medida queda precisada con un gran detalle razonablemente debido a constituir el urbanismo una materia propia del legislador autonómico con la consiguiente posibilidad a su alcance de descansar sobre términos técnicos específicos cuyo uso por el legislador estatal sería cuestionable, este hace uso de un lenguaje inevitablemente más vago cuyo sentido ha sido desentrañado por la jurisprudencia.

A estos efectos, una primera cuestión que suscita la regulación dispuesta en la LRBRU es justamente la referida a la identificación de los instrumentos de planeamiento por ella afectados al no estar nominativamente designados. Lo que hace el artículo 70 ter.3 es así una delimitación negativa en virtud de la cual excluye a aquellos instrumentos de planeamiento que contengan una alteración de la ordenación ajena al ejercicio pleno de la potestad de planeamiento y otra positiva por la que identifica las concretas alteraciones que desencadenan su aplicación, esto es, que se produzca un incremento de la edificabilidad, un incremento de la densidad o una modificación de los usos del suelo.

Así, conforme al anterior doble ámbito de delimitación, sobre la base de que el ejercicio pleno de la potestad de planeamiento aunque no del todo precisado por el legislador es lugar común que se corresponde con los procedimientos de revisión del planeamiento general, excluida tal fórmula como causa de aplicación de la norma en un plano teórico podría entenderse que no solo las modificaciones de planeamiento general habían de quedar sujetas a su aplicación cuando se incrementara la edificabilidad, lo que se desprendería de ser esta clase de instrumento de planeamiento la única legalmente habilitada entre el planeamiento municipal para establecer tal determinación, sino también, junto al planeamiento general, el de desarrollo cuando llevara consigo un incremento de la densidad<sup>8</sup> o una alteración de los usos. Esta posibilidad se vería incluso reforzada por la referencia contenida en el inciso final del apartado 3 del artículo 70 ter de la LRBRL al decir que la identidad de los propietarios y titulares de derechos reales ha de ser tomada del Registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia, lo que pondría en el punto de mira de la aplicación de la norma al planeamiento de desarrollo de iniciativa privada por ser procedente en su tramitación la notificación personal a los propietarios.

Pues bien, la clarificación de la validez de esta posible interpretación fomentada por la norma estatal es alcanzada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando, reconociendo su imprecisión, limita los instrumentos de planeamiento afectados, tal y como hace la norma catalana, a los de carácter general cuando son objeto de modificación.

Así resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 en la que se afirma lo siguiente en relación con el artículo 70 ter.3 de la LRBRL:

*«El precepto en cuestión se aplica a los casos de alteración de la ordenación urbanística, siempre que la misma “no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación”, y suponga un incremento de “la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo”. Si bien este segundo requisito no plantea problema alguno, no ocurre lo mismo en relación con el primero, ya que como señala la sentencia de esta Sala de 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 3283) —recurso de casación 5752/2011—, “la redacción del precepto no facilita su entendimiento”.*

*La sentencia (PROV 2015, 148650) recurrida entiende que el precepto en cuestión se introduce para establecer la necesidad de hacer constar en el expediente de modificación del planeamiento, la identidad de los propietarios o titulares de derechos reales sobre las fincas afectadas por la nueva ordenación durante los cinco años anteriores a su iniciación, cuando de esa alteración del planeamiento se deriva un aumento de edificabilidad o densidad o se modifiquen los usos del suelo, por lo que concluye afirmando que el precepto en cuestión es aplicable a todos los procedimientos de modificación del planeamiento general y no, como sostenía la recurrente en la instancia, únicamente al planeamiento de desarrollo, “cuando es así que a través de este tipo de instrumentos de planeamiento no cabe alterar los usos del suelo”.*

*Ahora en casación la recurrente abandona el planteamiento inicial de limitar la aplicación del precepto de planeamiento de desarrollo, y adopta una postura intermedia, sosteniendo que la Administración haría un ejercicio pleno de la potestad de ordenación cuando llevara a cabo la Revisión de un Plan General o cuando procediera a una modificación*

*puntual que afectara a la totalidad del municipio o a la totalidad de su suelo de una determinada clasificación, y por el contrario, dicho ejercicio no sería pleno cuando la Modificación Puntual estuviera referida a una determinada zona del municipio en cuestión, pero no a su totalidad».*

Esta última afirmación de la recurrente es descartada por la citada sentencia, que confirma la de instancia desestimando el recurso en su integridad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2016 aclara lo siguiente:

*«Tomando, pues, en consideración el fin de esa previsión legal (art. 3.1. del Código Civil), menester será concluir que su ámbito de aplicación deberá quedar circunscrito a aquellas modificaciones del planeamiento general susceptibles de traducirse en un beneficio patrimonial significativo para los vinculados al suelo concernido mediante algún derecho real».*

A la vista de lo anterior, debe entenderse que la modificación de un instrumento de planeamiento general no se encuadra dentro del ejercicio pleno de la potestad de ordenación, a diferencia de lo que sucede en la modalidad de revisión, con la que en rigor coincide.

En todo caso, la aplicabilidad del artículo 70 ter.3 de la LRBRL a las modificaciones puntuales del planeamiento general es incuestionable según ha reiterado constantemente la jurisprudencia, pudiendo citarse en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2010, 25 de abril de 2014 y 25 de octubre de 2016, la sentencia de 8 de junio de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2016<sup>9</sup>.

#### IV. EL MOMENTO PROCEDIMENTAL DE CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA LEGAL Y FORMA DE SU CUMPLIMIENTO

##### 1. EL CUMPLIMIENTO DE LA EXIGENCIA LEGAL EN LA APROBACIÓN INICIAL DEL PLAN

La referencia que el propio artículo 70 ter.3 de la LRBRL hace a la «*iniciación*» del expediente como momento final del lapso de cinco años al que se ha de referir la información sobre las titularidades del dominio y derechos reales permite afirmar que es ya en la documentación que integra la modificación del planeamiento general que se somete a aprobación inicial cuando ha de quedar cumplida la exigencia legal. Así tiene lugar por constituir la aprobación inicial, en el caso de la tramitación de los instrumentos de planeamiento de iniciativa pública, el acto que determina el inicio del procedimiento<sup>10</sup>, lo que no ha de verse alterado por razón de la iniciación con antelación del procedimiento de evaluación ambiental contemplado en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, pues en su fase inicial su tramitación tiene lugar con apoyo en el denominado borrador inicial del plan asimilado a los avances de planeamiento cuyos efectos administrativos son, según es conocido, exclusivamente de carácter interno.

Este es el criterio seguido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 2016.

Por lo demás, hasta tal punto es relevante la inclusión de la información en cuestión entre la documentación que ha de conformar las modificaciones

del planeamiento general en las que concurran los presupuestos considerados que la jurisprudencia, así por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2014 y las del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de marzo de 2014 y de 7 de diciembre de 2011, dando un paso más, advierte que la falta de justificación de las expresadas titularidades en el momento de la aprobación inicial constituye un defecto sustancial que ni siquiera podría quedar subsanado, si no hubiera un nuevo sometimiento de la modificación al trámite de información pública, por el mero hecho de su inclusión ulterior aunque fuera con anterioridad a la aprobación definitiva.

## 2. EL SUJETO OBLIGADO Y SU FORMA DE CUMPLIMIENTO

En cuanto se refiere al sujeto obligado a instar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 70 ter.3 de la LRBRL, según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014 habrá de ser la Administración actuante, lo cual no parece que deba impedir que cuando tal cumplimiento se extiende a la solicitud de la información de que se trata no pueda ser cualquier otro interesado quien la formule. En última instancia lo relevante será que en el expediente conste en debida forma la información requerida no, por lo tanto, quién sea su solicitante.

Por otro lado, para el cumplimiento de la norma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2016 considera bastante la aportación al expediente de la documentación registral correspondiente a las fincas incluidas en el sector o ámbito afectados por la modificación de planeamiento y que se extienda a los cinco años anteriores a la fecha de la aprobación inicial, no figurando en la norma estatal, a diferencia de la catalana, que haya de hacerse a través de certificación registral.

De igual modo, conforme a los términos del inciso final del precepto estatal y de acuerdo con lo dispuesto en la LUC también cabe plantear la posibilidad de que la información procediera, no del Registro, sino del Catastro. A este respecto resulta de interés el voto particular de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de mayo de 2014, el cual afirmó sobre esta cuestión lo siguiente:

*«Tampoco comparto la vulneración que se aprecia en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia mayoritaria de lo dispuesto en el artículo 70 ter de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), en la redacción dada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, pues, frente a lo que se señala en ese fundamento jurídico, consta en el punto g) 3 de la Memoria Vinculante que para dar cumplimiento a ese precepto se señala que la parcela a la que afecta la modificación es la mencionada de suelo urbano 7475445UN7477N0001XM, siendo su propietario Maderas Juez, S.L. en el periodo 2002-2007, lo que es suficiente para el cumplimiento de lo previsto en ese artículo 70 ter LRBRL. Debe resaltarse que ese precepto exige que se haga constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas por la modificación durante los cinco años anteriores, y en este caso se hizo constar que el titular de la parcela catastral de suelo urbano 7475445UN7477N0001XM es Maderas Juez, S.L., lo que no es incorrecto, pues así figura en los datos catastrales aportados en el periodo de prueba del proceso. En efecto, según la docu-*

*mentación catastral aportada consta en el apartado "Datos de Titularidad" precisamente "Maderas Juez SL", que es lo mismo que figura en la documentación de la MP aprobada inicialmente por el Ayuntamiento, que fue sometida a información pública, y posteriormente aprobada provisional y definitivamente. Debe resaltarse que no exige el citado artículo 70 ter que se aporte la correspondiente certificación del Registro de la Propiedad, al que se alude en la demanda, sino la identidad de los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el Registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia, y para ello es suficiente la información catastral, máxime cuando de la documentación aportada por la parte codemandada resulta que los titulares de las fincas afectadas, según los datos del Registro de la Propiedad, son administradores de la mercantil Maderas Juez, S.L., lo que es suficiente en este caso para atender cumplida la finalidad de la norma con la indicación que se contiene en la MP aprobada sobre la titularidad de la finca afectada con los datos catastrales mencionados».*

## V. CONSECUENCIAS DEL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO

Según los términos en parte ya adelantados, la jurisprudencia ha declarado que el requisito establecido en el apartado 3 del artículo 70.ter de la LRBRL es de carácter esencial y su inobservancia constituye un supuesto de nulidad de pleno derecho. Concurriendo los presupuestos conformadores del supuesto de hecho de la norma, la aportación del documento o documentos acreditativos de la identidad de quienes hayan sido titulares del dominio y demás derechos reales durante los cinco años anteriores a la iniciación del expediente es un requisito imprescindible del acto administrativo. Por tanto, su incumplimiento constituye una irregularidad invalidante del mismo, al faltar un documento exigido por la Ley con la finalidad ya expuesta.

Así lo entiende, por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2016 cuando, con cita de otras muchas, razona como sigue:

*«La modificación puntual del Plan General impugnada es una disposición general y los defectos formales en su tramitación tienen carácter sustancial y acarrear, conforme a lo establecido en el citado artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la nulidad radical de la modificación puntual cuestionada, a la que no es aplicable lo establecido en el artículo 63 de esta misma Ley, que contempla la desconformidad a derecho de los actos administrativos, y, en consecuencia, la Sala de instancia, al declarar la nulidad radical de la modificación del Plan General no ha infringido los preceptos ni la jurisprudencia citados en este primer motivo de casación».*

En idéntico sentido se manifiestan otras muchas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 28 de septiembre de 2012, 31 de mayo de 2011, 21 de mayo de 2010 y 25 de octubre de 2016.

Y, como se ha razonado, el momento en el que con carácter esencial ha de darse cumplimiento a lo ordenado en el artículo comentado es el previo a la aprobación inicial y a la apertura del periodo de información pública, existiendo incluso pronunciamientos judiciales que, según se adelantó, apuntan a que la falta de tal requisito en ese momento constituye un defecto sustancial que, salvo que diera lugar a un nuevo trámite de información pública, no puede subsanarse mediante la ulterior incorporación del documento al expediente, aun cuando esta se produzca con anterioridad a la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento cuestionado.

## VI. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN EL CONTROL DE LEGALIDAD QUE LE CORRESPONDE EN LA TRAMITACIÓN DEL PLANEAMIENTO

Desde otra perspectiva, el análisis de la cuestión tratada también debe realizarse situándola en el contexto de un procedimiento administrativo, el referido a las modificaciones del planeamiento general, que es expresión del ejercicio de la potestad de planeamiento, la cual, al proyectarse sobre intereses municipales pero también autonómicos, ha sido configurada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como una potestad de titularidad compartida por las respectivas Administraciones<sup>11</sup>.

Así se resalta para poner de manifiesto el marco general en el que se desarrolla una potestad, la de planeamiento, que presupone unas normas procedimentales por las que si bien se da cauce al reconocimiento constitucional (arts. 137 y 140 CE) de la autonomía local para la gestión de los intereses municipales, ello tiene lugar sin que tal reconocimiento en ningún caso pueda llegar a incidir de modo negativo en otros intereses generales que, como ocurre con los autonómicos, pueden ser distintos de los propios de la entidad local respectiva.

Por ese motivo justamente el carácter compartido de la titularidad de planeamiento lleva consigo, como también reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo<sup>12</sup>, dos ideas centrales de necesaria clarificación previa y que muy someramente cabe expresar en los siguientes términos:

- a) Por un lado y desde el plano formal, que el procedimiento de tramitación de los instrumentos de planeamiento general constituye un procedimiento bifásico en el que a la aprobación provisional del municipio sigue en el tiempo la definitiva de la Administración autonómica.
- b) Por otro y conforme a un enfoque de naturaleza competencial cuyo antecedente jurisprudencial más lejano se remonta a una sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1967, que en orden a la adopción del acuerdo de aprobación definitiva la Administración autonómica ejerce un control «en todos sus aspectos» sobre el plan recibido, expresión tomada del artículo 41 de la Ley del Suelo de 1976 y que en una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo según sus propios términos positivizada después sin excepción en toda la legislación autonómica, se ha entendido en el sentido de que mientras el control autonómico de legalidad sobre el plan es pleno, es decir, sin restricciones tanto sobre sus aspectos reglados como sobre los discrecionales, el de oportunidad queda sin embargo limitado a aquellas determinaciones con incidencia en intereses de carácter supralocal, no así, por lo tanto, en intereses de alcance meramente local.

Pues bien, dicho lo anterior, lo verdaderamente relevante es que la decisión sobre la aplicación del artículo 70 ter.3 de la LRBRL en ningún caso constituye monopolio exclusivo de la Administración Local pues la autonómica, al realizar el mencionado control de legalidad una vez recibe el expediente tras la aprobación provisional, en el ejercicio de sus potestades y ante la concurrencia de los presupuestos legales previstos en dicho artículo puede disponer su devolución de considerarlo incompleto, con el lastre añadido en términos de tiempo para la culminación del procedimiento de que, conforme a la jurisprudencia señalada, no solo sería necesario completarlo con la incorporación del documento omitido sino además reiterar el trámite de información pública.

## CONCLUSIONES

I. Los abusos vividos en el ámbito urbanístico fundamentalmente en el periodo previo a la crisis económica desencadenada a partir del año 2007 dieron lugar a la adopción de una diversidad de medidas por parte del legislador a fin de garantizar en lo posible la mayor transparencia principalmente en la fase de elaboración de los instrumentos de planeamiento general a través de los cuales, por razón de su contenido principalmente ligado a los cambios de clasificación de suelo y de atribución de edificabilidades, se da lugar a las transformaciones más relevantes en el contenido del derecho de propiedad.

II. Entre esas medidas, con el antecedente de su recepción ya desde el 2005 en la legislación urbanística catalana, se incluyó una reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local consistente en la introducción de un nuevo artículo 70 ter.3 en virtud del cual en la tramitación de las modificaciones de los instrumentos de planeamiento general que reúnan determinadas condiciones se hace necesario incorporar en su documentación una relación de propietarios y titulares de derechos reales.

III. La regulación en cuestión, en gran medida desconocida por no formar parte de la legislación autonómica salvo en el caso del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña de 3 de agosto de 2010, participa de una falta de claridad cuya corrección se ha ido produciendo de modo paulatino por la jurisprudencia de los Tribunales, la cual ha permitido precisar el tipo de instrumento de planeamiento concreto afectado, la clase de alteración del planeamiento determinante de su aplicación, los términos de su confección a partir de la información suministrada por el Registro de la Propiedad y, finalmente, los aspectos de orden temporal y formal sobre su incorporación a la documentación del planeamiento.

IV. A tal efecto, dicha jurisprudencia ha señalado a los modificaciones de planeamiento general como el tipo de alteración afectado en orden al cumplimiento de este requisito, ha identificado como momento procedimental para su incorporación a la documentación del plan el inmediatamente previo a su aprobación inicial, ha destacado las graves consecuencias debidas a su ausencia cuando fuera obligada la presencia de la identificación de propietarios y titulares de derechos reales por la concurrencia de los presupuestos legales y, en fin, ha permitido situar en sus justos términos la trascendencia jurídica de un documento todavía en gran parte ignorado.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 29 de octubre de 1967



- STS de 20 de marzo de 1990
- STS de 13 de julio de 1990
- STS de 22 de diciembre de 1990
- STS de 30 de enero de 1991
- STS de 12 de febrero de 1991
- STS de 25 de abril de 1991
- STS de 13 de febrero de 1992
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 23 de junio de 1992
- STS de 22 de septiembre de 1992
- STS de 21 de mayo de 2010
- STS de 2 de septiembre de 2010
- STS de 31 de mayo de 2011
- STS de 28 de septiembre de 2012
- STS de 25 de abril de 2014
- STS de 4 de noviembre de 2014
- STS de 26 de mayo de 2016
- STS de 25 de octubre de 2016
- STSJ de Navarra de 7 de diciembre de 2011
- STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2014
- STSJ de Navarra de 13 de marzo de 2014
- STSJ de Asturias de 8 de junio de 2015
- STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2016
- STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2016

## BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ LEMA, J. M., en *Nuevo Derecho del suelo. Comentarios a la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de Suelo*, 342, Marcial Pons 2008.
- LASO MARTÍNEZ, J. L., en *Derecho Urbanístico II. Creación y vigencia del planeamiento*, 33 y sigs. Montecorvo 1981.
- PAREJO ALFONSO, L. Y ROGER FERNÁNDEZ, R., en *Comentarios a la Ley de Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo)*, 415, Iustel 2007.

## NOTAS

<sup>1</sup> Como impresionante testimonio del descontrol con el que se ejerció la potestad de planeamiento durante los años previos al estallido de la crisis resulta especialmente ilustrativo comprobar los efectos derivados de la aplicación del segundo supuesto contemplado en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 7/2014, de 12 de septiembre, de medidas sobre rehabilitación, regeneración y renovación urbana, y sobre sostenibilidad, coordinación y simplificación en materia de urbanismo, de Castilla y León, el cual consiste en que los terrenos clasificados como suelo urbanizable no delimitado en el marco de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León que el 19 de octubre de 2018 hubieran carecido de ordenación detallada aprobada con carácter definitivo habrían de quedar automáticamente clasificados como suelo no urbanizable común. Pues bien, los efectos en cuestión se han traducido en una desclasificación, anunciada desde la Junta de Castilla y León ([http://vivienda.jcyl.es/web/jcyl/OficinaVivienda/es/Plantilla100/1284569254805/\\_/\\_/\\_](http://vivienda.jcyl.es/web/jcyl/OficinaVivienda/es/Plantilla100/1284569254805/_/_/_)), que ha afectado a 282.936.944 m<sup>2</sup> que hasta la citada fecha contaban con la condición de suelo urbanizable no delimitado con capacidad para albergar 1.000.000 de viviendas, suelos correspondientes

a 207 ámbitos en 86 municipios entre los que figuraron algunos en los que se dieron las sorprendentes cifras siguientes: Torquemada (Segovia), con 989 habitantes, 53.976.100 m<sup>2</sup> de suelo urbanizable; Coca (Segovia), con 1.863 habitantes, 38.000.100 m<sup>2</sup> de suelo urbanizable; Guisando (Ávila), con 534 habitantes, 481.800 m<sup>2</sup> de suelo urbanizable; Monterrubio (Segovia), con 63 habitantes, 10.499.892 m<sup>2</sup> de suelo urbanizable.

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, mediante la Ley 3/2007, de 26 de julio, de la Comunidad de Madrid se dio nueva redacción al artículo 245 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid, sancionando con la nulidad de pleno derecho a los convenios de planeamiento.

<sup>3</sup> Fue así inicialmente recogida en la legislación catalana por el artículo 94.1.c del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Urbanismo, pasando después a tener una nueva redacción con motivo de la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, para, finalmente, quedar incorporado en el artículo 99.1.a del vigente Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Urbanismo, de Cataluña.

<sup>4</sup> Además de la legislación autonómica al respecto, en materia de transparencia ha de estarse a lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>5</sup> En relación con la información requerida desde la LRBRL habrá de tenerse en todo caso en cuenta lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo artículo 4.1 dispone que “los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”, lo cual excluye que tanto en la emisión de los datos desde el Registro de la Propiedad o el Catastro como en su reflejo en el planeamiento pueda quedar constancia de datos distintos a los expresamente contemplados en el artículo 70 ter.3 de la LRBRL.

<sup>6</sup> Dice el artículo 99.1.a de la LUC lo siguiente: «1. Las modificaciones de instrumentos de planeamiento general que supongan un incremento del techo edificable, de la densidad del uso residencial o de la intensidad de los usos, o la transformación de los usos establecidos anteriormente deberán incluir en la documentación las siguientes especificaciones: a) La identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas, ya sean públicas o privadas, durante los cinco años anteriores al inicio del procedimiento de modificación, y los títulos en virtud de los cuales han adquirido los terrenos. Esta especificación se lleva a cabo mediante la incorporación a la memoria de una relación de estas personas y de las correspondientes certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad y, en su caso, por el Registro Mercantil. En caso de falta de identificación del propietario en el Registro de la Propiedad deben hacerse constar los datos del catastro. También debe hacerse constar en la memoria la existencia, en su caso, de un adjudicatario de la concesión de la gestión urbanística, y su identidad (...)».

<sup>7</sup> PAREJO ALFONSO, L. Y ROGER FERNÁNDEZ, R., en *Comentarios a la Ley de Suelo* (Ley 8/2007, de 28 de mayo), 415, Iustel 2007.

<sup>8</sup> Sobre el parámetro de la densidad y su naturaleza estructurante o pormenorizada, relevante a los efectos de su posible alteración por el planeamiento de desarrollo, resulta de interés la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de marzo de 2016, la cual dice al respecto lo siguiente: «El parámetro relativo a la densidad de vivienda corresponde a la decisión discrecional básica del planificador, es decir, el número de viviendas no se obtiene de forma derivada de la aplicación combinada de otras determinaciones (superficie y número de viviendas por hectárea), sino que constituye una determinación específica por sí misma. Lo que establece el planeamiento es que el número de viviendas tanto las construidas, como las en construcción o las previstas en los distintos tipos de suelo, independientemente que la superficie del sector pueda sufrir alguna alteración en su medición, y ello es decisión del planificador acorde con unos criterios generales fijados. El número de viviendas se constituye así en condición vinculante del Plan, debiéndose ajustar a la misma el coeficiente de edificabilidad según los distintos usos permitidos. Aunque desde un punto puramente teórico

*pueda sostenerse que el número de viviendas, en la LSM, pueda haber pasado a constituir una determinación pormenorizada, al haber sido fijada, en este caso, por el planeamiento general con carácter vinculante podría tener el carácter de determinación estructurante (ex art. 35.4 g) de la LSM [LCM 2001, 385 y LCM 2002, 61]), pero, en cualquier caso, esa determinación solo podría ser variada en los supuestos que prevé el artículo 47.3 de la LSM».*

<sup>9</sup> Esta es igualmente la posición de la doctrina según puede verse en DÍEZ LEMA, J. M., en *Nuevo Derecho del suelo. Comentarios a la Ley 8/2007 de 28 de mayo, de Suelo*, 342, Marcial Pons 2008.

<sup>10</sup> LASO MARTÍNEZ, J. L., en *Derecho Urbanístico II. Creación y vigencia del planeamiento*, 33 y sigs., Montecorvo 1981.

<sup>11</sup> Ver sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo, 13 de julio y 22 de diciembre de 1990, 30 de enero, 12 de febrero y 25 de abril de 1991, 13 de febrero, 23 de junio y 22 de septiembre de 1992, etc.

<sup>12</sup> Sentencia de 18 de mayo de 1992.

#### 4. DERECHO BANCARIO

### La fijación del precio de derivados extrabursátiles de cobertura del riesgo de tipo de interés y su calificación como conducta colusoria de acuerdo con el artículo 1 LDC y 101 TFUE

### *Price setting in over-the-counter interest rate derivatives and its classification as a collusive conduct under Articles 1 LDC and 101 TFEU*

por

BRUNO MARTÍN BAUMEISTER  
*Profesor Adjunto de Derecho mercantil*

*RESUMEN:* La Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 13 de febrero de 2018 en el expediente S/DC/0579/16 sanciona a cuatro entidades de crédito por infracción muy grave del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) así como del artículo 101 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por actuación concertada en la fijación de precios por encima de las condiciones de mercado en los derivados extrabursátiles utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés. Este trabajo tiene por objetivo evaluar los aspectos potencialmente anticompetitivos asociados a la contratación de derivados extrabursátiles de cobertura de tipos de interés, tal y como aparecen identificados por la CNMC, y señalar las dificultades interpretativas que presenta la Resolución.

*ABSTRACT:* In its Resolution of February 13, 2018, S/DC/0579/16, Spain's Competition Authority (CNMC) sanctions four banks for a very serious infringement of Article 1 of the Law on the Defense of Competition (LDC) as well as Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) for a concerted action in setting prices above market conditions in over-the-counter interest rate derivatives. This paper addresses the potentially anti-competitive aspects associated with the contracting of over-the-counter interest rate derivatives, as identified by the CNMC, and the interpretative difficulties presented by the Resolution.

**PALABRAS CLAVE:** CNMC. Derivados extrabursátiles de tipo de interés. Artículo 101 TFUE.

KEY WORDS: CNMC. OTC interest rate derivatives. Article 101 TFEU.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTRATACIÓN DE DERIVADOS EXTRABURSÁTILES DE TIPO DE INTERÉS VINCULADOS A CONTRATOS DE FINANCIACIÓN SINDICADA: 1. OPCIÓN DE TIPO DE INTERÉS COLLAR (*INTEREST RATE COLLAR*). 2. PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERÉS (*INTEREST RATE SWAP* o *IRS*).—III. VALORACIÓN DE LOS DERIVADOS EXTRABURSÁTILES DE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS: 1. TIPO *FLOOR* DEL COLLAR Y TIPO FIJO DEL *SWAP*. 2. «IMPORTE DE LIQUIDACIÓN» EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.—IV. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC.—V. DELIMITACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS: 1. APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 1 LDC Y DEL ARTÍCULO 101 TFUE: A. *Restricción por objeto*. B. *Carácter único y continuado de la infracción*. 2. APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 1 LDC Y DEL ARTÍCULO 101 TFUE.—VI. CONCLUSIONES.

*You really do want to be the determining party*  
Shuylar K. Henderson, *Henderson on Derivatives*, 2010

## I. INTRODUCCIÓN

La resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 13 de febrero de 2018 en el expediente S/DC/0579/16 sanciona a cuatro entidades de crédito por infracción muy grave del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) así como del artículo 101 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por actuación concertada en la fijación de precios por encima de las condiciones de mercado en los derivados extrabursátiles utilizados como cobertura del riesgo de tipo de interés en préstamos sindicados en financiación de proyectos<sup>1</sup>. Al margen de que la multa de 91 millones de euros representa la tercera sanción más elevada en la historia de la autoridad de defensa de la competencia española, este asunto reviste el máximo interés porque supone la primera incursión de la CNMC en los aspectos potencialmente anticompetitivos del mercado de financiaciones sindicadas<sup>2</sup>. El interés de la CNMC por esta práctica bancaria puede enmarcarse dentro de una tendencia más amplia impulsada en este mismo sentido en los últimos años por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia<sup>3</sup>. El 'Management Plan' de 15 de febrero de 2017 de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea<sup>4</sup> sitúa entre sus prioridades de investigación los aspectos de competencia relacionados con la negociación y conclusión de contratos de financiación sindicada<sup>5</sup>. Esta declaración de principios se ha materializado en el encargo de un estudio sobre 'estructuras de mercado' y 'cuestiones potenciales de competencia' en Alemania, Francia, Países Bajos, Polonia, España y el Reino Unido, cuya publicación está prevista para el segundo semestre de 2018<sup>6</sup>. El encargo de la Comisión comprende el análisis de las 'dinámicas entre actores del mercado', sobre todo las restricciones a la liquidez de los mercados secundarios de sindicación, la presencia de entidades de *shadow banking* y las diferencias en el poder de mercado según el tipo de partes financiadas<sup>7</sup>. La Comisión Europea también destaca en su Management Plan 2017 la notable opacidad del mercado de derivados extrabursátiles en general y su intención de seguir investigándolo en línea con sus decisiones en los asuntos ISDA e IHS Markit de julio de 2016<sup>8</sup>.

Por su conexión con los hechos probados que son objeto de la Resolución de la CNMC, merece la pena destacar también los asuntos Euribor/Tibor, Euribor/Yird y Lombard Club, en los que la Comisión Europea sanciona como infracciones especialmente graves los intercambios de información y acuerdos de fijación de precios en el mercado de derivados de tipos de interés<sup>9</sup>.

Este trabajo tiene por objetivo valorar, a partir de un comentario crítico de la Resolución de la CNMC, los aspectos anticompetitivos asociados a la contratación de derivados extrabursátiles de cobertura de tipos de interés vinculados a un contrato de financiación sindicada. En el apartado II: de este trabajo se explica el funcionamiento de la contratación de derivados extrabursátiles de tipo de interés vinculados a contratos de financiación sindicada. En particular, se revisan las tipologías de derivados que son objeto de análisis en la Resolución de la CNMC. El apartado III: expone los criterios que subyacen a la metodología de valoración de los derivados extrabursátiles de tipos de interés. El apartado IV: expone brevemente los antecedentes de la Resolución de la CNMC. El apartado V: analiza las dos conductas reprochadas por la CNMC a las entidades sancionadas, esto es, la conducta consistente en la coordinación para fijar las condiciones económicas de la cobertura de riesgo de tipos de interés de un contrato de financiación sindicada y la vinculación entre la concesión de la financiación sindicada y la contratación del derivado para la cobertura del tipo de interés con las mismas entidades que actúan como partes financieras en la financiación. El apartado VI: contiene una recapitulación de las conclusiones del trabajo.

## II. CONTRATACIÓN DE DERIVADOS EXTRABURSÁTILES DE TIPO DE INTERÉS VINCULADOS A CONTRATOS DE FINANCIACIÓN SINDICADA

Los contratos de financiación sindicada suelen prever, prácticamente sin excepción, la fijación de tipos de interés variable. La estipulación de un tipo de interés que comprende una magnitud variable —generalmente, EURIBOR a seis meses o LIBOR a tres meses— conlleva oscilaciones, que, potencialmente, pueden dar lugar a un encarecimiento del coste de financiación para la parte financiada y poner en peligro la capacidad de esta para atender el servicio de deuda. Este fenómeno recibe la denominación de ‘riesgo de tipo de interés’<sup>10</sup>. El riesgo de tipo de interés es especialmente acuciante en las modalidades de financiación autofinanciada o con recurso limitado —p. ej. en el caso de financiación de proyectos o de adquisición apalancada—, en las que el caso base suele prever un ratio de cobertura del servicio de deuda (RCSD) muy ajustado al rango de flujos de caja. De ahí que, de cara a un incremento significativo del coste de financiación y en previsión de un posible incumplimiento, es habitual que las partes financieras exijan a la parte financiada la contratación de un instrumento derivado de cobertura de tipo de interés<sup>11</sup>. El riesgo de tipo de interés puede ser objeto de cobertura a través de dos figuras de instrumentos derivados, la denominada opción de tipo de interés *collar* (*interest rate collar*) y la permuta financiera de tipo de interés (*interest rate swap* o IRS), como se desarrolla a continuación<sup>12</sup>.

### 1. OPCIÓN DE TIPO DE INTERÉS *COLLAR* (*INTEREST RATE COLLAR*)

El *collar* se desdobra en dos opciones de tipo de interés, denominadas, a su vez, *cap* y *floor*. El *cap* es una opción de tipo de interés en virtud de la cual

una parte contratante —en nuestro supuesto, la parte financiada— se obliga a pagar una prima a otra parte contratante —denominada Entidad de Cobertura o Pagador del Tipo Variable—, a cambio de que esta última se obligue a abonarle, en una o más fechas futuras, el importe que resulta de aplicar el tipo de interés en que el tipo de referencia variable de la financiación subyacente exceda el tipo máximo acordado —también denominado tipo *cap*, equivalente al tipo fijo aplicable en la fecha de contratación de la financiación más un determinado tipo diferencial—<sup>13</sup>, sobre un determinado importe notional acordado entre las partes, esto es, el importe del principal de la financiación o la parte de la misma cuya cobertura se pretende<sup>14</sup>. La opción de tipo de interés *cap* tiene la virtualidad de proteger a la parte financiada frente a eventuales subidas del tipo de interés del crédito sindicado: cuando el tipo de referencia variable excede el tipo *cap*, la parte financiada recibe un ingreso que le permite abonar la diferencia a la parte financiera, de modo que la parte financiada paga siempre, como máximo, el tipo *cap* acordado.

El *floor*, por su parte, es una opción de tipo de interés en virtud de la cual una parte contratante —en nuestro supuesto, la parte financiera—, se obliga a pagar una prima a otra parte contratante —la Entidad de Cobertura o Pagador del Tipo Variable que, en este caso, es la parte financiada—, a cambio de que esta última se obligue a pagar, en el supuesto de que en determinadas fechas futuras previamente pactadas por las partes contratantes el tipo de interés de referencia descienda por debajo del tipo de interés mínimo acordado (tipo *floor*), la diferencia entre esos dos tipos de interés, multiplicada por el importe notional que está siendo cubierto frente a la bajada de tipo de interés. El *floor* es una opción que protege a la parte financiera de eventuales bajadas del tipo de interés: aunque la parte financiera obtiene menos ingresos en concepto de intereses bajo el crédito sindicado en el momento en que el tipo de referencia variable desciende por debajo del tipo *floor*, logra compensar esta pérdida mediante el ingreso de un importe equivalente a la diferencia entre el tipo de interés mínimo y el tipo de referencia variable, de modo que percibe siempre, como mínimo, el tipo *floor* acordado<sup>15</sup>.

El *collar* es una figura que combina opciones de *cap* y *floor*, en la que la parte financiada en el crédito sindicado compra la opción *cap* y la parte financiera compra la opción *floor*, ambos a cambio del pago de una prima. En particular, el *collar* suele contemplar una secuencia temporal de opciones de tipo de interés *cap* y *floor* —denominadas *caplets* y *floorlets*— fijadas en diferentes umbrales (*strike prices*) y ejercitables en determinadas fechas de liquidación, que abarca una parte significativa del periodo de amortización de la financiación sindicada. En resumen, mediante la contratación de un *collar* la parte financiada elimina el riesgo asociado a una subida de tipo de interés por encima del tipo máximo pactado, aunque también renuncia a la posibilidad de beneficiarse de una eventual bajada de tipo de interés por debajo del tipo mínimo pactado. Correlativamente, la parte financiera se asegura de que el retorno que reciba del crédito sindicado no será nunca inferior al tipo mínimo, pero renuncia a beneficiarse de una subida de tipo de interés por encima del tipo máximo.

## 2. PERMUTA FINANCIERA DE TIPO DE INTERÉS (*INTEREST RATE SWAP* O *IRS*)

El segundo tipo de instrumento derivado es la permuta financiera de tipo de interés (*interest rate swap*), que representa alrededor del 95% del mercado<sup>16</sup>.

En este caso, la parte financiada se obliga a pagar a la entidad de cobertura el importe equivalente a la multiplicación de un tipo de interés fijo sobre un determinado importe notional a cambio de que la entidad de cobertura se obligue a pagar a la parte financiada un tipo de interés variable calculado sobre el mismo importe notional en una determinada fecha de liquidación<sup>17</sup>. De esta configuración se derivan tres posibles escenarios: (i) si en la fecha de liquidación el tipo de referencia variable se sitúa por debajo del tipo de interés fijo, la parte financiada debe abonar a la entidad de cobertura el tipo diferencial multiplicado por el importe notional; (ii) si en la fecha de liquidación si el tipo de referencia variable es igual al tipo de interés fijo, el tipo de diferencial es igual a cero y la liquidación es nula, lo que implica que ninguna de las partes está obligada a realizar un pago; y (iii) si en la fecha de liquidación el tipo de referencia variable es superior al tipo de interés fijo, será la entidad de cobertura quien tenga que abonar el tipo diferencial multiplicado por el importe notional a la parte financiada. En resumen, mediante la contratación del *swap*, la parte financiada elimina el riesgo asociado a una subida de tipo de interés por encima del tipo fijo pactado, aunque renuncia a la posibilidad de beneficiarse de una bajada de tipo de interés por debajo de ese tipo fijo. Desde el punto de vista de la parte financiada y en términos estrictamente económicos, la contratación del *swap* convierte el tipo de interés variable en un tipo fijo. Correlativamente, la parte financiera se asegura que siempre recibirá el tipo de interés fijo pactado en el *swap*<sup>18</sup>.

Los derivados bursátiles de cobertura de tipos de interés que son objeto de negociación en mercados financieros organizados son contratos totalmente estandarizados —con un mismo precio y vencimiento para todos los participantes—, características que son determinantes para la liquidez y transparencia del mercado. Sin embargo, la mayor parte de los derivados de tipo de interés vinculados a financiaciones sindicadas suelen ser objeto de negociación en mercados no organizados, también conocidos como mercados *over the counter* o OTC. En estos mercados se contratan derivados que se acuerdan a la medida de ciertas partes financieras y financiadas con el objetivo de dar cobertura a los riesgos específicos de una concreta operación de financiación. Sin embargo, a pesar de la bilateralidad y especificidad de los contratos OTC, las partes suelen acudir a unas condiciones marco en la negociación de este tipo de productos. Son destacables, en este sentido, los modelos contractuales normativos elaborados por la *International Swaps and Derivatives Association* (ISDA) —por ejemplo, el *ISDA Master Agreement*, que constituye la principal referencia de todos los modelos contractuales utilizados en este mercado y que ha sido adaptado a numerosos ordenamientos jurídicos; Alemania, Francia y España, entre otros—. El modelo contractual español es el *Contrato Marco para Operaciones Financieras* (CMOF), cuya primera versión fue elaborada por la Asociación Española de la Banca Privada (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) en 1997<sup>19</sup>. Los contratos de cobertura suelen ser bilaterales, de modo que, aunque la cobertura la ofrezcan varias partes financieras, cada una de ellas debe suscribir con la parte financiada un contrato marco diferenciado. Los proveedores del derivado de cobertura pueden ser partes financieras que han suscrito una cuota en la financiación sindicada o terceros externos a esta —aunque en la práctica suele tratarse casi siempre de entidades que participan en la financiación y su participación en la cobertura suele ser proporcional a la cuota suscrita en la financiación—.



### III. VALORACIÓN DE LOS DERIVADOS EXTRABURSÁTILES DE COBERTURA DE TIPOS DE INTERÉS

#### 1. TIPO *FLOOR* DEL COLLAR Y TIPO FIJO DEL *SWAP*

El contrato de financiación del proyecto no solo suele prever que la parte financiada se obliga a contratar un derivado de cobertura de tipo de interés con el fin de evitar los riesgos asociados a la fluctuación del tipo de interés de referencia, sino que exige que su contratación tenga lugar ‘en condiciones de mercado’<sup>20</sup>. En el 90% de los contratos de derivados analizados en la Resolución de la CNMC, los tipos *floor* del collar y los tipos fijos del *swap* fueron comercializados como tipos ‘coste cero’ o ‘en condiciones de mercado’<sup>21</sup>. Además, las confirmaciones del CMOF o bien no preveían o bien excluían expresamente la aplicación de comisiones al tipo *floor* o al tipo fijo del *swap*, reforzando así la idea de que se ofrecían ‘en condiciones de mercado’. Sin embargo, a pesar de lo que pueda sugerir el término ‘condiciones de mercado’ contenido en las estipulaciones contractuales, conviene aclarar de antemano que no existe un mercado organizado de derivados para la cobertura de riesgo de tipos de interés de financiaciones sindicadas destinados a *project finance*. Las partes de la financiación suelen formalizar la cobertura mediante la contratación de un derivado acordado a su medida, no estandarizado, que no puede negociarse como tal en mercados organizados y para el que tampoco existe, por tanto, un precio cotizado públicamente que pueda ser contrastado fácilmente por el cliente del producto —la parte financiada en este caso—. Los contratos de financiación sindicada, *term sheets*, contratos CMOF y confirmaciones de los derivados tampoco especifican los criterios generales de determinación del precio ‘en condiciones de mercado’, ni el método concreto de fijación del tipo *floor* o del tipo fijo en caso de *swap*.

La práctica bancaria interpreta que la contratación del derivado ‘en condiciones de mercado’ exige que la contraparte proveedora ofrezca el derivado al ‘valor razonable’ (denominado en algunos documentos *fair value*)<sup>22</sup>, esto es, en las mejores condiciones ajustadas a la situación del mercado de referencia en el momento del cierre de la operación, de manera que el instrumento de cobertura no tenga coste para el cliente —i.e. que el cliente no venga obligado a pagar una comisión por la cobertura de tipos de interés, ni tampoco adquirir un instrumento de cobertura con valor negativo para él en el momento de la contratación—. En vista de la inexistencia de un mercado organizado de derivados para la cobertura de riesgo de tipos de interés de financiaciones sindicadas, las entidades que actúan como contrapartes y que proveen estas coberturas suelen consultar los mercados organizados en los que se negocian derivados estandarizados de tipos de interés, con el fin de utilizar los precios de cotización bursátil como dato en el cálculo del valor que tiene para ellos el instrumento de cobertura que ofrecen al cliente. En el caso del *collar*, la fijación del tipo *cap* —y la identificación correlativa del importe de prima que el cliente debiera pagar a la contraparte— determina que para la contraparte existe un único tipo *floor* cuyo importe de prima —pagadero por la entidad de cobertura al cliente— sea idéntico al importe de la prima del tipo *cap*. Ese tipo *floor* sería el ‘precio de mercado’, el único que asegura que la prima neta —la que paga el cliente por el *cap*, menos la que recibe por el tipo *floor*, que es igual a la prima que debe pagar el cliente por el collar— sea igual a cero<sup>23</sup>. De ahí que si las entidades de cobertura acuerdan subir apreciablemente el tipo *floor* por encima del ‘precio en condiciones de mercado’ (una vez fijado el del

tipo *cap*) —como parece que sucede en el caso de las entidades sancionadas por la CNMC—, el valor del *collar* para el cliente en el momento de la contratación sea negativo, no cero. Esto implica que el cliente debiera haber recibido en aquel momento una prima de la contraparte igual a ese valor negativo. Si no la recibe, ese valor negativo equivale a un margen implícito a favor de las contrapartes, que el cliente asume sin saberlo en el momento de la contratación, en contra de lo previsto en el contrato de cobertura.

En el caso del *swap* el proceso es análogo: conforme a las condiciones de mercado en los mercados organizados de *swaps* de tipos de interés, solo hay un tipo fijo del *swap* para el que el valor del derivado es nulo tanto para el cliente como para cada entidad de cobertura y ese tipo fijo es el ‘precio en condiciones de mercado’. La concertación entre las entidades incoadas para fijar un tipo fijo del *swap* superior al ‘precio en condiciones de mercado’ conlleva que el derivado tenga un valor negativo para el cliente y positivo para las contrapartes desde el mismo momento de la contratación, puesto que aumenta la probabilidad de que las liquidaciones del derivado se traduzcan en pagos del cliente a las contrapartes. Como sucede también en el caso del *collar*, esto implica que el cliente debiera recibir en el momento de la contratación una prima del banco igual a ese valor negativo. Si no la recibe, ese valor negativo equivale a un margen implícito a favor de las contrapartes, que el cliente asume sin su conocimiento en el momento de la contratación, en contra de lo previsto en el contrato de cobertura.

## 2. «IMPORTE DE LIQUIDACIÓN» EN CASO DE AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

La amortización gradual del principal pendiente de reembolso bajo el contrato de financiación supone una reducción del riesgo de tipo de interés para las partes financieras —en la medida en que reduce la base de cálculo de los intereses pagaderos—. La disminución del riesgo de tipo de interés permite, a su vez, reducir el importe notional del derivado vinculado de cobertura. De ahí que las confirmaciones del derivado asociado a un contrato de financiación con un calendario de amortización gradual del principal suelen prever un calendario de reducción del importe notional que replica las fechas y porcentajes de amortización del principal. Al margen de la amortización ordinaria, el contrato de financiación sindicada suele regular los pagos de amortización anticipada —voluntarios u obligatorios para la parte financiada, según los casos—, que, como parece lógico, debieran dar lugar a reducciones correlativas del importe notional del derivado. En este contexto aparecen dos cuestiones que normalmente se van abordar en la confirmación del derivado. De un lado, las partes deben prever si la reducción del importe notional del derivado opera de manera automática o a instancia de las partes y, en este último caso, si la facultad debe corresponder al cliente, a la entidad de cobertura o a ambos. Por otra parte, las partes deben regular la manera de calcular el denominado ‘Importe de Liquidación’ (en la terminología CMOF; *close-out amount* en el marco ISDA), esto es, el importe de los daños y perjuicios económicos que supone para las partes la amortización anticipada del principal. La forma de cálculo del Importe de Liquidación varía según que la causa de amortización anticipada sea imputable a una de las partes (*event of default* en el marco ISDA) o resultado de una circunstancia ajena a la voluntad de las partes (*termination event* en el marco ISDA). En el primer supuesto, el Importe de Liquidación es igual a la pérdida o ganancia experimentada como consecuencia de la amortización anticipada por la parte *in bonis* («no culpable»)

y deberá ser calculado por esta (en tal calidad, *determining party*) conforme a los criterios establecidos en el contrato marco. Cuando la amortización anticipada se funda en una causa ajena a la voluntad de las partes, cada parte tiene derecho a calcular su propia pérdida o ganancia y el Importe de Liquidación resulta de la suma de ambos importes y dividiendo el resultado entre dos.

Cabe señalar que en el caso de la reducción del importe notional como consecuencia de un pago de amortización anticipada de naturaleza voluntaria —que representa el supuesto más frecuente—, la reducción del importe notional suele operar a instancia de la parte financiada, mientras que el cálculo del Importe de Liquidación corresponde a la parte financiera.

#### IV. ANTECEDENTES DE LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC

El asunto que es objeto de la Resolución de la CNMC se remonta al año 2012, cuando la parte financiada descubre que, tras la realización de ciertos pagos de amortización anticipada, el importe notional cubierto por los derivados vinculados era superior al importe de principal pendiente de reembolso<sup>24</sup>. En vista de que, según recogía el contrato de financiación sindicada, la cantidad cubierta por el derivado no debía exceder de un determinado porcentaje del principal (nunca superior al 100%), la parte financiada procedió a ajustar el importe notional de los derivados a esta circunstancia y canceló el exceso de cobertura, con el consiguiente coste. Al realizar esta operación, las entidades incoadas requirieron a la parte financiada el pago de un Importe de Liquidación muy significativo, cuyo cálculo no le fue explicado a pesar de haber formulado una solicitud en este sentido. En concreto, las entidades alegaron que para llegar a esas cifras se había utilizado una metodología interna confidencial de la entidad, distinta para cada banco. La parte financiada contrató a un experto independiente para revisar los contratos de derivados suscritos por ella<sup>25</sup>. El experto concluyó que, pese a lo reflejado en la escritura de elevación a público de los contratos, las entidades incoadas falsearon los precios de mercado de los tipos *floor* contratados, incrementándolos mediante diferenciales ocultos o comisiones implícitas que superaban los 100 puntos básicos. Esto provocó, según el informe, que desde el mismo instante de su contratación y sin el conocimiento de la denunciante, se generase un beneficio inmediato para las entidades incoadas y pérdidas para la parte financiada, al no estar valorado el tipo a 'coste cero' o 'en condiciones de mercado', lo que incrementaba además el Importe de Liquidación en cantidades que no concordaban con las condiciones conocidas por la parte financiada. Según el experto, no solo se había sumado un sobreprecio al precio de cotización 'en condiciones de mercado' del derivado, sino que las entidades habrían concertado ese precio ficticio a espaldas del cliente, ya que resultaba extremadamente difícil que todas las entidades tuvieran la misma cotización en el mercado dado que cada entidad trabaja con distintas metodologías de cálculo y pide la cotización en distintos momentos de tiempo. Mediante el análisis de una muestra representativa del sector de las energías renovables, el experto concluyó que la manipulación de los precios de mercado por parte de las cuatro entidades, a través de la inclusión de 'márgenes' o 'comisiones implícitas', habría sido generalizada en el periodo comprendido entre 2008 y 2012.

El contenido del informe impulsa a la parte financiada a denunciar ante la CNMC a las cuatro entidades incoadas el 23 de julio de 2015 por conductas prohibidas por la LDC. Durante la fase de instrucción, la Dirección de Competencia

realizó requerimientos de información a la parte financiada, Banco de España, Instituto de Crédito Oficial y a una serie de empresas promotoras de proyectos que habían suscrito derivados para la cobertura del riesgo de tipo de interés en préstamos sindicados destinados a *project finance*. Las evidencias sobre las que se basa la Resolución de la CNMC para acreditar la efectiva comisión de la conducta que se le imputa a las entidades incoadas<sup>26</sup> se recogen en (i) la propia denuncia de la parte financiada, (ii) la información recabada por la Dirección de Competencia a resultas de requerimientos de información, (iii) correos electrónicos intercambiados entre las entidades y el cliente y (iv) conversaciones entre los bancos previas al cierre de las operaciones en las que se abordaba la fijación del tipo *floor* y/o del tipo fijo *swap*<sup>27</sup>.

## V. DELIMITACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

### 1. APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 1 LDC Y DEL ARTÍCULO 101 TFUE

La Resolución de la CNMC delimita y atribuye a las entidades sancionadas dos conductas constitutivas de una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE. En primer lugar, analiza la conducta consistente en la coordinación para fijar las condiciones económicas de la cobertura de riesgo de tipos de interés de un contrato de financiación sindicada destinado a *project finance*, que fue la conducta inicialmente valorada como infracción por la Dirección de Competencia en el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) notificado el 12 de enero de 2017. En segundo lugar, la Resolución de la CNMC analiza la conducta consistente en la vinculación injustificada entre la concesión de la financiación sindicada y la contratación del derivado para la cobertura del tipo de interés con las mismas entidades que actúan como partes financieras en la financiación; segunda conducta que la Dirección de Competencia incluye como parte de una infracción única y continuada de los artículos 1 LDC y 101 TFUE en la propuesta de resolución notificada a las partes el 31 de marzo de 2017.

#### A. *Restricción por objeto*

En cuanto a la primera conducta, el Consejo de la CNMC acepta que ni la fijación de un precio del tipo *floor* o del tipo fijo del *swap*<sup>28</sup> ‘en condiciones mercado’ o con ‘coste cero’ ni tampoco —aunque con algunas dudas— la fijación de dichos tipos con un margen (*spread*) representan conductas prohibidas del apartado 1 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, siempre que el proceso de determinación del precio se realice en condiciones de transparencia para la parte financiada<sup>29</sup>. De aquí podemos concluir que el tenor literal de las cláusulas de tipo *floor* y de tipo fijo del *swap* contenidas en los contratos de derivados suscritos por las partes sería compatible con los artículos 1 LDC y 101 TFUE. El Consejo considera, sin embargo, que la conducta adoptada por las entidades incoadas para la determinación de un precio del tipo *floor* y del tipo fijo del *swap* superior al precio que hubiera derivado de su fijación en condiciones de mercado es ilícita y se realiza con desconocimiento de las partes financiadas, lo que representa una restricción por objeto en forma de infracción única y continuada en el tiempo en el sentido del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE<sup>30</sup>. Aunque el Consejo no se expresa literalmente en estos términos, cabe entender que la infracción reside, no en la redacción de las

cláusulas relativas al tipo *floor* y del tipo fijo del *swap* contenidas en los contratos de derivados, sino en la ejecución de las mismas, esto es, en la adopción de una ‘práctica engañosa’ para la fijación del tipo *floor* y del tipo fijo del *swap* en niveles superiores a las condiciones de mercado previstas en el contrato. El Consejo rechaza, además, el argumento de las entidades incoadas de que la supuesta infracción se refiera a un número concreto y limitado de operaciones de financiación de proyecto, esto es, a las operaciones sobre las que versan las grabaciones que obran en el expediente. Al contrario, la conducta imputada representa una conducta de ‘carácter único y continuado’, que reúne los requisitos establecidos al respecto en la jurisprudencia europea<sup>31</sup>. En cuanto a la segunda conducta, el Consejo rechaza el argumento de la Dirección de Competencia de que resulta anticompetitivo que las partes financieras obliguen a los clientes a contratar la cobertura con las propias entidades acreditantes. En este sentido, considera que esta práctica, por sí misma, no resultaría contraria a la normativa sobre competencia<sup>32</sup>.

De la calificación de las conductas imputadas realizada por la CNMC resultan llamativos varios aspectos. En primer lugar, la Resolución no aclara si la conducta adoptada por las entidades incoadas constituye una restricción por objeto porque supone un intercambio de información entre competidores que reduce la incertidumbre acerca de las conductas futuras o porque las entidades incoadas incurren en un incumplimiento contractual al notificar como tipo de interés de mercado a la parte financiada un tipo de interés que es, de media, un 2,5% superior al tipo de mercado. En el primer supuesto —asumiendo que la CNMC se refiera efectivamente al intercambio de información entre competidores, cuya calificación como restricción por objeto está ampliamente confirmada en la jurisprudencia europea—, llama la atención que la resolución se apoye en la sentencia del asunto *Hoffmann-La Roche contra Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* de 23 de enero de 2018, cuya similitud con los antecedentes de hecho de la Resolución no es fácil de apreciar a priori<sup>33</sup>. En el asunto *Hoffmann-La Roche* el Tribunal de Justicia confirma la sanción a dos empresas farmacéuticas que comercializan medicamentos competidores por una práctica que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión de información engañosa sobre uno de los medicamentos con el fin de lograr una segmentación de mercados<sup>34</sup>. La CNMC cita textualmente el apartado 94 de la sentencia del Tribunal de Justicia: «una práctica colusoria que persigue los objetivos descritos [...] [información engañosa dirigida a inducir a error y a exagerar la percepción por el público de determinados riesgos] tiene un grado de nocividad para la competencia suficiente para que resulte superfluo el examen de sus efectos»<sup>35</sup>. En lugar de forzar la analogía entre la manipulación del precio de un derivado extrabursátil y la difusión de información engañosa sobre un medicamento por parte de empresas farmacéuticas, la CNMC quizá podría haber considerado las decisiones de la Comisión en los asuntos sobre derivados de tipos de interés en yenes (YIRD) y en euros (EIRD)<sup>36</sup>, que identifican una restricción de la competencia en forma de manipulación de un índice de precios de referencia. Seguramente la CNMC fuera consciente de que es difícil establecer una similitud entre el mercado de derivados de tipo de interés bursátil y extrabursátil. El mercado bursátil es un mercado de contratación en el que se da una gran transparencia en la formación de los precios debido, precisamente, a la existencia de un índice de tipos de referencia —y que es objeto de manipulación por las entidades sancionadas—, mientras que el mercado extrabursátil carece de liquidez y es esencialmente opaco. Mientras que la manipulación de un índice bursátil de precios de referencia es susceptible de convertir un elemento

variable en uno predecible para las entidades que participen en la manipulación y condiciona significativamente la conducta de las entidades que no participan en la manipulación, parece difícil que la coordinación de precios en un derivado extrabursátil llegue al conocimiento y condicione efectivamente la conducta de terceros. Sin embargo, aun cuando un mercado no está regulado o no cuenta con un índice de precios de referencia, el intercambio de información de precios puede constituir, potencialmente, una restricción por objeto. En el asunto *Fresh Del Monte Produce, Inc. et al. contra Comisión Europea*, —al que la Resolución de la CNMC no hace referencia—, el Tribunal General establece que un acuerdo de intercambio de información de precios es susceptible de constituir una restricción por objeto si se puede acreditar la ‘relevancia de los precios de referencia en el sector afectado’<sup>37</sup>. Las tablas 1 y 2 de la Resolución de la CNMC evidencian para las entidades incoadas porcentajes de participación muy elevados en las operaciones de financiación sindicada de *Project finance*. Si unimos este dato al hecho de que tres de las cuatro entidades incoadas se sitúan entre los 25 mayores bancos agentes de EMEA, no parece descabellado pensar que la fijación de precios de referencia pudiera, potencialmente, ser ‘relevante para el sector afectado’<sup>38</sup>. Sin embargo, aun suponiendo que la intención del Consejo hubiera sido la de apreciar este criterio, las grabaciones que obran en el expediente relativas a los intercambios de información se refieren a una operación concreta de financiación y no representan realmente un muestreo del periodo comprendido entre los años 2006 y 2016 como parece dar a entender la Resolución de la CNMC<sup>39</sup>.

Si, en lugar de al intercambio de información de precios, el reproche de la CNMC apuntara a la coordinación para el incumplimiento contractual como restricción por objeto, tendríamos mayores dificultades en seguir el razonamiento<sup>40</sup>. Parece que la controversia en torno al incumplimiento contractual acreditado con respecto a una sola operación —la notificación a la parte financiada de un supuesto precio ‘de mercado’, que sin embargo no ha sido calculado correctamente conforme a lo establecido en el contrato—, debiera encontrar mejor acomodo en el régimen de responsabilidad contractual, en el Derecho de competencia desleal y en el Derecho del mercado de valores. De hecho, la referencia al laudo arbitral iniciado por una de las entidades incoadas que aparece en la sección IV.4 de la Resolución de la CNMC —el árbitro declaró la nulidad de un contrato de cobertura *collar*— sugiere que las partes están situando esta controversia en el Derecho de contratos<sup>41</sup>. Aun en el caso de que la CNMC hubiera aportado un muestreo que acreditara que las entidades incoadas adoptaron este tipo de conducta de manera generalizada en el periodo 2006-2016, parece que el ilícito seguiría siendo ajeno —o, al menos, desconocido hasta la fecha—, a la interpretación tradicional de los artículos 1 LDC y 101 TFUE. En principio, el cálculo de los precios solo debiera interesar al Derecho de defensa de la competencia en sede de los artículos 2 LDC y 102 TFUE si estos fueran excesivos, excluyentes, predatorios o discriminatorios —cuestiones que la CNMC descarta— y pudiera acreditarse una posición de dominio colectivo de las entidades incoadas. Considerando las cuotas de mercado atribuidas a las entidades incoadas en el periodo objeto de estudio —siempre por encima del 50%, salvo en 2006— y el grado de interconexión y reciprocidad entre ellas, quizá la CNMC pudiera haber prescindido de entrar a calificar el carácter engañoso de la fijación de los precios y haber investigado la existencia de una posición de dominio colectivo y las posibles conductas abusivas que de ella pueden derivar, figura en la que se encuadrarían mejor la práctica de imponer precios excesivos y de vincular el derivado de tipo de interés al crédito de financiación sindicada<sup>42</sup>.

B. *Carácter único y continuado de la infracción*

El Consejo establece que la conducta imputada representa una conducta de ‘carácter único y continuado’, que reúne los requisitos establecidos al respecto en la jurisprudencia europea<sup>43</sup>. Como ya ha quedado apuntado anteriormente, resulta llamativo que el Consejo entre a calificar como conducta de ‘carácter único y continuado’ una práctica engañosa en el modo de fijación del tipo de interés que, a la luz de los hechos acreditados en el expediente, se refiere a un número reducido de operaciones de financiación referidas a un solo proyecto y que parece que debiera encontrar mejor acomodo en el régimen de responsabilidad contractual, en el Derecho de competencia desleal —por ejemplo, como acto engañoso en el sentido del artículo 5.1 e) Ley de Competencia Desleal— o, quizá, en el Derecho del mercado de valores —por ejemplo, como manipulación del mercado en el sentido del artículo 12 del Reglamento de Abuso de Mercado—<sup>44</sup>.

2. APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 1 LDC Y DEL ARTÍCULO 101 TFUE

En relación con la posible aplicación de la exención legal prevista en el apartado 3 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, el Consejo considera que la primera conducta imputada no se encuentra exenta de la prohibición<sup>45</sup>. Sostiene el Consejo que las eficiencias de costes derivadas de la integración de la coordinación de las entidades incoadas no llegan a materializarse debido precisamente a la adopción de una ‘conducta colusoria’<sup>46</sup>. Quizá la utilización del término ‘conducta colusoria’ no sea del todo feliz en este punto. Asumimos que una conducta es calificada como ‘colusoria’ si reúne los requisitos de ‘conducta prohibida’ del apartado 1 y no reúne los requisitos de exención del apartado 3. Entonces, si cualquier conducta prohibida bajo el apartado 1 es susceptible de ser eximida bajo el apartado 3, no resulta lógico que el Consejo declare que la exención del apartado 3 no se aplique en atención a la naturaleza ‘colusoria’ de la conducta<sup>47</sup>. Quizá el Consejo quiso decir que la ‘práctica engañosa’, que parece que adoptaron las entidades incoadas, no era susceptible de satisfacer los requisitos del apartado 3 al no permitir a la parte financiada participar de forma equitativa de sus eficiencias de costes. Además, en vista de que el Consejo no entra a analizar la aplicación de la exención del apartado 3 a las cláusulas de fijación del tipo *floor* y del tipo fijo del *swap* en ‘condiciones de mercado’ —o con un *spread* transparente para la parte financiada—, se refuerza la idea de que estas no reúnen siquiera los requisitos de conducta prohibida del apartado 1, como parece que se desprende de la sección inmediatamente anterior.

Finalmente, sorprenden los importes de las sanciones impuestas por la CNMC en vista de la ausencia de precedentes nacionales y europeos en la materia y de la práctica habitual de no sancionar con excesivo rigor en estos casos, aunque vienen a confirmar el enfoque *never half step* de la autoridad española.

VI. CONCLUSIONES

La Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 13 de febrero de 2018 acepta que ni la fijación del precio de los tipos *floor* y *swap* ‘en condiciones mercado’ o con ‘coste cero’ ni tampoco —aunque con algunas dudas— la fijación de dichos

tipos con un margen (*spread*) representan una conducta prohibida del apartado 1 de los artículos 1 LDC y 101 TFUE, siempre que el proceso de determinación del precio se realice en condiciones de transparencia para la parte financiada. El Consejo considera, sin embargo, que la conducta adoptada por las entidades incoadas consistente en la determinación de un precio de los tipos *floor* y *swap*, superior al precio que hubiera derivado de su fijación en condiciones de mercado, es ilícita y se realiza con desconocimiento de las partes financiadas, lo que representa una restricción por objeto en forma de infracción única y continuada en el tiempo en el sentido del artículo 1 LDC y del artículo 101 TFUE. Aunque el Consejo no se expresa exactamente en estos términos, cabe entender que la infracción no reside en la redacción de las cláusulas relativas a los tipos *floor* y *swap* contenidas en los contratos de derivados ISDA/CMOF, sino en la ejecución de las mismas, esto es, en la adopción de una 'práctica engañosa' para la fijación de los tipos en niveles superiores a las condiciones de mercado pactadas en el contrato. El Consejo rechaza, por otra parte, el argumento de las entidades incoadas de que la supuesta infracción se refiera a un número concreto y limitado de operaciones de financiación de proyecto, esto es, a las operaciones sobre las que versan las grabaciones que obran en el expediente. Al contrario, la conducta imputada representa una conducta de 'carácter único y continuado', que reúne los requisitos establecidos al respecto en la jurisprudencia europea<sup>48</sup>. El Consejo también rechaza el argumento de la Dirección de Competencia de que resulta anticompetitivo que las partes financieras obliguen a los clientes a contratar la cobertura con las propias entidades acreditantes. En este sentido, considera que esta práctica, por sí misma, no resultaría contraria a la normativa sobre competencia.

De la Resolución de la CNMC resultan llamativos tres aspectos. En primer lugar, el Consejo no considera en su razonamiento las decisiones de la Comisión Europea en materia de derivados bursátiles de tipos de interés<sup>49</sup> y prefiere apoyarse en la sentencia *Hoffmann-La Roche contra Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato* de 23 de enero de 2018<sup>50</sup>, estableciendo una similitud entre la conducta identificada por el Tribunal de Justicia —una práctica colusoria consistente en la difusión de información sesgada en un mercado de productos farmacéuticos caracterizado por la opacidad de información con el fin de promover la segmentación de mercados<sup>51</sup>— y el aparente incumplimiento contractual en el que incurrían las entidades incoadas al notificar como tipo de interés de mercado a la parte financiada un tipo de interés que es, de media, un 2,5% superior al tipo de mercado. En segundo lugar, resulta llamativo que el Consejo entre a calificar como conducta de 'carácter único y continuado' una práctica engañosa en el modo de fijación del tipo de interés que, a la luz de los hechos acreditados en el expediente, se refiere a un número reducido de operaciones de financiación referidas a un solo proyecto y que parece que debiera encontrar mejor acomodo en el Derecho de contratos —por ejemplo, como acto engañoso en el sentido del artículo 5.1 e) Ley de Competencia Desleal— o, quizá, en el Derecho del mercado de valores —por ejemplo, como manipulación del mercado en el sentido del artículo 12 del Reglamento de Abuso de Mercado—<sup>52</sup>. Por otra parte, considerando las cuotas de mercado atribuidas a las entidades incoadas en el expediente, quizá la CNMC pudiera haber prescindido de entrar a calificar el carácter engañoso de la fijación de los precios y haber investigado la existencia de una posición de dominio colectivo y las posibles conductas abusivas que de ella pueden derivar, figura en la que se encuadrarían mejor la práctica de fijar precios excesivos y de vincular el derivado de tipo de interés



al crédito de financiación sindicada<sup>53</sup>. Finalmente, sorprenden los importes de las sanciones impuestas por la CNMC en vista de la ausencia de precedentes nacionales y europeos en la materia y de la práctica habitual de no sancionar con excesivo rigor en estos casos.

En un plano más general, más allá de los hechos acreditados en la Resolución de la CNMC, en la medida en que la fijación de los precios de los derivados extrabursátiles de tipos de interés es un medio muy eficaz para determinar la remuneración de una financiación sindicada, serían de aplicación las mismas consideraciones que hemos expresado ya con respecto a los intercambios de información en forma de sondeos de mercado sobre tipos de interés y comisiones en contratos de financiación sindicada<sup>54</sup>. Entre la recepción de la *Request for Proposal* (RFP) y la presentación de la oferta, los departamentos de originación de las entidades destinatarias pueden sentirse tentados —cuando no directamente instruidos por el comité de créditos— para llevar a cabo sondeos de mercado entre otras entidades con el fin de explorar las probabilidades de éxito de una futura sindicación. Estos sondeos de mercado corren el riesgo de convertirse en un canal de comunicación de información a través del cual las entidades destinatarias de la RFP —supuestamente competidoras— intercambian información sobre tipos de interés y comisiones antes de responder individualmente al RFP<sup>55</sup>. Es recomendable que las conversaciones acerca de la cobertura de tipos de interés mediante derivados no solo tengan lugar después de que la parte financiada haya emitido la carta de mandato, sino que se ciñan estrictamente a las directrices contempladas en ella. En clave de *compliance*, parece crucial confirmar que la carta de mandato o NDA permita expresamente este tipo de sondeos de mercado y, si no fuera el caso, obtener una autorización (*waiver*) por parte de la parte financiada. En este sentido, en línea con su reforma de 2014, podría ser útil que la LMA introdujera una modificación en su modelo de carta de mandato (*appointment letter*) con el fin de preconstituir una prueba acerca de la transparencia en el proceso de contratación de derivados extrabursátiles en el mercado primario<sup>56</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Crédito sindicado, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- BECKER, A., BERNDT, M., y KLEIN, J. (Hrsg.), *Konsortialkreditgeschäft und Sicherheitenpools. Verträge sicher gestalten und praktikabel umsetzen*, 2.ª edición, Finanzkolloquium Heidelberg, Heidelberg, 2010.
- BHARATH, S.T., DAHIYA, S., y HALLAK, I., Corporate Governance and Syndicate Loan Structure, disponible en SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1731374>.
- CAI, J., Competition or Collaboration? The Reciprocity Effect in Loan Syndication, *FRB of Cleveland Policy Discussion Paper*, núm. 09-09R, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1595066>.
- CAI, J., EIDAM, F., SAUNDERS, A., y STEFFEN, S., Syndication, Interconnectedness, and Systemic Risk, disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1508642](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508642).
- Diversification or Specialization? An Analysis of Distance and Collaboration in Loan Syndication Networks, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2923150>.

- CAREY, M. y NINI, G., Is the Corporate Loan Market Globally Integrated? A Pricing Puzzle, *The Journal of Finance*, Vol. 62, núm. 6, diciembre de 2007.
- CHRISTENFELD, A. M. y GOODSTEIN, B. M., Analyzing Antitrust Issues in Lending, *New York Law Journal*, Vol. 249, núm. 108, 2013.
- CHANG, F. B., Death to Credit as Leverage: Using the Bank Anti-Tying Provision to Curb Financial Risk, *New York University Journal of Law and Business*, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2343251>.
- CUENCA MIRANDA, J.M., Derivados y financiaciones sindicadas, en Manzanares Secadas, A. (coord.), *Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 493 a 524.
- DE MUNS YNZENGA, A., Préstamos y créditos sindicados, en Saavedra Ortiz, J. J. / Serrano Acitores, A. (coords.), *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*, Bosch, Sabadell (Barcelona), 2011.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., *Shadow banking* y financiación sindicada, *Revista de derecho bancario y bursátil*, Año núm. 35, núm. 145, 2017, 205 a 212.
- FRAGUAS BACHILLER, A., Aproximación a los contratos de derivados como cobertura de las operaciones de financiación, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Financiación*, Vol. 8, La Ley, 2010, 83 a 85.
- GOODHART, C. y SCHOENMAKER, D., The Global Investment Banks are Now All Becoming American: Does that Matter for Europeans?, *Journal of Financial Regulation*, Vol. 2, núm. 2, 2016, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2805208>.
- HOUSTON, J., ITZKOWITZ, J., y NARANJO, A., Borrowing beyond Borders: The Geography and Pricing of Syndicated Bank Loans, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=969735](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969735).
- IMMENGA, U., y MESTMÄCKER, J., *Wettbewerbsrecht*, Tomo II, 5.ª edición, Beck, Múnich, 2014.
- IVASHINA, V., Asymmetric Information Effects on Loan Spreads, *Journal of Financial Economics*, núm. 92, 2009, 300-319, disponible en SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=849726](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=849726).
- JOHNSON, C., Banking, Antitrust And Derivatives: Untying The Antitying Restrictions, *Buffalo Law Review*, Vol. 49, 1-56, 2001, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=607865>.
- LIN, C., MA, Y., MALATESTA, P. H., y XUAN, Y., Corporate Ownership Structure and Bank Loan Syndicate Structure, *Journal of Financial Economics (JFE)*, Vol. 104, núm. 1, 2012; AFA 2012 Chicago Meetings Paper, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1727752>.
- LIU, Y., y WU, X., Shareholder Activism, Internal Corporate Governance and the Cost of Bank Loans, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2869446>.
- MAGALHAES, R., y TRIBÓ, J. A., Bank Regulations and Loan Contracts, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1343845>.
- MARTÍN BAUMEISTER, B., Los créditos sindicados en el punto de mira de las autoridades de competencia: valoración de las iniciativas recientes de la Comisión Europea, FCA y CNMC, *RDBB*, ISSN 0211-6138, Año núm. 36, núm. 148, 2017, 123-160.
- MÍNGUEZ PRIETO, R., y CERDÁ MASIP, A., El contrato entre acreedores: Naturaleza jurídica, alcance objetivo y diversidad subjetiva, su función en escenarios de insolvencia y análisis de figuras afines, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 12, enero-junio de 2013.
- NAVARRO FRÍAS, I., *El contrato entre acreedores*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2016.

- PANYAGOMETH, K., y ROBERTS, G. S., Loan Syndicate Structure: Evidence From Ex Post Risk, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1083707>.
- QIAN, J., y STRAHAN, P. E., How Law and Institutions Shape Financial Contracts: The Case of Bank Loans, *Boston College Working Paper*, 2005.
- SAAVEDRA ORTIZ, J. J., y SERRANO ACITORES, A. (coords.), *Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*, Bosch, Sabadell (Barcelona), 2011.
- WIEDMANN, D., y SCHUMACHER, M., Kreditkonsortien im Visier der Kartellbehörden, *Börsen-Zeitung*, número 74, 18 de abril de 2015, 13 y 14.

## NOTAS

<sup>1</sup> Si la Resolución de la CNMC fuera confirmada en la vía judicial, podría representar un precedente de alcance europeo en la aplicación del artículo 101 TFUE.

<sup>2</sup> Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 13 de febrero de 2018 en el expediente S/DC/0579/16; véase [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1928672\\_17.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1928672_17.pdf) (último acceso 23/03/2018).

<sup>3</sup> Aunque la Resolución de la CNMC evita cuidadosamente realizar un pronunciamiento general sobre la calificación del negocio jurídico de sindicación como práctica colusoria.

<sup>4</sup> El interés creciente de las autoridades de competencia por los aspectos anticompetitivos de la financiación sindicada se remonta a los asuntos *Royal Bank of Scotland/Barclays* en el Reino Unido y *CompuCredit Holdings Corporation v. Akanthos Capital Management, LLC* en Estados Unidos, ambos del año 2011. En el caso RBS/Barclays, la Office of Fair Trading (OFT) del Reino Unido sancionó el intercambio de información sobre tipos de interés, márgenes y comisiones con vistas a una conducta concertada entre entidades competidoras que vulneraba el derecho europeo y británico de la competencia. RBS resultó sancionado, además, por haber comunicado a Barclays sus preferencias de *pricing* en el marco de un procedimiento de licitación en el que ambas entidades participaban —supuestamente— como postores independientes. En el caso estadounidense *CompuCredit Holdings Corporation v. Akanthos Capital Management, LLC*, el Tribunal de Apelaciones validó las sanciones impuestas a una entidad por conductas anticompetitivas en la originación del crédito sindicado y en la negociación de refinanciación y reestructuración de deuda. Véase nota de prensa del caso RBS/Barclays: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/05-11> (último acceso, 20/04/2018); *CompuCredit Holdings Corporation v. Akanthos Capital Management, LLC et al*, No. 11-13254 (11th Cir. 2012). Véase: [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-mnd-0\\_10-cv-01213](https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-mnd-0_10-cv-01213). El ruido de fondo generado en el sector a raíz de estos dos asuntos llevó a la *Loan Market Association* (LMA) a publicar una nota en mayo de 2014 en la que advertía a las partes financieras operativas en la Unión Europea de las posibles implicaciones anticompetitivas de ciertas prácticas de mercado. Véase: [http://www.lma.eu.com/application/files/1514/6695/7414/Notice\\_on\\_the\\_Application\\_of\\_Competition\\_Law\\_to\\_Syndicated\\_Loan\\_Arrangements.pdf](http://www.lma.eu.com/application/files/1514/6695/7414/Notice_on_the_Application_of_Competition_Law_to_Syndicated_Loan_Arrangements.pdf) (último acceso 21/03/2018). La nota de la LMA señala como prácticas especialmente arriesgadas la realización de sondeos de mercado, los intercambios de información entre departamentos de originación, la fijación de precios en forma de comisiones y tipos de interés, la gestión de información no solicitada y sensible desde el punto de vista de competencia, la interacción de las partes financieras del sindicato de cara a la estipulación y novación de términos y condiciones contractuales así como la conducta de las partes financieras en el marco de acuerdos de refinanciación y situaciones concursales. En el ámbito estadounidense, la *Loan Syndications & Trading Association* (LSTA) publicó una nota en febrero de 2017 en la que alerta de los riesgos anticompetitivos de ciertas conductas habituales en el mercado y del interés creciente de las autoridades de competencias europeas y estadounidenses en investigarlas. En el mercado APLMA se puede apreciar un interés creciente por la problemática de defensa de la competencia de los créditos sindicados. La *Competition Commission* de Hong Kong ha decidido incluir recientemente a la práctica de financiaciones sindicadas en el espectro

de aplicación de la ley defensa de la competencia. Los *webinars* organizados por la APLMA ponen de manifiesto hasta qué punto ciertas prácticas arraigadas en sector se han venido considerando 'inocuas' desde el punto de vista de defensa de la competencia. Véase: <http://www.gtreview.com/news/asia/new-hong-kong-competition-law-could-hit-syndicated-loans/>. En el mercado LSTA también se puede apreciar un interés creciente por este asunto, véase la nota de prensa de LSTA publicada el 21 de febrero de 2017: <http://www.lsta.org/news-and-resources/news/are-loan-syndications-anti-competitive-not-as-simple-as-you-think>.

<sup>5</sup> Management Plan 2017, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/management-plan-comp-2017\\_en\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/management-plan-comp-2017_en_0.pdf) (último acceso 21/03/2018), véase 11 y nota al pie 31: «*This area exhibits close cooperation between market participants in opaque or in-transparent settings, such as over-the-counter (OTC) activities, which are particularly vulnerable to anti-competitive conduct. Work will focus on obtaining relevant information on market structure, dynamics between market participants and potential competition issues*». Véase la convocatoria del concurso publicada el 11 de abril de 2017 que lleva el título «Sindicación de préstamos de la Unión Europea y su impacto sobre la competencia en los mercados de crédito». El objeto del contrato consiste en un análisis sistemático del mercado de sindicación de préstamos, prestando especial atención a seis Estados miembro de la Unión Europea, y sus posibles implicaciones para la política de la competencia. Véase: <https://etendering.ted.europa.eu/cft/cft-display.html?cftid=2309> (último acceso 13/05/2018).

<sup>6</sup> *Ibid.*: «*The material scope of the Study is relatively broad, and, as noted above (excluding «plain vanilla» loans), will cover the syndication process with regard to: project finance (including the effects and enforcement of regulation, such as public procurement rules); leveraged buyouts (including the effects of time constraints and limited transparency); and infrastructure projects requiring cross-border financing and execution (with an emphasis on the largest projects by volume and those financed (or co-financed) by European Union programmes). The Study shall also examine the loan syndication market from the perspective of both lenders and borrowers. This will involve an analysis of the economic benefits and drawbacks of syndication for lenders and borrowers and a qualitative and quantitative description of syndication typologies. The Study will also consider market regulation and evolution, and the Commission has highlighted, for example, the impact of the disintermediation of banks from non-bank investor groups, the practical relevance of best-effort syndication, increasing market transparency, credit ratings, the use of structured products, and the roll out of blockchain technology. [...] At a high level, this shall involve an assessment of the most important competition law issues arising in connection with the subject matter of the Study, with a particular focus on the Member States falling within its geographic scope. The Commission is also seeking a general study of the competitive dynamics in the market, including the effects of liquid secondary trading, projects and volumes, and differences in bargaining strength between lender tiers in relation to borrower types. Further to the competition law risks outlined above, the Commission is also requesting an assessment of the nature of information exchange and risk of anti-competitive coordination during the loan origination stage. This will include an analysis of communication between lenders during the market sounding and book building process, and the scope and effects of non-disclosure agreements between prospective lead arrangers and borrowers. The Commission is also concerned with the formation and operation of the syndicate during the loan syndication stage. The Study will therefore assess, in particular, the effect of contract terms, including flexing provisions, ancillary services and cross-selling, as well as recurring standard clauses relating to restructuring and refinancing. Finally, in line with the market evolution points noted above, the Commission is also interested in the future of the syndicated loan market, and the resulting impact on competitive dynamics, for example the potential benefits to funding under European Union programmes (such as the European Fund for Statement Investments)*». En su comunicación a la OCDE de enero de 2010 sobre asuntos de defensa de la competencia, la Comisión Europea ya alertaba de los riesgos anticompetitivos de ciertas prácticas asociadas a la financiación sindicada: «44. Finally, it is worth noting that the crisis may have triggered some developments in banking markets which might increase competition concerns. Traditional activities of investment banking arms of banks are often dominated by a small number of high-profile banks and are characterised by relatively high fees compared to other banking activities. Amongst others, debt underwriting, equity underwriting, M&A

*advisory, loan syndication, and the functioning of the wholesale markets appear to be rather concentrated and may have become more so following the exit of some players. Competition concerns may include the following. Banks may co-ordinate on prices or share markets, possibly in the segments related to very large transactions where a small number of banks dominate. Banks could form syndicates to bid together for an investment banking mandate and reduce significantly the alternatives for the client. Banks could refrain from bidding too aggressively for a book runner mandate in the syndicate on the promise of being later selected as a member of the syndicate. Closer scrutiny of such markets may be warranted.* Véase Roundtable On Competition, Concentration And Stability In The Banking Sector, Note by the Delegation of the European Union, DAF/COMP/WD (2010) 14, 29 January 2010: [http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2010\\_banking.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2010_banking.pdf) (último acceso 09/06/2017).

<sup>7</sup> Por su parte, la *Financial Conduct Authority* (FCA) del Reino Unido publicó una nota de prensa en febrero de 2017 en la que declara estar investigando a varias entidades financieras por conductas anticompetitivas relacionadas con el intercambio de información que vaya más allá de lo estrictamente necesario para la formación de un sindicato. En enero de 2010, la *Netherlands Competition Authority* (NMa) de los Países Bajos publicó una nota de prensa en la que indicaba que había llevado a cabo un estudio con el fin de averiguar si la reducción del número de entidades financieras activas en el mercado holandés como consecuencia de la crisis económica había aumentado la incidencia de conductas anticompetitivas. La autoridad concluía que no había indicios de vulneraciones del Derecho de la competencia holandés en los mercados de créditos sindicados y *club deals*: «*Undertakings that have to turn to syndicated loans when seeking substantial, complex, or high-risk loans need to apply to more banks now than before the financial crisis. At the same time, these undertakings have less banks to choose from. In fact, sometimes there is no choice at all. This situation is affecting the undertakings' bargaining positions, says the Netherlands Competition Authority (NMa), having analyzed the market for syndicated loans and club deals. The NMa has found that the number of banks that are active on the Dutch market for club deals and syndicated loans has fallen. The most important reason for this drop is the decrease in the number of mergers and acquisitions that have taken place in the Dutch banking industry. In addition, as a result of the financial crisis, foreign banks have withdrawn from this market to focus on their home markets instead. [...] The study's objective was to identify possible risks concerning competition law or to the market dynamics. The NMa held interviews with various undertakings and financial advisors. The NMa also consulted with banks that offer syndicated loans or club deals in the Netherlands. The NMa has found no indications of violations of the Dutch Competition Act on the market for club deals and syndicated loans.*». Véase: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6254/NMa-limited-choice-for-undertakings-when-seeking-syndicated-loans/>.

<sup>8</sup> Véase Management Plan 2017, 11. En este trabajo nos centramos solo en los aspectos anticompetitivos de los derivados extrabursátiles de cobertura de tipos de interés en financiaciones sindicadas. Sin embargo, desde el año 2011 la Comisión Europea ha venido mostrando interés en revisar, en general y con un espectro mucho más amplio, los aspectos anticompetitivos de los contratos de permuta de incumplimiento crediticio (*credit default swaps*, CDS). La Comisión alerta de la opacidad y función especuladora de la negociación de este tipo de derivados y ha identificado varios posibles mercados relevantes, el mercado de negociación de CDS, el mercado información de CDS y el mercado de sistemas de compensación de CDS. Véase nota de prensa de abril de 2011: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-509\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-509_en.htm). También son relevantes los asuntos ISDA y Markit, véanse notas de prensa de la Comisión Europea de 20 de julio de 2016: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2586\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2586_en.htm); [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEX-15-6254\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-15-6254_en.htm) (último acceso 09/03/2018).

<sup>9</sup> Véanse nota de prensa de la Comisión Europea de 4 de diciembre de 2013 «Antitrust: Commission fines banks € 1.49 billion for participating in cartels in the interest rate derivatives industry»; y Nota de prensa de la Comisión Europea de 11 de junio de 2002 «Lombard Club». Aunque no está relacionado específicamente con la financiación sindicada, el TJUE se pronunció sobre intercambios de información en el sector financiero en el asunto *Asnef-Equifax*, véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de noviembre

de 2006, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2006:734. Desde el año 2011 la Comisión Europea ha venido mostrando interés en revisar, en general y con un espectro mucho más amplio, los aspectos anticompetitivos de los contratos de permuta de incumplimiento crediticio (*credit default swaps*, CDS). La Comisión alerta de la opacidad y función especuladora de la negociación de este tipo de derivados y ha identificado varios posibles mercados relevantes, el mercado de negociación de CDS, el mercado información de CDS y el mercado de sistemas de compensación de CDS. Véase nota de prensa de abril de 2011: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-509\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-509_en.htm). También son relevantes los asuntos ISDA y Markit, véanse notas de prensa de la Comisión Europea de 20 de julio de 2016: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2586\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2586_en.htm); [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEX-15-6254\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEX-15-6254_en.htm) (último acceso 09/06/2018).

<sup>10</sup> Véase CUENCA MIRANDA, J.M., Derivados y financiaciones sindicadas, en Manzanares Secades, A. (coord.), *Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 493 a 524; FRAGUAS BACHILLER, A., Aproximación a los contratos de derivados como cobertura de las operaciones de financiación, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Financiación*, Vol. 8, La Ley, 2010, 83 a 85.

<sup>11</sup> El modelo LMA para *Senior Multicurrency Term and Revolving Facilities for Leveraged Acquisition Finance Transactions (Senior/Mezzanine)* prevé, entre las obligaciones del prestatario, la suscripción de un Hedging Letter: «ensure that all exchange rate and interest rate hedging agreements required by the Hedging Letter are implemented in accordance with the terms of the Hedging Letter and that such arrangements are not terminated, varied or cancelled without the consent of the Agent (acting on the instructions of the Majority Lenders), save as permitted by the Intercreditor Agreement» (cláusula 28.36), citado en CUENCA MIRANDA, J.M., Derivados y financiaciones sindicadas, en Manzanares Secades, A. (coord.), *Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 494, nota al pie núm. 2.

<sup>12</sup> Prescindimos en este punto de una exposición exhaustiva de la taxonomía de derivados de tipos de interés y nos centramos en las dos modalidades más relevantes para las operaciones de financiación sindicada. Para una exposición más detallada de los diferentes tipos de derivados de tipo de interés, véase CUENCA MIRANDA, J.M., Los instrumentos financieros derivados, en AA.VV., *Cuadernos de Derecho para Ingenieros. Manual jurídico del mercado bancario. Las operaciones de activo*, Vol. 32, La Ley, 2016, 72-76.

<sup>13</sup> Ese precio se denomina, indistintamente, tipo máximo o tipo *cap*, que es el precio de ejercicio de la opción de compra (*strike price*).

<sup>14</sup> El Anexo II del CMOF (versión 2013) establece la siguiente definición de *cap*: «aquella Opción de Tipo de Interés por la cual, una de las Partes (Comprador) se obliga a pagar a la otra (Vendedor), una Prima y la contraparte se obliga frente a ella a que, en el supuesto de una fecha futura, previamente pactada por las Partes, los Tipos de Referencia excedieran el Tipo Cap, el Vendedor pagará al Comprador una Cantidad Cap que se calculará de acuerdo a lo establecido en este mismo Anexo, sobre un Importe Nominal acordado por las Partes».

<sup>15</sup> Véase Resolución (Expte. S/DC/0579/16 Derivados Financieros), de 13 de febrero de 2018, 18 y sigs.

<sup>16</sup> Véase CUENCA MIRANDA, J.M., Derivados y financiaciones sindicadas, en Manzanares Secades, A. (coord.), *Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 496.

<sup>17</sup> El Anexo II del CMOF (versión 2013) define la permuta financiera de tipo de interés como «aquella Opción de Tipo de Interés por la cual, una de las Partes (Comprador) se obliga a pagar a la otra (Vendedor), una Prima y la contraparte se obliga frente a ella a que, en el supuesto de que en una fecha futura, previamente pactada por las Partes, los Tipos de Referencia excedieran el Tipo Cap, el Vendedor pagará al Comprador una Cantidad Cap que se calculará de acuerdo a lo establecido en este mismo Anexo, sobre un Importe Nominal acordado por las Partes».

<sup>18</sup> Véase CUENCA MIRANDA, J.M., Derivados y financiaciones sindicadas, en Manzanares Secades, A. (coord.), *Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, 496.

<sup>19</sup> Para una exposición de la evolución de los instrumentos derivados, véase CORB, H., *Interest Rate Swaps and Other Derivatives*, Columbia University Press, 2012.

<sup>20</sup> En el asunto que nos ocupa, la cláusula 4.2 f) del contrato de financiación sindicada de Esquilvent reza: «[...] la Acreditada se obliga a contratar y elevar a público ante Notario Público, en condiciones de mercado, con el/los Proveedores del Derivado un derivado financiero [...]». Esta cláusula puede considerarse estándar en los contratos de financiación sindicada de *project finance* (véase nota a pie 31 de la Resolución de la CNMC).

<sup>21</sup> Véanse notas a pie 84 y 85 de la Resolución de la CNMC.

<sup>22</sup> 'Valor razonable' en el sentido del artículo 6.2 del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

<sup>23</sup> Las entidades incoadas reconocen que las diferencias entre 'las cotizaciones' de unos bancos y otros para el 'precio de mercado' suelen ser muy pequeñas, hasta el punto de que considerarían poco habitual una diferencia entre las ofertas de cada banco de más de cinco puntos básicos (0,05%). Esto quiere decir que los métodos de valoración de los derivados son, hasta cierto punto, comparables, lo que implicaría que las diferencias más importantes se deberían a los márgenes que cada banco desea aplicar, es decir, a factores no relacionados con el 'precio de mercado' (véase 92 de la Resolución de la CNMC).

<sup>24</sup> Véanse 52 a 57 de la Resolución de la CNMC.

<sup>25</sup> Informe P. Lamothe, (folios 7386-4419), formulado por encargo de VAPAT, referenciado en el apartado IV.3 de la Resolución de la CNMC.

<sup>26</sup> Véase 70 de la Resolución de la CNMC.

<sup>27</sup> La Dirección de Competencia analizó una primera lista de 2008 operaciones celebradas entre 2006 y 2008 que, según las entidades incoadas, se corresponden con derivados asociados a préstamos sindicados y una segunda lista de 545 operaciones de la misma naturaleza que las anteriores, celebradas entre 2012 y 2016. A través de distintos requerimientos a empresas y bancos la DC tuvo acceso a la documentación (escrita y, en ciertos casos, en forma de grabaciones) relativa a distintos proyectos financiados con créditos sindicados y a los instrumentos de cobertura asociados. De esos instrumentos de cobertura finalmente se estudiaron una serie de *collars* y *swaps* tanto del Grupo VAPAT (BAJOZ, HORNIJA, ESQUILVENT y CYL) como de otras empresas y que están recogidos en los Anexos I y III del Pliego de Concreción de Hechos.

<sup>28</sup> La Resolución de la CNMC parece admitir que la fijación de un tipo *cap* no representa una conducta restrictiva de la competencia. Las entidades incoadas coinciden en señalar que, así como el *cap* se fija inicialmente en el «Caso Base», con antelación por tanto al cierre de la operación, la fijación del *floor* se produce en el momento de la contratación del derivado y cierre de la operación, que se lleva a cabo en una notaría con presencia física del cliente y telefónica de los bancos (véase 35 de la Resolución de la CNMC).

<sup>29</sup> La Resolución de la CNMC admite la coordinación para la fijación del precio de cobertura en condiciones de mercado o con 'coste cero' y parece rechazar, de inicio, la admisibilidad de un precio de cobertura con *spread*: «Sin embargo, aunque podría aceptarse que los bancos tuvieran que ofrecer un solo precio al cliente por el instrumento de cobertura, habría que asegurar que el precio ofrecido es el mejor de los posibles, es decir, el precio en condiciones de mercado que asegura el cumplimiento de la condición de no acarrear un coste para el cliente y para eso debería quedar claro el proceso por el que se determina ese precio, y tal proceso debería ser transparente para el cliente» (pág. 79 de la Resolución de la CNMC). Más adelante, la Resolución hace depender la admisibilidad del *spread* de la transparencia en la fijación del precio de cobertura: «La Sala no cuestiona que los bancos puedan aplicar a sus operaciones de cobertura un sobreprecio para cubrir sus costes operativos. Sin embargo, este margen debe estar fijado de manera transparente en el contrato de cobertura, lo que no ha ocurrido» (pág. 90); «A pesar de la confusión que las entidades han introducido sobre estos términos, únicamente hay dos maneras de que cobren un margen al cliente. Pueden cobrar un margen explícito en forma, por ejemplo, de coste de contratación o formalización, o un margen implícito a lo largo de la vida del derivado igual al diferencial o *spread* que se suma al tipo *floor* o tipo fijo del *swap* de mercado (el que asegura que la cobertura es «a coste cero»). Cualquiera de estas opciones sería perfectamente legítima, siempre y cuando el margen aplicable apareciese reflejado en

el contrato con total transparencia. Sin embargo, como ya se ha dicho, en el caso de los derivados analizados en este expediente, en ningún caso se especificó al cliente que se le fuera a aplicar un margen. A pesar de las referencias en otro sentido que hacen los bancos en sus explicaciones teóricas, como se ha mostrado en los párrafos anteriores (que resumen los hechos acreditados), en los contratos analizados no se pactó la aplicación, según las entidades, de *spread* o diferencial alguno sobre el tipo de interés variable de referencia» (pág. 91).

<sup>30</sup> «En el presente supuesto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas era la determinación concertada de un precio de la cobertura superior al precio que hubiera derivado de su fijación en condiciones de mercado. Se trata de una pluralidad de acciones complementarias cometidas por las mismas entidades incoadas, mediante un comportamiento repetido y extendido en el tiempo que se prolongó desde al menos 2006 a 2016, infringiendo el mismo precepto de la normativa nacional y de la Unión Europea de la competencia, en el marco de la contratación de la cobertura del riego de tipos de interés del préstamo senior para *project finance*, siendo su objetivo que el derivado, en lugar de formalizarse en condiciones de mercado, alcanzara un precio supra competitivo en beneficio exclusivo de las entidades prestamistas. La conducta se llevaba a cabo de espaldas al cliente y bajo la apariencia de una metodología de determinación del importe de la cobertura en las mejores condiciones ajustadas a la situación del mercado de referencia («*fair value*»), apariencia que se ha demostrado ser ficticia» (pág. 87).

<sup>31</sup> Véase 87: «En el presente supuesto, los hechos acreditados ponen de manifiesto que el objetivo común perseguido por las empresas incoadas era la determinación concertada de un precio de la cobertura superior al precio que hubiera derivado de su fijación en condiciones de mercado. Se trata de una pluralidad de acciones complementarias cometidas por las mismas entidades incoadas, mediante un comportamiento repetido y extendido en el tiempo que se prolongó desde al menos 2006 a 2016, infringiendo el mismo precepto de la normativa nacional y de la Unión Europea de la competencia, en el marco de la contratación de la cobertura del riego de tipos de interés del préstamo senior para *project finance*, siendo su objetivo que el derivado, en lugar de formalizarse en condiciones de mercado, alcanzara un precio supra competitivo en beneficio exclusivo de las entidades prestamistas. La conducta se llevaba a cabo de espaldas al cliente y bajo la apariencia de una metodología de determinación del importe de la cobertura en las mejores condiciones ajustadas a la situación del mercado de referencia («*fair value*»), apariencia que se ha demostrado ser ficticia. Respecto a su duración, se ha acreditado que esta conducta se mantuvo de forma continuada en el tiempo al menos desde el año 2006 hasta el año 2016. La DC ha aclarado de forma expresa tanto en el PCH —párrafo (250)— como en la PR —párrafo (96)— que el alcance de las operaciones analizadas en el expediente no se circunscribe a los contratos aportados por la denunciante, extendiéndose a todos los contratos análogos firmados entre las entidades incoadas y cualesquiera otras empresas. En la PR se incluye un muestreo representativo del conjunto total de las operaciones aportadas por las distintas partes del expediente y analizadas por el órgano de instrucción».

<sup>32</sup> «A la vista de tales alegaciones, la Sala considera que la instrucción llevada a cabo por la Dirección de Competencia no permite disponer de elementos suficientes para valorar y emitir un juicio concluyente sobre el carácter ilícito de la mera vinculación, aisladamente considerada, de la contratación del derivado para la cobertura del tipo de interés con las mismas entidades bancarias que conceden el crédito sindicado. Por ello, si bien no puede descartarse que terceros puedan entrar en la cobertura —como de hecho ocurre en alguna operación analizada—, dada la complejidad de algunas operaciones de créditos sindicados para financiación de proyectos, tampoco puede excluirse a los bancos sindicados de la participación en los derivados para la cobertura del riesgo de interés de los créditos sindicados para *project finance* que ellos mismos conceden» (véase 82).

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, C-179/16, *Hoffmann-La Roche contra Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato*, ECLI: EU: C: 2018:25, apartado 95.

<sup>34</sup> En el asunto *Hoffmann-La Roche el Tribunal de Justicia* identifica como restricción por objeto «una práctica colusoria entre dos empresas que comercializan medicamentos competidores, que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión entre la Agencia Europea de Medicamentos, los profesionales sanitarios y el público de



información engañosa sobre los efectos adversos del uso de uno de esos medicamentos para el tratamiento de patologías no cubiertas por la autorización de comercialización de este, con el fin de reducir la presión de competencia resultante de dicho uso sobre el uso del otro medicamento».

<sup>35</sup> Véase 76.

<sup>36</sup> Véanse Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015 (AT.39861 - Yen Interest Rate Derivatives) y Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013 (AT.39914 - Euro Interest Rate Derivatives).

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal General (Sala Octava), de 14 de marzo de 2013, T-587/08, *Fresh Del Monte Produce, Inc. et al. contra Comisión Europea*, ECLI:EU:T:2013:129, apartado 441 y sigs.

<sup>38</sup> Véase el ranking elaborado por Thomson Reuters para el año 2017: <https://www.thomsonreuters.co.jp/content/dam/openweb/documents/pdf/japan/market-review/2017/loan-3q-2017-e.pdf>.

<sup>39</sup> Véase 17: «Como puede observarse, según los datos de la Tabla 2, en el periodo de la infracción las cuatro imputadas participaron simultáneamente en más de un [30-40]% de las operaciones de *project finance* financiadas con créditos sindicados, aunque este promedio aumentó hasta casi el [40-50]% a partir de la compra de Banesto por Santander en 2013. El porcentaje aumenta significativamente si se consideran las operaciones en las que participaron simultáneamente al menos tres de las imputadas, con casi un [40-50]% de media para todo el periodo de la infracción más de un [60-70]% desde 2013 y aún más si se tienen en cuenta las operaciones en las que participaron al menos dos de las imputadas, con un promedio total superior al [70-80]% y al [90-100]% desde 2013».

<sup>40</sup> Véase 4 de la nota de prensa: [https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Notas%20de%20prensa/2018/20180214\\_Nota\\_acclaratoria\\_S\\_DC\\_0579\\_16.pdf](https://www.cnmec.es/sites/default/files/editor_contenidos/Notas%20de%20prensa/2018/20180214_Nota_acclaratoria_S_DC_0579_16.pdf).

<sup>41</sup> El 30 de noviembre de 2016 la Dirección de Competencia tuvo acceso al laudo final de un procedimiento arbitral iniciado por CaixaBank contra CYL en el que el árbitro declaró la nulidad del contrato de cobertura *collar* (folios confidenciales 40202 a 40366). La pretensión ejercitada por la instante era la declaración de validez y eficacia del Contrato Marco de Operaciones Financieras y de la Confirmación del Contrato de Cobertura de Riesgos de Tipo de Interés, en su modalidad *collar*, suscrito con la citada instada en 2011. La Dirección de Competencia resume en los párrafos (240) a (247) del PCH el contenido del laudo, cuyo contenido es confidencial para los bancos que no han sido parte del procedimiento arbitral. Véase 64 de la Resolución de la CNMC.

<sup>42</sup> Podrían darse los tres requisitos de la posición de dominio colectiva acuñados en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2005, T-193/02, *Laurent Piau contra Comisión*, ECLI:EU:T:2005:22: (i) todos los miembros del oligopolio dominante deben poder conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; (ii) es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado; y (iii) la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no debe cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común. Algunos estudios empíricos (*vid., supra* III.3) señalan que la concentración en el mercado EMEA ha aumentado en los años de la crisis y que el grado de «interconexión» y «reciprocidad» entre partes financieras en todo tipo de operaciones de financiación sindicada es alto, de modo que la estructura de algunos segmentos de mercado es, cuando menos, propicia a la colusión tácita. Los datos citados en la Resolución de la CNMC desde luego invitan a pensar en un grado alto de interconexión y reciprocidad entre las entidades incoadas. Véase CAI, J./ EIDAM, F./ SAUNDERS, A./ STEFFEN, S., «Syndication, Interconnectedness, and Systemic Risk», disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1508642](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508642); GOODHART, C./ SCHOENMAKER, D., «The Global (...)», *op. cit.*; CAI, J., «Competition (...)». *op. cit.*

<sup>43</sup> Véase 87, 'plan global que persigue un objetivo común'.

<sup>44</sup> El Sistema Organizado de Contratación de Renta Fija y Derivados CIMD OTF creado en diciembre de 2017 puede ofrecer algunas soluciones a los problemas asociados a la opacidad del mercado de derivados extrabursátiles de tipo de interés; sobre todo la habilitación de un índice de referencia en el sentido del Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016.

<sup>45</sup> Según dispone el apartado 3 del artículo 1 de la LDC, «la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas. b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados». El apartado 3 del actual artículo 101 del TFUE incide en la exigencia de idénticos requisitos y condiciones: mejora de la producción o distribución (o fomento del progreso técnico o económico), participación equitativa de los usuarios en el beneficio resultante, ausencia de restricciones no indispensables para alcanzar tales objetivos e imposibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos afectados.

<sup>46</sup> La Resolución de la CNMC reza: «Lo cierto es que las alegadas eficiencias de costes derivadas de la integración de la actividad de las entidades incoadas en la fase de prestación del derivado realmente no llegan a materializarse debido precisamente a la conducta colusoria que en esta resolución se analiza y reprocha. La cobertura unitaria ofrecida al cliente no resulta la más adecuada a las necesidades del mismo y no se le proporciona, en contra de lo acordado contractualmente, en condiciones de mercado. Y es precisamente esa colusión la que permite a los bancos incoados imponer una cobertura de tipos de interés en condiciones económicas alejadas del «precio en condiciones de mercado» y les habilita para lograr que el instrumento de cobertura tenga un valor negativo para el cliente y favorable o beneficioso exclusivamente, y siempre, para los bancos investigados» (véase 80 de la Resolución de la CNMC). En otro pasaje queda más claro el razonamiento: «En opinión de la Sala, los bancos incoados no han conseguido en sus alegaciones demostrar cumplidamente que el eventual carácter indispensable de la restricción, consistente en que sean los propios bancos del sindicato los que presten el derivado, deba traducirse en la ulterior conducta consistente en subir concertada y significativamente el precio de ejecución del floor en el caso del collar, o del tipo de interés fijo en el caso del *swap*, justificándolo posteriormente en que «de otra forma la operación no sería viable». Tampoco se ha demostrado que con esta alza de precio concertada las entidades imputadas permitan a los consumidores o usuarios (en este caso sus clientes) participar «de forma equitativa» en las ventajas de tal práctica, tal y como exige la norma que permite la exención legal de la práctica. Por el contrario, el análisis de los hechos acreditados durante la instrucción del presente expediente permite evidenciar que mediante la práctica imputada los bancos retiran o drenan de su cliente parte de las ventajas conseguidas mediante la sindicación del crédito, beneficiándose unilateralmente de pactar unas condiciones alejadas de las de mercado en un contexto en el que el cliente tiene de hecho posibilidades muy limitadas de cambiar de proveedor. En conclusión, la Sala considera que la coordinación de precios colusoria, detectada e imputada como infracción por la Dirección de Competencia en el presente expediente, no puede considerarse un acuerdo exento en virtud de la aplicación de los artículos 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE al no cumplir las condiciones exigidas por ambos artículos. Como se ha examinado, tal coordinación impone una restricción que no es indispensable para el logro de las ventajas perseguidas, no permite a los clientes participar de forma equitativa de sus ventajas y consiente a las entidades bancarias participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del producto afectado» (véase 81 y sigs. de la Resolución de la CNMC).

<sup>47</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, *Matra. Hachette/Comisión*, T-17/93, Rec. 11-595, ECLI:EU:T:1994:89, apartado 85: «Este Tribunal considera que, en principio, no puede existir una práctica contraria a la competencia que, independientemente de la intensidad de sus efectos en un mercado concreto, no pueda declararse exenta, en la medida en que los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado se cumplan acumulativamente y siempre que la práctica de que se trate haya sido debidamente notificada a la Comisión».

<sup>48</sup> La Resolución de la CNMC cita la sentencia del Tribunal General (Sala Octava) del 16 de junio de 2011, asuntos acumulados T-04/08 y T-212/08, sobre el mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, ECLI:EU:T:2011:286, y da por cumplidos los tres

requisitos establecidos en esta con respecto a la conducta de carácter único y continuado: (i) plan global que persigue un objetivo común, (ii) contribución intencional de la empresa a ese plan y (iii) conocimiento de los comportamientos infractores de los demás participantes.

<sup>49</sup> Las decisiones de la Comisión en los asuntos sobre derivados de tipos de interés en yenes (YIRD) y en euros (EIRD) identifican una restricción de la competencia en forma de manipulación de un índice de precios de referencia. Seguramente la CNMC fuera consciente de que es difícil establecer una similitud entre el mercado de derivados de tipo de interés bursátil y extrabursátil. El mercado bursátil es un mercado de contratación en el que se da una gran transparencia en la formación de los precios debido a la existencia de un índice de precios de referencia —y que es objeto de manipulación por las entidades sancionadas—, mientras que el mercado extrabursátil carece de liquidez y es esencialmente opaco. Véanse Decisión de la Comisión de 4 de febrero de 2015 (AT.39861 - Yen Interest Rate Derivatives) y Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 2013 (AT.39914 - Euro Interest Rate Derivatives).

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 23 de enero de 2018, C-179/16, *Hoffmann-La Roche contra Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato*, ECLI: EU: C: 2018:25, apartado 95.

<sup>51</sup> El Tribunal de Justicia confirma la sanción a dos empresas farmacéuticas que comercializan medicamentos competidores por una práctica que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión de información engañosa sobre uno de los medicamentos con el fin de lograr una segmentación de mercados.

<sup>52</sup> El Sistema Organizado de Contratación de Renta Fija y Derivados CIMD OTF creado en diciembre de 2017 puede ofrecer algunas soluciones a los problemas asociados a la opacidad del mercado de derivados extrabursátiles de tipo de interés; sobre todo la habilitación de un índice de referencia en el sentido del Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016.

<sup>53</sup> Podrían darse los tres requisitos de la posición de dominio colectiva acuñados en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 26 de enero de 2005, T-193/02, *Laurent Piau contra Comisión*, ECLI:EU:T:2005:22: (i) todos los miembros del oligopolio dominante deben poder conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción; (ii) es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado; y (iii) la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no debe cuestionar los resultados esperados de la línea de acción común. Algunos estudios empíricos (*vid., supra* III.3) señalan que la concentración en el mercado EMEA ha aumentado en los años de la crisis y que el grado de «interconexión» y «reciprocidad» entre partes financieras en todo tipo de operaciones de financiación sindicada es alto, de modo que la estructura de algunos segmentos de mercado es, cuando menos, propicia a la colusión tácita. Los datos citados en la Resolución de la CNMC desde luego invitan a pensar en un grado alto de interconexión y reciprocidad entre las entidades incoadas. Véase CAI, J./EIDAM, F./ SAUNDERS, A./ STEFFEN, S., «Syndication, Interconnectedness, and Systemic Risk», disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1508642](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1508642); GOODHART, C./ SCHOENMAKER, D., «The Global (...), *op. cit.*; CAI, J., «Competition (...).» *op. cit.*

<sup>54</sup> Véase MARTÍN BAUMEISTER, B., Los créditos sindicados en el punto de mira de las autoridades de competencia: valoración de las iniciativas recientes de la Comisión Europea, FCA y CNMC, *RDBB*, ISSN 0211-6138, Año núm. 36, núm. 148, 2017, 123-160.

<sup>55</sup> Véase: [http://www.lma.eu.com/application/files/1514/6695/7414/Notice\\_on\\_the\\_Application\\_of\\_Competition\\_Law\\_to\\_Syndicated\\_Loan\\_Arrangements.pdf](http://www.lma.eu.com/application/files/1514/6695/7414/Notice_on_the_Application_of_Competition_Law_to_Syndicated_Loan_Arrangements.pdf) (último acceso 21 de marzo de 2017).

<sup>56</sup> El nuevo redactado introducido en 2014 dice así: «*Syndication. The Bookrunners shall, in consultation with the Company and the Mandated Lead Arrangers, manage all aspects of the Syndication including timing, the selection of potential Lenders, the acceptance and allocation of participations and the amount and distribution of fees to Lenders\*. Subject to any applicable confidentiality agreement between the Company and the Bookrunners, the Company authorizes the Bookrunners to discuss the terms of the Facility/ies with, and to disclose those terms to, potential Lenders to facilitate the Syndication.*».

# ACTUALIDAD JURÍDICA



## Información de actividades

### ANDALUCÍA

El día 10 de octubre de 2018 tuvo lugar en Sevilla una JORNADA SOBRE *VIVIENDAS DESTINADAS A USO TURÍSTICO* y la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO: RÉGIMEN ADMINISTRATIVO, CIVIL Y FISCAL*, en la sede del Decanato Territorial de Andalucía Occidental, con el siguiente programa:

Presentación: a cargo de D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

Exposiciones:

«El régimen administrativo de las viviendas de uso turístico: La inspección y el régimen sancionador», por Dña. Encarnación MONTOYA MARTÍN, catedrática de Derecho administrativo. Universidad de Sevilla.

«Ideas clave sobre el régimen contractual y de responsabilidad civil en los alojamientos en viviendas de uso turístico», por D. Manuel GARCÍA MAYO, contratado PIF. Universidad de Sevilla. Colaborador de Adalte Abogados.

«Pisos turísticos y comunidades de vecinos», por D. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, catedrático de Derecho civil. Universidad de Sevilla.

«Fiscalidad de las viviendas de fin turístico: tributación, control y fraude», por D. Alfonso Luis CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, economista.

Moderador: D. José Ángel GALLEGO VEGA, registrador de la propiedad de Sevilla nº 6. Vocal de Relaciones con Universidades.

## ARAGÓN

Los días 11 y 12 de junio de 2018, organizado por la Universidad de Zaragoza y con la colaboración, entre otros, del Decanato de los Registradores de Aragón, tuvo lugar el CONGRESO *HACIA UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA PARA EL ACCESO A LA VIVIENDA*, con el siguiente programa:

Día 11

Apertura oficial del Congreso:

Ilmo. Sr. Dr. D. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, decano Facultad de Derecho.

Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles RUIZ BLASCO, decana Registradores de Aragón.

Dra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa ALONSO PÉREZ, codirectora del Congreso.

Excmo. Sr. D. Pedro SANTISTEVE ROCHE (Alcalde de Zaragoza)

«El derecho a la vivienda como derecho subjetivo», por Dr. D. Fernando LÓPEZ RAMÓN, catedrático de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

Viviendas Vacías:

«Viviendas Vacías», Dra. D.<sup>a</sup> Elisa MOREU CARBONEL, prof. titular de Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

«Programa de captación de vivienda vacía y otras actuaciones destinadas a cubrir la necesidad de vivienda de colectivos vulnerables», por D.<sup>a</sup> Cristina SERRANO ENTÍO, jefa del Área Jurídica de Zaragoza Vivienda.

Vivienda colaborativa:

«¿Qué es la vivienda colaborativa?», por D. Miguel VIELA CASTRANADO, notario.

«Vivienda colaborativa y *blockchain*», por Dr. D. Sergio NASARRE AZNAR, catedrático Derecho civil; director Cátedra Unesco vivienda, URV, Tarragona.

«Propuesta fiscal para la promoción del *cohousing*», por Dra. D.<sup>a</sup> Cristina BUENO MALUENDA, prof. titular de Derecho financiero. Unizar.

Cláusulas abusivas. Primera parte:

«Transparencia, abusividad y contratos de préstamo hipotecario». Dr. D. Francisco PERTIÑEZ VÍLCHEZ, profesor titular de Derecho civil, Universidad de Granada.

«Medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo», por Dr. D. Alberto LAFUENTE TORRALBA, prof. Derecho procesal, Unizar.

«¿Es nula la cláusula de gastos de formalización del préstamo hipotecario a cargo del prestatario?», por D.<sup>a</sup> Loreto MATE SATUÉ, investig. predoct. Unizar.

Cláusulas abusivas. Segunda parte:

«Las cláusulas de vencimiento anticipado», por D.<sup>a</sup> Teresa PUCHOL SORIANO, magistrada-juez Primera Instancia de Huesca.

«Cláusulas abusivas en los Juzgados de Primera Instancia», por D. Ángel DE PEDRO TOMÁS, magistrado-juez Primera Instancia de Huesca.

«La gestión de reclamaciones masivas hipotecarias», por D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa PURI PUY, Jefa de la unidad SAC del grupo Ibercaja Banco.

Día 12

«El derecho a la vivienda como derecho humano. Perspectivas francesas y de la jurisprudencia europea», por Dra. D.<sup>a</sup> Marine TOULLIER, Maitre de conférences. Université de Rouen (Francia).

La futura Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario:

«¿Tropezar dos veces con la misma piedra?: Información precontractual y transparencia bancaria en el proyecto de Ley de crédito inmobiliario», por Dra. D.<sup>a</sup> Inmaculada BARRAL VIÑALS, catedrática aced. Derecho civil, Universidad de Barcelona.

«La evaluación de solvencia del consumidor de créditos inmobiliarios para adquisición de vivienda en la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario», por Dra. Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, prof. Derecho civil, Universidad Internacional de La Rioja.

Presentación del libro *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*

A cargo de Dr. D. Julio TEJEDOR BIELSA, catedrático acreditado Derecho administrativo, Universidad de Zaragoza.

Nuevas estructuras jurídicas para la financiación en el mercado inmobiliario: «Crowdfunding inmobiliario», por Dra. D.<sup>a</sup> Esther HERNÁNDEZ SÁINZ, profesora titular de Derecho mercantil, Universidad de Zaragoza.

«SOCIMIS», por Dr. D. Pedro BUESO GUILLÉN, prof. titular de Derecho mercantil, Universidad de Zaragoza.

Conferencia de clausura:

«El borrador del proyecto de Ley de vivienda en Aragón», por D. Alfonso P. SALGADO CASTRO, jefe del Servicio jurídico de régimen jurídico y económico de la Vivienda. Gobierno de Aragón.

Clausura del Congreso:

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa ANDREU LOSANTOS, directora general Vivienda, Gobierno de Aragón.

Dra. D.<sup>a</sup> Belinda LÓPEZ MESA, directora de la Cátedra Zaragoza Vivienda.

Dra. D.<sup>a</sup> Esther HERNÁNDEZ SÁIZ, codirectora del Congreso.



Los días 21 y 22 de junio tuvo lugar en Zaragoza el IV CONGRESO DE LA ABOGACÍA ARAGONESA, con el siguiente programa:

Día 21

Panel 1:

A. La Abogacía, periodismo y las redes sociales:

a) *Libertad de expresión Vs. Delito de odio*

b) *Publicidad y competencia*

Presenta y modera:

Sr. D. Ángel GARCÍA BERNUÉS, Decano del ICAH, vicepresidente 2.º del CCAA, consejero del CGAE y presidente de la Subcomisión de la Jurisdicción Civil del DGAE.

Ponentes:

Sr. D. Daniel PÉREZ CALVO, periodista, director de Onda Cero en Aragón y delegado de Televisión en Aragón.

Sr. D. Pedro CORVINOS BASECA, abogado ReiCAZ y profesor de la UZ.

B. El Derecho Foral y su fiscalidad:

Presenta y modera:

Sr. D. José Manuel JARABA RODÉS, abogado ReiCAZ.

Ponentes:

Sr. D. Francisco DE ASÍS POZUELO ANTONI, director general de Tributos de la DGA.

Sra. D<sup>a</sup> Beatriz PORRAS FUENTES, abogada ReiCAZ.

C. Justicia y Tecnología. Un debate entre la libertad y la seguridad:

a) *Datos de las telecomunicaciones e investigación tecnológica. Experiencias tras la reforma de 2015.*

b) *Ciberdelincuencia y ciberseguridad, dos caras de una misma moneda.*

Presenta y modera:

Sra. D.<sup>a</sup> María Ángeles AGUIRRE MARTÍNEZ, contador de la Junta de Gobierno del ICAT y consejera del CCAA.

Ponentes:

Sr. D. José María OTÍN DEL CASTILLO, jefe del Grupo de Delitos Tecnológicos, adscrito a la Jefatura Superior de Policía de Aragón.

Sr. D. Ricardo I. OLIVA LEÓN, abogado ICA Madrid.

D. La Abogacía en los distintos métodos de resolución de conflictos:

a) *Adversariales, judicial y arbitral.*

b) *Autocompositivos, negociación, conciliación y mediación.*

c) *Los métodos alternativos a la resolución judicial de conflictos: una oportunidad o una amenaza para la Abogacía.*

Presenta y modera:

Sr. D. Francisco Javier SANCHO-ARROYO LÓPEZ-RIOBOO, abogado ReiCAZ.

Ponentes:

Sr. D. Manuel BELLIDO ASPAS, presidente del TSJ Aragón.

Sr. D. Enrie PICANYOL ROIG, abogado ICA Barcelona y Árbitro.

Panel 2:

A. Funciones y objetivos de las distintas Instituciones de la Abogacía (I):

a) *El Consejo General de la Abogacía Española.*

b) *El Consejo de Colegios de Abogados de Aragón.*

Presenta y modera:

Sr. D. Manuel GÓMEZ PALMEIRO, exdecano del ICAT, expresidente del CCAA y exconsejero del CGAE.

Ponentes:

Sr. D. Emilio VEGA RUIZ, decano del ICA Guadalajara y coordinador de Consejos autonómicos de Abogados con el CGAE.

Sr. D. Javier CABALLERO MARTÍNEZ, exdecano ICA Pamplona y consejero electivo del CGAE.

B. Funciones y objetivos de las distintas instituciones de la Abogacía (II):

a) *Los Colegios de Abogados.*

b) *La Asociación de Colegios Profesionales de Aragón (COPA).*

Presenta y modera:

Sr. D. Alfonso CASAS OTOGARAY, decano de ICAT, vicepresidente 1º del CCAA y consejero del CGAE.

Ponentes:

Sr. D. Ramón JÁUDENES LÓPEZ DE CASTRO, decano del ICA Pontevedra y secretario general del CGAE.

Sr. D. José Antonio SANZ CERRA, secretario de la Junta de Gobierno del ReiCAZ.

C. Servicios y actividades de la Abogacía Institucional en el ámbito privado (I):

a) *Arbitraje y mediación (ADR).*

b) *Aseguramiento de riesgos profesionales.*

c) *Servicios auxiliares: nuevas tecnologías e instalaciones.*

Presenta y modera:

Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Cristina CHERLEZ ARÁN, diputada 9ª del ReiCAZ, presidenta de la Comisión de Mediación del ReiCAZ y vocal de la Subcomisión de Métodos Alternativos en Resolución de Conflictos del CGAE.

Ponentes:

Sra. D.<sup>a</sup> Fuencisla ALDÁMIZ ECHEVARRÍA RUBIO, de ADARTIA GLOBAL.

Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Carmen PÉREZ ANDÚJAR, consejera y vicesecretaria de Medios Materiales y Tecnológicos del CGAE.

D) Servicios y actividades de la Abogacía Institucional en el ámbito privado (II):

a) *Formación y cursos de reciclaje.*

b) *Fomento de la participación colectiva en actividades colegiales. Especial consideración de las Secciones colegiales.*

c) *Biblioteca: publicaciones, suscripciones y bases de datos.*

Presenta y modera:

Dra. D.<sup>a</sup> Ana SORIA MONEVA, secretaria de la Junta de gobierno del ICAH y Consejera del CCAA.

Ponentes:

Sr. D. Carlos FUENTENEbro ZABALA, decano del ICA Bizkaia, Consejero del CGAE y presidente de la Comisión de Formación del CGAE.

Sra. D.<sup>a</sup> Concepción Victoria BAILE BURRIE, presidenta de la AAIZ.

Panel 3:

A. Gestión y administración de despachos:

a) *Eficiencia y rentabilidad de despachos de abogados. El Legal Project Management.*

b) *El rol del abogado de empresa: responsabilidades y objetivos.*

Presenta y modera: Sr. D. Luis TOMÁS GARCÍA-MEDRANO, Abogado del ReiCAZ.

Ponentes:

Sr. D. Emilio GUDE MENÉNDEZ, abogado del ICA Madrid.

Sra. D.<sup>a</sup> Mercedes P. CARMONA MARISCAL, abogado del ICA Madrid.

B. La transformación digital de la Abogacía:

a) *Herramientas de captación de clientes.*

b) *Eficiencia en el ejercicio de la profesión.*

Presenta y modera:

Sr. D. Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO TRIVIÑO, abogado del ReiCAZ y diputado 8º del ReiCAZ.

Ponentes:

Sra. D.<sup>a</sup> Lidia ZOMMER.

Sra. D.<sup>a</sup> Eva BRUCH MASERAS, abogada del ICA Barcelona.

C. La relación abogado-cliente en el ejercicio de acciones individuales en masa:

a) *«Class actions» y pleitos masa en materia de consumo.*

b) *Honorarios y costas procesales.*

Presenta y modera:

Sra. D.<sup>a</sup> Isabel NAVARRETE CALVÉ, diputada de la Junta de Gobierno del ICAF y Consejera del CCAA.

Ponentes:

Sr. D. Óscar MOLINUEVO DÍEZ, abogado del ICA Burgos.

Sra. D.<sup>a</sup> Rosario PÉREZ GURREA, abogada del ICA La Rioja, vocal de la Subcomisión de Derecho de la Competencia y Defensa de los Consumidores del CGAE.

D. Los fondos de litigación:

Presenta y modera:

Sr. D. Antonio MORÁN DURÁN, decano del ReiCAZ, presidente del CCAA, consejero del CGAE y presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del CGAE.

Ponentes:

Sr. Marcos CAMACHO O'NEALE, decano del ICA Jerez.

Sr. Ángel GUIRAO SÁNCHEZ, emprendedor. Crowdfunding.

Día 22

Panel 1:

A. La función social de la Abogacía. Los Servicios subvencionables:

Presenta y modera: Sr. D. Carlos CARNICER DÍEZ, exdecano del ReiCAZ y expresidente del CGAE.

Ponentes:

Sra. D.<sup>a</sup> Yolanda MOMPTEL LASHERAS, abogada del ReiCAZ y consejera del CCAA.

Sra. D.<sup>a</sup> Paula HORMIGÓN SALAS, abogada ReiCAZ y coordinadora del SOP del ReiCaz.

B. La Mutualidad ante los nuevos Retos de la profesión:

a) *Adaptación al nuevo entorno normativo de entidades financieras y de seguros (Compliance, LOPD, Nueva Ley Distribución).*

b) *Planificación de la jubilación de los abogados.*

Presenta y modera:

Sra. D.<sup>a</sup> Lucía SOLANAS MARCELLÁN, Exdecana del ICA Teruel, expresidenta del CCAA y consejera de la MGA.

Ponentes:

Sra. D.<sup>a</sup> Laura DUQUE SANTAMARÍA, directora de Cumplimiento Normativo y control interno de la Mutualidad General de la Abogacía.

Sr. D. Rafael NAVAS LANCHAS, director general de la Mutualidad General de la Abogacía.

Panel 2

A. Servicios y actividades de la Abogacía Institucional en el ámbito público (I):

- a) *Representación y Defensa de los derechos e intereses de la profesión.*
- b) *Participación en la elaboración de proyectos normativos que afecten a la Abogacía.*
- c) *Servicio subvencionados.*

Presenta y modera:

Sra. D.<sup>a</sup> María Teresa LACASA BORDETOS, diputada de la Junta de Gobierno del ICAH.

Ponentes:

Sr. D. Antonio MORÁN DURÁN, decano del ReiCAZ, presidente del CCAA, consejero del CGAE y presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita del CGAE.

Sra. D.<sup>a</sup> Nieves SANTOMÉ COUTO, decana del ICA Ferrol y consejera del CGAE.

B. Servicios y actividades de la Abogacía Institucional en el ámbito público (II):

- a) *Deontología.*
- b) *Honorarios (CNMC).*

Presenta y modera:

Dra. D.<sup>a</sup> Mabel TORAL GARCÍA, vicedecana del ReiCAZ.

Ponentes:

Sr. D. Fernando CANDELA MARTÍNEZ, decano del ICA Alicante, consejero del CGAE y presidente de la Comisión de Recursos Deontología del CGAE.

Sr. D. Joaquín DELGADO AYUSO, decano del ICA Burgos, consejero del CGAE y presidente de la Subcomisión de Competencia y Defensa de los Consumidores del CGAE.

Panel 3

A. El papel de la Abogacía en la gestión de la responsabilidad de las personas jurídicas:

- a) *El cliente persona jurídica: abogacía preventiva y reactiva.*
- b) *Los planes de cumplimiento normativo (compliance).*
- c) *La Ciberseguridad.*
- d) *La Protección de Datos.*

Presenta y modera:

Sr. D. Luis ENA VINUÉS, abogado del ReiCAZ.

Ponentes:

Sr. D. Alain L. CASANOVAS YSLA, abogado del ICA Barcelona, responsable de los Servicios de Compliance en KPMG.

Sra. D.<sup>a</sup> Marta RIVAS BARRENA, Compliance Officer de BSH Electro-domésticos España.

B. La abogacía y la prevención de blanqueo de capitales:

a) Conceptos: blanqueo, capitales, actividad delictiva, paraíso fiscal, sujetos obligados...

b) Obligaciones de la Abogacía: alcance y límites.

c) La importancia del órgano centralizado de prevención (OCP) de la Abogacía. Presenta y modera:

Sr. D. José SEOANE PERNOS, tesorero del ReiCAZ y del CCAA, y Vocal de la Subcomisión de Prevención del Blanqueo de Capitales del CGAE.

Ponentes:

Sr. D. Miguel Ángel RECIO CRESPO, vocal asesor del Tesoro Público.

Sr. D. Luis M. RUBÍ BLANC, abogado del ICA Madrid, vocal de la Subcomisión de Prevención de Blanqueo de Capitales del CGAE.

## CANTABRIA

Los días 25 a 27 de julio de 2018 se celebró en Santander el *ENCUENTRO EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE COMO GARANTE DE UNA UNIÓN DE DERECHO*, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, con el siguiente programa:

Dirección: Juan Ignacio SIGNES DE MESA, letrado del Tribunal General de la Unión Europea.

Secretaría: Martín MARTÍNEZ NAVARRO, letrado del Tribunal General de la Unión Europea.

Inauguración:

Leopoldo CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN, juez del Tribunal General de la UE.

Victoria ORTEGA BENITO, presidenta del Consejo General de la Abogacía Española.

María EMILIA ADÁN, decana del Colegio de Registradores.

Juan Ignacio SIGNES DE MESA, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Ponencias:

«La cuestión prejudicial como instrumento de diálogo entre el juez europeo y el juez nacional», por Santiago JIMÉNEZ GARCÍA, abogado del Estado; agente del Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

«El control de legalidad de los actos de las instituciones de la UE», por Juan Ignacio SIGNES DE MESA, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

«Recurso de casación, medidas provisionales y recursos extraordinarios», por Verónica ESTER CASAS, abogado del Estado; agente del Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

«Nuevas tecnologías en la jurisprudencia reciente europea: Google Spain, Facebook, Uber e Intel», por Cani FERNÁNDEZ, directora del grupo de Derecho de la UE y competencia de Cuatrecasas.

Martín MARTÍNEZ NAVARRO, letrado del Tribunal General de la Unión Europea.

«Protección de los consumidores. Especial referencia a los asuntos relativos al régimen español de ejecución hipotecaria y a las cláusulas suelo», por María José GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, abogado del Estado; agente del Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, registrador de la propiedad.

«El Tribunal de Justicia y la legalidad internacional: en particular su jurisprudencia reciente sobre el Sahara occidental», por Fernando CASTILLO DE LA TORRE, director del Servicio Jurídico de la Comisión Europea.

«Del uso del velo en el lugar de trabajo a la compensación por despido del trabajador interino: la jurisprudencia reciente del TJUE en materia laboral», por Juan JAUREGUI OLAGUIBEL, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

«Derecho de la Unión Europea y arbitraje intracomunitario de inversiones. La jurisprudencia Achmea», por Santiago MARTÍNEZ LAGE, presidente de MARTÍNEZ LAGE, Allendesalazar & Brokelmann.

Sonsoles CENTENO HUERTA, abogado del Estado-Consejero Jurídico Representación Permanente de España ante la UE.

«Cuestiones actuales de Derecho Internacional Privado en la jurisprudencia del TJUE», por Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, académica de número electa de la RAJyL; notaria de Madrid; letrada adscrita a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, catedrático de Derecho internacional privado de la UCM.

Conferencia de clausura:

«La Política Exterior y de Seguridad Común y el contencioso en materia de medidas restrictivas», por Mariyana KANCHEVA, jueza del Tribunal General de la UE.

Clausura:

Mariyana KANCHEVA.

Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA.

Manuel BALLESTEROS ALONSO, director Servicios Estudios del Colegio de Registradores.

Juan Ignacio SIGNES DE MESA.

## VALENCIA

Los días 14 a 17 de junio de 2018, se celebró en Alicante el I CONGRESO INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN, organizado por el Instituto Internacional Promediación, donde participaron varios registradores.

El congreso, que tuvo el honor de contar como Presidenta de Honor a S.M. la Reina Letizia, se celebró en el Auditorio del Museo de Arte Contemporáneo de Alicante, y contó con destacadas colaboraciones tanto de ámbito nacional como internacional. Así, durante la inauguración, María Emilia ADÁN, decana del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, destacó la decidida apuesta de los registradores por la mediación y conciliación, así como la importancia de instaurar la cultura de mediación en nuestra sociedad, pues creen en ella como medio de solución preventiva de conflictos. Por su parte, José Ramón MARTÍN, director del Centro de Conciliación y Mediación del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, aprovechó la ocasión para dar a conocer el servicio de mediación y conciliación que prestan los registradores en materia mercantil e inmobiliaria.

El día 16 de julio de 2018 se concedieron en Madrid, en la sede del Consejo General del Poder Judicial, los PREMIOS *CALIDAD DE JUSTICIA* que otorga cada año el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para reconocer a los órganos jurisdiccionales, oficinas judiciales, entidades y organismos relacionados con la Administración de Justicia que hayan destacado por sus actividades de mejora de la calidad del servicio público y por satisfacer las necesidades de los ciudadanos mediante buenas prácticas de gestión. El premio recayó en el GRUPO DE TRABAJO FORMADO POR REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

El CGPJ ha valorado en la modalidad de «Justicia más accesible» la labor de este grupo de trabajo conjunto a la hora de prevenir posibles problemas que puedan retrasar los procedimientos y, con ello, los resultados que obtienen los ciudadanos. Carlos LESMES, presidente del Tribunal Supremo y CGPJ, ha sido el encargado de entregar estas distinciones, que este año alcanzan su



8.<sup>a</sup> edición. Se contó con la participación de la fiscal general del Estado, María José SEGARRA, el secretario general de la Administración de Justicia, Antonio Viejo, y la presidenta del TSJ de la Comunitat Valenciana, Pilar DE LA OLIVA, entre otras autoridades. Por parte de los registradores premiados han estado presentes Alicia DE LA RÚA y Begoña LONGÁS, decana autonómica de los registradores de la Comunitat Valenciana. Junto a ellas los letrados Jaime FONT DE MORA, Pedro MOYA y Vicente MIÑANA. El grupo de trabajo conjunto está formado además por la magistrada Carolina CASTILLO y el registrador Alejandro BAÑÓN.

Resultó también reconocido el Juzgado de lo Social n.º 3 de Córdoba por su proyecto «Sistema de acumulación de procesos en los Juzgados de lo Social de Córdoba. Años 2007 a 2016». El CGPJ ha otorgado además otros cuatro premios en diferentes modalidades y categorías.

Los premios CALIDAD DE LA JUSTICIA nacieron para reconocer y distinguir a los órganos jurisdiccionales y oficinas judiciales, así como a las entidades y organismos relacionados con la Administración de Justicia que hayan destacado por sus actividades de mejora de la calidad del servicio público y por la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos mediante buenas prácticas de gestión.

El jurado está presidido por el vocal del CGPJ Gerardo MARTÍNEZ-TRISTÁN, y lo forman la también vocal del órgano de gobierno de los jueces Mar Cabrerías, el secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, Ángel TOMÁS RUANO, el fiscal de Sala Francisco Moreno, la presidenta del Consejo General de la Abogacía Española, Victoria ORTEGA, el presidente del Colegio de Procuradores de España, Juan Carlos ESTÉVEZ y el vocal del Consejo General de Graduados Sociales Pedro BONILLA.

RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS



GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (dir.): *Manual de Derecho civil Vasco*. Atelier, Barcelona, 2016. 438 páginas. Manual.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO

*Juez*

El *Manual de Derecho civil Vasco*, está adaptado a la vigente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco (en adelante, LDCV). La obra está dirigida por el Catedrático de Derecho civil de la Universidad del País Vasco Jacinto GIL RODRÍGUEZ y ha sido coordinada por el Profesor titular Gorka GALICIA AIZPURUA. Además de estos dos autores, también intervienen los Profesores Clara ASUA GONZÁLEZ, Leire IMAZ ZUBIAUR, Irantzu BERIAIN FLORES, Mikel KARRERA EGIALDE, Ana SEISDEDOS MUIÑO e Ibon VITERI ZUBIA.

Tras el estudio de la diacronía legislativa del Derecho civil vasco, se concluye que con la nueva Ley se ha producido una unificación jurídica relativa, al atribuirse la vecindad civil vasca a todos los alaveses, guipuzcoanos y vizcaínos. No obstante, se conservan las especialidades locales sobre la troncalidad y la comunidad de bienes vizcaína y la libertad de testar en el valle de Ayala.

En el sistema de fuentes, al que se dedica el capítulo II, se pospone la operatividad del derecho supletorio estatal hasta haber agotado las posibilidades de resolver la cuestión en virtud de ley o de costumbre foral aplicable. Por su parte, en el capítulo III se distingue entre el ámbito territorial y personal de aplicación del Derecho vasco y los conflictos de leyes que pueden darse.

Los capítulos IV y V tratan la protección y la custodia de los menores, así como de la atribución de la vivienda familiar en procedimientos de familia. Las Leyes vascas regulan las respectivas materias de forma similar a los demás derechos civiles y a las últimas reformas del Código Civil. Se reserva el capítulo VI para examinar el régimen jurídico de las fundaciones y asociaciones vascas, en el que podrían haberse incluido las cooperativas vascas.

El capítulo VII trata las especialidades del arrendamiento rústico. En la costumbre vasca, el arrendamiento rústico del caserío engloba la casa con sus tierras y pertenecidos pero se excluyen los aprovechamientos forestales. Regula la LDCV la prelación entre el derecho de adquisición preferente de los parientes tronqueros y la del arrendatario, dándose este último en los de más de cuarenta años de vigencia.

Por su parte, los capítulos VIII y IX se reservan al derecho de propiedad privada y sus aledaños, esto es, a las peculiaridades agrarias y forestales del País Vasco. En las servidumbres se ha permitido la adquisición por medio de título y por la prescripción de veinte años.

En la mitad de la obra, el capítulo X, el profesor Gorka GALICIA sintetiza muy bien el régimen jurídico de la troncalidad vizcaína. Frente a su regulación

dispersa, este capítulo unifica su régimen jurídico y permite entender esta figura genuina que rige en parte del territorio de Vizcaya. La troncalidad la define como un principio de vinculación de los bienes raíces a la familia de su titular, en cuya virtud se hace jurídicamente posible su persistencia dentro de la familia.

La incidencia de la troncalidad se extiende tanto a la sucesión forzosa; a las disposiciones *inter vivos* gratuitas hechas a extraños, que serán anulables; a aquellas a título oneroso, en las que los parientes tronqueros gozarán de un derecho de adquisición preferente antes o después de la enajenación; y a la liquidación y partición del régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes.

En el aspecto objetivo de la troncalidad se examinan los bienes susceptibles de vinculación troncal y su subrogación. Serán troncales los bienes raíces, entendiéndose por tales, el suelo —no el subsuelo— y los raíces incorporados, esto es, todo lo que sobre el suelo se edifique, plante o siembre. Junto a ello, los bienes raíces tienen que estar situados en el Infanzonado o Tierra Llana o en los términos alaveses de Llodio y Aramaio. Explica muy bien el autor de este capítulo qué significa que el bien sea troncal: debe provenir de tal familia y deben existir sujetos pertenecientes a ella. Los bienes adquiridos de quien no sea pariente tronquero no se hacen troncales mientras no se transmitan a un descendiente, y ello aun en el caso de que en el pasado hayan pertenecido en algún momento a cualquier miembro de la familia troncal.

En el aspecto subjetivo debe distinguirse entre la extensión del parentesco troncal en las líneas recta y colateral y el orden de líneas y la proximidad de grados para la prioridad adquisitiva entre parientes. En primer lugar, son parientes tronqueros los hijos y demás ascendientes y, en segundo lugar, los ascendientes por la línea de donde procesa la raíz y, finalmente, los colaterales pertenecientes también a la misma línea.

La troncalidad se trata en los capítulos relativos a las sucesiones y en el capítulo XI, sobre la troncalidad y preferencia: la saca foral. Solo tiene lugar esta preferencia adquisitiva para los inmuebles situados en suelo no urbanizable o urbanizable no sectorizado. La preferencia se articula por medio de dos vías: mediante llamamiento previo a la enajenación a extraños a los parientes tronqueros, por si alguno de ellos deseara adquirirlo y, cuando se obvia tal llamamiento, a través de la denominada saca foral, esto es, mediante la nulidad de la transmisión y la adjudicación a algún pariente tronquero por su justo precio.

Regula la LDCV el procedimiento de llamamiento, mediante edicto o notificación notarial a los parientes tronqueros. Los plazos de la tramitación son de caducidad y su transcurso podría llegar a permitir la libertad del propietario para la enajenación. La saca foral no tiene la naturaleza de un retracto porque el precio de adquisición no será el que pagó el comprador sino el que se establezca mediante la tasación del inmueble y porque el pago se hace al transmitente y no al adquirente. La autora —la Dra. SEISDEDOS— califica esta acción de mera anulabilidad.

En la saca foral la legitimación activa del pariente tronquero se reserva a aquel que pertenezca a una línea anterior a la del adquirente. En la escritura de la enajenación onerosa de bienes troncales sujetos a derecho de adquisición preferente se indicará si se efectuó el llamamiento. El plazo —que lo es de caducidad— se mantiene en los tres meses y se da ahora prioridad a la fecha en que se produjo el conocimiento de la enajenación, y si este no constare, se contará desde la inscripción registral.

Critica la autora la solución legal a la adquisición preferente de los tronqueros en casos de ejecución hipotecaria y procedimientos de apremio. Con la LDCV,

se permite la impugnación de la enajenación forzosa por el tronquero aunque se hayan respetado escrupulosamente todos los trámites y requisitos establecidos por las leyes para su realización, y aunque no haya querido ejercitar su preferencia adquisitiva en un momento anterior, durante el procedimiento de ejecución.

Como en otras legislaciones forales, también en el País Vasco existe una regulación sobre las parejas de hecho, cuya inscripción es constitutiva, tal y como se examina en el capítulo XII. Cuando la pareja no haya regulado sus relaciones económicas, la norma ha optado por aplicar supletoriamente el régimen de separación de bienes del Código Civil. Esta aplicación no voluntaria choca con la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia (STC 93/2013, sobre las parejas estables en Navarra), relativa a la aplicación de normas sin manifestación de voluntad de los implicados, pero la inscripción obligatoria parece salvar este problema.

Pese a la unificación jurídica de la nueva Ley civil vasca, que establece la supletoriedad del régimen de gananciales del Código Civil, en Vizcaya se mantiene la supletoriedad del régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes, estudiado en el capítulo XIII del manual. Su naturaleza es la de un régimen de comunidad universal durante el matrimonio y sobre todos los bienes. Dependiendo de la forma de disolución del matrimonio, tendrá lugar la consolidación, en caso de muerte de uno de los cónyuges con hijos de ese matrimonio, en cuyo caso tiene lugar la división por mitad; o la no consolidación si la disolución es por causa distinta a la muerte o en ausencia de hijos, y entonces solo se dividirán por mitas los bienes gananciales o adquiridos a título oneroso, excluyéndose los aportados al matrimonio y los recibidos a título gratuito.

Delimita la LDCV las deudas de las que responde dicho régimen vizcaíno, y propone la autora que la delimitación opere por exclusión: una vez definido el campo de deudas comunes o gananciales, el resto serán deudas personales. Pese a la ausencia de remisión, al regularse algunas reglas de la liquidación y división de la comunidad, la autora entiende de aplicación supletoria el sistema previsto para el régimen de gananciales en el Código Civil.

Los capítulos XIV a XXI tratan las sucesiones, en las que se distingue entre la regulación aplicable a todo el País Vasco y las especialidades vizcaína y del Valle de Ayala. El primer capítulo de este bloque destaca los derechos del viudo o conviviente supérstite, al que le corresponde —antes limitado a Vizcaya— el usufructo de la mitad de los bienes del causante, si concurre con descendientes, o de los dos tercios en defecto de estos. Otra novedad ha sido la concesión de un derecho de habitación obligatorio sobre la vivienda en la que convivía la viuda o conviviente con el causante y la regulación del legado de usufructo universal. Finalmente, se duda de la constitucionalidad de la igualación del miembro superviviente de la pareja de hecho, pero la inscripción constitutiva parece salvar esta tacha.

También en materia de responsabilidad hereditaria y de sucesión legal se unifica el régimen jurídico para aquellas personas que ostenten la vecindad civil vasca. Se limita la responsabilidad del heredero por las deudas del causante, los legados y las carga hereditarias, hasta donde alcance el valor de los bienes heredados.

En la sucesión intestada son llamados, en primer lugar, los hijos o descendientes, haciéndolo los nietos y ulteriores descendientes solo por representación. En segundo lugar, se antepone al llamamiento al cónyuge viudo o pareja supérstite. Posteriormente, a falta de descendientes y de viudo o pareja, suceden los ascendientes. A falta de padres, y a diferencia del Código Civil, no suceden los as-

cendientes más próximos, sino que la herencia se divide por mitad entre ambas líneas y en cada una de ellas hereda el más próximo en grado. En cuarto lugar, a falta de los anteriores, sucederán los colaterales hasta el cuarto grado, llamándose conjuntamente a los tíos y sobrinos. En último lugar, sucederá en todos los bienes la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Como únicas especialidades testamentarias —tratadas en el capítulo XVI— destacan el testamento en peligro de muerte o *hil-buruko* y el testamento mancomunado, aplicables ahora a todo el territorio vasco, no solo al Infanzonado. El primero de ellos puede utilizarse aún en caso de enfermedad y no es necesario justificar la ausencia de notario y debe otorgarse ante tres testigos. Dicho testamento quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador hubiese salido del peligro de muerte, deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la muerte para su adveración mediante expediente notarial.

En el testamento mancomunado no se ha limitado a la exigencia de convivencia previa o de parentesco entre los otorgantes y solo cabe en testamento abierto o en pacto sucesorio. Siguiendo el anterior fuero guipuzcoano, se consideran correspectivas las cláusulas testamentarias de contenido patrimonial que tuvieren su causa en las disposiciones del otro y esto conlleva el recíproco condicionamiento de su eficacia. Para la revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado con excepción de las disposiciones que afecten únicamente a la sucesión del otro testador, pese al fallecimiento, las limitaciones del sobreviviente se ciñen únicamente a las cláusulas correspectivas.

Cuando muere uno de los otorgantes, para salvaguardar la reserva de la voluntad del supérstite, el interesado en la sucesión podrá obtener copia del testamento mancomunado con excepción de las disposiciones que afecten únicamente a la sucesión del otro testador. Pese al fallecimiento, las limitaciones del sobreviviente se ciñen únicamente a las cláusulas correspectivas.

Otra institución sucesoria que pasa a regularse de forma unitaria para todos los que ostenten la vecindad vasca es el pacto sucesorio. Se caracteriza por su bilateralidad e irrevocabilidad, y puede contener una transmisión actual de bienes a favor del sucesor. Considera la autora que existen tres tipos de pactos: institutivos, renunciativos y dispositivos. El causante ha de tener la vecindad civil vasca, con independencia de la ostente el sucesor. Las partes del contrato sucesorio podrán modificar o extinguir el pacto y la LDCV enumera las causas de revocación —similares a las de desheredación— y las de resolución, que son las previstas por las partes o el fallecimiento del instituido sin dejar descendientes.

También se ha tomado de la tradición vizcaína la figura —ahora aplicable a toda la Comunidad— de la ordenación por comisario. Es una fiducia sucesoria en la que el causante encomienda a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos. Podrá ser designado comisario cualquier persona y este podrá designar sucesor dentro del ámbito subjetivo que le indique el causante, en su defecto entre los herederos forzosos o el viudo o, en ausencia de estos, podrá designar sucesor libremente. El cargo de comisario es personalísimo y puede recaer en una o varias personas, nombradas simultánea o sucesivamente.

Desde la apertura de la sucesión hasta la designación, la herencia está yacente y el comisario está obligado a realizar inventario y, a falta de otra disposición del causante, ostentará la administración y representación de la herencia. Inexplicablemente, la LDCV solo ha regulado las facultades de administración y representación cuando el comisario es el viudo. Cuando no se señale plazo para el ejercicio del poder, el comisario deberá proceder a la ordenación de la sucesión

en el plazo de un año desde el fallecimiento y en caso del cónyuge cabe que el plazo sea indefinido.

El capítulo XIX trata la legítima, que tiene naturaleza de *pars bonorum*, y es colectiva en un tercio del caudal a favor de los descendientes. La peculiaridad más notable es que el causante puede atribuir la legítima solo a alguno de los descendientes, apartando a los demás. Por tanto, no se podrá dar ninguna inoficiosidad entre legitimarios. En Vizcaya la troncalidad prevalece sobre la legítima.

Los dos últimos capítulos —el XX y el XXI— versan sobre la libertad de disposición del Valle de Ayala, con su peculiar usufructo poderoso como fiducia sucesoria y el mantenimiento de las reservas lineal, viudal y la reversión de bienes donados.

Por todo ello, estamos ante una obra indispensable para el estudio del Derecho civil vasco, de indudable utilidad para cualquier operador jurídico y —especialmente— para los notarios o registradores, aunque estén destinados fuera del País Vasco.

Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA, *La sustitución fideicomisaria especial introducida por la ley 41/2003: inicio de la tangibilidad de la legítima estricta y origen de la desigual libertad de testar existente en España*. Prólogo a cargo de la Profesora Inmaculada VIVAS TESÓN, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, 248 páginas.

por

M.<sup>a</sup> FERNANDA MORETÓN SANZ  
Profesora TU de Derecho civil UNED

Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y CCsociales

Sabido es que las sucesivas reformas tanto en el Código Civil común, como en el Derecho especial, han afectado especialmente a nuestro clásico sistema legitimario. Por tanto, esta cuestión evidencia y reclama que en nuestro Derecho Sucesorio sea necesario una reforma integral y sistemática de las fórmulas legitimarias. En suma, la consabida libertad y autonomía del causante en sus disposiciones de última voluntad y, por supuesto, en la formulación legal de las sucesiones no testamentarias.

La pluralidad de estudios sobre esta temática, hace que el del Dr. BOTELLO HERMOSA constituya una aportación inestimable a ese cuerpo doctrinal, al fundamentar una realidad desconocida por buena parte de los operadores jurídicos: la posibilidad que desde finales de 2003 existe en favor de los ascendientes de personas con la capacidad de obrar modificada, de gravar el tercio de legítima estricta mediante una sustitución fideicomisaria. Téngase en cuenta, que esta reforma implicó por vez primera la fractura del que hasta entonces era el principio fundamental de nuestro sistema de legítimas: la intangibilidad de legítima estricta.

De modo que uno de sus aciertos es la elección de la materia controvertida: en este punto, el autor destaca la radical separación entre la tangibilidad de la legítima estricta mediante la sustitución fideicomisaria, con otras excepciones a la intangibilidad «cualitativa» de la legítima existentes previamente, y que como máximo podían suponer el aplazamiento de su pago (Cautela Socini, o posibilidades contempladas en los arts. 844 y 1056 del Código Civil). Y es que, como



bien sustentada, a través de la figura que centra el estudio de su monografía puede incluso llegar a producirse una excepción a la intangibilidad «cuantitativa» de la legítima estricta que conlleve a la desheredación de algunos herederos forzosos.

Una vez estimada la trascendencia temática, el profesor BOTELLO HERMOSA se detiene en la deficiente y escasa redacción técnico-jurídica que el legislador de 2003 otorgó al nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria a través de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. En la actualidad supone la existencia de una pluralidad de incertidumbres jurídicas que, con acierto, sistematiza en la presente monografía, además de fundarse en la doctrina y literatura especializada.

En la última parte de la obra el Dr. BOTELLO HERMOSA avanza uno de los aspectos que se avecinan controvertidos; es el caso de la sustitución fideicomisaria capaz de gravar incluso cuantitativamente el tercio de legítima estricta establecida en favor de cualquier hijo o descendiente incapacitado. Téngase en cuenta que en este término engloba tanto los tutelados como los curatelados, lo que supone que el nuevo alcance de la sustitución fideicomisaria también ampara a las personas curateladas. En este punto, argumenta y razona el investigador, que es un craso error ya que la *ratio legis* del 2003 era que a través de dicha institución, en exclusiva, pudieran beneficiarse las personas tuteladas, pero en ningún caso las curateladas.

Una vez detectado el citado catálogo de controversias y puntos de conflicto, el investigador concluye proponiendo las que, a su juicio, son medidas necesarias para regular de forma más eficaz y controlada la institución.

El autor de la monografía que se reseña, Pedro Ignacio BOTELLO HERMOSA, es Doctor con Mención Internacional en Derecho, Profesor de Derecho civil, y con una interesante actividad investigadora evidenciada en diversas aportaciones recogidas en prestigiosas revistas españolas y extranjeras; entre otras, La desaparición del saneamiento por evicción en la propuesta de modificación del Código Civil en materia de compraventa elaborada por la Comisión General de Codificación, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 759, 2017, 448-466; La responsabilidad civil del habitante principal de un inmueble respecto a los daños causados por cosas que caigan o se arrojen desde el mismo, en *Revista de Derecho Privado*, 100, mes 9-10, 2016, 3-17; La progresiva adaptación del conflictivo artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico, en *Pensar-Revista de Ciencias Jurídicas*, do Centro de Ciencias Jurídicas da Universidad de Fortaleza, —Brasil—, 21, núm. 1, 2016, 242-270; Sustitución del término incapacitado por el de persona con discapacidad necesitada de una especial protección. ¿Acuerdo o desacuerdo del legislador de la Ley Orgánica 1/2015?, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 754, 2016, 805-824.

A tan interesante bagaje investigador se suma, ahora, esta magnífica obra, redactada académica y científicamente y repleta de reflexiones y propuestas que evidencian la calidad intelectual del autor así como el compromiso universitario con los estudios más complejos y valientes en materias como la que hemos tenido el honor de comentar.

# 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](http://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



9 770210 044002