

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCI • Julio-Agosto • Núm. 750

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 XCI • Julio-Agosto 2015 • Núm. 750

REVISTA BIMESTRAL



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

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

Don Aurelio Menéndez Menéndez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón

Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz

Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez

Abogado

Don Joaquín Rams Albesa

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállego

Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile

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

Don Fernando Pedro

Méndez González

Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda

Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez

Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Cándido Paz-Ares Rodríguez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Gonzalo Aguilera Anegón

Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Vicente Guilarte Gutiérrez

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Don Fernando Pantaleón Prieto

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Guillermo Jiménez Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- BERNAD MAINAR, Rafael: «La porción legítima en la familia del Derecho romano» / *The compulsory share in the family Roman law*..... 1765
- GÁLVEZ CRIADO, Antonio: «El principio general del libre desarrollo de la personalidad y los pactos entre convivientes tras la STC 93/2013, de 23 de abril» / *The general principle of free development of the personality and agreements among live-in partners over Decision of Constitutional Court 93/2013, of the 23rd of April*..... 1807
- NANCLARES VALLE, Javier: «Las parejas estables tras la inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio: el retorno de la unión de hecho» / *Stable partnerships after the declaration of partial unconstitutionality of the Foral Law 6/2000, of 3 July: back to de facto partnerships* 1859
- PARDO NÚÑEZ, Celestino Ricardo: «La fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria» / *The Force of Registration Entries in Spain's First Mortgage Act* 1915

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen: «Acceso al Registro de la ejecución judicial de la hipoteca» / *Access to Registry of foreclosure*..... 1975

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas» / *The*

	<u>Págs.</u>
<i>firm commitment of the European Union to the harmonization of crossborder sucessions</i>	2017
BORETTO, Mauricio: «Responsabilidad de los administradores e insolvencia societaria. Reflexiones sobre la infracapitalización en el Derecho argentino» / <i>Liability of directors and corporate insolvency. Reflections on the undercapitalization in Argentine law</i>	2091
ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «La eficacia negativa de la publicidad registral en Cuba» / <i>Negative effectiveness of land registration in Cuba...</i>	2121

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.....	2157
---	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «El principio del interés del menor y el orden de los apellidos» / *Principle of the best interests of the child and the order of surnames*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2213

1.2. Derecho de familia:

- «La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación» / *The determination of the filiation for recognition. His eventual challenging*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2235

1.3. Derechos reales:

- «Contratos de arrendamiento sujetos al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid y venta de promociones de viviendas: una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa» / *Lease agreements subject to decree 100/1986, of 22 October, Madrid Community and*

<i>sale of promotions property: a review doctrine, jurisprudence e law</i> , por Daniel MONTERO FERREIRA	2266
--	------

1.4. Sucesiones:

— «Reforma de la fiscalidad de las sucesiones en España: tratamiento de las adquisiciones por no residentes. Modificaciones de las pensiones compensatorias consecuencia de una herencia» / <i>Reform of the taxation of the inheritances in Spain: treatment of the inheritances for non-residents in Spain: modification of the compensatory pension result of an inheritance</i> , por María CRESPO GARRIDO.....	2306
---	------

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «La nulidad del contrato de arrendamiento de larga duración sin que se realice por unanimidad de los copropietarios» / <i>The revocation of the lease for long term in properties with co-ownership</i> , por Ramón HERRERA DE LAS HERAS	2333
--	------

1.6. Responsabilidad civil:

— «Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno» / <i>When the employer responds almost only by the fact of being: jurisprudential requirements of vicarious liability</i> , por María GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	2342
--	------

1.7. Concursal:

— «El régimen de segunda oportunidad introducido por el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero» / <i>The second-chance procedure introduced by Royal Decree-Law 1/2015 of 27 February</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS...	2365
---	------

2. MERCANTIL:

— «Acerca de la limitación de la retroactividad de la “cláusula suelo” en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público» / <i>On the limitation of the retroactive nature of floor clauses in the Supreme Court ruling of 25 March 2015 on the basis of the ge-</i>	
---	--

	<i>Págs.</i>
<i>neral restitutive procedure in nullity and public policy,</i> por Francisco REDONDO TRIGO	2385
3. URBANISMO:	
— «El incumplimiento del deber de urbanizar como infracción urbanística y los requisitos para su constancia registral» / <i>Failure to develop as an urban law infringement. Requirements to record the infringement in the Land Registry</i> , por Vicente LASO BAEZA	2405
4. DERECHO BANCARIO:	
— «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria» / <i>The abusive nature of early maturity clauses in foreclosure procedures</i> , por Víctor BASTANTE GRANELL.....	2420
 ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS	
Información de actividades	2457
 RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION	
«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», de Teodora F. TORRES GARCÍA y María Paz GARCÍA RUBIO, por Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ.....	2463
«La venta extrajudicial de bien hipotecado», de Álvaro Núñez Iglesias (Coord.), por ELENA SÁNCHEZ COLLADO.....	2468

ESTUDIOS

La porción legítima en la familia del Derecho romano

The compulsory share in the family Roman law

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Catedrático de Derecho Civil

*Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIIJ)
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)*

RESUMEN: La porción legítima en la actualidad es el resultado de una evolución histórica que arranca desde el Derecho romano, pasando por la influencia germánica, hasta desembocar en la codificación francesa. El modelo francés es adoptado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del derecho romano, aun cuando entre cada uno de ellos puedan mediar diferencias en torno a las personas legitimarias, la cuota de la porción legítima y su naturaleza jurídica.

ABSTRACT: *The compulsory share today is the result of a historical development that starts from Roman law, through the Germanic influence, until reaching the French codification. The French model is adopted by most legal systems belonging to the family of Roman law, although between each can mediate differences on the beneficiaries, share the portion and the legal nature.*

PALABRAS CLAVE: Testamento. Libertad de testar. Porción legítima. Reserva familiar germánica. Derecho romano. Derecho germánico. Codificación.

KEY WORDS: *Will. Freedom of make a will. Compulsory share. Family reserve. Roman law. Germanic law. Codification.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: UNA VISIÓN HISTÓRICA.—II. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO DE CODIFICACIÓN.—III. LA PORCIÓN LEGÍTIMA EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA FAMILIA DEL DERECHO ROMANO: 1. ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y LATINOAMERICANOS; 2. EN PARTICULAR, EL DERECHO ESPAÑOL: A) El Código Civil español. B) Las legislaciones forales.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: UNA VISIÓN HISTÓRICA

El Derecho primitivo romano consagra abiertamente en la Ley de las XII Tablas una libertad de testar casi ilimitada¹. Libertad que comenzó a recortarse paulatinamente en sede de legados, donaciones y desheredación. La legítima romana surge con base en el deber ético (*officium pietatis*) que recae sobre el *paterfamilias* de proteger a los parientes más próximos frente al riesgo de ser preteridos². Será el derecho pretorio el que comienza a reconocer tal figura y la transformará en un deber de carácter legal³, consumando la conversión de una legítima de carácter formal en una legítima real.

Por fin, la legislación justiniana consagrará una nueva concepción familiar que abandona definitivamente el parentesco civil agnaticio y adopta exclusivamente la consanguinidad, eso sí, condicionada a la legitimidad matrimonial⁴, dada la influencia ejercida por el cristianismo en todos los ámbitos del Imperio una vez que se instala como religión oficial. Con ello se pretende fortalecer las relaciones interparentales basadas en un modelo familiar unido por vínculos de solidaridad, lo que contribuirá sobremedida a la consolidación de la institución de la legítima mediante la conservación de algunos de sus precedentes legislativos y la incorporación de novedades significativas en aspectos tales como su cuantía, relación de beneficiarios —legitimarios—, o las justas causas para desheredar (Novelas 18 del 536 d.C. y 115 del año 542 d.C., respectivamente).

La legítima romana, en cuanto a los ascendientes y descendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición o desheredación entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha al haber dejado en el testamento la *portio debita* por cualquier otro concepto (legado, donación, o fideicomiso). Sin embargo, con relación al resto de los legitimarios, que sí podían recibir su respectiva *portio debita* por cualquier título⁵, la legítima pudo ser considerada más bien como una *pars o quota bonorum*, de manera que se les otorgaba a los legitimarios la titularidad sobre una parte de la herencia preestablecida.

Por el contrario, el testamento era desconocido en el Derecho germánico⁶, puesto que en él regía el célebre principio consuetudinario «*der Erbe wird geboren, nicht erkoren*», que pasó más tarde al antiguo Derecho francés bajo la expresión «*heredes gignuntur, non fiunt; solus Deus heredem facere potest, non homo*» (los herederos nacen, no se hacen; solo Dios puede hacer un heredero, no el hombre)⁷. En efecto, no son los sentimientos del padre, sino la voluntad divina, la que pone la herencia del padre en manos de sus hijos, aun cuando tanto los hijos naturales como las hijas fueran excluidos del reparto, a los fines de evitar que los bienes salieran de la familia. Precisamente por ello se consagra como regla general la prohibición de testar, para preservar una costumbre muy arraigada entre los germanos por la que el derecho hereditario, sobre todo con relación a los bienes inmuebles, estaba estrechamente ligado y orientado al cumplimiento de ciertos deberes políticos y militares que la mujer casada no podía cumplir. Al prohibirse la práctica del testamento, se evitaba que bienes familiares pudieran salir de la familia, tal como sucedería en el caso de que se atribuyeran tanto a los hijos naturales como a las hijas.

Frente a lo que sucedía en el Derecho romano, en donde la personalidad del difunto continuaba a través de la del heredero, el Derecho germánico hacía prevalecer la posición del heredero, quien adquiría la herencia, no por la deferencia que el *de cuius* tenía con él, sino por derecho propio, razón por la cual aquel nunca respondía personalmente de las deudas del difunto⁸, salvo que los bienes hereditarios estuvieran afectos al pago de los acreedores en todo su valor y, aun en este supuesto, nunca lo haría más allá del valor de los bienes hereditarios.

A estos usos largamente practicados debe añadirse la vigencia del principio de la copropiedad familiar⁹, que no es sino una manifestación concreta de la copropiedad germánica o en mano común, en cuya virtud los hijos no sucedían al padre en su patrimonio, sino que recibían lo que ya les correspondía por la propia configuración de la familia germánica, esto es, los hijos contaban con un derecho de copropiedad sobre el patrimonio del padre mientras este vivía y, tras su muerte, este derecho pasaba a ser de su propiedad exclusiva.

Una vez que los bárbaros invadieron el Imperio romano, su Derecho coexiste con el Derecho romano¹⁰. Fruto de esta convivencia, se produjo una influencia recíproca entre ambos ordenamientos jurídicos y en el pueblo vencedor surge un Derecho germánico claramente romanizado. Precisamente, tras el contacto de aquellos con los galorromanos, quienes, al igual que los romanos, rechazaron la sucesión intestada y, ante un ferviente deseo en realizar legados de carácter piadoso «*por bien del alma del donante o las de sus parientes*», los pueblos bárbaros recurrieron a la institución del testamento¹¹. Tal nuevo uso no solo ocasionó innumerables conflictos entre la Iglesia y las colectividades religiosas con los parientes más cercanos del difunto¹², sino que también, por su través, logró consolidar el derecho de la familia y el respeto a la copropiedad familiar primitiva incluso sobre la voluntad del individuo¹³. Prueba de lo afirmado es

que, para proteger a los herederos, se les concede un derecho de adquisición preferente —retracto gentilicio— ante las eventuales enajenaciones a título oneroso efectuadas por el *de cuius*, así como también se limitan las disposiciones a título gratuito al monto de lo que pudiera entenderse una limosna razonable, con el fin de evitar legados excesivos, práctica esta que se erigirá en el antecedente de la denominada parte de libre disposición de la herencia con la que cuenta el causante.

Así pues, aunque los pueblos germánicos llegaron a adoptar el testamento romano con sus requisitos, modalidades y consecuencias, conservaron el espíritu de una antigua regla propia según la cual «*el derecho hereditario emana del parentesco, de los vínculos de sangre*», de tal manera que los parientes eran llamados a la sucesión dependiendo de la mayor o menor proximidad de parentesco que mantuvieran con el difunto.

Del aparente antagonismo que resulta de la copropiedad familiar original del Derecho germánico y la libertad de testar propia del Derecho romano surge la reserva familiar germánica: así es, nace para el jefe de familia la obligación de conservar una porción de los bienes «*propios*»¹⁴, generalmente cifrada en los cuatro quintos, en favor de los hijos, y en su defecto, de los parientes de la línea de la que los bienes procedían, al margen de su mayor o menor vinculación con el *de cuius* (primero les correspondía a los descendientes del padre; en su defecto, a los del abuelo y, a falta de estos, a los del bisabuelo, sin admisión del derecho de representación¹⁵, lo que hará aplicable la ancestral regla *paterna paternis, materna maternis*). Aflora así la institución de la reserva como una consecuencia de la copropiedad doméstica¹⁶, de tal manera que, a los fines de proteger eficazmente a la familia, la parte disponible quedaba reducida, por un lado, al quinto de los bienes propios y, por otro, a todos los bienes adquiridos y todos los bienes muebles.

Vemos que la reserva familiar germánica, más que tratar de proteger a los herederos, que sí los protegió, tendía a evitar legados que excedieran de la parte de libre disposición, lo cual no aplicaba, como regla general, en sede de donaciones. Así pues, primigeniamente, la reserva familiar germánica representaba la antítesis de la institución romana de la legítima, al ser una consecuencia de la concurrencia de varios factores ligados estrechamente con principios consuetudinarios propios del Derecho germánico: el derecho hereditario proviene del parentesco, de los vínculos de sangre; la prohibición de testar; la afección del derecho hereditario al cumplimiento de deberes familiares y políticos; y la copropiedad familiar.

Sin embargo, a veces, esta reserva resultaba insuficiente para proteger los derechos de los hijos, tal como sucedía, por ejemplo, cuando el causante disponía *mortis causa* de sus bienes muebles y de los adquiridos, de ser estos los mayoritarios o los únicos que existieran en su patrimonio. En la medida que la mayoría de las costumbres no prohibían la enajenación *inter vivos* de los

bienes propios y, a los fines de limitar este poder absoluto del padre de familia, se acudió con carácter subsidiario al auxilio que representaba la legítima romana, eso sí, mediante algunas modificaciones¹⁷: solo favorecía a los hijos y descendientes; recaía sobre todos los bienes, propios y adquiridos; constituía un derecho individual de cada legitimario y tenía por objeto una porción de la cuota de bienes que cada uno de ellos habría obtenido en ausencia de actos de disposición a título gratuito realizados por el *de cuius*. Es decir, dicha legítima garantizaba los derechos de los legitimarios, tanto frente a las donaciones entre vivos, como ante las disposiciones testamentarias¹⁸ y, gracias a la labor de la jurisprudencia consuetudinaria, se llegó a considerar la legítima, no una cuota parte de los bienes, sino más bien una porción de la sucesión misma que devenía indisponible en protección del interés de los hijos y que, a diferencia de la legítima romana, de monto variable, resultaba fijada en la mitad de la porción hereditaria a la que tendrían derecho, en caso de que el difunto no hubiera realizado actos de disposición a título gratuito. Este constituye el origen del «sistema de las parentelas»¹⁹ presente en la actualidad en el Derecho suizo y en el alemán.

En efecto, la legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos: mientras que la primera surge tardíamente como un remedio ante la potestad ilimitada del testador, la segunda trata de salvaguardar el principio consuetudinario según el cual el jefe de familia no podía disponer individualmente de los bienes inmuebles propios de la misma. De ahí que, dada esta disparidad primigenia, se ha sostenido que, lejos de encontrar un paralelismo entre ambas figuras, la reserva familiar tendría una mayor conexión con la institución de la cuarta Falcidia del Derecho Romano²⁰, pues, por medio de esta última, se pretendía preservar el derecho del heredero frente a legados excesivos ordenados por el testador (en mayor cuantía de las tres cuartas partes del caudal hereditario) y evitar, así, la renuncia a la herencia por el escaso interés que pudiera suscitar para él su aceptación, situación indeseable entre los romanos, al entenderse como una verdadera afrenta para la memoria y el buen nombre de sus antepasados y que conduciría, indefectiblemente, a la apertura de la sucesión intestada. Aún así, en ambas instituciones señaladas, tras su evolución, se observa un elemento común, al erigirse como verdadera restricción a la voluntad del testador, y es que por medio de las dos figuras en ciernes se pretendía lograr la protección de los parientes más próximos con relación a la herencia del familiar fallecido.

Vemos, pues, que el proceso histórico de la legítima romana y de la reserva familiar germánica, tras el periodo de mutua y recíproca influencia enriquecedora, concluirá con la fusión de ambas²¹ y el surgimiento de un *tertium genus*, que constituye el exponente de la legítima presente en el *Code* francés, el cual sirvió de modelo para otros muchos ordenamientos jurídicos. Así pues, a pesar de ser numerosos los aspectos que las distinguen (origen, beneficiarios, título, fundamento, cuantía, objeto, contenido, naturaleza jurídica, finalidad, ámbito de

aplicación y proyección), el Código Civil francés recogerá en su seno una versión moderna de la institución, una fusión equilibrada, que irradiará su ejemplo, tal como vamos a poder comprobar a continuación.

II. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS COMO MODELO DE CODIFICACIÓN

La legítima moderna nace en el Código Civil francés y constituye un punto de equilibrio entre la legítima romana y la reserva familiar germánica. En esta, como en otras materias, el *Code* se erige en modelo de buena parte de las legislaciones modernas de tipo occidental.

La Edad Media supuso el regreso a unas ideas que se consideraban superadas²², tales como, por ejemplo, que la sucesión se resolvía en el seno de la propia familia, hasta tal punto que el testamento romano tiende a desaparecer en los territorios romanizados, amén de ser una práctica desconocida para los pueblos germánicos; y, aunque los diversos derechos consuetudinarios presentaron diversos modelos sucesorios, se mostraron muy alejados del creado por el emperador Justiniano. Ello propiciaría que la doctrina del *Ius commune* contara con una proyección limitada sobre este punto en los diversos territorios europeos²³, ya al ser excluido el testamento en estos, ya al resultar modificado a través de las costumbres locales o de los derechos estatutarios.

No obstante, el Derecho canónico vuelve a insertar la figura del testamento en la práctica medieval, pero con un tratamiento distinto al romano, pues, más que utilizarse para disponer la institución de herederos, tendió a favorecer a la propia Iglesia o a alguna de sus corporaciones por medio de legados o fideicomisos, instituciones jurídicas estas que ahora encuentran un desarrollo muy considerable²⁴. Esta nueva versión y configuración del testamento se incorporará en la práctica de los derechos locales y territoriales. Y es que la concepción romana del testamento distaba de la mentalidad sucesoria de la época medieval, arraigada en el Derecho visigodo y en el Derecho consuetudinario francés: en efecto, los herederos naturales eran los hijos y, en su defecto, los ascendientes; la única disposición patrimonial admisible era la cuota a favor del alma, por influjo canónico²⁵. Aunque los legistas integrarán la reserva familiar germánica en el sistema de legítimas, por entender aquella como una ampliación de esta, sin embargo, los juristas franceses consideraron la reserva familiar como un límite a la libertad de testar compatible con el sistema de legítimas, de tal manera que los legistas franceses, al tiempo de la recopilación de los diversos Derechos consuetudinarios, introdujeron el sistema romano justiniano de legítimas, por el cual se permite tanto impugnar el testamento inoficioso, como reducir los legados en el caso de lesionar la legítima.

Hacia mediados del siglo XIII la legítima romana comenzó a penetrar en los territorios donde regía el derecho consuetudinario, de clara ascendencia germá-

nica, para imponer limitaciones al *de cuius* en la libre disposición de sus bienes muebles y de conquista, protegiendo así a los descendientes subsidiariamente, esto es, cuando la reserva de los cuatro quintos no bastara para proporcionarle al hijo la mitad de su porción hereditaria²⁶. A mayor abundamiento, la Baja Edad Media propiciaría el enriquecimiento de los mercaderes, quienes fueron amasando una riqueza considerable, transmisible por herencia, si bien quedaran fuera del acervo hereditario los bienes propios, que, por vía de donación o de legados, pudieran ir destinados a personas extrañas a la familia. Surge, así, la necesidad de obtener una protección para los parientes más cercanos respecto de estos bienes propios procedentes de los antepasados.

En la Francia donde regía la *coutume de Paris* la legítima solo se atribuía a los descendientes y no a los ascendientes ni hermanos y, por lo demás, era una porción consistente en la mitad de lo que cada hijo recibiera en la sucesión intestada de sus padres o ascendientes. Por ello, en la Francia consuetudinaria, la legítima contó con un papel subsidiario y sirvió para reforzar la posición jurídica de los hijos respecto de la legítima consuetudinaria de los cuatro quintos, relacionada con la añeja institución germánica de la reserva familiar²⁷, de tal manera que cuando, contra el tenor de las costumbres germánicas, se otorgó al individuo la facultad de disponer de sus bienes por testamento, se quiso proteger a los parientes más próximos y, a tal fin, se restringió la libertad del testador para que solo pudiera legar a extraños una parte de los bienes procedentes de sus antepasados.

Precisamente, debido al influjo de la legítima romana, en los países de Derecho consuetudinario se adoptó un sistema mixto y el testador verá recortada su libertad testamentaria, de tal manera que va surgiendo una nueva modalidad de legítima consuetudinaria con características particulares: mientras que para los bienes propios se aplicó la reserva germánica (*paterna paternis, materna maternis*), para los bienes muebles y los adquiridos se aplicó la legítima romana, solo a favor de los parientes más próximos (hijos y padres pobres), siempre que la reserva sobre los bienes propios resultara insuficiente para asegurar su sustento. Habrá que esperar, finalmente, al siglo XVI para la consolidación definitiva de la figura y su monto se cifrará en la mitad de los bienes muebles y de conquistas. Sin embargo, en la medida que la legítima fue considerada en los países de Derecho consuetudinario un complemento de la reserva, aquella se configuró como una cuota hereditaria que incorporaba la obligación de pagar las deudas del *de cuius*, en virtud del principio tradicional según el cual nadie tenía derecho a la legítima sino era heredero (*nemo legitimam habet nisi qui heres est*).

La conformación del Derecho sucesorio según el modelo justiniano, recogido por el *Ius commune*, añade a las nociones básicas romanas la marcada influencia de la doctrina liberal y de la Ilustración, claramente contraria al *Ancien Régime*, lo que propiciará el cumplimiento del deseo tan largamente anhelado de

hacer sucumbir los intereses de la nobleza y de la alta burguesía. En efecto, se impone el principio de la igualdad llevado hasta sus últimas consecuencias²⁸, lo que hará desaparecer los regímenes especiales sucesorios, así como instituciones tan rancias y arraigadas como el mayorazgo; se equiparan los sexos a los fines de la sucesión legal; se eliminan preferencias o exclusiones en el orden de suceder; y se fomenta la división de la herencia para propiciar la liberación económica de numerosos patrimonios vinculados, frente al ideal de un patrimonio familiar unido e indiviso propio del Antiguo Régimen.

Una vez que triunfa la Revolución francesa en 1789 y, a pesar de la implantación de principios que reforzaban la libertad individual, lo cierto es que la libertad testamentaria se vio claramente recortada sobre la base de un pretendido interés general que recomendaría restringir la libertad de disposición a título gratuito del propietario sobre sus bienes. Las ideas revolucionarias que calaron inicialmente, por influjo de Robespierre, entendían que la libertad de testar era nociva para el interés del Estado²⁹, pues propiciaba la concentración de grandes patrimonios, así como la discrecionalidad y el despotismo paterno hacia sus hijos, sin olvidar que, ante un más que reinante espíritu anticlerical revolucionario, se recelaba abiertamente de la posible captación de la voluntad del testador por parte de los sacerdotes en el ejercicio de su ministerio.

Así es, en una clara expresión del deseo visceral de reaccionar contra instituciones propias del *Ancien Régime*, tales como la primogenitura, la desheredación de los hijos menores o de las hijas dotadas, y las sustituciones hereditarias, la Convención³⁰ redujo la porción disponible del testador a un décimo de la sucesión, porción que no podía ser atribuida a un heredero, de tal modo que ya no dependería del testador la posibilidad de mejorar a alguno de sus descendientes o ascendientes³¹. Las referidas medidas tenían un claro tinte político, pues pretendían seducir al voto de las generaciones jóvenes y, con ello, reducir la influencia de la generación de sus padres, mucho más reticente a las nuevas ideas revolucionarias.

El Derecho de los primeros tiempos revolucionarios (Decreto de marzo de 1793) prohibió al ciudadano con hijos efectuar liberalidades entre vivos o por testamento, con lo cual hacía desaparecer la cuota de libre disposición³². Aún así, en los trabajos de discusión de la Constituyente nadie osó plantear la eliminación del testamento y, frente a los que propusieron reducir la libertad de testar a un décimo o a una cuarta parte de toda la herencia³³ —en cuyo caso la legítima constituiría los nueve décimos, o las tres cuartas partes, respectivamente—, por fin se impuso la tendencia de los romanistas, más favorable a reafirmar la libertad del testador.

No obstante, el mencionado triunfo del tinte radical apuntado fue provisional, puesto que, siguiendo la estela del Derecho consuetudinario, la Convención votó dos importantes leyes que cambiaron la tendencia señalada y que, no solo mantuvieron la tradicional legítima consuetudinaria, sino que la ampliaron

considerablemente, aunque por razones emanadas del espíritu revolucionario al tratar de superar instituciones y fórmulas propias del Antiguo Régimen: en efecto, en virtud de la ley del 5 de brumario y del 17 de nivoso del año II (6 de enero de 1794)³⁴, se fijó la parte disponible en un décimo en presencia de herederos en línea recta, dentro de los cuales se incluían los hijos naturales con plena igualdad de derechos respecto de los hijos legítimos; en una sexta parte en presencia de colaterales, si bien se aumentara la cuota cuando se disponía a favor del cónyuge; no se admitía la institución de heredero a través de testamento; se vinculaba una parte determinada del patrimonio —reserva— a los legitimarios, de tal manera que solo cabía actos de disposición sobre la parte restante —*quotié disponible*— con la posibilidad de ser reducidos si afectaban la reserva; e, incluso, se prohibió disponer de la parte de libre disposición a favor de uno de los herederos, de tal modo que esta debiera destinarse forzosamente a un extraño.

Más aún, sosegados los ardores primigenios de la Revolución, la Ley de 4 de germinal del año VIII (25 de marzo de 1800) morigeró el extremo y elevó considerablemente la porción disponible en función del número de hijos que dejara el padre de familia: la cuarta parte de la sucesión si no dejaba más de tres hijos vivos; la quinta parte, si dejaba cuatro hijos; una sexta cuando dejara cinco y así sucesivamente, esto es, una cuota igual a una fracción cuyo denominador resultaba del número de hijos más uno³⁵, con la particularidad de que lo disponible, ahora ampliado, podía ser atribuido a uno de los reservatarios, de tal forma que con ello el padre de familia podría mejorar a uno de los coherederos si le dejaba esa parte, con lo cual, con límites muy estrechos, aquel podía establecer diferencias en el trato entre sus hijos favoreciendo a unos en detrimento de los otros³⁶.

El Código Civil francés consuma la fusión de ambas figuras —legítima romana y reserva familiar germánica— en una institución única, con lo cual logra una transacción entre las diversas instituciones de la antigua Francia y del Derecho revolucionario, razón por la cual en el mismo se habla indistintamente tanto de legítima como de reserva, de legitimarios y de reservatarios, hasta tal punto que la llamada legítima adquirió las características de la reserva germánica³⁷. Así pues, se produce la absorción de la legítima romana por la reserva germánica³⁸, de tal manera que la llamada legítima adquiere los caracteres de la reserva germánica. En efecto, aun cuando la redacción final del Código, fruto de discusiones arduas en torno a las personas que habrían de entenderse legitimarios y el monto de la reserva, no resulta clara respecto del carácter que se ha querido asignar a la misma, lo cierto es que el sistema por fin adoptado representa una combinación de principios tanto de la reserva germánica, como de la legítima de origen romano admitida en los países de Derecho consuetudinario.

No obstante lo señalado con antelación, de la misma manera que afirmamos que la legítima adoptada en el Código Civil francés absorbe la doble influencia

constatada —reserva familiar germánica y legítima de origen romano aceptada en países de *Droit coutumier*—, también podemos precisar que se separa de ambas en algunos aspectos³⁹: por un lado, se aleja de la legítima romana incorporada a los países de costumbre en que se atribuye tanto a los ascendientes como a los descendientes, así como también por su atribución colectiva a todos los legitimarios, y no individualmente a cada uno de ellos; pero, por otro lado, también se aleja de la reserva germánica, pues solo se atribuye a los herederos en línea recta, recae sobre todos los bienes de la herencia indistintamente, protege tanto de las disposiciones de última voluntad como de las donaciones realizadas por el difunto e, incluso, varía su monto en función del número de hijos y de la concurrencia o no de ascendientes.

Así es, el Código francés constituye un ejemplo de prudencia y ponderación que conduce al eclecticismo no exento de complejidad⁴⁰, una transacción entre las diversas instituciones tradicionales francesas y el nuevo Derecho revolucionario⁴¹, que logra conciliar, por un lado, el principio de libertad de testar y, por otro, la protección en la sucesión de los derechos pertenecientes a la línea recta. En efecto, los redactores del Código Civil adoptan la figura de la legítima para lograr la igualdad entre los herederos y así evitar liberalidades excesivas que mejoren a uno en detrimento de otros.

En su versión original son herederos forzosos los descendientes legítimos y los ascendientes legítimos, de modo que ni los hermanos/as, ni el cónyuge supérstite —solo cuenta con el derecho a reclamar alimentos de la herencia en caso de necesidad—, son reputados como tales.

El *Code* aumenta la cuota disponible si lo comparamos con las leyes revolucionarias que le precedieron, si bien esta resulta variable en función del número de hijos pues, a mayor número de hijos, mayor es la cuota legítima y, por tanto, menor es la cuantía de la cuota disponible⁴²: la mitad, si el difunto no deja más de un hijo (la porción legítima será, por tanto, la mitad de la herencia); la tercera parte, si deja dos (la porción legítima será, en consecuencia, las dos terceras partes del caudal hereditario); y, por fin, la cuarta parte, si deja tres o más hijos (supuesto en el cual la legítima estará conformada por las tres cuartas partes del total de la herencia). No obstante, en la medida que se permitió que el *de cuius* pudiera mejorar a alguno de los herederos con la parte de libre disposición para reparar posibles desigualdades, tal facultad de mejorar podía asimismo fomentar atribuciones desiguales, con lo cual la pretendida igualdad entre los herederos solo se habría alcanzado relativamente.

A falta de hijos, son herederos forzosos los ascendientes legítimos, en el orden que la ley les llama a suceder, en una cuota también variable: la cuarta parte de la herencia por cada línea, cualquiera que sea el número de los ascendientes llamados a la sucesión en cada rama⁴³.

Con arreglo a lo señalado, el Código Civil insta una legítima menos sustanciosa que la consuetudinaria —reserva—, pero más fuerte que la roma-

na⁴⁴. Se inspira, por un lado, en la reserva familiar al reducir el beneficio al heredero —*pars hereditatis*—, de modo que el legitimario habrá de aceptar la sucesión y quedará obligado por las deudas *ultra vires*; y, por otro, recibe el influjo de la legítima romana, pues no se concede sino a los parientes muy próximos —parientes en línea directa— con la exclusión de todos los colaterales, incluidos los hermanos del difunto, toda vez que se calcula sobre todos los bienes de la sucesión al tiempo del fallecimiento, ya no solo los propios, y, además, protege a los legitimarios tanto contra las liberalidades *inter vivos* como contra las *mortis causa*, permitiendo que la cuota de libre disposición se atribuya a alguno de los hijos.

Por ello, respecto a la naturaleza jurídica de la legítima que se impone en el Código Civil francés, en la medida que sus redactores copiaron tanto reglas de la legítima romana, como de la reserva familiar germánica, no se logró imponer ningún sistema en estado puro⁴⁵: ni se considera *pars bonorum*, esto es, un derecho perteneciente a los parientes muy próximos, sean herederos o no, cual sucede en la región meridional francesa de Derecho escrito con influencia del Derecho romano; ni se reputa en puridad *pars hereditatis* o atributo del heredero, como resultaría si solo se atribuyera al pariente que acude a la sucesión, tal cual sucedía en la zona septentrional francesa de Derecho consuetudinario, con clara ascendencia germánica.

A pesar de lo dicho, prevalece con claridad su carácter de *pars hereditatis*, toda vez que la porción constituye la sucesión misma recortada en la porción disponible, si se dispuso de ella, protegida contra las liberalidades⁴⁶. Se trata de una parte integrante de la sucesión, de tal manera que el patrimonio del *de cuius* que deja legitimarios se compone de la legítima y de la cuota disponible, y ambas se complementan⁴⁷. Así pues, el legitimario para hacer valer su derecho no basta con que sea pariente en grado tal que pueda suceder, sino que además debe ser heredero, por no haber renunciado y, además, no haber sido postergado por un heredero de grado superior. En contrapartida, el legitimario responderá de las deudas hereditarias con carácter *ultra vires successionis*, a menos que hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario.

Sin embargo, los redactores del Código se dejaron influir también por la legítima bajo una perspectiva de *pars bonorum* cuando se establece que todo heredero no es legitimario, sino solamente lo son, entre ellos, los parientes muy próximos⁴⁸, es decir, aquellos respecto de los cuales el *de cuius* resulta obligado por un deber especial de asistencia —ascendientes y descendientes—, supuesto en el que la legítima representa un reflejo del principio de solidaridad entre los parientes de línea recta.

La primera modificación del Código sobre la materia data de 1896 (Ley de 25 de marzo), a propósito de la condición de los hijos naturales en el plano sucesorio, en cuya virtud se incorpora a la categoría de los herederos legítimos los hijos naturales, lo cual no alteraría los principios fundamentales en torno

a la legítima y la cuota de libre disposición⁴⁹. A pesar del reconocimiento de derechos legítimos a los hijos naturales, por influjo de la jurisprudencia⁵⁰, se le atribuyó una porción legítima menor a la del hijo legítimo, variable en función de su concurrencia con otros descendientes legítimos, hermanos o colaterales ordinarios, o bien con ascendientes⁵¹.

Una Ley de 13 de junio de 1930 aumentó la porción disponible a favor del cónyuge supérstite, mediante la concesión de una legítima en usufructo, incrementada nuevamente en 1961⁵².

Con la reforma del Código Civil por la Ley 72-3 de 3 de enero de 1972 sobre la filiación⁵³, se introduce el artículo 913-1 en cuya virtud, a los efectos de la porción legítima, bajo la denominación de hijos se incluyen todos los descendientes de cualquier grado, que solo se tendrán en cuenta en razón del hijo cuya plaza ocupan en la sucesión del *de cuius*; también se modifica la cuantía de la legítima de los ascendientes: así es, dicha porción será la mitad de los bienes de la herencia si el difunto dejara uno o varios ascendientes en cada línea, paterna y materna; y la cuarta parte, si solo dejara ascendientes en una sola línea. A su vez, esta Ley de 1972 introduce algunas previsiones en torno a la porción legítima del hijo natural, concretamente en los numerales 1 y 2 del artículo 915: de ser este el único llamado a suceder a su progenitor, o concurre con otros hijos que no han nacido del matrimonio al que había perjudicado el adúltero, la cantidad disponible a favor de cualquier persona que no sea el cónyuge protegido será igual a la que correspondería a un hijo —la mitad—; y en el caso de que el hijo natural viera reducida su participación en la herencia de su progenitor, podía reclamar en caso de necesidad una pensión alimenticia a cargo de la sucesión, a cambio de la renuncia de sus derechos a favor de los herederos, salvo que estos le concedieran a aquel una parte igual con la que se le hubiera beneficiado de no aplicar las reducciones previstas legalmente.

Por medio de la Ley 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001 relativa a los derechos del cónyuge sobreviviente y de los hijos adulterinos, que moderniza las diversas disposiciones del derecho de sucesión, se suprimen las diferencias de trato existentes entre hijos legítimos y adulterinos⁵⁴. Concretamente, el artículo 16 del referido texto legal, por un lado, modifica el artículo 913 del Código Civil francés que, aunque conserva el monto de la porción disponible de la herencia, monto variable en función del número de hijos que deje el *de cuius*, ya lo hace de manera indiscriminada «*sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels*», esto es, sin que haya distinción alguna entre hijos legítimos o naturales, como sí la había en versiones anteriores del precepto; y, por otro, deroga los artículos 915, 915, 1 y 2, porque establecían diferencias de trato con relación a los derechos sucesorios de los hijos naturales.

A su vez, el artículo 13 de la mencionada Ley de 2001 crea el artículo 914, 1 del *Code*, en cuya virtud, en defecto de descendientes y ascendientes, se confiere al cónyuge viudo una tercera parte de la herencia, siempre que no

esté divorciado, ni exista contra él sentencia firme de separación, ni esté incurso en un proceso de divorcio o separación de cuerpos; criterio que se ratifica al modificar el artículo 916, toda vez que para que el *de cuius* pueda disponer y agotar por liberalidades *inter vivos* o *mortis causa* la totalidad de sus bienes, no solo no deberá haber dejado descendientes y ascendientes, sino que tampoco deberá haber dejado cónyuge viudo no divorciado, ni que existiera contra él sentencia firme de separación, ni esté incurso en un proceso de divorcio o separación de cuerpos.

El artículo 17 de la Orden 2005-759 de 4 de julio de 2005 (entra en vigor el 1 de julio de 2006) modifica nuevamente el artículo 913 del Código Civil y suprime la frase que introdujo la reforma de 2001 («*sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels*»), puesto que se da por sentado que ya no existe distinción alguna entre los hijos legítimos y los naturales, razón por la cual no es necesario reseñarlo.

La Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006 (entra en vigor el 1 de enero de 2007)⁵⁵ constituye una reforma importante del Código Civil en sede de sucesiones y liberalidades, hasta el punto que modifica buena parte de los artículos 913-930.

Los cambios son más que relevantes, pues, por un lado, se ha suprimido la reserva de los ascendientes (arts. 914 y 916); y, por otro, los vigentes artículos 929 y 930 del *Code* permiten que todo legitimario pueda renunciar anticipadamente a entablar una acción de reducción o impugnación de donaciones y, en general, de liberalidades, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, por perjudicar la porción legítima, en una sucesión futura.

En efecto, después de la reforma de 2006, solo son legitimarios en Derecho francés los descendientes y el cónyuge. Porción legítima que, en el caso de los descendientes, mantiene un monto variable que dependerá del número que concurra en la sucesión, siguiendo el criterio de versiones anteriores, a mayor número de hijos, mayor es la cuota legítima y, por ende, menor la cuota disponible: la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo; dos tercios, si deja dos; y tres cuartos, si deja tres o más (art. 913); y que, en el caso del cónyuge, en defecto de descendientes, es de una cuarta parte del caudal hereditario. Todo ello conforme a los reformados artículos 913 y 914 del Código Civil.

III. LA LEGÍTIMA EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE LA FAMILIA DEL DERECHO ROMANO

1. ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS Y LATINOAMERICANOS

En general, los Códigos civiles liberales decimonónicos cuentan con el modelo sucesorio romano, pero a él se añaden también los influjos canónicos,

germánicos y estatutarios, así como también la doctrina del *Ius commune*, que significará un aporte considerable en el sistema de legítimas. Y es que también el Derecho hereditario se sumará a la tarea de transformar la sociedad mediante la instauración de los valores burgueses con el objetivo de desterrar cualquier vestigio del Antiguo Régimen⁵⁶.

No obstante, algunos ordenamientos jurídicos, tales como el británico, el canadiense y el norteamericano, con excepción del Estado de Louisiana, al admitir una libertad de testar sin límites, rechazan la figura de la legítima.

- *En Italia*, el sistema adoptado por el *Codice civile* de 1865 incluye una cuota legítima invariable⁵⁷, con independencia del número de herederos: de concurrir hijos o descendientes, el testador no puede disponer más de la mitad de sus bienes; de no dejar hijos o descendientes, pero sí ascendientes, podía disponer de los dos tercios de la herencia (arts. 805 y 807); además, el cónyuge supérstite contaba con el derecho a una legítima en usufructo (arts. 812-814).

El Código Civil de 1942⁵⁸ en sus artículos 536 y siguientes concibe la porción legítima, no como una cuota de la herencia, sino como *pars bonorum*, es decir, como un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios.

Son legitimarios el cónyuge; los hijos legítimos (a los que se equiparan los adoptivos) y naturales, respecto de los cuales opera el derecho de representación para los descendientes de unos y otros; y los ascendientes legítimos⁵⁹.

La cuota legítima que corresponde a los legitimarios, ahora variable, es la que sigue: para los hijos legítimos y naturales, la mitad o los dos tercios de la herencia, según sobreviva un solo hijo o más de un hijo, respectivamente; para los ascendientes legítimos, en defecto de los anteriores, un tercio de la herencia, que se dividirá por mitad entre la línea paterna y materna; respecto del cónyuge no separado por sentencia firme, si concurre en solitario, la mitad del patrimonio.

En el supuesto de que se produzca el concurso entre ellos, habrá que distinguir los siguientes supuestos: si concurre el cónyuge y un hijo, un tercio para cada uno; si concurre con más de un hijo, la mitad para los hijos y un cuarto para el cónyuge; de concurrir el cónyuge con ascendientes legítimos, el cónyuge cuenta con la mitad, en tanto que los ascendientes tienen la reserva de un cuarto, divisible este por mitad entre la línea paterna y materna.

Todo ello, al margen de otros derechos reservados al cónyuge⁶⁰, a tenor de lo establecido en los artículos 540, 2 y 548 del *Codice civile*, en cuya virtud, tiene también a su favor los derechos reales de habitación sobre la casa usada como residencia familiar y el uso de los muebles que la integran, ya sea esta propiedad del causante o común de ambos, teniendo en cuenta que el cónyuge cuya separación no haya sido decretada por una sentencia definitiva tiene los mismos derechos de herencia que los cónyuges no separados, si bien el cónyuge

que hubiera ocasionado la causa de la sentencia firme de separación solo tendrá derecho a una pensión vitalicia si, en el momento de la apertura de la sucesión, estaba disfrutando de alimentos a expensas del cónyuge fallecido, pensión que deberá ser proporcional al patrimonio hereditario, calidad y número de herederos legítimos, pero que, en ningún caso, podrá superar la cuantía de la prestación alimenticia existente al tiempo de la apertura de la sucesión.

- *En Alemania*, el patrimonio doméstico estaba tradicionalmente vinculado a la expectativa con la que contaban los herederos, hasta tal punto que si el causante quería disponer de dicho patrimonio requería el consentimiento de todos ellos; solamente el causante podía disponer al margen de aquellos de una cuota o parte libre —*freiteil*—. Habrá que esperar hasta la Baja Edad Media para que el causante obtenga la libertad de disposición, situación que genera la necesidad de asegurar la posición jurídica de los herederos⁶¹. A tal fin, se asumió el modelo romano de la sucesión forzosa material, que no formal, en cuya virtud se atribuía a ciertos herederos del *de cuius* (descendientes, ascendientes, hermanos y cónyuge supérstite) una pretensión legítima, de la cual no se les podía privar, consistente en una cuota fija de sus derechos en la sucesión legal o intestada, y ejercitable frente a los herederos testamentarios en el caso de no ser respetada, total o parcialmente.

La recepción del Derecho justiniano en Alemania se produce en calidad de Derecho común, con la influencia propia del Iusnaturalismo que se introduce a través del ALR prusiano y el ABGB austriaco⁶², lo que configura la legítima como una pretensión sobre el valor de la herencia, esto es, un derecho de crédito —*pars valoris*— del legitimario frente a los herederos testamentarios consistente en una parte de la porción que por sucesión legal le correspondía. El BGB sigue ese espíritu, sobre la base de los Códigos prusiano y austriaco⁶³, si bien limita la libertad de disposición del causante a la cuota no reservada a sus herederos, esto es, a la cuota libre; así como restringe la relación de legitimarios, al excluir a los hermanos del difunto y reducir el beneficio en la línea ascendente a los padres.

Así pues, son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge viudo (parágrafo 2303, 1)⁶⁴, de tal manera que si son excluidos de la herencia tienen derecho a reclamar su legítima en calidad de acreedores, que no de herederos, puesto que la legítima no deriva de la institución de heredero, salvo que otra cosa se disponga. El monto es fijo, la mitad de lo que les correspondería en la sucesión legal o intestada (parágrafo 2303, 1), a diferencia del criterio justiniano de cuota variable.

- El Código Civil suizo de 1907 amplía considerablemente en los artículos 470 y 471 el ámbito de los herederos forzosos⁶⁵, pues incluye a los descendientes, los padres, hermanos y al cónyuge supérstite. La cuantía de la legítima resulta variable, sin tener en cuenta el número de legitimarios, sino más bien la vinculación familiar de estos con el *de cuius*: en efecto, representa las tres

cuartas partes de su derecho a la herencia para los descendientes; la mitad para los padres; la cuarta parte para los hermanos; y con relación al cónyuge supérstite, si concurre con otros herederos legales, la legítima consistirá en todos sus derechos de herencia en propiedad, y de la mitad de ese derecho, si el heredero fuera único.

Varias reformas han modificado la versión original señalada⁶⁶; por un lado, la Ley Federal de 5 de octubre 1984 (en vigor desde el 1 de enero de 1988), que suprime la referencia a los hermanos como legitimarios en el artículo 470; y, por otro, la Ley de 18 de junio de 2004 (en vigor desde el 1 de enero de 2007) sobre la pareja de hecho registrada entre personas del mismo sexo, que incorpora a la relación de legitimarios la pareja de hecho sobreviviente registrada, en situación de igualdad respecto a la del cónyuge sobreviviente, de manera que a ambos se les concede una cuota legítima de la mitad de sus derechos en la sucesión legal, según lo prescrito, respectivamente, en los artículos 470 y 471 del ZGB.

- El Código de Portugal en su versión original de 1867 solo incluyó entre los herederos legitimarios a los descendientes y ascendientes⁶⁷, con una cuota legítima de las dos terceras partes de la sucesión cuando el difunto dejara descendientes o padres, y la mitad, en el caso de concurrir otros ascendientes distintos de los padres (arts. 1784, 1786 y 1787).

El nuevo Código de 1967, que deroga el anterior, regula la sucesión legítima en los artículos 2156-2167. Esta materia, como muchas otras, fue adaptada a la Constitución portuguesa de 1976 a través del Decreto-Ley 496/77, de 25 de noviembre, que introduce modificaciones al Código Civil, lo que se traduce en un fortalecimiento de la posición jurídica del cónyuge sobreviviente al ser incluido dentro de los legitimarios⁶⁸, puesto que se mantiene la redacción original en cuanto a la legítima de los descendientes o ascendientes, por separado.

Parte de la consideración de que la legítima constituye una porción de bienes de la que no puede disponer el testador por estar destinada legalmente a los herederos legitimarios, esto es, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, según el orden y las reglas establecidas en la sucesión legal. En tal virtud, la legítima se configura como una parte de la herencia —*pars hereditatis*— y los legitimarios son reputados como herederos.

Por lo que se refiere a la cuantía de la porción legítima de la que goza el cónyuge, hay que distinguir varias situaciones: si concurre en solitario, ni con descendientes ni con ascendientes, la cuantía es la mitad de la herencia; si concurre con hijos, la legítima conjunta para ambos —cónyuge e hijos— son las dos terceras partes de la herencia; la misma porción conjunta que cuando concurre con ascendientes.

En cuanto a la porción legítima de los descendientes, en defecto de cónyuge supérstite, será de la mitad o dos tercios de la herencia, según exista un solo hijo o más de un hijo, respectivamente. Si se trata de descendientes de segundo grado y siguientes, cuentan con la porción que le correspondería a

su ascendiente, con fijación de la porción de cada uno según las reglas de la sucesión intestada.

Por fin, si el causante carece de descendientes y cónyuge, la legítima de los ascendientes es de la mitad o un tercio de la herencia, conforme son llamados los padres o los ascendientes de segundo grado y siguientes.

En el ámbito latinoamericano, tal como vamos a poder comprobar, frente a algunos ordenamientos jurídicos que ignoran la institución de la legítima (México, Guatemala, Nicaragua, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Panamá) a cambio del reconocimiento de un derecho de alimentos a ciertos parientes próximos, otros adoptan el sistema de cuota variable, ya en función del número de legitimarios, de la categoría de los legitimarios, o de ambos factores al unísono (Chile, Argentina, Colombia), en tanto que los hay de cuota fija (Venezuela y Brasil).

- El Código Civil de Chile de Andrés BELLO consagra en el artículo 1181 que la legítima es la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios, de tal manera que los legitimarios son por consiguiente herederos, lo que convierte a la porción legítima en *pars hereditatis* y no en *pars bonorum*.

Tras la Ley 19585 de 13 de octubre de 1998 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación⁶⁹, el artículo 1182 prescribe que son herederos legitimarios los hijos, personalmente o representados por su descendencia; los ascendientes, y el cónyuge sobreviviente. Sin embargo, no serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que, por culpa suya, haya dado ocasión al divorcio perpetuo o temporal. El inciso final del artículo 203 señala que «*sin embargo, se restituirán al padre o madre todos los derechos de los que esté privado, si el hijo, alcanzada su plena capacidad, manifiesta por escritura pública o por testamento su voluntad de restablecerle en ellos. El restablecimiento por escritura pública producirá efectos desde su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del hijo y será irrevocable. El restablecimiento por acto testamentario producirá efectos desde la muerte del causante*».

En virtud del artículo 1183, los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada; y el artículo 1184 preceptúa que la mitad de los bienes se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada, de modo que lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa. A tal efecto, habrá que distinguir, puesto que, no habiendo descendientes con derecho a suceder, cónyuge sobreviviente, ni ascendientes, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio; por el contrario, habiendo tales descendientes, cónyuge o ascendientes, la masa de bienes se divi-

dirá en cuatro partes, dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas, otra cuarta parte, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios, y la otra cuarta, de la que ha podido disponer a su arbitrio.

Vemos, pues, que el Código chileno adopta el sistema previsto en el Proyecto de Código Civil español de 1851, conocido como GARCÍA GOYENA, en el que junto a la legítima rigurosa, se contempla el derecho a mejorar a uno o más de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, sean o no legitimarios, una cuota de mejora cifrada en la cuarta parte de la herencia.

- El Código Civil de Colombia⁷⁰, siguiendo el modelo del Código Andrés BELLO, define en su artículo 1239 la legítima como la cuota de los bienes de un difunto que la ley asigna a ciertas personas llamadas legitimarios, los cuales son, por consiguiente, herederos. Vemos, pues, que la legítima se erige en *pars hereditatis* o parte de la herencia, y los legitimarios son reputados herederos.

El artículo 1240 en su versión original consideraba legitimarios a los hijos legítimos personalmente, o representados por su descendencia legítima; los ascendientes legítimos; los hijos naturales personalmente, o representados por su descendencia legítima; y los padres naturales. Este precepto resulta subrogado por el artículo 9 de la Ley 29 de 1982, que origina un nuevo texto en cuya virtud son legitimarios los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente, o representados por su descendencia legítima o extramatrimonial; los ascendientes; los padres adoptantes⁷¹; los padres de sangre del hijo adoptivo de forma simple. Así pues, el cónyuge no es legitimario en el Derecho colombiano, no obstante cuente con el derecho a una asignación forzosa consistente en la porción conyugal⁷² cuando carece de lo necesario para su congrua subsistencia.

A su vez, el artículo 1241 señala que los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada⁷³; el artículo 1242, modificado por el artículo 23 de la Ley 45 de 1936⁷⁴, establece que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa.

De no haber descendientes legítimos, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio; y habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras⁷⁵ con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales o descendientes legítimos de estos, sean o no legitimarios; y la otra cuarta parte de la que ha podido disponer a su arbitrio.

- En el caso de Argentina, el artículo 3591 de su Código Civil define la legítima de los herederos forzosos como un derecho de sucesión limitado a

determinada porción de la herencia. VÉLEZ SARSFIELD sigue en este punto el criterio adoptado por el Código Civil francés, razón por la cual se configura como parte de la herencia (*pars hereditatis*), lo que atribuye al legitimario la condición de heredero.

En la medida que se reputan herederos forzosos las mismas personas llamadas a la sucesión intestada (art. 3592), en la versión original del Código Civil eran considerados herederos forzosos⁷⁶ los descendientes legítimos (las cuatro quintas partes), los ascendientes legítimos (las dos terceras partes), el cónyuge (la mitad, aunque sean gananciales), los descendientes extramatrimoniales (la mitad) y los padres naturales (la mitad).

En virtud de la Ley 23.264 de 1985 sobre filiación y patria potestad, que modifica y deroga algunos artículos del Código Civil⁷⁷, son reputados herederos forzosos los hijos, ascendientes y el cónyuge (arts. 3593-3595). La legítima de los hijos es de las cuatro quintas partes de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que hubiera donado; la de los ascendientes, los dos tercios de esos mismos bienes; y los cónyuges, en defecto de los anteriores, la mitad de los bienes del cónyuge premuerto, aun cuando estos sean gananciales.

Hay que entender a los efectos del concurso de varios legitimarios que, dado que rigen los mismos principios que en la sucesión intestada⁷⁸, existe un orden excluyente entre ellos, esto es, de haber descendientes, carecen de legítima los ascendientes y el cónyuge, y el cónyuge solo tendrá derecho, en defecto de descendientes y ascendientes, por lo que los ascendientes solo contarán con legítima en defecto de descendientes; además, en el supuesto de concurrir varios legitimarios del mismo orden, se aplicarán en la distribución las mismas reglas de la sucesión intestada.

- Por lo que respecta a Venezuela⁷⁹, la legítima constituye una parte alícuota del patrimonio del causante —*pars hereditatis*—, no un legado ni un derecho de crédito a favor del legitimario —*pars bonorum*—, lo que convierte al legitimario en un heredero del causante. Son herederos legitimarios los descendientes, ascendientes y el cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes. La cuantía de la porción legítima es fija (la mitad de los respectivos derechos de estos en la sucesión intestada), con aplicación de las reglas de esta sucesión en cuanto al orden de suceder, el concurso entre varios de ellos, exclusión y derecho de representación, a tenor de lo previsto en los artículos 883 y 884 del Código Civil.

- En Brasil, el Código Civil de 1916 estableció como herederos necesarios, con exclusión del cónyuge y de los parientes colaterales, solamente a los descendientes y, en su defecto, a los ascendientes, a quienes atribuye como porción legítima la mitad de los bienes de la herencia (arts. 1721-1725)⁸⁰.

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Civil de 2002, se une a la nómina de herederos necesarios, junto a los descendientes y ascendientes, el cónyuge, tal como se establece en los artículos 1845-1850. Pertenecen a los herederos necesarios, de pleno derecho, la mitad de los bienes de la herencia, que constituye la legítima.

• En el caso de México⁸¹, como sabemos, tras la consecución de la independencia mexicana la Constitución de 1824 no impuso la codificación con carácter general, situación que propiciará que algunos Estados Federales redactaran sus propios Códigos civiles (Oaxaca, Zacatecas, Jalisco, Guanajuato). No obstante, una vez promulgada la Constitución de 1857, de claro corte centralista, el gobierno central asume la tarea de codificar para toda la nación. A tal efecto, encarga al jurista Justo SIERRA la elaboración de un Proyecto de Código Civil, finalizado en 1860, que el Congreso impone en el Distrito Federal y los territorios federales con una clara invitación a su adopción por el resto de los Estados, logro que se produce en 1870 cuando se presenta una versión revisada del Código SIERRA, con un neto talante liberal e individualista. Un nuevo Código de 1884 reemplaza al anterior de 1870, con escasas modificaciones, salvo una mayor acentuación del principio de libertad individual y de la protección del derecho de propiedad.

El Código de 1870, claramente influido por el Código Civil francés y el Proyecto de Código Civil español de GARCÍA GOYENA, regulaba profusamente la porción legítima a favor de herederos en línea recta —descendientes y ascendientes—, hasta el punto que le dedicaba treinta y seis artículos (arts. 3640 y sigs.)⁸². Sin embargo, el Código de 1884, no sin polémicos debates, adopta el principio de libertad absoluta de testar y la consiguiente supresión de la institución de la legítima sobre la base del ensanche de la libertad individual y el complemento necesario al derecho de propiedad, según lo establecido en el artículo 3242, con el único límite de la obligación de dejar alimentos a los ascendientes, al cónyuge supérstite y a los descendientes.

Tras la revolución de inicios del siglo XX acaecida en México, surge un nuevo Código Civil, hijo del movimiento revolucionario. En su seno se mantiene la supresión de la legítima, eso sí, bajo otros argumentos como sustento, puesto que, por un lado, el principio de la autonomía de la voluntad deja paso al de «*sujeción de la actividad humana a los imperativos ineludibles de interdependencia y solidaridad social creados por la división del trabajo y la comunidad de necesidades*»⁸³; y, por otro, el derecho de propiedad pierde su versión individualista y casi absoluta del Derecho romano para presentarse con un tinte más progresista, como un medio para cumplir una función social a la que está ineludiblemente llamado.

2. EN PARTICULAR, EL CASO ESPAÑOL

A. *El Código Civil español*

El sistema legitimario del Código Civil español es similar al portugués en su Código original de 1867 (Código SEABRA)⁸⁴: en efecto, el artículo 806 de este

cuerpo legal concibe la legítima como la porción de bienes de la que el testador no puede disponer por reservarla la ley a determinados herederos, los herederos forzosos, que, en virtud de los artículos 807, 808, 809, 823, 834, 837 y 838, por este orden, son los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes (en una porción de los dos tercios del haber hereditario, si bien los padres podrán mejorar a sus hijos o descendientes con un tercio de la legítima, siendo el tercio restante de libre disposición); en defecto de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes (en una porción de la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, a menos que concurren con el cónyuge viudo, supuesto en el cual la legítima será de un tercio de la herencia); y el cónyuge viudo que, al fallecimiento del causante, no se hallare separado judicialmente o de hecho, cuya legítima consistirá siempre en un derecho de usufructo (del tercio destinado a mejora, si concurre con hijos y descendientes, de la mitad de la herencia si, en defecto de descendientes, concurre con ascendientes, o de las dos terceras partes de la herencia, de no existir descendientes ni ascendientes).

En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien de la literalidad del precepto mencionado que define la legítima pareciera resultar que estamos ante una *pars hereditatis* por atribuir al legitimario la cualidad de heredero forzoso⁸⁵, lo cierto es que un sector de la doctrina⁸⁶ la presenta más bien como *pars bonorum*, toda vez que el legitimario no tiene que ser ni heredero ni legatario, sino que se configura como titular de una parte alcuota del activo hereditario, que será satisfecha por los herederos al momento de la partición hereditaria, en la forma que estos prefieran, incluso en metálico.

Muchas son las voces en la actualidad⁸⁷ que se plantean si, atendida la realidad de la sociedad española actual, impregnada de nuevos valores y situaciones, fruto de la dispersión del grupo familiar, se puede seguir sosteniendo el sistema de legítimas que presenta nuestro Código Civil basado en la familia tradicional, más aún cuando la experiencia demuestra que la sucesión hereditaria puede resolverse en el seno de la familia sin precisar la intervención del legislador. Surge, pues, la necesidad de replantearse algunas cuestiones en torno a la libertad del testador y sus posibles limitaciones (así, por ejemplo, la cuantía legalmente determinada de vinculaciones patrimoniales, su naturaleza jurídica, su compatibilidad con la satisfacción de necesidades asistenciales e, incluso, el tipo de convivencia requerida).

B. Las legislaciones forales

Como sabemos, los Derechos de los territorios españoles de la Edad Media experimentaron cada uno de ellos en particular las consecuencias de la convivencia entre el Derecho romano y el Derecho germánico. Precisamente, en la España de los visigodos esta fusión se manifiesta de forma evidente entre

hispanorromanos y visigodos. Un ejemplo de ello lo evidencia la *Lex Romana Wisigothorum*, que acepta la figura de la mejora, un punto intermedio entre el principio de libertad de testar y la sucesión forzosa, toda vez que el causante puede distribuir esa porción libremente entre los descendientes.

En Cataluña, la legislación justiniana relacionada con la legítima apenas rigió un tiempo, ya que el rey Pedro III, en 1342, fijó la porción para Barcelona en un cuarto de la herencia, porción que las Cortes de Monzón de 1585 extendieron a toda Cataluña. Precisamente, por ello, esta es la legítima que se inserta en la Compilación de 1960 en sus artículos 122 y siguientes⁸⁸.

Así es, a tenor de lo previsto en el artículo 122 del mencionado texto, «*la legítima confiere por ministerio de la Ley a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera*», razón por la cual se entiende hasta la reforma de la Compilación como *pars valoris bonorum*, esto es, un valor económico o dinerario fijo o taxativo subsumido en todos los bienes de la herencia, lo cual atribuía al legitimario una acción real contra el heredero en reconocimiento de un derecho real, con carácter *erga omnes*, que afecta a modo de carga o gravamen a todo el patrimonio hereditario y que, por tanto, podía ser mencionado en el Registro de la Propiedad⁸⁹.

Son legitimarios en la Compilación catalana los hijos legítimos⁹⁰ por partes iguales, representando a los premuertos sus respectivos descendientes legítimos por estirpes. De fallecer el causante sin hijos ni descendientes legítimos, son legitimarios los padres y ascendientes legítimos. La cuantía de la legítima es la cuarta parte de los bienes.

La nueva regulación sobre el particular, concretamente, el Título V, Capítulo I de la Ley 10/2008, de 10 de julio, en el Libro IV del Código Civil de Cataluña, sobre las sucesiones⁹¹, en su artículo 451 establece que la legítima confiere a determinadas personas el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que este puede atribuirles a título de institución hereditaria, legado, atribución particular o donación, o de cualquier otra forma. Es tomada en consideración como *pars valoris* o derecho de crédito frente a los herederos. En el mismo precepto son reputados legitimarios todos los hijos del causante y, en su defecto, los progenitores y la cuantía de la legítima es la cuarta parte. Para determinar el importe de las legítimas individuales, hacen número el legitimario que sea heredero, el que ha renunciado a la misma, el desheredado justamente y el declarado indigno de suceder, pero no lo hacen ni el premuerto ni el ausente, salvo que sean representados por sus descendientes.

Por lo que respecta a Baleares, con clara influencia romana⁹², su Compilación de 1961 reputaba legitimarios a los hijos legítimos, en una porción de la tercera parte de la herencia, si fueran cuatro o menos, y la mitad, si excedían de ese número. A falta de descendientes, eran legitimarios los ascendientes legítimos

en una porción menor, concretamente, la tercera parte (arts. 41 y 42). También era legitimario, a tenor del artículo 45, el cónyuge que, al morir su consorte, no se hallare separado legalmente o lo estuviere por culpa del difunto: si concurría con descendientes, su porción legítima consistía en el usufructo de un tercio de la herencia, que se sacará de la parte de libre disposición; en concurrencia con ascendientes, su porción legítima consistía en el usufructo de la mitad de la herencia, aun cuando llegara a afectar a la cuota de los hijos naturales; no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge viudo tenía el usufructo de dos tercios de la herencia. Toda vez que el artículo 46 del citado texto legal señalaba que la legítima atribuía derecho a una porción de la herencia y debía ser pagada en bienes de la misma, siendo ineficaz toda disposición en contrario del testador, aquella quedaba configurada como *pars hereditatis* y el legitimario adquiría la condición de heredero⁹³.

Una de las novedades que introduce el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, es que se presenta una normativa diferente en lo relativo a la condición de legitimarios, la cuantía y la naturaleza jurídica de la porción legítima para las islas de Mallorca y Menorca, por un lado, y las islas de Ibiza y Formentera, por otro⁹⁴.

En efecto, en Mallorca y Menorca son legitimarios, con arreglo al artículo 41 de la Compilación reformada, los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; en su defecto, los padres, por naturaleza o adopción; y el cónyuge viudo que al morir su consorte no se hallare separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviere por causa imputable al difunto. Sin embargo, en Ibiza y Formentera el cónyuge viudo no es legitimario, según señala el artículo 79, toda vez que solamente son legitimarios los hijos y descendientes por naturaleza, matrimoniales y no matrimoniales, y los adoptivos; y, en defecto de los anteriores, los padres, por naturaleza y adopción.

A tenor de los artículos 42, 43 y 45 de la Compilación, en Mallorca y Menorca constituye la legítima de los hijos, por naturaleza y adoptivos⁹⁵, la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad si excedieren de este número; en defecto de los anteriores, constituye la legítima de los progenitores la cuarta parte del haber hereditario; y en lo que respecta al cónyuge viudo, concurriendo con descendientes, la legítima viudal será el usufructo de la mitad del haber hereditario, en concurrencia con padres, el usufructo de dos tercios y, en los demás supuestos, el usufructo universal. No obstante, en Ibiza y Formentera, tal como prescribe el artículo 79 del texto legal referido, la legítima de los descendientes coincide en cuantía con la de Mallorca y Menorca (la tercera parte del haber hereditario si fueren cuatro o menos de cuatro, y la mitad de la herencia si excediesen de este número); en tanto que con relación a cuantía de la legítima de los padres se remite al Có-

digo Civil (arts. 809 y 810, 1), siempre que ello no contradiga lo preceptuado en este Capítulo, razón por la cual su legítima se cifra en la mitad del haber hereditario de sus hijos y descendientes.

Por fin, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la legítima, mientras que en Mallorca y Menorca, según establecen los artículos 48 y 47, respectivamente, de la Compilación, se configura como *pars bonorum*, puesto que la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario, debe ser pagada en bienes de la herencia y puede ser atribuida por el testador en virtud de cualquier título; sin embargo, en Ibiza y Formentera se torna *pars valoris bonorum*, es decir, un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios, pagadero con bienes que conformen el caudal relicto, tal como resulta del artículo 81 y siguientes de la propia Compilación.

En el caso de Aragón, la legítima de los descendientes, salvo en el caso del hijo único, era colectiva ya desde el siglo XIV, lo que confiere al testador una amplia libertad de testar, de tal manera que los hijos no contaban con otro derecho que no fuera que el padre los beneficiara en vida con algo, o bien fueran nombrados en el testamento simbólicamente —legítima formal—, si bien la herencia del progenitor debía pasar materialmente a los hijos, a cuyo fin podría distribuirla libremente entre ellos, ya por partes iguales o desiguales, ya por entero a alguno de ellos⁹⁶. Y este es el sistema que sigue la Compilación aragonesa de 1967 en sus artículos 119 y siguientes⁹⁷. En efecto, en virtud de los preceptos reseñados, «*dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el artículo ochocientos dieciocho del Código Civil, deben recaer forzosamente en descendientes legítimos y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo...*», bastando que «*aquellos descendientes sin mediación de persona capaz para heredar, no favorecidos ya en vida del causante o que no lo resulten en su sucesión intestada, necesariamente habrán de ser nombrados, o mencionados al menos, en el testamento que los excluya*», sin considerar que equivaliera a dicha mención, respecto de los nacidos después de otorgarse el testamento, el uso de expresiones no referidas especialmente a ellos, y todo ello sin perjuicio de que aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, que en la distribución de los bienes hereditarios quedaran en situación legal de pedir alimentos, pudieran reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos, teniendo en cuenta que los hijos naturales reconocidos tendrían ese mismo derecho, de no concurrir descendencia legítima y, en otro caso, la cuantía de sus alimentos no podía exceder del tercio de los frutos del caudal.

Tradicionalmente, la legítima aragonesa se ha configurado como un derecho a una parte de los bienes del causante —*pars bonorum*—⁹⁸ y no como un simple derecho de crédito sobre la herencia del causante —*pars valoris*—.

Por medio del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas se reproduce, entre otros textos legislativos, la regulación de la institución de la legítima de la Ley 1/1999 de Sucesiones por Causa de Muerte en sus artículos 171 y siguientes⁹⁹. En efecto, ahora en los artículos 486 y siguientes del nuevo texto legal se reduce la legítima colectiva a favor de los descendientes a la mitad del caudal hereditario, que puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo y, de no haberse distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal. Precisamente, en virtud del artículo 488, son reputados legitimarios de grado preferente los hijos y, en lugar de los premuertos, desheredados con causa legal o indignos de suceder, sus respectivos hijos, sustituidos en los mismos casos y sucesivamente por sus estirpes de descendientes, si bien no tendrán esta condición los descendientes de los que hubieran renunciado a su legítima.

Resulta evidente que la legítima no se configura como *pars hereditatis*, pues los herederos pueden recibir lo que les reste para cubrir su legítima colectiva como herederos o legatarios, sin precisar que ninguno de ellos sea instituido heredero. Así pues, en la medida que para cubrir el faltante de la legítima colectiva, una vez computadas las donaciones imputables en ella, debe atribuirse en bienes relictos, no resultaría suficiente a tal fin la mera atribución de un mero derecho de crédito —*pars valoris*—, por infringir el deber de su cumplimiento en bienes relictos, razón por la cual la legítima se configura como *pars bonorum*, lo que se confirma claramente cuando el artículo 487 del CDFA, en sede de títulos de atribución, prescribe que la legítima puede atribuirse por cualquier título lucrativo y que la existencia de legitimarios no impide al disponente instituir, de forma clara y explícita, heredero a un extraño.

Sin embargo, en otra serie de casos distintos y, a título excepcional, la legítima abandona su esencia de *pars bonorum* y se torna un mero derecho de crédito (*pars valoris*)¹⁰⁰. Así sucede, por ejemplo, a la hora de practicar la reducción, si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de bienes que no admita cómoda división, supuesto en el que ambas partes podrán compensarse en metálico como convengan y, a falta de acuerdo, si la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad; en caso contrario, quedará para el legitimario que reclama, debiéndose compensar la diferencia en metálico (art. 496, 3 CDFA); o en el cumplimiento de reducción de liberalidades sobre bienes relictos hechas en favor de no descendientes, que no podrá afectar al cónyuge viudo (art. 497, 3 CDFA); y en las consecuencias de la preterición no intencional, pues el legitimario preterido no intencionalmente tiene derecho, salvo previsión distinta del disponente, a una porción del caudal relicto igual a la que después de la reducción corresponda al menos favorecido

por aquel, porción que se formará reduciendo proporcionalmente las participaciones de los restantes legitimarios, aunque estos tendrán derecho a pagar al preterido su parte en metálico (art. 508, 1 CDFa).

En Navarra, la Compilación de 1973, siguiendo la tradición histórica, consagra la libertad absoluta del causante, lo cual se suele traducir en la práctica entre los esposos de instituirse recíprocamente herederos universales, confiando cada uno en que el que sobreviva distribuirá los bienes comunes entre los hijos de forma equitativa¹⁰¹. El único derecho con que cuenta el hijo no dotado ni favorecido en vida es una atribución meramente simbólica de cinco sueldos febles o carlines por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, una legítima sin contenido patrimonial, meramente formal, que no es exigible ni confiere la cualidad de heredero: un caso curioso donde la legítima constituye una mera formalidad. Así es, la legítima navarra, con arreglo a la Ley 267 de la referida Compilación consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles, si bien esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias, ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero.

Las Leyes 268-270 de la Compilación declaraban que en testamento y pactos sucesorios debían ser instituidos en la legítima foral: los hijos legítimos, los legitimados, los naturales reconocidos y los adoptados con adopción plena y, en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes legítimos o legitimados de grado más próximo, institución que debía hacerse nominativamente para los hijos y descendientes que en el momento de la disposición tuvieran derecho a ella y, para los demás, resultaba suficiente la institución colectiva, si bien no fuera necesaria la institución en la legítima foral cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiese atribuido cualquier liberalidad a título *mortis causa* o les hubiere desheredado legalmente, o en el caso de que ellos hubieran renunciado a la herencia de aquel o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima, siendo justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código Civil. Todo ello, claro está, sin perjuicio del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo que recae sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento¹⁰².

No obstante, la Ley Foral 5/1987, de 1 abril, modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra y, aun cuando mantiene la versión original de la Ley 267 respecto al concepto de legítima, sin embargo, la Ley 268 presenta alguna reforma¹⁰³: así es, en testamento y pactos sucesorios deberán ser instituidos en la legítima foral los hijos matrimoniales, los no matrimoniales y los adoptados con adopción plena y, en defecto de cualquiera de ellos, sus respectivos descendientes de grado más próximo¹⁰⁴. La institución en

la legítima foral podrá hacerse para todos los legitimarios en forma colectiva, institución que no será necesaria cuando el disponente hubiera dotado a los legitimarios, les hubiese atribuido cualquier liberalidad a título *mortis causa*, o los hubiere desheredado por justa causa, o cuando ellos hubieran renunciado a la herencia de aquel, o hubiesen premuerto sin dejar descendencia con derecho a legítima. Serán justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio del usufructo de fidelidad a favor del cónyuge viudo, que ahora se extiende al otro miembro de la pareja estable reconocida por ley, sobre todos los bienes y derechos que pertenecían al premuerto en el momento del fallecimiento¹⁰⁵.

En Vizcaya, en la parte donde regía el Fuero, la legítima es muy amplia y a la vez rigurosa¹⁰⁶, pues, como se regulaba en los artículos 21 y siguientes (arts. 22, 23, 26) de la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava, se hallaba constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador. El orden por el que se defiere la sucesión forzosa era el siguiente: en primer lugar, a los hijos y descendientes legítimos con derecho de representación a favor de su descendencia legítima; en segundo lugar, a los hijos naturales reconocidos y a los legitimados por concesión del Jefe del Estado, con derecho de representación a favor de su descendencia legítima; en tercer lugar, a los padres y ascendientes legítimos; en cuarto lugar, a los colaterales tronqueros, respecto de los bienes troncales de su propia línea. A falta de estos herederos forzosos, todos los bienes, troncales o no, eran de libre disposición. En todo caso, el testador podía distribuir libremente la herencia forzosa entre los herederos comprendidos en cada una de las líneas anteriores o elegir a uno solo de ellos, apartando a los demás. El cónyuge viudo solo tenía el usufructo de la mitad de los bienes de libre disposición cuando no concurría con hijos o descendientes legítimos.

No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco¹⁰⁷, queda derogada la Compilación de Derecho Civil de Vizcaya y Alava de 1959 y se establece una nueva regulación sobre el particular.

En efecto, en el territorio donde está vigente el Fuero de Ayala¹⁰⁸ rige el principio de plena libertad de testar, según prescribe el artículo 134 de la Ley¹⁰⁹, compatible con la figura del usufructo poderoso¹¹⁰.

En el resto del territorio vasco donde no rige el Fuero de Ayala, según los artículos 53 y siguientes (arts. 53-56 y 58) de la Ley de 1992, la sucesión forzosa¹¹¹, sin perjuicio de lo dispuesto para la troncalidad, se defiere a los hijos, incluso los adoptivos, y demás descendientes y, en su defecto, a los padres y demás ascendientes. Se configura como una porción del caudal neto relicto a pagar con los bienes del mismo (*pars valoris bonorum*). No obstante, el testador podrá distribuir libremente los bienes que integran la sucesión forzosa entre los sucesores comprendidos en cada una de las líneas, o elegir a uno solo de ellos,

apartando a los demás, e incluso preferir al de grado más remoto frente al de grado más próximo.

La legítima de los descendientes se halla constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del testador (el quinto restante es de libre disposición, si hay bienes no troncales suficientes para cubrirlo); la legítima de los ascendientes se halla constituida por la mitad de todos los bienes del testador (la otra mitad es de libre disposición, siempre que no sean troncales); sin embargo, el cónyuge viudo que no esté divorciado o separado por causa que le fuera imputable, tendrá el usufructo de la mitad de todos los bienes del causante, si concurriere con descendientes o ascendientes y, en defecto de ascendientes o descendientes, tendrá el usufructo de dos tercios de todos los bienes.

Por lo que se refiere al Fuero Civil de Guipúzcoa¹¹², la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano y las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte, se regulan en los artículos 153 y siguientes de la Ley de 1992 y, en virtud del primero de ellos, rigen en el territorio histórico de Guipúzcoa las limitaciones que a la libertad de disposición por causa de muerte impone el Capítulo II, Título III, Libro III del Código Civil, dejando a salvo algunas determinaciones en pro de la ordenación indivisa del caserío guipuzcoano¹¹³.

Respecto a Galicia, aun cuando la Compilación del Derecho especial de Galicia de 1963 solo regulaba algunas instituciones (foros, subforos y otros gravámenes; compañía familiar; aparcería; derecho de labrar y poseer; y algunas formas especiales de comunidad), la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia regula en el Capítulo V del Título X las legítimas (arts. 238 y sigs.)¹¹⁴.

En su virtud, se reputan legitimarios los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos y el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, teniendo en cuenta que, a pesar de no tener la condición de legitimarios, los apartados, los que repudiaran el llamamiento legitimario así como sus descendientes hacen número para el cálculo de las legítimas (arts. 238 y 239). Se observa, pues, que los padres o ascendientes no son considerados legitimarios en la sucesión de sus descendientes.

Constituye la legítima de los descendientes, en virtud del artículo 243 de la Ley, la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

En cuanto al cónyuge viudo, los artículos 253 y 254 disponen que si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario; y si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.

En la media que, según prescribe el artículo 240 de la Ley, los legitimarios tienen derecho a recibir del causante, por cualquier título, una atribución patrimonial en la forma y medida establecidas en la presente ley; que el artículo 255 permite que el causante podrá satisfacer la legítima del cónyuge viudo

atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión; y, por fin, que el artículo 249,1 niega al legitimario toda acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor, podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la legítima gallega es *pars valoris*, esto es, un derecho de crédito frente a los herederos.

IV. CONCLUSIONES

1. La legítima romana y la reserva germánica parten de dos polos opuestos: la primera surge tardíamente para frenar la potestad ilimitada del testador; la segunda trata de salvaguardar el principio consuetudinario por el que el jefe de familia no podía disponer individualmente de los bienes inmuebles propios familiares. Sin embargo, el proceso histórico de ambas instituciones jurídicas, tras el periodo de mutua y recíproca influencia enriquecedora, concluirá con su fusión y el surgimiento de un *tertium genus*, que constituye el exponente de la legítima presente en el *Code* francés, el cual sirvió de modelo para otros muchos ordenamientos jurídicos.

2. El Código Civil francés consuma la fusión de la legítima romana y la reserva familiar germánica, hasta el punto que la llamada legítima adquiere los caracteres de la reserva germánica. No obstante lo afirmado, podemos sostener que, aún así, tanto se aleja de la legítima romana (pues se atribuye a los ascendientes y a los descendientes; por su atribución colectiva a todos los legitimarios, y no individualmente a cada uno de ellos), como se aleja de la reserva germánica (ya que solo se atribuye a los herederos en línea recta; recae sobre todos los bienes de la herencia indistintamente; protege frente a las disposiciones de última voluntad y a las donaciones realizadas por el difunto; e, incluso, varía su monto en función del número de hijos y de la concurrencia o no de ascendientes). Todo ello permite concluir que el Código francés representa una transacción entre las diversas instituciones tradicionales francesas y el nuevo Derecho revolucionario, lo que llevará a conciliar, por un lado, el principio de libertad de testar y, por otro, la protección en la sucesión de los derechos pertenecientes a la línea recta.

La Ley 2006-728 de 23 de junio de 2006 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2007) constituye una reforma importante del Código Civil en sede de sucesiones y liberalidades, de tal manera que modifica la regulación sobre la materia. Tras la reforma de 2006, solo son legitimarios los descendientes y el cónyuge en una porción que, en el caso de los descendientes, mantiene un monto variable dependiente del número que concorra en la sucesión, siguiendo el criterio de versiones anteriores (a mayor número de hijos, mayor cuota legítima y, por ende, menor la cuota disponible): la mitad del caudal si el causante deja un solo hijo; dos

tercios, si deja dos hijos; y tres cuartos, si deja tres o más; y que, en el caso del cónyuge, a falta de descendientes, es de una cuarta parte del caudal hereditario.

3. De un examen de varios ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia romanística del Derecho, aun cuando los hay que no reconocen la legítima y la compensan con derechos alimenticios (así, por ejemplo, los países centroamericanos y México), la mayoría de ellos la contemplan, lo que nos permite hacer algunas consideraciones:

- a) Existe una coincidencia bastante generalizada en las personas que cuentan con derecho a la legítima (descendientes, ascendientes y cónyuge), si bien en algún caso —Colombia— el cónyuge no es legitimario, y en otros —Suiza— la figura también se extiende a los miembros de la pareja de hecho. La progresiva incorporación del cónyuge viudo a la cualidad de legitimario ha sido una tendencia bastante generalizada.
- b) Respecto al *quantum* de la porción legítima, mientras que la mayoría de los ordenamientos analizados cuentan con una cuota variable (Italia, Suiza, Portugal, Chile, Argentina, Colombia), hay otros, los menos, que admiten una legítima de cuota fija (Alemania, Brasil y Venezuela).
- c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, sin perjuicio de las discusiones doctrinales que al respecto se presentan, la mayoría de las regulaciones abordadas la reputan como *pars hereditatis* o parte de la herencia, otorgando al legitimario la condición de heredero (Suiza, Portugal, Chile, Argentina, Colombia, Venezuela), en tanto que, a título excepcional, constituye ya un derecho de crédito o *pars valoris* (caso de Alemania), ya un valor económico, siendo irrelevante que los legitimarios lo obtengan en calidad de herederos, o como simples legatarios o donatarios, esto es, se considera una *pars bonorum* (Italia).

4. En cuanto al examen comparativo en el ámbito del Derecho civil español y foral, si bien algunos territorios implantan el principio de plena libertad de testar (Navarra y parte del País Vasco, donde rige el Fuero de Ayala), en la mayoría de ellos se admite y reconoce la institución jurídica de la legítima:

- a) Aun cuando en algunos ordenamientos se reputan legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge viudo (Código Civil español, Mallorca y Menorca), ya no estamos ante una regla tan general como hemos podido comprobar en el análisis del Derecho comparado anterior, puesto que algunas legislaciones forales incluyen particularidades: en efecto, en Cataluña, en las islas más pequeñas de Baleares (Ibiza y Formentera), y en la parte de Vizcaya donde no rige el Fuero de Ayala, el cónyuge viudo no es tenido por legitimario; en Aragón, solo son legitimarios los descendientes; en tanto que en Galicia, son legitimarios los hijos y descendientes, así como el cónyuge viudo, en calidad de usufructuario, pero no lo son los ascendientes. Vemos,

pues, más disparidad y particularismo en las legislaciones forales a la hora de establecer quiénes cuentan con la cualidad de legitimarios.

- b) Respecto al *quantum* de la porción legítima, también observamos una situación más equilibrada: mientras que algunas legislaciones reconocen una cuota variable de porción legítima (Código Civil español; Baleares; País Vasco, en Vizcaya, donde no rige el Fuero de Ayala), otras, por el contrario, mantienen una porción fija (Cataluña, Aragón y Galicia).
- c) En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la cuota legítima y, no sin poner de manifiesto el debate doctrinal que la materia arroja, constatamos que la diversidad es más que notoria. En efecto, el Código Civil español mantiene la concepción tradicional de la legítima como *pars hereditatis*, si bien con reservas, al poderse reputar también como *pars bonorum*. Sin embargo, en el resto de las legislaciones, la variedad sobre el particular es lo más destacable: ya por entender que constituye un derecho de crédito frente a la herencia —*pars valoris*— (Cataluña, Galicia), ya por admitirse como una porción de bienes —*pars bonorum*— (Aragón, Mallorca y Menorca), o ya, finalmente, por considerarse como un derecho de crédito garantizado con un gravamen real que afecta a todos los bienes hereditarios —*pars valoris bonorum*— (Ibiza y Formentera, y en la parte de Vizcaya donde no rige el Fuero de Ayala).

INDICE DE JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994
- Sentencia C-641-00 del 31 de mayo de 2000
- Sentencia C-831-06 del 11 de octubre de 2006

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- Sentencia de 11 de marzo de 1979
- Sentencia de 8 de mayo de 1989

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA (SECCIÓN SEGUNDA)

- Sentencia de 6 de julio de 1995

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. (Coord. ALTAVA LAVALL, M, G.). (2003). *Lecciones de Derecho Comparado*. Castellón de la Plana: Universitas. Universidad Jaume I.

- AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI) (1997). *Diritto Civile*. 4**.
Le successioni a causa di morte. Torino: UTET, pp. 233 y sigs.
- AA.VV. (2003). Santos Briz, J. (Director), Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.). *Tratado de Derecho civil*. Vol. 6. *Derecho de Sucesiones*. Primera edición. Barcelona: Bosch.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., COLIN, M. (1905). *Donations et testaments*. Tomo I. Paris: Sirey.
- BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB.
- (2013). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB.
- BIONDI, B. (1954). *Il Diritto Romano Cristiano. La Famiglia. Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*. Milano: Giuffrè.
- BOISSONADE, G. (1873). *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*. Paris: Libr. de Guillaumin et Cie.
- BRETONE, M. (1987). *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza.
- BRUN ARAGÜÉS, J. J. (2006). Intangibilidad cuantitativa de la legítima. *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 411-417.
- CANNATA, C. A. (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2001). La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia. *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 1558-1578.
- (2009). La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia. *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (coord. García Rubio, M. P.). Madrid, pp. 139-164.
- COSTA, J. C. (2007). *Manual de Derecho Romano público y privado*. Buenos Aires: LexisNexis.
- DE BARRÓN ARNICHES, P. (1996). La legítima y el pacto de *non sucedendo* en el Derecho foral de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, pp. 223-232.
- DE PIRRO, V. (1894). Contributo alla dottrina della legítima. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XVIII. Roma, pp. 237-315.
- DI PIETRO, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Segunda edición. Buenos Aires: Depalma.
- EIRANOVA ENCINAS, E. (1998). *Código Civil alemán comentado BGB*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF (1976). *Tratado de Derecho civil*. Tomo V. *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona: Bosch.
- ESPITIA GARZÓN, F. (2009). *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006). Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. *Revista General de Derecho Romano*. Iustel, núm. 7. (RI §406056).
- GALICIA AIZPÚRUA, G. H. (2011). La sucesión forzosa en el País Vasco. *Tratado de Derecho de sucesiones* (Director: Gete-Alonso y Calera, M. C.), vol. 2. Thomson Reuters España, pp. 2173-2232.
- GARCÍA DE VALDECASAS, A. (1963). La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, pp. 957 y sigs.

- GAZZONI, F. (2000). *Manuale di Diritto Privato*. Octava edición. Napoli, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane.
- HUALDE MANSO, V. (2002). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*. Pamplona: pp. 791 y sigs.
- KOSCHAKER, P. (1966). *Europa und des römischen Recht* (trad. Santa Cruz Tejeiro. Madrid, 1955). Munich-Berlin.
- KUNKEL, W. (1994). *Historia del Derecho Romano* (trad. Juan Miquel). Barcelona: Ariel Derecho.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). *Manual de Derecho civil*. Barcelona: Bosch.
- LEHR, E.; ALCALDE PRIETO, D. (1878). *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*. Madrid: Imprenta López.
- LEPOINTE, M. G. (1945). *Les successions dans l'Ancien Droit*. Paris: Domat-Montchrestien.
- LÓPEZ-RENDO, C. (1991). *Fundamento de la regla sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi en el Ius civile*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- MADRINÁN VÁZQUEZ, M. (2008). *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*. Tesis doctoral. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela (USC), (<http://hdl.handle.net/10347/2488>).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2007). *Recientes reformas del Derecho de Sucesiones en Derecho Francés* (Estudios) NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos document.php?id=405.
- NICHOLAS, B. (1987). *Introducción al Derecho Romano*. Madrid: Civitas.
- PARICIO, J. (1992). *Historia y fuentes del Derecho Romano*. Segunda edición refundida. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PEREÑA VICENTE, M. (2003). La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, Madrid, pp. 2855-2878.
- PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A.
- POLACCO, V. (1982). *De las sucesiones*. Buenos Aires: EJEa.
- POLO, E. (2013). Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. *RIDROM (on line)*. octubre de 2013. ISSN 1989-1970. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 331-376.
- ROCA SASTRE, R. M. (1944). Naturaleza jurídica de la legítima. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, pp. 185 y sigs.
- SALIS, L. (1929). *La successione necessaria*. Padova: Cedam.
- SANTOS BRIZ, J. (1991). *La legítima y la mejora. Teoría y práctica*. La legítima en el Derecho civil venezolano. Caracas: Fabretón, pp. 331 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P. (1983). La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del derecho sucesorio. *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* (Coord. Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares), vol. 1, pp. 147-175.
- SCHIPANI, S. (1983). *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho. Instituciones*. (trad. Hinestrosa, F.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SCHULTZ, F. (2000). *Principios del Derecho Romano*. Segunda edición. Madrid: Civitas.

- SERRANO GARCÍA, J. A. (2010). La legítima en Aragón. *Revista de Derecho Civil Aragonés*. XVI. Zaragoza: IFC, pp. 67-134.
- TALAMANCA, M. (1990). *Istituzioni di diritto romano*. Milano: Giuffrè.
- WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*. Valladolid: Lex Nova.
- WIEACKER, F. (2000). *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (trad. Fernández Jardón. Madrid, 1957; Granada 2000).
- WINDSCHEID, B. (1906). *Lehrbuch des Pandektenrechts I*. Frankfurt am Main.

NOTAS

¹ Al respecto, tabla V, 4 y 5 de la Ley decemviral que proclama la regla *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*. Aún así, surgen dudas sobre si la libertad del testador en las XII Tablas fue completa o sufrió alguna restricción, tal como afirma MARGADANT, G. F. (2007). *El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Vigésimosexta edición. Sexta reimpresión. Naucalpan. México: Esfinge, p. 485.

² Sobre los valores extrajurídicos que informaron el Derecho romano, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 27.

³ SCHULZ, F. (2000). *Principios del Derecho Romano*. Segunda edición. Madrid: Civitas, p. 179.

⁴ *Codex* 5, 27; *Novella* 89, 6; *Novella* 115, 3, 14 y 115, 4-8.

⁵ *Novella* 18, 1.

⁶ SALIS, L. (1929). *La successione necessaria*. Padova: Cedam, pp. 29 y sigs., en PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A., p. 460.

⁷ LÓPEZ HERRERA, F. (2003). *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 26.

⁸ Según el Espejo de Sajonia, recopilación de trabajos de jurisconsultos germanos y una de las fuentes principales del Derecho germánico, el heredero solo podía ser obligado a ceder al acreedor del difunto los bienes muebles, pero los inmuebles los recibía libres de todo gravamen. No obstante, por exigencias asociadas al crédito y al comercio se terminó por reconocer al acreedor del difunto una posición más favorable. Al respecto, AA.VV. (Coord. ALTAVA LAVALL, M. G.). (2003). *Lecciones de Derecho Comparado*. Castellón de la Plana: Universitat. Universidad Jaume I, p. 44.

⁹ LÓPEZ HERRERA, F. (2003). *Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Tercera edición. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 51.

¹⁰ BERNAD MAINAR, R. (2013). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 146-150.

¹¹ La difusión de la práctica del testamento entre los pueblos bárbaros se debe en gran medida a la Iglesia, pues por su influencia se logró un instrumento para la expiación de las culpas cometidas por el causante durante su vida y la consiguiente salvación de su alma, lo cual estimuló e impulsó muy considerablemente las liberalidades a favor de obras benéficas y de caridad. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 164-167.

¹² HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II. Buenos Aires: EJE, p. 232.

¹³ POLACCO, V. (1982). *De las sucesiones*. Buenos Aires: EJE, p. 293.

¹⁴ En virtud de las costumbres germánicas se distinguían los bienes muebles y los inmuebles del causante, toda vez que los primeros quedaban afectos al pago de sus deudas, en

tanto que eran los bienes inmuebles los que constituían el objeto principal de su sucesión, los cuales, a su vez, se subdividían en bienes propios y adquiridos. Los propios los había recibido el *de cuius* de sus ascendientes por donación, herencia o legado, razón por la cual, tras la muerte de su titular, se transmitían necesariamente a la rama de los miembros de la familia de donde provenían (*paterna paternis, materna maternis*); los adquiridos eran los que ingresaron al patrimonio del causante por otras causas, ya a título oneroso o gratuito, y eran disponibles libremente, aunque si pasaban a los descendientes del adquirente por donación, herencia o legado, se transformaban en bienes inmuebles propios. Dentro de los bienes inmuebles propios se podía deslindar entre bienes nobles (feudos) o plebeyos (censuales), de tal manera que la sucesión *mortis causa* de los primeros debía someterse tanto al principio de primogenitura o mayorazgo, respecto de los descendientes del causante, como al privilegio de masculinidad —ley sálica—, aplicable este último entre los descendientes y los colaterales del causante. En este sentido, LEPOINTE, M. G. (1945). *Les successions dans l'Ancien Droit*. París: Domat-Montchrestien, pp. 145-166.

¹⁵ MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2008). *La representación sucesoria en el Derecho común. Especial atención a su aplicación en la sucesión testamentaria*. Tesis doctoral. Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, pp. 35-37. (<http://hdl.handle.net/10347/2488>, consultado 13/05/2014).

¹⁶ DE PIRRO, V. (1894). Contributo alla dottrina della legittima, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XVIII, en PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A., p. 460.

¹⁷ PLANIOL, M.; RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo V. La Habana: Cultural S.A., p. 29.

¹⁸ AUBRY y RAU (1929). *Cours de Droit civil français*. Cinquième édition. Tome Onzième. París: Marchal et Billard, pp. 6 y 7.

¹⁹ SALVADOR CODERCH, P. (1983). La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del derecho sucesorio. *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* (Coord. Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares), Volumen 1, pp. 147-175.

²⁰ BONFANTE, P. (1982). *Istituzioni di diritto romano*. Novena edición, pp. 611-615, en POLACCO, V. *De las sucesiones*. Buenos Aires: EJE, p. 294.

²¹ PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A., p. 461; POLACCO, V. (1982). *De las sucesiones*. Buenos Aires: EJE, pp. 293 y 294; JOSSERAND, L. (1951). *Derecho civil*. Tomo III, vol. III. Buenos Aires: EJE. Bosch y Cía., p. 269.

²² FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006) Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. *Revista General de Derecho Romano*. Iustel. Núm. 7. (RI §406056), p. 27.

²³ En este sentido, COING, H. (1996). *Derecho privado europeo*. I y II. (trad. PERÉZ MARTÍN). Madrid: Fundación Cultural del Notariado.

²⁴ WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y Europa*. Valladolid: Lex Nova, pp. 50 y 51.

²⁵ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006) Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. *Revista General de Derecho Romano*. Iustel. Núm. 7. (RI §406056), p. 28.

²⁶ SALVADOR CODERCH, P. (1983). La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del derecho sucesorio. *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria* (Coord. Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares), vol. 1. Barcelona: Bosch, pp. 147-175.

²⁷ En torno a las diferencias entre la legítima romana y consuetudinaria, COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, pp. 491 y 492.

²⁸ CANNATA, C. A. (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos, p. 183.

²⁹ En palabras de Rousseau y Montesquieu, la propiedad muere con el hombre. Al respecto, HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. Buenos Aires: EJE, p. 233; COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, p. 493.

³⁰ Con respecto a los debates sobre la materia en la Asamblea constituyente de 1791, COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, pp. 493 y 494.

³¹ JOSSERAND, L. (1951). *Derecho civil*. Tomo III, vol. III. Buenos Aires: EJE: Bosch y Cía, p. 269.

³² PLANIOL, M.; RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo V. La Habana: Cultural S.A., p. 29.

³³ Tales fueron las propuestas de Mirabeau y Tronchet, respectivamente, si bien la muerte repentina del primero le impidiera defenderla ante la Convención, según señalan los HERMANOS MAZEAUD (1965) en *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. Buenos Aires: EJE, p. 234.

³⁴ AUBRY y RAU (1929). *Cours de Droit civil français*. Cinquième édition. Tome Onzième. París: Marchal et Billard, pp. 9 y 10.

³⁵ PLANIOL, M.; RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo V. La Habana: Cultural S.A., p. 30.

³⁶ JOSSERAND, L. (1951). *Derecho civil*. Tomo III, vol. III. Buenos Aires: EJE: Bosch y Cía, pp. 269 y 27; COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, pp. 494 y 495.

³⁷ PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A., p. 461.

³⁸ PÉREZ SERRANO, N. (1965). *Dictámenes*. Tomo I. Derecho Civil. Madrid: Dossat S.A., p. 461.

³⁹ AUBRY y RAU (1929). *Cours de Droit civil français*. Cinquième édition. Tome Onzième. París: Marchal et Billard, pp. 14 y 15.

⁴⁰ JOSSERAND, L. (1951). *Derecho civil*. Tomo III, vol. III. Buenos Aires: EJE: Bosch y Cía, p. 270.

⁴¹ HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II. Buenos Aires: EJE, p. 234.

⁴² AUBRY y RAU (1929). *Cours de Droit civil français*. Cinquième édition. Tome Onzième. París: Marchal et Billard, pp. 15-23.

⁴³ AUBRY y RAU (1929). *Cours de Droit civil français*. Cinquième édition. Tome Onzième. París: Marchal et Billard, p. 23.

⁴⁴ COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, p. 496.

⁴⁵ HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II. Buenos Aires: EJE, p. 236.

⁴⁶ PLANIOL, M.; RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo V. La Habana: Cultural S.A., p. 34.

⁴⁷ JOSSERAND, L. (1951). *Derecho civil*. Tomo III, vol. III. Buenos Aires: EJE: Bosch y Cía, pp. 285 y 286.

⁴⁸ HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II. Buenos Aires: EJE, p. 237.

⁴⁹ PLANIOL, M.; RIPERT, J. (1946). *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Tomo V. La Habana: Cultural S.A., p. 30.

⁵⁰ Con fecha 26 de marzo de 1896 el legislador francés redujo la legítima del hijo natural respecto a la del hijo legítimo. Al respecto, HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, volumen II. Buenos Aires: EJE, p. 235.

⁵¹ COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, pp. 510-513.

⁵² HERMANOS MAZEAUD. (1965). *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Cuarta, vol. II. Buenos Aires: EJE, p. 235.

⁵³ Información obtenida de Légifrance con relación al artículo 913 y 915 del Código Civil francés.

⁵⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2003). La reforma del Derecho sucesorio francés llevada a cabo por la Ley de 3 de diciembre de 2001. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, Madrid, pp. 2855-2878.

⁵⁵ LEROYER, A. M.; ROCHFELD, J. (2006). *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 3, julio y septiembre, pp. 612-624.

⁵⁶ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (1992). *La tradición romanística en la tradición jurídica europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., pp. 103 y sigs.

⁵⁷ POLACCO, V. (1982). *De las sucesiones*. Buenos Aires: EJE, pp. 289 y sigs.

⁵⁸ AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI) (1997). *Diritto Civile*. 4**.
Le successioni a causa di morte. Torino: UTET, pp. 233 y sigs.

⁵⁹ GAZZONI, F. (2000). *Manuale di Diritto Privato*. Octava edición. Napoli, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 463-464.

⁶⁰ AA.VV. (BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI) (1997). *Diritto Civile*. 4**.
Le successioni a causa di morte. Torino: UTET, pp. 242-243.

⁶¹ PLANITZ, H. (1957). *Principios de Derecho privado germánico*. Barcelona: Bosch, pp. 361 y 362.

⁶² WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Valladolid: Lex Nova, pp. 135 y sigs.

⁶³ ENNECERUS-KIPP-WOLFF (1976). *Tratado de Derecho civil*. Tomo V. *Derecho de Sucesiones I*. Barcelona: Bosch, p. 78.

⁶⁴ EIRANOVA ENCINAS, E. (1998). *Código Civil alemán comentado BGB*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 615 y sigs.

⁶⁵ COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, p. 503.

⁶⁶ Información obtenida en la página web de la Confédération suisse, <http://www.admin.ch> (consultado 28/05/2014).

⁶⁷ COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, p. 502.

⁶⁸ Información obtenida en <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF> (consultado 17 de junio de 2014).

⁶⁹ Información obtenida en http://www.iin.oea.org/badaj_v/docs/119585cl.htm (consultado 17 de junio de 2014).

⁷⁰ VALENCIA ZEA, A. (1980). *Derecho civil*. Tomo VI. De las Sucesiones. Quinta edición. Bogotá: Temis, pp. 322 y sigs.

⁷¹ Numeral 3.º declarado EXEQUIBLE por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-831-06 de 11 de octubre de 2006, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo ESCOBAR GIL. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 29/05/2014).

⁷² Así lo establece el artículo 1226 del Código Civil y se desarrolla en los artículos 1230-1238.

⁷³ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-641-00 de 31 de mayo de 2000 de Magistrado Ponente Dr. Fabio MORÓN DÍAZ. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 29/05/2014).

⁷⁴ Texto original del artículo 1242 del Código Civil: *La mitad de los bienes, previas las deducciones y agregaciones indicadas en el artículo 1016, y las que enseguida se expresan, se dividirá por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según las reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esa división será su legítima rigurosa.*

No habiendo descendientes legítimos con derecho de suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el difunto ha podido disponer a su arbitrio.

Habiendo tales descendientes, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se dividirá en cuatro partes: dos de ellas, o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el difunto haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, sean o no legitimarios; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio. Artículo declarado exequible, excepto la palabra *legítimos* tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-105-94 del 10 de marzo de 1994, Magistrado Ponente Dr. Jorge ARANGO MEJÍA, razón por la cual es tachado inexecutable el último párrafo del mencionado artículo. Información obtenida en <http://www.oas.org/dil> (consultado 29/05/2014).

⁷⁵ VALENCIA ZEA, A. (1980). *Derecho civil*. Tomo VI. De las Sucesiones. Quinta edición. Bogotá: Temis, pp. 329 y sigs.

⁷⁶ BORDA, G. (1964). *Tratado de Derecho civil argentino*. Sucesiones II. Buenos Aires: Perrot, pp. 90 y sigs.

⁷⁷ Información obtenida en http://www.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-23264-igualdad_ante_ley_hijos.htm (consultado el 17 de junio de 2014).

⁷⁸ BORDA, G. (1964). *Tratado de Derecho civil argentino*. Sucesiones II. Buenos Aires: Perrot, pp. 93 y 94.

⁷⁹ LÓPEZ HERRERA, F. (2003). *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 259 y sigs.

⁸⁰ DE BARROS MONTEIRO, W. (1971). *Curso de Direito Civil*. 6.º volumen. Direito das Sucessões. Sao Paulo: Saraiva, pp. 199 y sigs.

⁸¹ BERNAD MAINAR, R. (2013). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 240-243.

⁸² Porción que varía para los hijos en función de categoría: 4/5 partes para la descendencia legítima o legitimada; 2/3 partes para los hijos naturales; la ½ para los hijos espurios. Al respecto, GONZÁLEZ, M. R. (1981). *Estudios sobre la historia del Código Civil en México durante el siglo XIX*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie C. Estudios Históricos núm. 12. México: UNAM.

⁸³ PAZIS, H. (2007). *La portio legitima: origen romano y problemas de interpretación a la luz de principios modernos*. Seminario de Derecho Romano. XXXV Aniversario. Xalapa, Veracruz: Universidad Veracruzana, p. 292.

⁸⁴ COLIN, A. y CAPITANT, H. (1949). *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo VII. Segunda edición. Madrid: Reus, p. 503.

⁸⁵ En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1979 y 8 de mayo de 1989.

⁸⁶ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho civil*. Vol. II/2. Segunda edición. Madrid: Tecnos, pp. 306 y sigs. Aún así, GARCÍA VALDE-CASAS aprecia que si se sostiene que la legítima es una *pars bonorum*, ha de reconocerse que en verdad es una *pars hereditatis*, toda vez que en virtud de la sucesión hereditaria el heredero se subroga en la posición jurídica del causante. Al respecto, AA.VV. (2003). SANTOS BRIZ, J. (Dir.), SIERRA GIL DE LA CUESTA, I. (Coord.). *Tratado de Derecho civil*. Vol. 6. *Derecho de Sucesiones*. Primera edición. Barcelona: Bosch, p. 410.

⁸⁷ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. (2006). Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana. *Revista General de Derecho Romano*. Iustel. Núm. 7. (RI §406056), pp. 30-32.

⁸⁸ ROCA DE LAQUE, M. E. (1971). Configuración jurídica de la legítima en el Derecho catalán. *Revista jurídica de Cataluña*. Vol. 70, núm. 1, pp. 7-56.

⁸⁹ Al respecto, Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona de 6 de julio de 1995. Ver en este sentido también, ROCA SASTRE, R. M. (1944). Naturaleza jurídica de la legítima. *Revista de Derecho Privado*. Madrid, pp. 185 y sigs.

⁹⁰ La propia Compilación regulaba en los artículos 125-128 los derechos a la legítima tanto de los hijos adoptivos como de los naturales (los hijos adoptivos, sin distinción, tienen derecho a legítima al igual que los legítimos; los hijos naturales son legitimarios en la sucesión de su madre en todo caso y, si concurren con hijos o descendientes legítimos, la legítima estará

sujeta a las mismas limitaciones para los hijos adoptivos, pero en la sucesión de su padre, solo lo serán si este no deja al morir hijos o descendientes legítimos).

⁹¹ SIMÓN MORENO, H. (2011). XXI Jornadas Jurídicas. La Codificación del Derecho civil de Cataluña: de la Compilación al Código Civil. *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 64, núm. 1, pp. 377-380.

⁹² LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). *Manual de Derecho civil*. Barcelona: Bosch, p. 793.

⁹³ CERDÁ GIMENO, J. (1988). Variaciones sobre un tema de legítimas: acerca de la legítima de Ibiza-Formentera, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Vol. 3. Madrid, pp. 211-250.

⁹⁴ POLO, E. (2010). Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español: precedentes y actualidad. *RIDROM (on-line)*. 10-2013. ISSN 1989-1970, pp. 357-361.

⁹⁵ No obstante, el artículo 44 de la Compilación, aplicable solamente a Mallorca y Menorca, declara que «los hijos adoptivos y sus descendientes no serán legitimarios en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni estos en la de aquellos, salvo en el supuesto de que un consorte adopte al hijo por naturaleza de otro, el cual tendrá, juntamente con el adoptante derecho a legítima. En este supuesto el hijo adoptivo y sus descendientes serán legitimarios en la sucesión del padre por naturaleza o ascendiente».

⁹⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). *Manual de Derecho civil*. Barcelona: Bosch, p. 793.

⁹⁷ Un comentario sobre los mencionados artículos, CALATAYUD SIERRA, A. (1994). Las legítimas en Aragón, *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 49-82; GARCÍA AMIGÓ, M. (1988). Comentario a los artículos 119 a 121 (contenido de la legítima) de la Compilación aragonesa, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XXXIV, vol. 2.º, Madrid: Edersa, pp. 3-31; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1968). Las legítimas en la Compilación, *RCDI*, XLIV, pp. 505-541; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1981). *Legítima y Libertad civil*, voces de la Gran Enciclopedia Aragonesa, Tomo VIII, así como también DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2012). Autonomía privada y Derecho de sucesiones. *XI Congreso Notarial Español. Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*. Madrid: Colegios Notariales de España, pp. 517-640.

⁹⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1968). Las legítimas en la Compilación, *RCDI*, XLIV, pp. 515-517. Aún así, algunos rebaten tal opinión, MOREU BALLONGA, J. L. (1997). Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal. *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Vol. 1.º. Zaragoza: IFC, pp. 56-61.

⁹⁹ SERRANO GARCÍA, J. A. (2010). La legítima en Aragón. *Revista de Derecho Civil Aragonés*. XVI. Zaragoza: IFC, pp. 67-134.

¹⁰⁰ BRUN ARAGÜÉS, J. J. (2006). Intangibilidad cuantitativa de la legítima. *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel 2005*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 411-417.

¹⁰¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). *Manual de Derecho civil*. Barcelona: Bosch, p. 793.

¹⁰² Ley 253. Concepto. El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.

Ley personal. El usufructo de fidelidad se determina por la ley personal del marido al tiempo de la muerte de cualquiera de los cónyuges.

Inalienabilidad. Este derecho es inalienable; no obstante, los nudo propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo.

Renuncia. Es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgada en escritura pública, antes o después del matrimonio.

Ley 255. Extensión. El usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución, con excepción de los siguientes: Bienes excluidos

Uno. Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente disponga lo contrario.

Dos. Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.
Tres. Los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.

Cuatro. Los bienes que hubieren sido objeto de donación mortis causa.

Cinco. Los legados piosos o para entierro y funerales.

Seis. Los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a dotar.

Siete. Y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado.

¹⁰³ HUALDE MANSO, V. (2002). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil foral de Navarra, Ley 267*. Pamplona: Aranzadi, pp. 791 y sigs.

¹⁰⁴ DE BARRÓN ARNICHES, P. (1996). La legítima y el pacto de *non sucedendo* en el Derecho foral de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, pp. 223-232.

¹⁰⁵ *Ley 253. El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento.*

Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley.

Ley personal. El usufructo de fidelidad se dará en favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo de su fallecimiento.

Inalienabilidad. Este derecho es inalienable; no obstante, los nudo propietarios y el usufructuario conjuntamente podrán enajenar o gravar el pleno dominio de los bienes sobre los que recae el usufructo.

Renuncia. Es válida la renuncia anticipada del usufructo de fidelidad otorgada en escritura pública, antes o después del matrimonio.

(La Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en su artículo 11, 1 señala modificaciones en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo: Se añade un segundo párrafo a la Ley 253 con la siguiente redacción: *Se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley*).

Ley 255. Extensión. El usufructo se extiende a los bienes y derechos pertenecientes al cónyuge premuerto, aunque estén afectos a llamamiento, reversión o restitución, con excepción de los siguientes: Bienes excluidos:

1. *Los bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, salvo que el disponente establezca lo contrario.*

2. *Los derechos de usufructo, uso, habitación u otros de carácter vitalicio y personal.*

3. *Los bienes que el cónyuge premuerto hubiere recibido por título lucrativo y con expresa exclusión del usufructo de fidelidad.*

4. *Los bienes que hubieren sido objeto de donación mortis casusa.*

5. *Los legados piosos o para entierro y funerales.*

6. *Los legados para dotación de hijos u otros parientes a los que el testador se hallare obligado a datar.*

7. *Y los legados remuneratorios, siempre que conste la existencia del servicio remunerado.*

¹⁰⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1980). *Manual de Derecho civil*. Barcelona: Bosch, p. 793.

¹⁰⁷ GALICIA AIZPÚRUA, G. H. (2011). La sucesión forzosa en el País Vasco. *Tratado de Derecho de sucesiones* (Dir.: GETE-ALONSO Y CALERA, M. C.), vol. 2. Thomson Reuters España, pp. 2173-2232.

¹⁰⁸ Fuero cuyo origen data del siglo XIV cuyo ámbito territorial se extiende a los municipios de Amurrio, Okondo y Aiara Mendieta, así como a los pueblos de Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, pertenecientes al municipio de Artziniega.

¹⁰⁹ Artículo 134. 1. *«Los que ostenten la vecindad foral podrán disponer libremente por testamento, manda o donación, a título universal o particular, apartando a sus herederos forzosos con poco o con mucho, como quisieren o por bien tuvieren.*

2. *Se entenderá por herederos forzosos los descendientes, ascendientes y el cónyuge, en los casos establecidos en el Código Civil».*

¹¹⁰ Figura regulada en los artículos 140-145 de la Ley 3/1992 de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco.

¹¹¹ Al respecto, GALICIA AIZPÚRUA, G. H. (2002). *Legítima y troncalidad: la sucesión forzosa en el derecho de Bizkaia*. Valencia: Marcial Pons.

¹¹² El Libro III de la Ley de 1992 es redactado por el artículo 2 de la Ley 3/1999, 26 de noviembre, de modificación de la Ley del Derecho Civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Gipuzkoa con vigencia a partir de 31 de diciembre de 1999.

¹¹³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S. (2009). La regulación sucesoria de la propiedad del caserío en el Territorio Histórico de Guipúzcoa. *Iura Vasconiae*, pp. 849-891; LANDER FERNÁNDEZ, N. (2008). El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco. *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones*. (GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE, J. L. y RAJOY BREY, E., Coords.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, tomo 2, pp. 1305-1356; SANZ DE HOYOS, C. (2000). La transmisión sucesoria del caserío en Guipúzcoa. *Derechos civiles de España*. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J., Dir.). Madrid. Banco Santander Central Hispano, S. A. Asesoría Jurídica del Negocio: Editorial Aranzadi, pp. 473-513.

¹¹⁴ CARBALLO FIDALGO, M. (2001). La legítima en la Ley de Derecho Civil de Galicia. *Actualidad Civil*, núm. 4, pp. 1558-1578; (2009). La legítima en la Ley de 14 de junio de 2006 de Derecho Civil de Galicia. *Estudios jurídicos en memoria del profesor José María Lete del Río* (Coord. GARCÍA RUBIO, M. P.). Madrid, pp. 139-164.

*(Trabajo recibido el 1-7-2014 y aceptado
para su publicación el 1-9-2014)*

El principio general del libre
desarrollo de la personalidad
y los pactos entre convivientes tras
la STC 93/2013, de 23 de abril

*The general principle of free
development of the personality and
agreements among live-in partners
over Decision of Constitutional Court
93/2013, of the 23rd of April*

por

ANTONIO GÁLVEZ CRIADO
*Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español 93/2013, de 23 de abril, sitúa al artículo 10.1 de la Constitución Española (el principio general del libre desarrollo de la personalidad) en el centro de la protección jurídica que merecen quienes libremente eligen no casarse. El legislador debe respetar esta libre opción, de manera que no puede imponerles la constitución de una unión de hecho ni un régimen jurídico imperativo vinculado a ello, salvo que así lo hayan consentido.

Esta Sentencia reitera la opinión general de que la autonomía de la voluntad de las parejas de hecho para regular sus relaciones económicas o patrimoniales

(y también algunas personales) es la mejor forma de darles certidumbre y solucionar conflictos, porque nadie mejor que ellos conoce su situación actual y sus previsibles necesidades futuras.

ABSTRACT: The recent Decision of the Spanish Constitutional Court 93/2013, of the 23rd of April situates the article 10.1 of Spanish Constitution (general principle of free development of the personality) in the center of legal protection who people who freely choose not marrying deserve. The legislator must respect this free option and isn't allowed to impose them a formation as a couple by fact or a linked imperative juridical regime, if they don't approve it.

This Decision reiterates the general opinion that the autonomy of the will of stable couples for organizing their financial or patrimonial relationships (and some personal too) is the best way to give them security and solve disagreements, because nobody knows better than them their actual situation and their expected needs.

PALABRAS CLAVE: Pareja de hecho. Matrimonio. Libre desarrollo de la personalidad. Autonomía de la voluntad. Pactos entre convivientes.

KEY WORDS: *Couple by fact (stable couple, unmarried couple). Marriage. Free development of the personality. Autonomy of the will. Agreements among live-in partners.*

SUMARIO: I. PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005.—II. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO: 1. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES. 2. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RAZONABLE FUTURA REGULACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN ESTA MATERIA EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES: A. *La «acción social» del legislador estatal en relación a los convivientes.* B. *La posible intervención del legislador respecto a las cuestiones económicas de índole civil:* a) La determinación por el legislador de los efectos frente a terceros de los pactos. b) El concepto legal de pareja de hecho y el respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad. c) La concreción de la razonable futura regulación del legislador estatal. 3. CRÍTICA DE LA STC 93/2013. 4. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES COMO PUNTO DE PARTIDA. 5. LÍMITES GENÉRICOS LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTOS. 6. EJEMPLOS DE POSIBLES PACTOS. 7. LA FUNCIÓN REVISORA DEL JUEZ Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PAREJAS DE HECHO Y MATRIMONIO TRAS LAS LEYES 13/2005 Y 15/2005 Y LA STC (PLENO) 93/2013, DE 23 DE ABRIL

El Derecho español ofrece diversos cauces a través de los cuales establecer un marco jurídico estable en las relaciones de afectividad sexual entre dos personas. Estas personas pueden optar por otorgar consentimiento matrimonial, lo que dará lugar al nacimiento de un estatuto jurídico de derechos y deberes entre los cónyuges y su posible descendencia, siendo esencial al matrimonio la exclusión de la libre disolución, que precisa de una declaración formal¹.

Pero las personas pueden optar por otras formas de organizar su convivencia afectiva, que pueden ir desde las distintas formas que podríamos llamar de «amor libre y sin ataduras» hasta una convivencia similar o análoga a la propia del matrimonio (libre, exclusiva, pública y notoria y estable), aun sin matrimonio por no haberse prestado consentimiento matrimonial. En este caso se habla de «unión de hecho», «unión extramatrimonial», «unión libre», «pareja de hecho», «pareja estable no casada», «convivencia estable en pareja», «convivencia *more uxorio*», etc, que se caracteriza porque los miembros de la pareja asumen voluntariamente todas o algunas de las obligaciones propias del matrimonio a pesar de no estar casados, siendo a ello esencial la libre ruptura o disolubilidad, que no precisa de declaración judicial alguna.

Con la entrada en vigor de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido algunas de las notas que claramente diferenciaban al matrimonio y a las parejas de hecho: por un lado, la disolución del matrimonio ya no está sujeta a la concurrencia y prueba de unas determinadas causas legalmente establecidas, sino que se decretará judicialmente a petición de cualquiera de los cónyuges unilateralmente y sin necesidad de probar y alegar causa alguna (arts. 86 y 81 del Código Civil); y por otro lado, el matrimonio, que anteriormente estaba vetado a las personas del mismo sexo, les está permitido y produce los mismos efectos jurídicos (art. 44, párrafo segundo, del Código Civil)².

En consecuencia, se ha producido un evidente acercamiento entre matrimonio y pareja de hecho, de manera que tras estas normas coinciden en buena medida quienes pueden contraer matrimonio con quienes pueden constituir legalmente una pareja de hecho, siendo común en ambos casos la ruptura unilateral y sin causa, aunque en el caso del matrimonio se requiera la formalidad de una sentencia judicial³. Se entienden entonces las palabras de la STS de 12 de septiembre de 2005 (RJ 7148, reiteradas con posterioridad, como en las de 8 de mayo y 30 de octubre de 2008; RJ 2833 y 2009\404): «*Hoy por hoy, con la existencia del matrimonio homosexual y del divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*».

Pero no obstante este acercamiento, el legislador interesado en regular directamente estas formas de convivencia —lo sea estatal o autonómico— no

debe desconocer esta diferencia si no quiere vulnerar la libertad de decisión y el libre desarrollo de la personalidad de quienes tienen derecho a no considerarse casados precisamente porque no otorgaron consentimiento matrimonial (arts. 10 y 32.1, *a contrario*, CE)⁴.

Por otra parte, es un hecho perfectamente conocido que carecemos de una regulación estatal sobre parejas de hecho, sin perjuicio de que algunas normas concretas, sin pretender regular las parejas de hecho como forma de convivencia, tomen en consideración esta convivencia en su supuesto de hecho para equiparla al matrimonio para algunos efectos puntuales y concretos (así ocurre en normas concretas relativas a los más variados temas: seguridad social y pensiones, fiscalidad, empleo y desempleo, educación, en materia penal, de arrendamientos, etc).

Y en cuanto a las regulaciones autonómicas, estas han estado especialmente marcadas por la competencia sobre legislación civil, y en menor medida, sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos (art. 149.1.8.^a CE)⁵, de manera que las distintas leyes autonómicas que se han venido aprobando desde el año 1998 (trece en la actualidad), lo han sido a los más variados efectos (civiles, sociales, tributarios, administrativos, etc.) y con distintos objetivos, según los casos, lo que ha provocado un grave problema de igualdad entre los derechos y obligaciones atribuidos a los miembros de la pareja entre unas CCAA y otras.

Esta diversidad legislativa impide también establecer un concepto legal unitario de pareja de hecho, pues las leyes autonómicas han «jugado» con diversos criterios —a veces, combinados— para su admisión: la convivencia efectiva durante un periodo de tiempo diverso, la inscripción en el registro de uniones de hecho que cada ley ha ido creando, una declaración formal de constitución, la existencia de hijos comunes durante la convivencia, etc., de manera que cada ley autonómica ha establecido unos requisitos de constitución a los efectos de su aplicación. También se han establecido requisitos de carácter personal que, en general, hacen coincidir los impedimentos para contraer matrimonio y para constituir legalmente una pareja de hecho, aunque no siempre. Por ejemplo, la existencia previa de un vínculo matrimonial impide generalmente también la constitución de una unión de hecho, salvo que exista separación (legal en algunos casos; también se admite separación de hecho en otros).

En consecuencia, el incumplimiento de alguno de estos requisitos impide el reconocimiento legal de una unión entre dos personas cuya convivencia puede haberse prologarse durante un amplio periodo de tiempo, pudiendo producirse incluso el nacimiento de hijos comunes en esta situación. Se ha hablado en estos casos de uniones extramatrimoniales anómalas⁶, alegales⁷, o simplemente, atípicas⁸.

A este panorama general, debemos añadir la reciente STC, del Pleno, 93/2013, de 23 de abril⁹, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado en el año 2000 por ochenta y tres Diputados del Grupo Parlamentario

Popular, en relación a la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de parejas estables, de Navarra, y que ha situado al artículo 10.1 CE (el principio del libre desarrollo de la personalidad) en el centro neurálgico de la protección jurídica que merecen quienes libremente eligen no casarse y tienen, por tanto, derecho a que el legislador respete esta libertad y decisión, de manera que no puede serles impuesta imperativamente la constitución de una unión de hecho, ni un régimen jurídico imperativo vinculado a su constitución como tal pareja, salvo que así haya sido libremente consentido por ellos.

Esta idea, consistente en vincular la opción entre el estado civil de casado y de soltero al principio de libre desarrollo de la personalidad, había sido establecida con anterioridad por el TC, sobre todo en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, donde expresamente se dice que *«la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil»* y que *«el libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado, en su caso, si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial, de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole»* (en el mismo sentido, el ATC 156/1987, de 11 de febrero y la STC 47/1993, de 8 de febrero)¹⁰, sin perjuicio de que la negativa a contraer matrimonio (y constituir en su lugar una unión de hecho) también podría subsumirse en el propio derecho a contraer (o no contraer) matrimonio del artículo 32.1 CE, como parece establecer la STC 66/1994, de 28 de febrero.

El extenso FJ 8 de la STC 93/2013 continúa con este planteamiento, con una argumentación mucho más amplia:

«(...) Elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho es, por tanto, su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que «se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas» (STC 47/1993, de 8 de febrero, FJ 4). Dado que la posibilidad de elegir una u otra opción —matrimonio o pareja de hecho— se encuentra íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección salvo en virtud de los condicionamientos que pudieran resultar de las normas de orden público interno (SSTC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; y 51/2011, de 14 de abril, FJ 8). El libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado tanto si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia more uxorio, como si trataran de imponer el establecimiento, contra

la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos, «de manera que aquel tipo de convivencia no formalizada se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 2). Y esa libertad, así como la paralela prohibición de interferencia en su lícito ejercicio por parte de los poderes públicos, no queda limitada a la dimensión interna, «sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio» (STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3; y ATC 204/2003, de 16 de junio, FJ 2) (...)».

También la doctrina había adelantado con claridad estas ideas. Muy ampliamente al respecto, RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO habían afirmado: «Pues bien, a nuestro juicio, el respeto a ese principio lleva primordialmente a prohibir que el legislador ordinario configure las uniones extramatrimoniales con un estatuto convivencial de derechos y deberes uniforme e imperativo, so pena de inconstitucionalidad por infringir el principio de libre desarrollo (art. 10 CE). Es decir, que, para respetar la Constitución, no le cabe a ese legislador crear uno o varios modelos legales exclusivos que además sean impuestos forzosamente a quienes opten por no casarse, o la imposición de reglas obligatorias e inamovibles sobre la convivencia de la pareja. (...) Lo cual significa que no es inconstitucional, por un lado, ordenar la creación de uno o varios modelos de uniones no matrimoniales, con un concreto estatuto de derechos y deberes, pero siempre que sean opcionales, esto es, de elección voluntaria»¹¹.

Consecuentemente, el principio del libre desarrollo de la personalidad, como libertad de opción entre matrimonio y unión de hecho, no solamente opera en el momento de la extinción de la pareja de hecho a través del reconocimiento de la libre ruptura (lo que, evidentemente, hace la Ley Navarra), sino que también opera de una forma esencial en el momento de su constitución, de manera que resulta inconstitucional imponer la constitución de una unión de hecho obviando la voluntad de sus miembros (y claro está, un régimen jurídico a ello vinculado), por más que se reconozca la libre ruptura¹².

Además, esta vinculación entre estado civil de no casado y principio del libre desarrollo de la personalidad, como una opción libre de los convivientes (del mismo o distinto sexo), ha quedado reforzada tras la aprobación de las Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, porque tras ellas puede decirse que la pareja que no se casa en España es porque no quiere, en términos estrictamente jurídicos, como ya se ha dicho.

Por ello, aparte de otras cuestiones competenciales planteadas y resueltas por esta STC 93/2013¹³, la declaración de inconstitucionalidad que establece sobre la mayor parte de los preceptos de la ley impugnada –precisamente por

no respetar el principio de libre desarrollo de la personalidad— constituye, en nuestra opinión, una «mina» en la línea de flotación de una buena parte de las regulaciones autonómicas sobre parejas de hecho, lo sean de CCAA con competencia en materia de Derecho civil o no¹⁴, al tiempo que establece y determina el marco jurídico (básicamente un marco de Derecho dispositivo) dentro del cual el futuro legislador (autonómico, pero básicamente estatal) puede legislar sobre esta materia de conformidad con la CE.

En el ámbito del Derecho civil, esta libertad de opción de los convivientes y el respeto al libre desarrollo de su personalidad se concreta en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y en la preferencia que la STC 93/2013 otorga a los pactos entre convivientes (la autorregulación), sobre todo en lo relativo a las cuestiones materiales o patrimoniales, y que ocupará buena parte de este trabajo.

Por último, creemos también que esta STC 93/2013 supone un respaldo a la jurisprudencia del TS acerca de las pretensiones económicas que pueden dirigirse los miembros de la disuelta unión y que generalmente tratan de obtener el reparto del patrimonio adquirido durante la convivencia, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, alimentos para los hijos o el reconocimiento a su favor de pensiones u otras indemnizaciones. Y esto es así porque el TS ha venido basando sus soluciones en el respeto a la autonomía privada de los convivientes —manifestada incluso de forma tácita—, en el rechazo muy mayoritario a la aplicación analógica de las normas del matrimonio, y en la aplicación supletoria de principios generales y no de normas concretas de las trece regulaciones autonómicas con que contamos en esta materia, lo que permite quedar a salvo de la amplia declaración de inconstitucionalidad, como se verá a continuación.

II. LA AUTORREGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO

1. LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LOS PACTOS ENTRE CONVIVIENTES

La diversidad de normativas autonómicas y la heterogeneidad de regímenes jurídicos ha llevado a la jurisprudencia española a la búsqueda de soluciones que doten de cierta uniformidad y racionalidad las soluciones que cabe dar a los distintos problemas de índole económica o patrimonial derivados de la disolución o extinción de la unión de hecho (la STS de 8 de mayo de 2008, ya citada, resume muy claramente la posición mayoritaria actualmente en la jurisprudencia sobre la cuestión).

Es conocido que el punto de partida en la jurisprudencia es la independencia económica de los convivientes, de manera que los bienes adquiridos durante ella pertenecen en principio a su adquirente o titular formal, sin que del sim-

ple hecho del inicio de una convivencia pueda deducirse, sin más, la voluntad de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas. Solamente ocurrirá esto cuando conste de manera inequívoca una voluntad expresa o tácita (deducible incluso mediante *facta concludentia*) de hacerlos comunes, entendiéndose entonces constituida entre los convivientes una sociedad civil (así, universal de ganancias del artículo 1675 del Código Civil) o una comunidad de bienes, según los casos. Tal doctrina ha sido sentada desde la STS de 21 de octubre de 1992 (RJ 8589), recogida después en otras, como la de 22 de enero de 2001 (RJ 1678) y las que esta cita.

Normalmente, suele admitirse la existencia de una sociedad civil en aquellos casos en los que los convivientes realizan de manera conjunta actividades de carácter profesional, industrial o comercial y crean un patrimonio fruto de tales actividades (SSTS de 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 y 18 de marzo de 1995; RJ 4907, 1246 y 1962, respectivamente). Por el contrario, suelen calificarse como comunidad de bienes aquellos otros casos en los que, en ausencia de las actividades antes citadas, se constata, no obstante, un claro esfuerzo común para crear un patrimonio o adquirir bienes concretos en común (SSTS de 23 de julio de 1998, 26 de enero de 2006 y 4 de julio de 2007; RJ 6131, 417 y 4937).

Y a falta de tales pactos y ante la imposibilidad de aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, en los últimos años se ha ido consolidando en la jurisprudencia el recurso al principio general que veda el enriquecimiento injustificado como vía para conceder una compensación económica al conviviente que ha contribuido con su colaboración y trabajo no remunerado, bien a crear un patrimonio familiar del que, sin embargo, resulta titular el otro conviviente, bien a procurar un importante ahorro de gastos o costes (sin perjuicio de la aplicación ocasional del llamado principio general de «protección del conviviente perjudicado por la situación de convivencia» o del principio del *favor filii*).

Indudablemente a esta situación se ha llegado porque se carece de una normativa estatal que hubiera unificado las soluciones, al menos en aquellas CCAA que carecen de competencia en materia de Derecho Civil. En este sentido y de cara a una futura intervención del legislador estatal, se había afirmado que sería una buena solución la de establecer un régimen dispositivo aplicable supletoriamente a falta de acuerdo o pacto, dando siempre preferencia a la autonomía y libertad de los convivientes para regular sus relaciones económicas y patrimoniales como tengan por conveniente, solución que ha sido defendida, entre otros, por GARCÍA RUBIO y PARRA LUCÁN, y que parece encontrarse, en principio, en perfecta consonancia con la mencionada STC 93/2013. La primera de las autoras es muy clara al respecto cuando escribe: «el legislador debe respetar el deseo de no institucionalizar la relación o permanecer en un estado de unión absolutamente libre por parte de las personas que no lo deseen; esto es, se ha de dejar a los miembros de la pareja la decisión de si desean o no

adquirir los derechos y obligaciones establecidos en la ley (...). Dentro del marco jurídico de las parejas reguladas, las normas relativas a las relaciones de los miembros de la pareja deben ser básicamente dispositivas, dando prioridad a los pactos entre convivientes, sin olvidar la necesaria protección de los terceros»¹⁵.

Y ha sido la vía que han seguido algunas leyes autonómicas, cuyo paradigma más completo parece ofrecerlo la más reciente de estas, la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana, en cuyo capítulo III se establece todo un régimen supletorio relativo a gastos comunes, derecho de alimentos, disposición sobre la vivienda habitual, responsabilidad patrimonial y ajuar doméstico y uso de la vivienda.

El problema de este planteamiento puede ser la «sorpresa» que, para quienes han decidido no casarse, puede suponer la aplicación supletoria de unas normas que, en la mayoría de las ocasiones, son semejantes a las aplicables al matrimonio. No es un problema de eficacia jurídica de la norma (la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, establece el art. 6.1 del Código Civil), pero puede ser un problema social sobre la consciencia acerca de la transcendencia jurídica de nuestros actos.

Y es posible entender que constituye también un problema de relevancia constitucional a la luz de la aplicación que la repetida STC 93/2013 realiza del principio del libre desarrollo de la personalidad respecto a los convivientes (FJ 8):

«(...) El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando este decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja.

La restricción referida lógicamente no opera respecto a medidas legales que tutelen derechos fundamentales de los dos o de alguno de los componentes de la pareja de hecho, supuesto en el que se deberán tomar en cuenta los criterios generales sobre la necesidad, adecuación

y proporcionalidad de las medidas atendiendo a los intereses en juego, de manera que el sacrificio del libre desarrollo de la personalidad sea el estrictamente indispensable (...)».

En otras palabras, parece claro que una norma jurídica que entendiera constituida una unión de hecho por la simple convivencia —más o menos prolongada— entre dos personas, anudando a ello todo un detallado régimen jurídico concreto (más o menos cercano al matrimonio), simplemente porque los convivientes no declararon que su voluntad era otra —cosa que la norma permitía, lo que la convierte en dispositiva— puede ser inconstitucional, en nuestra opinión, por vulnerar el principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, en la manera en que es entendido por esta STC 93/2013.

Esta idea queda totalmente ratificada cuando el TC entra a valorar concretos preceptos de la Ley navarra 6/2000, de 3 de julio, donde parece exigir una manifestación de voluntad positiva de los convivientes de querer someterse a un concreto régimen jurídico legal. Es decir, no basta con que la norma sea dispositiva, puesto que, si nada se pacta al respecto, tornaría en imperativa. El ejemplo más claro de lo que estamos diciendo se produce en relación al artículo 5.3 de la Ley navarra, relativo a la contribución de los convivientes al mantenimiento de la vivienda y los gastos comunes, pues esta norma comienza diciendo «*en defecto de pacto*», lo que ha convertido claramente en una norma dispositiva. Sin embargo, el TC es muy claro cuando declara su inconstitucionalidad, afirmando: «*A primera vista podría pensarse que la norma resulta respetuosa con la voluntad de los integrantes de la pareja estable, en la medida en que solo se les aplicaría si no hubieran pactado al respecto. Sin embargo, esta primera apreciación decae si consideramos que, en el caso de que los miembros de la pareja no hubieran pactado nada sobre el particular, resulta imperativa la aplicación de la norma prescindiendo de exigencia alguna de constatación de su voluntad de aceptarla; voluntad que, por tal razón, se ve violentada, con la consiguiente infracción del artículo 10.1 CE*».

Y lo mismo se razona en relación al artículo 5.5 (remitiéndose expresamente a lo argumentado antes respecto al art. 5.3), respecto a una concreta pensión compensatoria que se reconoce para corregir una situación de desigualdad patrimonial generada durante la convivencia, a pesar de que esta norma también comienza diciendo «*en defecto de pacto*»¹⁶.

Parece que el planteamiento del TC es que, de alguna manera, dos personas que desarrollan una convivencia prolongada en el tiempo ya están realizando una opción tácita o mediante actos concluyentes: la de no casarse y no ser tenidos jurídicamente por tales, sin necesidad de manifestaciones expresas de voluntad en otro sentido. Esta es una idea muy asentada en el TS, que ha dado especial relevancia, como hemos visto anteriormente, a la voluntad tácita o manifestada mediante actos concluyentes para entender existente una comunidad de bienes

o una sociedad civil irregular entre los convivientes, a efectos de la liquidación de los bienes adquiridos por la pareja durante su convivencia.

Creo que esta jurisprudencia del TS debe integrar la doctrina constitucional de la STC 93/2013 en el sentido de que la libre opción de la que habla el TC, referida ahora al ámbito estrictamente patrimonial, debe tomarse tanto cuando se manifiesta de forma expresa, como cuando se hace tácitamente o por medio de actos concluyentes. En conclusión, si una norma establece una regulación supletoria o «salvo pacto en contrario de los convivientes», debe tenerse en cuenta que el pacto puede haberse celebrado de muy diversa forma, en la línea establecida, como decimos, por el TS, lo que automáticamente haría inaplicable la norma jurídica establecida por el legislador como dispositiva.

Esta situación, fruto de integrar la jurisprudencia actual del TS —que creemos se va a seguir manteniendo en el futuro— con las exigencias de la STC 93/2013, va a ser un terreno abonado a la inseguridad jurídica, pues no va a ser fácil discernir, ni siquiera en las relaciones internas entre los convivientes, cuándo tal acuerdo tácito puede decirse que existe y cuál es su alcance real. Por ello, creo que la situación, al menos en cuanto al reparto del patrimonio común acumulado por los convivientes durante su vida en pareja, va a seguir en el futuro planteándose de forma similar a como lo hace actualmente. En realidad, la cuestión se traslada entonces al ámbito probatorio, puesto que parece que habrá de ser el conviviente que lo alegue quien pruebe la existencia del pacto en contrario y su alcance (art. 217 LEC), que podrá consistir en la adopción de acuerdos que establezcan regímenes concretos distintos a los establecidos en la norma dispositiva supletoria, o incluso la absoluta separación patrimonial entre los convivientes.

Por ello y frente a la opinión de los autores citados al principio de este epígrafe, también había sido defendida en la doctrina la idea de que el legislador no debe imponer supletoriamente ningún régimen económico ni ninguna forma comunitaria de propiedad respecto a los bienes o derechos adquiridos durante la convivencia, debiendo mantenerse en este punto simplemente la aplicación de las reglas generales del Derecho patrimonial, incluidas las normas sobre responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas¹⁷. A ello solamente habría de añadirse, en nuestra opinión, «salvo pacto entre los convivientes, cualquiera que sea su forma».

2. NUESTRA OPINIÓN SOBRE LA RAZONABLE FUTURA REGULACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL EN ESTA MATERIA Y EL PROBLEMA DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES

A. La «acción social» del legislador estatal en relación a los convivientes

En coherencia con las consideraciones anteriores, me parece preferible entonces una intervención directa del legislador básicamente respecto a aquellas

cuestiones que resulten convenientes y que están vetadas a los pactos entre los convivientes o que harían los pactos excesivamente difíciles o complejos para obtener los mismos resultados que el legislador puede ofrecer con normas claras y sencillas. Me refiero a cuestiones que no se refieren tanto al régimen económico de los convivientes, sino a beneficios civiles, sociales, tributarios, administrativos o de otra índole, que no son percibidos por los convivientes como una intromisión en el libre desarrollo de su personalidad o en su forma de organizar sus relaciones económicas, sino todo lo contrario, como ventajas o derechos sociales que les hacen equiparables a las parejas casadas y respecto a los cuales el legislador puede —y debe, en nuestra opinión—, ir progresivamente equiparando parejas de hecho y matrimonio como cauce de protección de ambas formas de familia sin discriminación (arts. 14 y 39 CE)¹⁸.

Nos referimos en concreto: al reconocimiento de pensión de viudedad a favor del conviviente superviviente en las mismas condiciones que al cónyuge viudo, a la equiparación al matrimonio a todos los efectos laborales y tributarios (por ejemplo, la posibilidad de tributación conjunta de la pareja en el IRPF, lo que hoy solamente es posible en Navarra y en el País Vasco, o la equiparación del conviviente al cónyuge en el impuesto de sucesiones y donaciones, en el de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y en el impuesto sobre el patrimonio¹⁹) o en la equiparación en cualesquiera otros beneficios jurídico-públicos que resulten razonables, siempre que los convivientes manifiesten su voluntad de acogerse a tales posibles beneficios y no sean impuestos de manera forzosa u obligatoria a los mismos²⁰.

Respecto a todas estas cuestiones aquí enumeradas —u otras posibles— sí se establecería una clara y razonable distinción entre las parejas que entren en el ámbito de aplicación de la ley y las que queden fuera de ella, porque el legislador tiene derecho a decidir a quién otorga y a quién no unos determinados derechos o beneficios, estableciendo requisitos adicionales no discriminatorios, también de carácter formal, que dote de seguridad y eficacia la aplicación práctica de las normas jurídicas en vigor, como ha ocurrido en el caso de las pensiones de viudedad²¹.

Por supuesto que, en este campo, las cuestiones de índole presupuestaria condicionarán la actuación del legislador, al menos en el momento presente. No obstante, parece exigible que el legislador estableciera un calendario razonable de aproximación entre matrimonios y parejas de hecho, a fin de lograr este objetivo en un horizonte a medio plazo, sobre todo en la cuestión relativa a la pensión de viudedad (art. 50 CE).

B. La posible intervención del legislador respecto a las cuestiones económicas de índole civil

a) La determinación por el legislador de los efectos frente a terceros de los pactos

En el ámbito estrictamente civil, el legislador —no debemos olvidar que, en este caso, lo hace a coste 0 para las arcas públicas— debe proporcionar a

los convivientes herramientas útiles que doten de la máxima seguridad jurídica, tanto la situación familiar en sí como los pactos que estos suscriban, así como decidir qué pactos pueden ser oponibles a terceros y qué pactos deben producir únicamente efectos entre los convivientes y sus herederos conforme al artículo 1257 del Código Civil. Esta es una decisión que corresponde de forma exclusiva al legislador, a quien compete aprobar normas de alcance general y establecer las condiciones para que ciertos acuerdos entre particulares puedan tener eficacia jurídica frente a terceros.

En consecuencia, si algún o algunos aspectos concretos de la convivencia han de tener efectos frente a terceros, debe ser el legislador quien lo determine y con qué alcance, de forma similar a como el declarado inconstitucional artículo 7 de la Ley navarra de parejas estables, establecía que *«los miembros de la pareja estable son responsables solidariamente frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa y la atención de los hijos comunes»*. Pero no puede quedar en manos de los convivientes decidir si su convivencia o algunos de sus aspectos producen o no efectos frente a terceros, simplemente porque decidan inscribir la convivencia o cualesquiera acuerdos concretos en un registro público accesible —en mayor o menor medida— a terceros²². Porque una cosa es un contrato y otra distinta un régimen económico²³.

Por ello, no me parece en absoluto correcto un planteamiento como el acogido en el artículo 7.2 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana que, tras recoger la libertad de regulación de los convivientes en el apartado 1 en relación a cualesquiera acuerdos, este apartado 2 se despacha diciendo que *«para que dichos acuerdos produzcan efectos frente a terceras personas, deberán formalizarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Uniones de Hecho Formalizadas, y, caso de afectar a inmuebles o bienes inscribibles, en el Registro de la Propiedad o Registro correspondiente a la naturaleza de los mismos»*.

El sistema jurídico no debe admitir una «bendición general» del legislador autonómico de cualesquiera acuerdos que puedan celebrar cualesquiera parejas de hecho, y que simplemente por estar inscritos en un registro público de carácter administrativo, puedan ser oponibles a los terceros sin más. El control de legalidad de estos pactos en sí queda reservado exclusivamente al notario autorizante de la escritura pública donde se recoge el pacto, pero no existe control de legalidad alguno respecto a la eficacia *erga omnes* o frente a terceros del acuerdo en atención a su naturaleza, porque este queda en manos de un órgano administrativo que no tiene atribuido control alguno de legalidad ni de la eficacia frente a terceros del acuerdo, como tampoco lo tiene el órgano administrativo competente para resolver el recurso administrativo previsto también en el apartado 3 de este artículo 7.

Es evidente que el notario autorizante no puede realizar este control. Y ello porque desconoce si finalmente ese acuerdo va a inscribirse o no en ningún regis-

tro, pues el notario generalmente pensará que lo que está haciendo es dando fe de unos acuerdos privados entre particulares y con eficacia jurídica únicamente *inter partes*, pero que son elevados a documento público, lo cual justifica su intervención. Es como si cualquier acuerdo relativo a cuestiones personales o patrimoniales entre cónyuges se pudiera inscribir en cualquier registro público y ello otorgara sin más a tales acuerdos efectos frente a terceros, como pueden ser acreedores de los cónyuges o sucesivos adquirentes que traigan causa de los mismos.

Piénsese en la barbaridad que supone dejar en manos de los particulares la decisión sobre qué acuerdos inscribir y cuáles no, pues la inscripción es, en principio, potestativa, con lo cual ellos decidirán qué acuerdos les resultan convenientes o ventajosos que tengan efectos frente a terceros y cuáles no. De ahí nuestra opinión sobre que esta decisión ha de corresponder exclusivamente al legislador, bien recogiendo en una norma jurídica la eficacia frente a terceros de un determinado acuerdo o acto concreto realizado por los convivientes e inscrito en un registro público, bien aprobando directamente una norma de alcance general estableciendo, respecto a cuestiones concretas, una regulación positiva que, como cualquier norma jurídica, es de obligado cumplimiento para todos los destinatarios de la misma, incluidos los terceros afectados por la misma.

Por tanto, solo cabe esperar que el TC, que está conociendo del recurso de inconstitucionalidad núm. 4522-2013 contra esta Ley 5/2012, termine declarando inconstitucionales los apartados 2 y 3 de su artículo 7, aunque sea sobre la base de la invasión de las competencias del Estado sobre Derecho civil, foral o especial, y sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos del artículo 149.18.^a, siguiendo la estela de la STC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

En este caso la cuestión de inconstitucionalidad se planteó, entre otros motivos, en relación al artículo 4.5, a pesar de que en dicho precepto se señalaba literalmente que «*en todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, solo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros*». Aunque el TC declaró inconstitucional el artículo 4 al completo (también el art. 5 completo) sobre la base de que la Comunidad de Madrid no ostenta competencias sobre Derecho civil foral o especial²⁴, sin embargo y a nuestros efectos, lo que interesa es que el TC declaró conforme a la CE el artículo 3 de dicha Ley, relativo a la acreditación de las uniones de hecho mediante su inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de esta Comunidad, por entender que no contravenía la competencia estatal sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos porque este registro autonómico no tiene efectos civiles, sino únicamente el efecto administrativo consistente en servir de medio de prueba de la existencia de la unión de hecho a fin de que pueda serle de aplicación el régimen jurídico establecido por el legislador autonómico en su ámbito de competencias.

El argumento del TC podría resumirse así: en la medida en que un registro autonómico de parejas de hecho no despliegue efectos civiles, sino meramente administrativos, no está incidiendo ni en la materia de Derecho civil, ni en la materia relativa a la ordenación de los registros e instrumentos (con efectos civiles)²⁵. En el caso de la Comunidad de Madrid, los pactos objeto de inscripción afectaban a cuestiones civiles exclusivamente en las relaciones entre los convivientes (pero no a terceros, por descartarlo expresamente la ley autonómica en su art. 4.5) y las normas (arts. 4 y 5) resultan inconstitucionales porque invaden la competencia del Estado tanto sobre Derecho civil como sobre registros públicos. Trasladado esto a la Comunidad valenciana, donde tales pactos con efectos civiles producen también efectos frente a terceros cuando son inscritos, es claro que vulneran ambas competencias exclusivas estatales.

¿Pero *quid* si una Comunidad tiene competencia en materia de Derecho Civil? ¿Podría válidamente aprobar una norma como la establecida en el artículo 7.2 de la Ley valenciana, otorgando eficacia frente a terceros a cualesquiera pactos inscritos?

Desde mi punto de vista, tal norma resultaría también claramente inconstitucional, en este caso porque invadiría la competencia estatal sobre registros e instrumentos públicos, porque la eficacia frente a terceros de tales pactos, que es la esencia de la competencia estatal, solamente puede ser otorgada por el Estado. Las Comunidades con competencia en materia de Derecho civil pueden, indudablemente, aprobar normas civiles que regulen los aspectos que convengan sobre las parejas de hecho, pero no pueden otorgar efectos civiles a los pactos privados entre los convivientes por el simple hecho de que se inscriban en un registro público. Tal fuerza normativa frente a terceros solamente corresponde al Estado, que debe establecer, al mismo tiempo, un control de legalidad sobre tales acuerdos. Y desde luego, incluso para el Estado, resulta inconveniente que este pueda aprobar normas que doten de eficacia civil frente a terceros a cualesquiera acuerdos que unos particulares, como los convivientes, puedan tomar, por más que se recojan en una escritura pública y se inscriban en un registro público con efectos civiles. El legislador estatal debe ser muy selectivo y cuidadoso con los acuerdos particulares que resultan oponibles a terceros, debiendo existir una justificación clara y evidente, en términos de defensa de derechos e intereses legítimos, para que ello ocurra.

b) El concepto legal de pareja de hecho y el respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad

Naturalmente que el legislador necesita hacer girar toda la posible regulación alrededor de un concepto legal de pareja de hecho. Y en este punto y por exigencia de la STC 93/2013, creo que debe combinarse el principio de seguridad

jurídica con el respeto —nuevamente— al principio del libre desarrollo de la personalidad, pues este complejo fenómeno social de las parejas de hecho que solemos agrupar bajo esta u otras denominaciones distintas, no responde a un modelo único. Pareja de hecho tanto puede ser una situación transitoria de personas que desean contraer matrimonio, pero que están afectados por algún impedimento legal u otras razones que esperan solventar en un futuro próximo, como personas que desarrollan una convivencia similar a la propia de los cónyuges, pero que no creen en la institución matrimonial y no se casan porque no quieren, o porque no están dispuestas a sufrir las consecuencias de otra ruptura matrimonial, o finalmente, puede tratarse de personas que adoptan una convivencia afectiva prolongada, pero sin asumir ninguno de los deberes entre sí propios del matrimonio. Y el legislador debe respetar todas estas opciones libremente decididas.

Antes de la aprobación de las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho existía cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre cuál era el concepto descriptivo (y factual, basado en la convivencia fáctica) de pareja de hecho que había de tomarse en consideración, como pareja no casada que convive como lo harían los cónyuges, pero sin formalizar su convivencia²⁶. Después, las distintas legislaciones autonómicas han adoptado cada una de ellas su propio concepto, basado en el cumplimiento de determinados requisitos subjetivos, objetivos y formales, tanto para su constitución como para su extinción, restringiendo en muchos casos el ya de por sí restringido concepto admitido de pareja de hecho.

Y creo que tiene razón GARCÍA-POSADA cuando dice que tales regulaciones han caído frecuentemente en una confusión entre el modelo formal (institucionalizado) y el modelo factual de convivencia, a diferencia de lo que hace, por ejemplo, el legislador francés en el artículo 515 del *Code*, donde distingue claramente ambos modelos (arts. 515-1 a 515-7 para el pacto civil de solidaridad, artículo 515-8 para la unión de hecho o *concubinage*).

Sea como fuere, lo cierto es que en este punto también tiene incidencia la STC 93/2013, puesto que, en relación a los efectos civiles de la convivencia, esta Sentencia estaría limitando las opciones del legislador estatal, que no podrá otorgar efectos jurídico-civiles (siguiendo generalmente la regulación matrimonial) a la convivencia si los propios convivientes no se constituyen formalmente como pareja de hecho y aceptando entonces someterse al régimen jurídico establecido, aunque este sea meramente dispositivo, como ya se ha dicho con anterioridad.

Parece que el legislador tendrá poco margen de maniobra y se verá abocado a optar por un modelo claramente formal de pareja de hecho para regular los aspectos civiles, pues de la propia constitución formal derivará la voluntad de constituirse como pareja de hecho, y por tanto, de ejercer una opción libre en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendida en un sentido tan amplio como la entiende el TC.

Pocas dudas parece dejar la declaración de inconstitucionalidad de buena parte del artículo 1.2 de la Ley navarra de parejas estables, en cuanto entiende constituida una pareja estable cuando sus miembros *«hayan convivido maritalmente, como mínimo, un periodo ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia»*²⁷ (también se declara inconstitucional el párrafo segundo de este artículo 1.2 por los mismos motivos). El TC justifica su decisión en el FJ 9 así:

«(...) Los dos primeros supuestos —un año de convivencia o hijos en común— conducen a la atribución ex lege de la condición de pareja estable por la mera concurrencia a alguna de tales circunstancias, dando lugar a una calificación jurídica de determinadas situaciones de hecho, a la que se asociará la aplicación del contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal, prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral. Lo cual es claro que no resulta respetuoso del derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE. Únicamente resultaría acorde con tal derecho y respetuoso de la libre voluntad de los integrantes de la pareja, una regulación de carácter positivo, como es la que se acoge en el tercero de los supuestos enunciados en el párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley Foral, referido a las parejas que hayan expresado en documento público su voluntad de constituirse como pareja estable; supuesto que los propios recurrentes entienden que respeta la libre voluntad de los sujetos.

Ahora bien, la Ley, evidentemente, no restringe su aplicación a las parejas estables que hubieran formalizado documentalmente su situación, porque también tienen la consideración de parejas estables aquellas que reúnan los requisitos establecidos en la definición del artículo 2.1, si bien, tal concurrencia deberá ser acreditada por sus integrantes a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3). Entre estos medios de prueba adquiere especial relevancia la inscripción, en su caso, en los registros de parejas estables a que se refiere la disposición adicional de la Ley Foral, al disponer que el Gobierno de Navarra y los ayuntamientos podrán crear tales registros «para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución». En tanto tales parejas se acojan libremente a la previsión de la Ley, nada puede objetarse. Conclusión que no empece que puedan declararse inconstitucionales los preceptos de la Ley que por su naturaleza imperativa prescinden de la existencia de verificación de la asunción voluntaria de sus efectos por los miembros de la pareja».

Aunque teóricamente este segundo párrafo parece permitir que el legislador pueda optar por un concepto factual de pareja de hecho, lo cierto que es después parece que queda limitado a aquellos supuestos en que concorra algún acto de constitución (formal) de la convivencia, poniéndose como ejemplo la constitución mediante la inscripción en los registros de parejas de hecho. Y lo que complica aún más las cosas: exigiéndose de nuevo una asunción voluntaria de los efectos legales asociados a la condición de pareja de hecho, que parece que requerirá una manifestación de voluntad distinta e independiente del acto de constitución mismo.

En esta situación, ¿sería constitucionalmente admisible una regulación legal jurídico-civil dispositiva aplicable también a un concepto factual-convivencial de pareja de hecho, basado en una convivencia marital más o menos prolongada, sin que los convivientes hayan realizado un acto jurídico formal del cual derivar una voluntad clara de constituirse como tal? Parece que la respuesta, a tenor de los pronunciamientos del TC, será decididamente negativa para la regulación de las cuestiones jurídico-civiles (otra cosa será para las cuestiones de índole jurídico-públicas a las que se ha hecho referencia, en cuyo caso puede abogarse por un concepto flexible formal y convivencial).

Obsérvese que el problema de una regulación exhaustiva del legislador, «imitando» la regulación matrimonial no parece encontrarla el TC en la invasión de la competencia del Estado sobre las «*relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*» del artículo 149.1.8.^a CE, pues podría argumentarse que «imitar» la regulación matrimonial equivaldría a reconocer y regular una nueva forma de matrimonio. En este sentido, es conocida la opinión de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que considera que la naturaleza jurídica de las parejas de hecho es la misma que la del matrimonio (el propósito de convivir *more uxorio* o con *affectio maritalis*, como los cónyuges), por lo que entiende que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa en esta materia²⁸.

Sin embargo, la STC 93/2013 (FJ 5) entiende que esto no es así y no existe tacha alguna de inconstitucionalidad por este motivo, con un argumento que parece demasiado formalista: «*el declarado objeto de la regulación del legislador foral no es el matrimonio sino la convivencia estable more uxorio desarrollada al margen del matrimonio, según la definición establecida en el artículo 2.1 de la Ley Foral 6/2000*». Quizás y en atención a lo que se avecinaba después sobre la base del principio del libre desarrollo de la personalidad, entendió el TC que no merecía la pena entrar en esta discusión, que probablemente hubiera roto buena parte del consenso de la Sala.

Por ello y en línea de principio —que después se concretará— creo que el legislador debería decantarse por abstenerse de intervenir, como regla general, durante la convivencia de la pareja, potenciando y regulando en ese momento los pactos entre los convivientes, y realizando una intervención mínima y subsidiaria en previsión de una futura ruptura en vida de la pareja o tras su

extinción *mortis causa*, para asegurar un mínimo de protección jurídica en ese momento. Las razones que pueden exponerse para apoyar esta postura derivan precisamente del respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad de los convivientes:

- 1.^a) La heterogeneidad de situaciones fácticas que pueden encontrarse bajo la denominación de «pareja de hecho» y el respeto a la libre opción que cada una de ellas haya realizado, hace que sea altamente inconveniente que el legislador establezca todo un *status* jurídico de derechos y deberes aplicable a cualesquiera parejas de hecho, por más que hayan sido constituidas formalmente, porque la constitución formal, por sí misma, no «tipifica» a la pareja de hecho. Y téngase en cuenta que establecer normas para estas semejantes a los artículos 116 (presunción de paternidad del marido), 143 (deber de alimentos), 1318 (levantamiento de las cargas del matrimonio), 1319 (ejercicio de la potestad doméstica) o 1320 del Código Civil (disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso), entre otros, creo que solamente puede justificarse en el establecimiento de deberes legales de fidelidad, de ayuda y socorro mutuo y de convivencia efectiva, de manera semejante a como se hace en los artículos 67 y 68 del Código Civil para los casados.
- 2.^a) En todo caso, un tal *status* jurídico que introdujera el legislador debería ser respetuoso con la libertad de opción de cada pareja, de manera que debería ser básicamente dispositivo y siempre quedaría abierta la posibilidad de su exclusión mediante acuerdos más o menos explícitos de la pareja, incluso deducibles tácitamente o por medio de actos concluyentes, como se ha visto, lo que sería suficiente para excluir la aplicación de tales normas.
- 3.^a) Creemos que la intervención —mínima— del legislador debe centrarse en el momento de la ruptura o la extinción *mortis causa* de la pareja, puesto que en ese momento puede resultar especialmente complicado llegar a acuerdos, bien entre los convivientes tras la ruptura, bien entre el superviviente y los herederos del fallecido. En este caso y como se ha dicho con anterioridad, la intervención del legislador queda justificada introduciendo normas dispositivas que, a falta de acuerdo entre las partes, persigan proteger los intereses de personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, dificultad o en una situación de desequilibrio como consecuencia de la extinción de la pareja.

Tampoco debemos olvidar que el legislador puede y debe introducir también normas imperativas que tutelen derechos fundamentales de la pareja o de la familia que han de anteponerse, con la adecuación y proporcionalidad necesarias, incluso sacrificando, en lo que resulte indispensable, el principio del libre

desarrollo de la personalidad, tal y como afirma el FJ 8 de la STC 93/2013, en los términos literales que más arriba han sido recogidos.

c) La concreción de la razonable futura regulación del legislador estatal

Aunque puede ser una cuestión discutible, creo que el «estándar» de constitucionalidad establecido por la STC 93/2013, en relación precisamente a una Comunidad Autónoma que ostenta competencias en materia de Derecho civil, aconseja una intervención mínima por parte del legislador estatal, en la línea que ya había expresado parte de la doctrina²⁹. Si, de acuerdo con esta sentencia, es necesario un acto de aceptación por parte de los convivientes de todas y cada una de las normas reguladoras de esta materia, incluso las que sean dispositivas, sin que muy probablemente una tal aceptación ni siquiera pueda deducirse tácitamente del hecho de que la pareja haya solicitado y obtenido su inscripción como tal en un registro público, entonces resulta altamente inconveniente establecer todo un detallado régimen jurídico aplicable a las parejas de hecho, con la esperanza de que, de alguna manera, tal inscripción pueda interpretarse como una manifestación de voluntad de someterse al mismo.

Y esto vale también incluso aunque una tal voluntad pueda manifestarse de forma tácita o por hechos concluyentes. En general, la voluntad tácita ha servido para que nuestros tribunales tengan por establecida una sociedad civil irregular o una comunidad de bienes entre los convivientes, a fin de proceder a un reparto justo del patrimonio adquirido por la pareja durante su convivencia, pero resulta prácticamente imposible deducir de ciertos hechos concluyentes una voluntad tácita clara de aceptar normas semejantes a los artículos 96 o 97 del Código Civil, respecto a la pensión compensatoria o a la atribución del uso de la vivienda familiar, por ejemplo.

En esta situación y no siendo posible la imposición a los convivientes de normas que no hayan sido previamente aceptadas por ellos, quizás lo más lógico sea que el legislador asuma una labor de información y asesoramiento a los convivientes, de manera que se aproveche el acto de constitución formal de la pareja como tal —que es muy previsible que se establezca mediante escritura pública e inscripción en el Registro Civil o en otro similar³⁰, sin descartar otras formas³¹— para posibilitar que aquella pueda regular mediante pacto, si así lo desea, los aspectos jurídicos más relevantes de su convivencia, sobre todo, los efectos derivados de una posible ruptura o extinción. Por supuesto que esta labor de información y asesoramiento conlleva un coste económico que es posible que el Estado no esté dispuesto a asumir y se remita simplemente a los pactos que los convivientes pueden acordar antes, durante o después de su convivencia, reconociendo a algunos de ellos y en determinadas condiciones efectos jurídicos frente a terceros.

Dentro de este punto, creemos que el legislador debe también permitir a los convivientes optar por alguno de los regímenes económicos matrimoniales al tiempo de la inscripción registral (o mediante un acuerdo posterior)³². En este supuesto, debe producirse una total equiparación, a efectos de régimen económico, entre casados y convivientes. Sería entonces el legislador y no los convivientes quien estaría decidiendo la aplicación «en bloque» de un régimen económico unitario con algunos efectos frente a terceros y no sería un problema de eficacia frente a terceros de unos determinados pactos «a la carta» celebrados entre los convivientes. Pero creo que, en ausencia de esta concreta opción (bien por el régimen jurídico básico, bien por uno de los regímenes económicos matrimoniales), el legislador debe abstenerse de regular el régimen económico de los convivientes.

Aparte de ello, creo que el legislador, si finalmente decide intervenir en algunos aspectos concretos, debería hacerlo declarando aplicables directamente los artículos 96 y 97 del Código Civil a las parejas de hecho que expresamente así lo acepten, porque no tiene sentido aprobar aquí otras normas, más o menos semejantes, a los preceptos legales que ya existen y que tienen por finalidad la regulación de intereses familiares en conflicto como consecuencia de la extinción de una convivencia familiar³³. Otra cosa es que el legislador decida aprovechar esa hipotética futura ley para introducir mejoras en la redacción de tales normas, que también es altamente aconsejable.

Respecto al artículo 96, ello será así en la medida en que tal precepto resulte aplicable únicamente a los convivientes y no los hijos, pues respecto de estos y como dice PANTALEÓN PRIETO, el párrafo primero del artículo 96 es una norma establecida en interés de los hijos y resulta directamente aplicable con independencia de que los padres estén o no casados, siendo inconstitucional no aplicarla a los hijos de la convivencia extramatrimonial, pues discriminaría entre hijos (matrimoniales y no matrimoniales)³⁴. Por otra parte, la aplicación del artículo 97 del Código Civil permitiría al juez tener en cuenta las circunstancias establecidas en este precepto y propiciar una aplicación flexible de la norma y su adaptación a la situación concreta que presente cada pareja de hecho, preferible al margen mucho más estrecho que ofrece la doctrina del enriquecimiento injustificado.

Una cuestión cabe plantear en relación a los artículos 96 y 97 del Código Civil: ¿Qué carácter tendrían estas normas para los convivientes? En principio, creo que aquí la lógica debe ser que si la pareja de hecho opta por la aplicación de estas normas (cuando, de otra forma, no le resulten aplicables), se someta al mismo régimen que resultaría aplicable si estuvieran casados. Téngase en cuenta que la pareja de hecho cuenta con otra opción con la que no cuentan los casados: acordar la inaplicación de estas normas, pero una vez realizada la opción, deben quedar sujetos a los mismos límites que los casados.

Puede argumentarse, en este sentido, que la pareja puede «escapar» fácilmente de tales limitaciones: bastaría con un pacto de exclusión de estas normas

y acordar un régimen jurídico distinto para resolver estas cuestiones, lo que produciría «liberarse» del carácter imperativo de estas normas, en la medida en que lo sean. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, por un lado, los artículos 96 y 97 del Código Civil conceden amplias facultades de pacto a los cónyuges (aplicables también a los convivientes)³⁵, y por otro lado, la jurisprudencia tiene muy asentada la aplicación a las parejas de hecho de principios generales (normas imperativas o de orden público) tales como el del *favor filii*, el de protección del conviviente perjudicado por la unión o el que veda el enriquecimiento injustificado, que permiten al juez alcanzar soluciones semejantes a las establecidas en los artículos 96 y 97 del Código Civil, en detrimento de la aplicación de los posibles pactos a los que llegaran en su momento los convivientes cuando tales pactos entre en conflicto con los mencionados principios generales.

Esto es precisamente lo que está ocurriendo actualmente cuando no existe pacto alguno, pues los tribunales están aplicando soluciones semejantes a las establecidos en dichos preceptos, no a través de su aplicación analógica, sino a través de estos principios generales.

Por otra parte, en el ámbito estrictamente civil, una medida «estrella» puede ser obviamente el reconocimiento de derechos sucesorios al conviviente supérstite, que algunas leyes autonómicas —aprobadas por CCAA con competencia civil, aunque no siempre— han admitido en su regulación. Un ejemplo muy claro es el artículo 14 de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana, que ha ido todo lo lejos que podía irse en este ámbito: «*Si durante la unión de hecho formalizada tuviere lugar la muerte o la declaración de fallecimiento de alguna de las personas convivientes, quien sobreviva ocupará en la sucesión la misma posición que corresponde legalmente al cónyuge supérstite*», que es precisamente el único precepto de esta Ley que sigue suspendido de vigencia y aplicación por el TC tras el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno.

Respecto a Cataluña, el artículo 234-14 de su Código (Libro Segundo, aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio y que entró en vigor el 1 de enero de 2011) reconoce actualmente al conviviente superviviente los derechos viduales familiares de los artículos 231-30 y 231-31, es decir, el derecho al ajuar de la vivienda familiar y el llamado año de viudedad, en sentido similar a como lo hacía la posteriormente derogada Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Sin embargo y con anterioridad, la Ley 10/2008, de 10 de julio, que aprobó el Libro Cuarto sobre sucesiones y en vigor desde el 1 de enero de 2009, había equiparado al conviviente superviviente al cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como intestada, superando en este punto las previsiones de la antigua Ley 10/1998, de uniones estables (arts. 34 y 35).

En situación similar a Cataluña, equiparando la posición de cónyuge viudo y conviviente supérstite (esto es, en la sucesión intestada, en los derechos legitimarios, en la reserva viudal, en las atribuciones *post mortem* y en las disposiciones

de la sucesión testada que afectan al cónyuge viudo), se encontraba Navarra antes de la STC 93/2103 y se encuentran en la actualidad las Comunidades que poseen derechos civiles y forales propios, esto es, Baleares (art. 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables), el País Vasco (art. 9 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, por la que se regulan las parejas de hecho) y Galicia (disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia, en la redacción dada finalmente por la Ley 10/2007, de 28 de junio). Mención aparte merece Aragón, que lejos de equipararlo al cónyuge viudo, solamente reconoce muy concretos derechos sucesorios al conviviente superviviente en el artículo 311 del Código de Derecho Foral de Aragón, sin perjuicio de que, conforme a las reglas generales y como cualquier otro mayor de edad, los convivientes puedan testar mancomunadamente, celebrar pactos sucesorios o nombrarse fiduciarios³⁶.

En este ámbito puede resultar sorprendente que el artículo 11 de la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, que también equiparaba a estos efectos al conviviente superviviente al cónyuge viudo (respecto al usufructo de fidelidad y a la sucesión legal), fuera declarado inconstitucional por la STC 93/2013, por ser contrario al principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE. En concreto, el TC afirma en el FJ 13 de esta Sentencia que «(...) *las dos primeras modificaciones de leyes de la Compilación no se limitan a prever la posibilidad de que al miembro sobreviviente de la pareja estable se le reconozcan determinados derechos sucesorios, lo que hubiera dotado a la regulación de un carácter dispositivo, sino que establecen preceptivamente tales derechos, prescindiendo de la voluntad de los integrantes de la pareja, únicos legitimados para regular sus relaciones personales y patrimoniales...*».

Digo que es sorprendente porque el TC lo dice respecto a una norma que equipara convivencia y matrimonio respecto al usufructo legal de fidelidad del Título X de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que constituye precisamente una limitación a la libertad de disposición del causante del artículo 149, pretendiendo que sean únicamente los integrantes de la pareja quienes pueden establecer tal usufructo universal y no el legislador sin contar con la voluntad de estos porque, de lo contrario, se vulneraría el principio del libre desarrollo de la personalidad de estos. La justificación que se da es que la propia Compilación ofrece instrumentos suficientes para que la pareja regule los efectos de su sucesión (se cita el propio artículo 149, las donaciones *mortis causa*, los pactos sucesorios y el testamento de hermandad), por lo que no es admisible un régimen sucesorio imperativamente impuesto por el legislador.

Pero ocurre que, si el mismo estándar de constitucionalidad se aplicara a las CCAA que carecen de competencia para regular la sucesión hereditaria (o que, teniéndola, no la regulan), con sometimiento al régimen del Código Civil, entonces nos encontraríamos, por un lado, con que el legislador no puede

establecer imperativamente derechos sucesorios entre los convivientes, y por otro lado, con que los propios convivientes carecen de la mayor parte de estos instrumentos jurídicos para regular convencionalmente su sucesión, quedando abocados, como mucho, a testar a favor del conviviente en los mismos términos que si fuera un extraño. ¿Es esto una exigencia constitucional derivada del respeto al principio del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE? El problema es que el artículo 10.1 se aplica, y de la misma manera, con independencia de la vecindad civil de los ciudadanos españoles.

Creemos que, en este punto, el TC, tratando de ser coherente y llevar a sus últimas consecuencias sus —en general, razonables— planteamientos anteriores, llega a un resultado absurdo que, por sí mismo, sería suficiente para impedir al legislador cualquier intervención, por mínima que fuera, que pudiera afectar en alguna medida a alguno de los convivientes si este previamente no consiente los efectos queridos por el legislador. El «purismo» en este punto del TC en defensa de la libertad de los convivientes lleva al extremo de que, en la situación actual, ni el legislador ni la mayor parte de los convivientes españoles puedan regular mediante pacto su sucesión hereditaria. Esquemáticamente la situación sería: los convivientes esperan la regulación del legislador en un campo que les está básicamente vetado, mientras que el TC espera una imposible regulación de los particulares. Precisamente el tratarse de normas imperativas es lo que exigiría la necesaria intervención del legislador.

En conclusión, creemos que estas afirmaciones de la STC 93/2013 deben ser tomadas con todas las precauciones y referidas exclusivamente (y si acaso) a la concreta regulación navarra.

Por ello y aunque la cuestión de los derechos sucesorios pueda resultar también muy discutible, lo mínimo que cabe exigir al legislador es que tome una decisión clara en el sentido que sea, a fin de no tener la tentación de acudir a la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las parejas de hecho en este campo, como ha defendido en fechas recientes ESPADA MALLORQUÍN, tanto respecto a la sucesión intestada como respecto a los derechos legitimarios (y a algunos aspectos de la sucesión testada, junto a otras atribuciones *mortis causa*). Así, esta autora considera que los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la sucesión intestada se encuentran vinculados a la convivencia familiar y afectiva y no a la existencia de vínculo matrimonial, lo que justifica la aplicación analógica (mediante analogía *legis*) de las normas a los convivientes, entendiendo que existe una laguna legal (en el Derecho civil común) y que se da el requisito de la identidad de razón, siempre que se trate de una convivencia similar a la matrimonial y existiera convivencia al tiempo del fallecimiento³⁷. La misma aplicación analógica de las normas al conviviente supérstite considera que procede respecto a los derechos legitimarios y la reserva viudal, así como de las normas concretas de la sucesión testada que hacen referencia al cónyuge viudo u otras atribuciones *mortis causa*³⁸.

A partir de la STC 93/2013 existe un argumento fácil (e incorrecto, en nuestra opinión) en contra de un planteamiento de este tipo: lo que no podría hacer el legislador (extender los derechos sucesorios del cónyuge viudo al conviviente supérstite), menos podrán hacerlo los jueces a través del procedimiento analógico. Y ello sin ni siquiera tener que entrar a valorar si, efectivamente, concurren los presupuestos necesarios para que proceda esta forma aplicación del Derecho, lo que resulta muy dudoso³⁹. Pero es que, además, la aplicación analógica de las normas sucesorias a los convivientes de una manera generalizada como la que propone esta autora convertiría a los jueces en autores de una de las reformas legales más importantes de la historia reciente de nuestro Derecho de sucesiones.

Además, si tal aplicación analógica fuera procedente, por qué no aplicar entonces el resto de normas del matrimonio a los convivientes, y no solamente las relativas a la sucesión hereditaria, pues no resultará difícil encontrar una «identidad de razón» en todos los casos (salvo decisión expresa del legislador en otro sentido), como ocurriría con el deber de socorro mutuo, que fundamenta la obligación de alimentos, del artículo 68 del Código Civil; la presunción de paternidad del artículo 116; la atribución de la vivienda familiar a falta de hijos del párrafo tercero del artículo 96; la pensión compensatoria del artículo 97; quizás también el régimen económico matrimonial aplicable subsidiariamente, etc. Y la práctica judicial demuestra que esta no es la visión de los jueces —incluido el Tribunal Supremo— ni siquiera en la aplicación de algunas de estas normas aisladas, lo que podría tener mayor aceptación que la introducción de lo que, en definitiva, se propone: una nueva regulación de los derechos sucesorios⁴⁰.

Me parece que la labor de determinar los derechos sucesorios en el ámbito de las parejas de hecho corresponde, por un lado, a los propios convivientes a través de los medios legales existentes al respecto (en el Derecho civil común, básicamente, mediante el testamento), y por otro lado y en tanto existan importantes limitaciones a la libertad de testar o al uso de ciertos instrumentos sucesorios (pactos sucesorios, donaciones *mortis causa*, testamentos mancomunados, etc), creo que es razonable que el legislador intervenga reconociendo ciertos derechos sucesorios al conviviente supérstite. Y mientras la situación sea esta, no creo que ello suponga la vulneración del principio del libre desarrollo de la voluntad de los convivientes, puesto que las normas imperativas hoy existentes en el Derecho común dejan la libertad de opción de estos en la mínima expresión: testar a favor del conviviente como si fuera un extraño; no puede pretenderse por el TC amparar y proteger un derecho allí donde este no es realizable.

En la línea de lo que venimos afirmando y descartada la atribución de un auténtico *status* jurídico de derechos y deberes a las parejas de hecho, me parece que la posición correcta del legislador sería la de atribuir derechos hereditarios al conviviente supérstite en la sucesión intestada, sobre la base de la «presunta voluntad típica» del causante, y excluir estos derechos respecto a la

legítima, que se fundamenta en el cumplimiento de los deberes derivados del vínculo matrimonial⁴¹, sobre todo a partir de la Ley 13/2005, pues ahora quien opta por no casarse porque no quiere no puede esperar que la ley le atribuya los derechos sucesorios que le corresponderían si se hubiere casado, al menos como regla y salvo situaciones de especial necesidad económica o asistencial del conviviente supérstite, que podrían ser consideradas por el legislador. Cuestión distinta es la apuesta generalizada por la ampliación de la libertad de testar, que compartimos plenamente⁴².

Probablemente a lo anterior podrían añadirse algunos otros derechos muy puntuales, como el derecho a permanecer en la vivienda familiar durante algún tiempo o ciertos derechos sobre el ajuar familiar, siempre que se cumplan determinados requisitos previos de convivencia, y en el primer caso, de necesidad para habitación propia, sobre todo cuando no se tienen hijos comunes llamados a la herencia del fallecido.

Por último en este punto, también parece claro que una regulación legal estatal en la línea de lo que aquí se defiende debe ir necesariamente acompañada de una reforma procesal que permita, por un lado, que los convivientes puedan someter a aprobación judicial una propuesta de convenio regulador en caso de ruptura de la unión, atribuyendo la competencia a los juzgados de familia, y por otro lado, una reforma procesal que permita la liquidación del régimen económico en caso de que se haya optado por algunos de los regímenes económicos matrimoniales legales, siendo competentes los mismos juzgados⁴³.

3. CRÍTICA DE LA STC 93/2013

Desde la modificación del artículo 44 del Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que estableció los mismos requisitos y efectos al matrimonio entre personas de igual o diferente sexo, y teniendo en cuenta las leyes autonómicas sobre parejas de hecho existentes, podemos decir que España se ha situado a la vanguardia europea en cuanto a la libertad que concede a sus ciudadanos para organizar jurídicamente sus relaciones afectivas de pareja. Las parejas, con independencia de su sexo, pueden optar entre casarse, constituir formalmente una pareja de hecho (registrada) o simplemente vivir juntos y constituir entonces una pareja de hecho *de facto*. Se ha superado —de lejos— nuestro «envidiado» modelo escandinavo y de la mayoría de los países de nuestro entorno⁴⁴. Podemos decir, sin riesgo a equivocarnos, que España garantiza la libertad de opción (léase, libre desarrollo de la personalidad) en este ámbito de la forma probablemente más amplia dentro del panorama legal europeo.

¿Y qué añade a este panorama la STC 93/2013, respecto a las parejas de hecho? En mi opinión y en términos de libertad de opción en sí misma, las cosas siguen como estaban, porque los convivientes pueden seguir optando entre

formalizar o no su relación y entre seguir constituyendo una pareja estable o casarse. Es más, el TC realiza un «test» de constitucionalidad a la Ley navarra de parejas estables precisamente para garantizar, a toda costa, esa libertad de opción. Y llega a la conclusión de que el libre desarrollo de la personalidad aplicado a este ámbito, como libertad de opción, solamente queda garantizado no imponiendo a los convivientes ningún efecto jurídico que no haya sido previamente aceptado por ellos, lo que tanto vale para las normas imperativas establecidas como para las dispositivas (que serían aplicadas en defecto de pacto). En otras palabras, ante el silencio de los convivientes, la abstención del legislador, como regla, es una imposición constitucional.

De esta manera, el TC no solamente está decidiendo sobre el pasado (la Ley navarra de parejas estables y las demás que puedan seguir su camino), sino sobre el futuro, estableciendo el marco jurídico dentro del cual el futuro legislador (autonómico, pero básicamente estatal) puede legislar sobre esta materia de conformidad con la CE: la abstención, como regla. Será la abstención porque si los convivientes llegan a acuerdos válidos, se aplicarán los acuerdos, y a falta de acuerdo, prácticamente nada puede imponerles tampoco el legislador.

Cabe realizar a este planteamiento algunas consideraciones. La primera, lo curioso que resulta que ninguna Constitución europea —que sepamos— imponga una exigencia de este tipo a su legislador nacional. Por ejemplo, en los países escandinavos es doctrina común que quien busca los efectos propios del matrimonio y puede casarse, debe hacerlo, lo que constituye el fundamento para regular una unión similar al matrimonio únicamente para las parejas del mismo sexo, a quienes les está vedado el matrimonio⁴⁵, lo que también ocurre en Alemania. Por otra parte, Francia, que no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha institucionalizado desde 1999 el llamado «pacto civil de solidaridad», que está abierto a todas las uniones de hecho con independencia de su sexo, lo mismo que el *concubinage*. Pues bien, todos estos países han impuesto un régimen imperativo, más o menos amplio y más o menos similar al matrimonio, a todas las parejas que han consentido constituirse como tal, con independencia de la amplia autonomía con la que cuenten de cara a su autorregulación: régimen económico (supletorio a veces), deber de alimentos, responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas para el sostenimiento de la vida en común, derechos sucesorios, etc. Y ningún problema de constitucionalidad presentan estas normas en unos países en los que, en general, la libertad de opción es menor que en España.

En este punto estamos totalmente de acuerdo con la severa crítica realizada por MARTÍN CASALS a esta sentencia, pues como dice este autor, esta distinción entre normas imperativas y normas dispositivas que realiza el TC supone apartarse claramente del concepto técnico-jurídico admitido en Derecho, sin una justificación clara para ello. Por ello, no es de extrañar que este autor hable de la creación por el TC de un nuevo derecho fundamental a partir del libre desarrollo de la personalidad: el derecho «a convivir anómicamente en pareja»⁴⁶.

La segunda y principal consideración que debemos hacer en relación a la STC 93/2013 es respecto al significado jurídico-privado que cabe dar a la manifestación de voluntad de los convivientes de constituirse en una pareja de hecho, por ejemplo, mediante escritura pública e inscripción en un registro de parejas de hecho. ¿No cabe pensar que están aceptando, en bloque, toda la regulación legal, tanto imperativa, como dispositiva, vinculada a la constitución de la pareja de hecho? ¿Acaso cabe dar otro significado a la prestación formal del consentimiento matrimonial? ¿Pueden unos cónyuges argumentar que, por ejemplo, la aplicación supletoria del régimen de gananciales o de separación de bienes, no expresamente consentido por ellos, vulnera el libre desarrollo de su personalidad? ¿Y qué decir de la atribución legal de derechos sucesorios al cónyuge viudo a falta de testamento o pacto sucesorio, o de cualquier otro efecto jurídico del matrimonio?

Porque con la STC 93/2013 en la mano se llega a la conclusión de que el artículo 10 CE —interpretado como lo hace el TC— impone al legislador un mayor respeto a la libertad de opción de los convivientes que a la de los cónyuges, lo que carece de todo sentido. Como ya se ha dicho, quizás lo que el TC está queriendo prohibir es una futura regulación (incluso dispositiva) que identifique o equipare, a efectos civiles, la pareja de hecho al matrimonio porque, en este caso y a falta de pacto, el legislador sí estaría vulnerando la libre opción de los convivientes que, ante todo, no han prestado consentimiento matrimonial.

Por eso entendemos que debe ser constitucionalmente admisible el establecimiento de una regulación legal dispositiva para las parejas de hecho, por más que corresponda al legislador propiciar y facilitar, bien en el momento de su constitución, bien en un momento posterior, la celebración de acuerdos entre los convivientes para la regulación de todas las cuestiones, al menos patrimoniales, relativas a su unión. Puede incluso estudiarse el establecimiento de «acuerdos-modelo» que permitan a los convivientes una fácil y ágil autorregulación aprovechando el momento de su constitución formal y que sea prevalente a la posible regulación dispositiva legal.

Otra cosa es la razonable regulación dispositiva que es conveniente sea establecida por el legislador, para lo cual nos remitimos a epígrafes anteriores. Pero creo que lo que no es aceptable es que el legislador (estatal) encuentre en esta STC 93/2013 la excusa perfecta para dejar de intervenir en aspectos jurídicos, unos de índole pública y otros de índole privada, que tanto demanda la mínima seguridad jurídica que debe ofrecerse hoy a las parejas de hecho.

A continuación y dejando un poco de lado una futura ley reguladora de las parejas de hecho, nos centraremos en determinar los límites imperativos concretos a la libertad de pactos, que lejos de prohibir, fomenta la tan mencionada STC 93/2013, con el fin de proteger intereses primarios de los convivientes o de personas necesitadas de especial protección (por ejemplo, los hijos menores o discapacitados) y que pueden verse afectados muy negativamente por tales pactos.

4. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE PACTOS ENTRE LOS CONVIVIENTES COMO PUNTO DE PARTIDA

Ya sabemos que constituye opinión general de la jurisprudencia, de las legislaciones autonómicas y de la doctrina que la autorregulación por parte de las parejas de hecho de sus propias cuestiones económicas o patrimoniales, tanto durante su vigencia, como tras su extinción, que es la mejor forma de dar certidumbre y solucionar sus conflictos, porque nadie mejor que ellos conoce sus circunstancias actuales y sus previsibles necesidades futuras. Celebrados, bien con carácter previo o simultáneo a la constitución de la unión de hecho, bien durante su vigencia, e incluso una vez producida la extinción, los pactos o acuerdos entre ellos deben, como regla general, ser aplicados y cumplidos obligatoriamente (arts. 1091 y 1258 del Código Civil), como manifestación del principio de autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad⁴⁷. Por ello, creo que conviene recordar que es la regla general establecida en nuestro Derecho, y especialmente aplicable en este caso, por tratarse de uniones libremente formadas por personas que no han querido contraer matrimonio, que tienen derecho a no ser consideradas jurídicamente casadas, y que han regulado expresamente alguna o algunas de las cuestiones económicas relativas a su unión.

En Cataluña está previsto incluso que los convivientes puedan someter a la aprobación judicial una propuesta de convenio que incluya todos los efectos que la extinción deba producir entre ellos y respecto a los hijos comunes (art. 234-6 del Código Civil de Cataluña), aspecto este que ha planteado importantes problemas procesales en las demás CCAA⁴⁸.

Pero, como hemos dicho anteriormente respecto a los derechos sucesorios del conviviente supérstite, esta idea central de la STC 93/2013 debe ser entendida en sus justos términos. Los pactos están sujetos a los límites del artículo 1255 del Código Civil, básicamente por las normas imperativas, de manera que al legislador (autonómico o estatal) sí le debe estar permitido regular (imperativamente) aspectos relativos a las parejas de hecho que, ya incluso antes de la regulación, escapan a la autonomía de la voluntad de los convivientes, como ocurre con el orden sucesorio intestado o con las limitaciones a la facultad de disposición del testador. No se puede decir que se esté vulnerando la libertad de los convivientes porque ya antes no eran libres para decidir en este ámbito. Por tanto y aunque parezca una aclaración innecesaria, las palabras de la STC 93/2013 obligan a recordar que el principio de libertad de pactos entre los convivientes debe entenderse referido al Derecho dispositivo y que el artículo 10.1 CE no otorga a estos más libertad y autonomía que a cualquier otra persona.

Ningún problema debe plantear, en cuanto a su validez y eficacia, la forma adoptada para recoger estos acuerdos, por más que algunas leyes autonómicas parezcan exigir imperativamente la escritura pública. No deben plantear pro-

blemas de validez los acuerdos recogidos en documento privado o los verbales (incluso los tácitos o derivados de «*facta concludentia*», como se ha encargado de sentar la jurisprudencia), de modo semejante a como se admite la validez de los pactos prematrimoniales en previsión de la ruptura (respetando, en este caso, el contenido y forma *ad substantiam* de las capitulaciones matrimoniales *ex* artículos 1325 y 1327 del Código Civil, o normas civiles forales semejantes) o para completar lo acordado en convenio regulador de separación o divorcio⁴⁹.

Por eso, las exigencias de algunas leyes autonómicas de que tales pactos consten en escritura pública deben interpretarse, salvo que otra sea la voluntad explícita del legislador, conforme al principio de libertad de forma y a la luz del artículo 1278 del Código Civil, como hacía GÓMEZ CALLE respecto al artículo 4.1 de la Ley madrileña antes de ser declarado inconstitucional. De otra forma, resulta inconcebible que sea válido el pacto escrito (o tácito, conforme a la jurisprudencia del TS) entre convivientes no constituidos formalmente o no inscritos, y que por el contrario, no lo sea entre convivientes inscritos si no se hace en escritura pública⁵⁰.

Cuestión distinta es que resulte conveniente el empleo de la escritura pública⁵¹, o que existiendo esta, se pueda reconocer a la misma un valor adicional: por ejemplo, si así se hubiere acordado, el régimen pactado puede adquirir el valor de capitulaciones matrimoniales en caso de matrimonio posterior de la pareja de hecho, como prevé el artículo 308 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se recogen las Leyes civiles aragonesas.

5. LÍMITES GENÉRICOS LEGALES A LA LIBERTAD DE PACTOS

Con carácter general, debe decirse que resultan inaplicables a estos pactos o acuerdos la mayor parte de los límites que el Código Civil establece para los pactos o acuerdos entre cónyuges, como la importante prohibición de transacción del artículo 1814 del Código Civil sobre «*el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales*», aunque la referencia a los «*alimentos futuros*» en dicho precepto debe confrontarse con las regulaciones autonómicas, habida cuenta de que en algunas de ellas se establece la obligación legal a los miembros de la pareja de prestarse alimentos entre sí (así, el art. 9 de la ley valenciana de uniones de hecho formalizadas «*en la forma y cuantía previstas en el Código Civil con preferencia a cualquier otra persona obligada a prestarlos*», y sin que se admita pacto en contrario, como establece el párrafo segundo del art. 7.1).

En algún caso (art. 234-10, apartado 2, del Código Civil de Cataluña) se limitan también los pactos previos de renuncia sobre alimentos en caso de extinción de la convivencia en vida de la pareja si compromete «*la posibilidad de atender a las necesidades básicas del conviviente que tiene derecho a*

pedir». Pero, presupuesto necesario para realizar esta afirmación, es que exista previamente una obligación de alimentos entre los convivientes, que no es precisamente el punto de partida legal.

Mención concreta merece el artículo 1328 del Código Civil que, aunque formalmente inaplicable por referirse a las capitulaciones matrimoniales, sin embargo, la mención a la nulidad de las estipulaciones «*limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*», pudiera ser aplicable a las parejas de hecho por la vía del orden público como límite (*ex art. 1255 del Código Civil*) a la autonomía de la voluntad de los convivientes. En este sentido, ha escrito PARRA LUCÁN que «los *estados familiares*, tradicionalmente considerados en materia de orden público, por entender que así lo exigía el interés general de la organización social, han perdido gran parte de su significado. El viejo concepto de orden público se identifica hoy con las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales, en cuanto expresión del sistema de valores imprescindible en nuestro ordenamiento»⁵².

Esta parece la línea seguida por algunas CCAA, que han incorporado literalmente este límite en su normativa, junto al que deriva de otros preceptos aplicables al matrimonio, como es el establecido en el artículo 90 del Código Civil: los acuerdos «*gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*». Así, el apartado 4 de la disposición adicional 3.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, al establecer que: «*Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos*», manifestando expresamente la norma que serían nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición. Lo mismo, por ejemplo, el artículo 4.4 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid, precepto que, como ya se ha dicho con anterioridad, ha sido declarado inconstitucional por invadir la competencia exclusiva del Estado en Derecho civil. Son límites que se han generalizado en las regulaciones autonómicas sobre parejas de hecho.

No obstante, debemos manifestar la prudencia con la que deberían aplicarse estos límites tan genéricos e imprecisos para solucionar conflictos económicos entre dos particulares con plena capacidad de obrar, y que no deberían servir para enervar las legítimas aspiraciones de quien confía en que un pacto claro y válidamente adoptado para resolver este conflicto será respetado. En este sentido habría que recordar nuevamente la posición adoptada por la STC 93/2013, absolutamente contraria, como regla, a la imposición imperativa a los convivientes de normas que coarten su libertad.

Otra cosa es que el pacto resulte abusivo (art. 7.2 del Código Civil) o que resulte abusivo o contrario a la buena fe pretender su cumplimiento. PINTO

ANDRADE pone como ejemplos, en relación a la pensión compensatoria, los siguientes casos de abuso o fraude declarados por los tribunales: renuncia de la esposa a la pensión a cambio de un trabajo en la empresa del esposo, siendo despedida poco después (SAP de Zamora, 1.^a, de 21 de abril de 2005; *JUR* 114222), incumplimiento posterior de parte de los acuerdos del convenio regulador pretendiendo que se cumpla la parte referida a la pensión compensatoria (SAP de Valencia, 10.^a, de 24 de septiembre de 2007; *JUR* 6023), o incumplimiento de un supuesto acuerdo sobre liquidación de la sociedad de gananciales en la parte que resulta desfavorable y que pretende que se cumpla en la que favorece (SAP de Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, de 10 de mayo de 2004; *JUR* 185858)⁵³.

También ha sido apuntada la nulidad de aquellos pactos que hagan ilusoria la libre ruptura de la unión matrimonial, bien por entender que estamos ante una exigencia (irrenunciable) del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a no ser considerado casado, a menos que haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley⁵⁴, bien sobre la base de que las vinculaciones perpetuas están proscritas en nuestro ordenamiento (1583 del Código Civil) y porque estarían en juego cuestiones que afectan a la esfera más íntima de las personas y que estarían fuera del comercio de los hombres (art. 1271.I del Código Civil)⁵⁵.

Creo que puede estarse de acuerdo en que, mediante un pacto entre los convivientes, no puede ponerse a uno o a ambos en una posición jurídica o económica que, de hecho, le imposibilite el ejercicio de uno de los principios básicos de toda convivencia de hecho como es el principio de libre ruptura. Sin embargo, GAVIDIA SÁNCHEZ ha planteado también la cuestión de si la compensación por enriquecimiento injustificado o sin causa (producido durante la convivencia, no como consecuencia de la ruptura) limita la libertad de pactos previos entre los convivientes a la hora de prever prestaciones para el caso de ruptura o extinción de la unión libre, entendiendo que, en su opinión «es el enriquecimiento sin causa el límite infranqueable, tanto para las leyes como para los pactos, cuando prevén anticipadamente prestaciones para el caso de ruptura, esto es, antes de que esta se produzca. La consecuencia que se deriva de sobrepasar este límite es la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad del pacto»⁵⁶.

En opinión de GAVIDIA SÁNCHEZ un pacto entre convivientes sobre compensaciones para el caso de ruptura solo será válido y eficaz en la medida en que no sobrepase (sí cabría, en su opinión, un pacto que cubriera parcialmente el enriquecimiento, o incluso un pacto de renuncia al mismo) lo que para él constituye un límite infranqueable: el enriquecimiento realmente experimentado durante la convivencia, esto es, el pacto sería inicialmente válido en tanto no se demuestre que excede de esta cantidad, recayendo la carga de la prueba sobre quien sostenga lo contrario⁵⁷.

Desde luego que pueden hacerse diversas objeciones a este planteamiento. En primer lugar, si esto es así y un pacto previo solamente resulta indiscutible

por quienes lo han suscrito si existe una coincidencia absoluta —bajo pena de nulidad— entre lo pactado y el enriquecimiento exacto experimentado, entonces puede concluirse que el pacto no ha servido prácticamente de nada, pues si se trata de un pacto previo, será imposible hacer coincidir con toda exactitud ambas cantidades. Entonces, la finalidad del pacto, que es precisamente añadir certeza y seguridad a las relaciones patrimoniales entre los convivientes, evitando futuras disputas, deja de tener sentido y se aboca a los convivientes a un pacto posterior a la ruptura (seguramente más difícil de alcanzar) o a una decisión judicial para resolver sus diferencias sobre este punto.

En segundo lugar, no es precisamente esta la forma de proceder de nuestros tribunales a la hora de fijar compensaciones por enriquecimiento injusto que, con mucha frecuencia, suelen despachar el asunto fijando cantidades globales y alzadas y no precisamente conforme a las alegaciones y pruebas de las partes. En estas condiciones, tan buenas deberían estimarse las cantidades fijadas anticipadamente por los convivientes (aunque fueran globales también) como las fijadas por los tribunales.

Pero lo que nos parece más dudoso del planteamiento de este autor es el fundamento constitucional de esta exigencia: evitar que los pactos «hicieran ilusoria la libre ruptura de la unión no matrimonial, por entender que estamos ante una exigencia (irrenunciable) del libre desarrollo de la personalidad, en relación con el derecho a no ser considerado casado, a menos que se haya prestado consentimiento matrimonial en alguna de las formas previstas por la ley (arg. arts. 6.2 y 1255 del Código Civil, 10.1 y 32.1, este en negativo, CE). Por lo tanto, tales exigencias constitucionales limitan no solo la libertad del legislador, sino también de los particulares, de manera que ni por ley ni por pacto se pueden prever prestaciones para el caso de ruptura de las uniones no matrimoniales, que impliquen obstaculizar su libre ruptura, aunque, ciertamente, ni impongan la obligación de continuarlas»⁵⁸.

Desde luego que podemos estar de acuerdo en la nulidad de un pacto que obstaculice gravemente la libre ruptura, pero de ahí deducir que todo pacto que fije una compensación superior al enriquecimiento real experimentado da lugar a este obstáculo y supone una infracción del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) porque sería tanto como tener a los convivientes por casados con infracción del artículo 32.1 CE (en negativo, como derecho a no ser considerados casados sin prestar consentimiento matrimonial), es un «salto» que carece, en nuestra opinión, de toda justificación. Creo que afirmar que, por ejemplo, un pacto entre convivientes que declare aplicable el artículo 97 del Código Civil, de manera que la posible indemnización haya de fijarse en los casos y condiciones establecidas por este precepto y con independencia del enriquecimiento-empobrecimiento realmente experimentado, es nulo por infringir preceptos constitucionales, requiere de una argumentación adicional

clara. Y no creo que suscribir un pacto de estas características haga creer a los convivientes que se están casando.

Puede discutirse si obstaculiza gravemente la libre ruptura (art. 10.1 CE) un caso como el resuelto por la SAP de Almería (2.^a), de 17 de febrero de 2003 (AC 623), en relación a un pacto anterior a la ruptura matrimonial contenido en capitulaciones matrimoniales en el que se había pactado una indemnización (a modo de cláusula penal) que el esposo (un español) debía abonar a la esposa (de nacionalidad rusa) en caso de ruptura matrimonial (un millón de ptas. el primer año, a lo que se sumaría 83.333 ptas. por cada mes de convivencia transcurrido con posterioridad al primer año), y todo ellos sin perjuicio de los efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio, incluida la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. Tanto el JPI como la AP declararon nula dicha cláusula por contraria al artículo 1328 del Código Civil y 32.2 CE (limitaría el derecho de separación matrimonial). Curiosamente y en cómputo anual, era una cantidad similar a la pactada en el caso resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife (1.^a), de 7 de julio de 2008 (JUR 108893), ratificando la resolución del JPI, que declaró la validez de la cláusula 8.^a de un acuerdo prematrimonial entre dos ciudadanos alemanes en el que se establecía que *«En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite Doña Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido»* y condenó al marido pagar algo más de 24.000 euros. Es más, en el caso de la SAP de Almería, el matrimonio únicamente había durado 27 meses, con lo que la cantidad a pagar era más o menos la mitad (finalmente, a la esposa rusa se le concedió una pensión compensatoria de 180 euros mensuales durante un solo año).

Incluso cabe plantear la posible compatibilidad entre una (pactada) pensión compensatoria al amparo del artículo 97 del Código Civil y una reclamación adicional por enriquecimiento injustificado. GÓMEZ CALLE defiende esta compatibilidad (como se establece expresamente en Cataluña) cuando concurren los presupuestos de ambas pretensiones, lo que pueden ocurrir sobre la base de las mismas circunstancias (por ejemplo, el cuidado de los hijos o del hogar gratuitamente por uno de los convivientes), que pueden justificar tanto una reclamación por enriquecimiento injusto (derivada de la pérdida de ingresos producida hasta la ruptura), como de una reclamación por la pérdida de las expectativas futuras, que justificaría una pensión pactada similar a la del artículo 97 del Código Civil⁵⁹.

Por otra parte, pudieran resultar limitados los pactos entre convivientes —anteriores a la ruptura— si se traslada a esta sede la idea de que no es válida la renuncia de derechos futuros o que no integran todavía el patrimonio del renunciante, como se ha dicho en sede matrimonial, especialmente respecto a la pensión compensatoria renunciada en capitulaciones matrimoniales. En este sentido y sobre

la base de diversas normas (así, los arts. 1271 del Código Civil, que permite que puedan ser objeto de contrato las cosas futuras, y 6.2 del Código Civil, bien como renuncia de derechos, bien como exclusión voluntaria de la ley aplicable en relación al art. 97, sin contravenir el interés o el orden público ni perjudicar a terceros) parecen actualmente ya superados estos los obstáculos, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial⁶⁰.

Respecto a las parejas de hecho creo que debe defenderse lo mismo, con más razón a partir de la STC 93/2013, que declaró también inconstitucional el artículo 5.5 de la Ley navarra, que preveía una compensación económica a la que tiene derecho *«cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente»*. Pues bien y como sabemos, esta norma comenzaba diciendo *«salvo pacto en contrario»*, y aun así es declarada inconstitucional porque, en defecto de pacto, se trataría de una norma imperativa, y por consiguiente, contraria al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes, a quienes se impondría sin haber sido aceptada previamente. En consecuencia y a partir de esta sentencia podemos afirmar que todo pacto —incluido el de renuncia de derechos— constituye la concreción de la autonomía de la voluntad (y libre desarrollo de la personalidad de los convivientes) y que deberá ser respetado como regla.

Es más, resultaría inconstitucional también la norma que estableciera que tales pactos han de respetar *«los derechos mínimos contemplados en la presente Ley Foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles»* (inciso final del art. 5.1). Y entre esos derechos mínimos estaba el derecho que tenían ambos convivientes, en dos casos concretos, *«para reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento»* (art. 5.4, primer párrafo), lo que significa que ni siquiera puede traerse a colación, respecto a las parejas de hecho, la idea de la irrenunciabilidad de la pensión compensatoria entre cónyuges cuando ello conllevara en la imposibilidad de atender las necesidades básicas del cónyuge que había renunciado, que se fundamentaba en el posible carácter alimenticio o asistencial de la pensión compensatoria⁶¹. Si ni siquiera en este caso puede el legislador imponer un deber de alimentos entre los convivientes, resultan evidentes dos cosas: primera, que a falta de pacto no existe deber de alimentos; y segunda, que el pacto de renuncia constituye una reiteración innecesaria de la situación existente en ausencia del mismo.

Precisamente en esta línea y sobre la base de normas concretas que permitían a los convivientes pactar *«compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento de su situación anterior»*, con expresa remisión a las circunstancias del artículo 97 del Código Civil (así el art. 4.2 de la Ley de uniones de hecho de la Comu-

nidad de Madrid), se había defendido que la ausencia de pacto ha de suponer que dicha compensación no será exigible⁶². Con más razón, cuando se haya pactado expresamente (sin ser ello necesario) su no exigibilidad. No obstante, alguna precisión habrá de realizarse más adelante sobre la posible aplicación en estos casos de la cláusula *rebus sic stantibus*, que puede servir de cauce para ignorar un pacto claro.

6. EJEMPLOS DE POSIBLES PACTOS

A. *Pacto de remisión general a las normas del matrimonio o de sometimiento expreso a alguno de los regímenes económicos matrimoniales.*

Un pacto de remisión en bloque a las reglas del matrimonio o a regímenes económicos matrimoniales concretos del Código Civil o de otras leyes plantea serios problemas de interpretación y determinación de su alcance. Así, el pacto de sometimiento a las normas matrimoniales plantea el problema de decidir si, con ello y por ejemplo, resultan aplicables a los convivientes los artículos 1317 a 1322 del Código Civil (el llamado régimen matrimonial primario), el artículo 1327, relativo a la forma de las capitulaciones matrimoniales, o el ya citado artículo 1814 en materia de transacción, entre otros. Lo mismo respecto al sometimiento expreso a un régimen matrimonial concreto, por ejemplo, el régimen legal de gananciales. La cuestión es si, por ejemplo, un pacto en estos términos, otorgado ante notario, sitúa a los convivientes en la misma situación jurídica que si estuvieran casados.

La opinión general es que tales pactos despliegan sus efectos en las relaciones internas entre los convivientes, sobre todo de cara a la extinción del régimen, que habrá de hacerse en términos económicos como si de cónyuges se tratara, pero no producen efectos frente a terceros, pues los convivientes habrán creado un pacto, pero no un régimen económico, que solamente puede establecer el legislador (o los cónyuges, por delegación del legislador)⁶³.

Esto significa que habrá que distinguir entre una esfera interna (entre los convivientes existe un «acuerdo» de ganancialidad, que podrá instrumentarse incluso a través de una sociedad universal de ganancias) y otra externa (frente a terceros se aplican las reglas generales sobre titularidad de bienes, administración, disposición y responsabilidad). Ya se pusieron importantes objeciones a la oponibilidad frente a terceros de tales pactos, lo que resultará todavía más claro en caso de ausencia de publicidad frente a terceros, tanto de la propia unión de hecho como de los posibles pactos acordados, mediante un registro público con efectos civiles y no meramente administrativos⁶⁴.

En este sentido se expresa también la RDGRN de 7 de febrero de 2013, respecto a la eficacia jurídica de un pacto en escritura pública de una pareja

de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía, que había pactado la constitución de una sociedad de gananciales (a la que pretendían aportar una vivienda adquirida con anterioridad por uno de los convivientes, con subrogación hipotecaria, y que se le atribuyera el carácter de ganancial). Se denegó la inscripción en el Registro de la Propiedad y la DGRN confirmó la nota por tres motivos: 1) imposibilidad de crear una sociedad de gananciales sin matrimonio (y sin que puedan aplicarse por analogía sus normas); 2) falta de publicidad de la misma frente a terceros; y 3) la imposibilidad de pactar entre los convivientes capítulos matrimoniales, de donde se derivaría que los convivientes no pueden pactar que entre los mismos rijan las normas reguladoras de un régimen económico como es el de la sociedad de gananciales.

Cuestión distinta es, como ya se ha dicho, que la pareja de hecho pueda instrumentalizar jurídicamente sus relaciones económicas frente a terceros a través, por ejemplo, de una sociedad civil (universal de ganancias, en su caso) con personalidad jurídica propia; en otras palabras, que estos acuerdos internos para hacer comunes las ganancias y las pérdidas se instrumenten también frente a terceros, adoptando la forma de una sociedad civil, de manera que es la sociedad civil la que contrata y responde con su patrimonio frente a terceros (y subsidiariamente, los socios o convivientes).

Por otra parte y desde el punto de vista procesal se ha negado la aplicación del procedimiento de los artículos 806 y sigs. LEC para la liquidación del régimen económico entre los convivientes (Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, 2.^a, de 7 de noviembre de 2006: *«la liquidación del patrimonio que en común pudieran tener los litigantes no deberá someterse a normas propias del régimen económico matrimonial, sino a las fijadas en la Ley para la comunidad de bienes, perfectamente aplicables»*), dada la falta de previsión del legislador estatal al respecto (único competente *ex art.* 149.1.6 CE). Sin embargo y cuando se acredite la existencia de una sociedad civil sí parece que podrían aplicarse los artículos 782 y sigs. LEC, para las herencias, dada la remisión que expresamente realiza el artículo 1708 del Código Civil.

Conocida es también la inaplicabilidad de las normas procesales que regulan los procesos matrimoniales (arts. 769 y sigs. LEC). Expresamente ha rechazado la aplicación del artículo 777 LEC la SAP de Las Palmas (3.^a), de 28 de abril de 2006 (*JUR* 199084).

B. PACTOS SOBRE USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y DE INDEMNIZACIÓN POR DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Completando lo que ya se ha dicho anteriormente y en general, no plantea problemas la admisión de pactos sobre el uso de la vivienda familiar, en tanto no resulten perjudiciales para los hijos comunes de los convivientes por apli-

cación directa del artículo 96.I del Código Civil, y lo mismo respecto a una posible indemnización por desequilibrio económico semejante a la establecida en el artículo 97 del Código Civil para los cónyuges.

Los convivientes pueden simplemente remitirse a la aplicación de los artículos 96 o 97 del Código Civil en los mismos términos que si estuvieran casados. Igualmente, pueden establecer otros criterios distintos a los establecidos para los cónyuges (o desechar algunos) a los efectos de atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar (y ajuar doméstico) o para determinar cuándo procede una indemnización por desequilibrio económico y en qué cuantía. Por ejemplo, puede establecerse una indemnización por desequilibrio a modo de mensualidad (temporal o vitalicia) o cantidad alzada por la dedicación y cuidados dispensados al otro conviviente o a los hijos, comunes o no, en detrimento del propio desarrollo laboral (y personal), o por su colaboración no remunerada en las actividades profesionales del otro conviviente; puede concretarse en la percepción de ciertos bienes o derechos pertenecientes al otro, como forma de compensar su contribución a la formación de un patrimonio común o al incremento de patrimonio del otro, etc.

La indemnización puede serlo tanto para el caso de ruptura *inter vivos* como de extinción *mortis causa* de la convivencia (en este último caso, para salvaguarda de los intereses del conviviente beneficiado, que preferirá el pacto a la revocabilidad esencial de una atribución testamentaria semejante). Y ninguna objeción debe ponerse, en nuestra opinión y como ya se argumentó, a la renuncia a toda indemnización por desequilibrio económico.

C. Pactos de fijación de indemnizaciones cuyo presupuesto único sea la ruptura unilateral de la unión.

Al margen de las posibles indemnizaciones en caso de desequilibrio económico, es posible acordar otras cuyo único presupuesto sea la ruptura *inter vivos* de la convivencia, de manera que, por ejemplo, el conviviente que desiste unilateralmente de la unión ha de abonar al otro, a modo de pena o sanción, una cantidad (global o, como es frecuente en el caso de los pactos prematrimoniales, en función de la duración de la convivencia o de otras circunstancias). Pero también es posible que la indemnización deba ser abonada precisamente al conviviente que desiste.

Naturalmente este tipo de pactos pueden fortalecer o debilitar —depende de a quién le toque pagar y cobrar y en qué cuantía— la unión, pues tanto pueden ser una cortapisa a la libre ruptura o desistimiento que aparece como consustancial a este tipo de uniones, como ser un incentivo exactamente para lo contrario («*coger el dinero y correr*», considerando a la unión como una inversión). Asimismo y pactado el acuerdo con carácter previo a la constitución

de la convivencia, tanto puede servir el pacto para estimular como para disuadir la constitución de esta⁶⁵.

No obstante, debemos reiterar aquí que, en cualquier caso, un pacto de estas características puede poner a uno o a ambos convivientes en una posición jurídica o económica que, de hecho, le imposibilite el ejercicio de uno de los principios básicos de toda convivencia de hecho como es el principio de libre ruptura, en la línea en que se manifestó la SAP de Almería (2.^a), de 17 de febrero de 2003 (AC 623). Por este motivo, creemos que no deben admitirse todos aquellos pactos que, directa o indirectamente, produzcan *de facto* una «causalización» de la ruptura, sujetando esta a causas o condiciones concretas. Una cosa es que se deba pagar una indemnización o compensación razonable *por* desistir (libremente) y otra distinta que deba hacerse como presupuesto *para* desistir.

Pero no puede pensarse que un pacto de estas características pueda, por sí mismo, ser contrario al artículo 1256 del Código Civil, aun en el caso de que la indemnización dependa de la ruptura unilateral de la convivencia. Así lo manifestó con claridad la STS de 31 de marzo de 2011 (RJ 3137), en un caso en el que la indemnización pactada a favor de la esposa (200.000 ptas. mensuales) se hacía depender únicamente del hecho de que se produjera una nueva separación entre los cónyuges, aunque fuera unilateral (Ponente la Excm. Sra. D.^a Encarnación ROCA TRÍAS), en contra de lo que había declarado el JPI (la nulidad sobre la base del art. 1256 del Código Civil) y ratificado la AP de Madrid⁶⁶.

7. LA FUNCIÓN REVISORA DEL JUEZ Y LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

En este epígrafe se trata básicamente de delimitar la tarea o labor que los jueces deben desarrollar cuando se encuentren ante un pacto entre los convivientes, sea previo o posterior a la constitución de dicha convivencia, en el que se regulen todas o algunas de las cuestiones económicas que venimos tratando, pero celebrado antes de surgir el conflicto. Puede pensarse, por ejemplo, en un pacto que simplemente contenga una renuncia, de uno o ambos convivientes, a realizar al otro reclamación económica alguna en caso de extinción de la convivencia en vida de ambos.

Y creo que sus funciones deben ser muy reducidas cuando no existen hijos menores o incapacitados, o existiendo, los pactos o acuerdos están orientados básicamente a regular las relaciones económicas entre los convivientes, salvaguardando los derechos básicos de menores e incapacitados, porque así lo exige el principio *pacta sunt servanda* y la seguridad jurídica.

Probablemente la función de los jueces debe ser la estricta aplicación del pacto o acuerdo, salvo que resulte de todo punto irrazonable atendidas las circunstancias concurrentes en el momento actual. En este sentido, la cuestión suele

conectarse con el problema del cambio sobrevenido de las circunstancias entre el momento del pacto y aquel en el que este debe ser aplicado, dando entrada a la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que permita al juez moderar el rigor del pacto y adecuarlo a las nuevas circunstancias (modificación del pacto) o rechazar de plano su aplicación (ineficacia del pacto).

Aunque es muy complicado «encajar» los presupuestos de aplicación de la cláusula *rebus* en el ámbito de los pactos entre convivientes⁶⁷, será especialmente difícil demostrar que la desaparición de la base del negocio o la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación se ha producido como consecuencia de una alteración sustancial de las circunstancias actuales que deba considerarse como extraordinaria, y sobre todo, imprevisible, respecto a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del pacto⁶⁸.

Por ello y a modo de principio, creo que en una convivencia de hecho, y por tanto, con vocación de permanencia indefinida en el tiempo, no pueden entenderse como circunstancias imprevisibles: el nacimiento (o adopción) de hijos (salvo que expresamente se excluya del pacto), la pérdida de empleo, la pérdida de la vivienda familiar por deudas, etc., aunque probablemente sí una enfermedad grave imprevisible de cualquiera de los convivientes o de los hijos. En consecuencia, el tema del cambio sobrevenido de las circunstancias debe analizarse teniendo en cuenta la finalidad básica de toda convivencia de hecho: el establecimiento de una relación afectiva duradera entre personas capaces y que deben tener perfecto conocimiento de las distintas vicisitudes por las que puede transcurrir una convivencia de estas características en nuestra sociedad actual.

Porque lo que no puede pretenderse es que en una convivencia de estas características, que puede prolongarse durante la mayor parte de la vida de dos personas, no se produzcan cambios sustanciales de circunstancias entre el momento en que se inicie la relación (y se formalicen los pactos, por ejemplo) y el momento de su extinción (en el que aquellos deban ser aplicados). En 20, 30 o 40 años de vida en pareja naturalmente que se producen cambios muy sustanciales en la vida de las personas, pero ¿resultan imprevisibles estos cambios para esas personas?⁶⁹. No se olvide tampoco que los acuerdos siempre pueden modificarse con posterioridad y adaptarse a las nuevas necesidades o conveniencias de sus autores, si estos quieren, o si a ello quedaran obligados conforme a las exigencias de la buena fe *ex* artículo 1258 del Código Civil.

Es relativamente frecuente ilustrar la ineficacia sobrevenida de los pactos por cambio sustancial de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*) trayendo a colación la SAP de Granada (3.^a), de 19 de mayo de 2001 (AC 1500), respecto a un pacto incluido en las capitulaciones matrimoniales otorgadas unos días antes de contraer matrimonio y en las que se había acordado el régimen de separación de bienes. Literalmente se había pactado que la separación o disolución del futuro matrimonio «en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97

del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges», pero a pesar del pacto, la esposa solicita posteriormente la separación matrimonial y una pensión compensatoria (el matrimonio se había celebrado en enero de 1992 y la convivencia duró seis años).

Lo cierto es que en este caso resulta evidente el cambio de circunstancias: cuando se otorgaron las capitulaciones ambos trabajaban y tenían ingresos propios. Tras el matrimonio, la esposa dejó su trabajo para acompañar a su marido en los numerosos viajes que este tenía que realizar fuera de Granada como consecuencia de su trabajo (era representante de una empresa de laboratorios farmacéuticos) y ha seguido a su marido en los distintos destinos laborales que ha tenido, dedicándose también durante algún tiempo al cuidado de un hijo de aquel. En el momento de la separación la esposa, que tiene 41 años, no cuenta con ingresos económicos suficientes para vivir independientemente, pues no tiene trabajo y tampoco una proyección que le permita incorporarse al mundo laboral de forma inmediata, aunque en la Sentencia se dice que cuenta con ahorros (3 millones de ptas.) y con formación, pues posee títulos de pedagogía, magisterio e idiomas, si bien se refiere también el estado psíquico en que se encuentra. Tomando como base estos hechos, el JPI concedió a la esposa una pensión compensatoria de 70.000 ptas. mensuales (ella había pedido el 40% de los ingresos del marido), lo que fue confirmado en apelación por la AP.

Es indudable que se ha producido un cambio sustancial de las circunstancias —sobre la base de decisiones propias y conscientes de personas capaces—, como ocurriría con toda seguridad en cualquier matrimonio que mantenga una convivencia prolongada en el tiempo y que suele ser incluso superior a los seis años de este caso, pero ¿resultan imprevisibles a los efectos de aplicar la cláusula *rebus* tan modificación sustancial de las circunstancias? Si así fuere, entonces la amplitud de la excepción haría prácticamente inviable la aplicación de la regla general de la renunciabilidad⁷⁰, además de convertirse en un mecanismo absolutamente desincentivador de cualesquiera pactos entre cónyuges, y por supuesto, entre convivientes. Y lo cierto es que a tenor del escaso número de resoluciones que aplican esta cláusula este es el camino que parece seguir la jurisprudencia.

Por esta razón dudamos de la procedencia de acudir a la cláusula *rebus* en este tipo de supuestos, salvo casos de verdadera imprevisión. Cosa distinta, como se ha dicho en otro apartado, es que la reclamación del cumplimiento íntegro del pacto pueda resultar abusiva o contraria a la buena fe. En el caso descrito e inmediatamente después de la firma del acuerdo, la esposa comienza una dedicación exclusiva a un marido que viaja constantemente y cambia de destino en varias ocasiones por razón de su trabajo y que, desde el principio, tiene que ser consciente del cambio de circunstancias que, muy especialmente en su propio beneficio, se están produciendo en la vida laboral de su esposa y que se prolongan durante toda la convivencia.

En estas circunstancias, el marido tiene que ser muy consciente de que ese pacto ya no responde a estas nuevas y muy relevantes circunstancias y que si estas hubieran sido las circunstancias concurrentes en aquel momento, el pacto no se hubiera celebrado muy probablemente en los mismos términos. Las nuevas circunstancias deben ser tenidas en cuenta, pero no porque sean imprevisibles (especialmente en este caso, pues la esposa dejó su trabajo inmediatamente después de casarse, 10 días después de las capitulaciones), sino porque la buena fe hubiera exigido que el especialmente beneficiado por la nueva situación hubiera ofrecido o aceptado una modificación del pacto para adaptarlo al cambio sustancial de circunstancias, o bien, su revocación. Pretender, después de ser asumida plenamente la nueva situación familiar, la aplicación íntegra del pacto, puede resultar contrario a un comportamiento honesto y conforme a la buena fe⁷¹.

Quizás en el fondo de este asunto lo que subyace es la obligación de actualización de los acuerdos entre cónyuges y entre convivientes en caso de modificación sustancial de las circunstancias, como una exigencia del artículo 1258 del Código Civil respecto de una comunidad de vida con vocación de permanencia.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC 184/1990, de 15 de noviembre
- STC 47/1993, de 8 de febrero
- STC 66/1994, de 28 de febrero
- STC, del Pleno, 93/2013, de 23 de abril
- ATC 156/1987, de 11 de febrero
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 21 de octubre de 1992
- STS de 18 de febrero de 1993
- STS de 18 de marzo de 1995
- STS de 22 de abril de 1997
- STS de 27 de mayo de 1998
- STS de 4 de junio de 1998
- STS de 23 de julio de 1998
- STS de 22 de enero de 2001
- STS de 12 de septiembre de 2005 (del Pleno)
- STS de 26 de enero de 2006
- STS de 4 de julio de 2007
- STS de 17 de octubre de 2007
- STS de 8 de mayo de 2008
- STS de 30 de octubre de 2008
- STS de 31 de marzo de 2011

- STSJ de Cataluña, Sección 1.^a, de 10 de julio de 2006
- SAP de Córdoba, de 21 de abril de 1986
- SAP de Baleares, de 4 de febrero de 1993
- SAP de Granada, Sección 3.^a, de 19 de mayo de 2001
- SAP de Almería, Sección 2.^a, de 17 de febrero de 2003
- SAP de Tenerife, Sección 4.^a, de 10 de mayo de 2004
- SAP de Zamora, de 21 de abril de 2005
- SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 28 de abril de 2006
- SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 7 de noviembre de 2006
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 24 de septiembre de 2007
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 7 de julio de 2008
- RDGRN de 7 de febrero de 2013

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2003). La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. *Revista Poder Judicial*, núm. 70.
- ANDERSON, M. (enero-abril de 2012). *CCJC*, com. a la STS de 31 de marzo de 2011, núm. 88.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho. *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (enero-abril de 2014). Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. *CCJC*, núm. 94.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002). *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). En: *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.-CHAPARO MATAMOROS, P. (2012). Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (monográfico).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Navarra: Thomson-Civitas.
- ECHEVERRÍA ALBACAR, K. (2014). Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril. *La Ley*, Tomo 1.
- ESTEVE PARDO, M.^a L. (2005). Las parejas de hecho ante el Derecho tributario. La actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. En: Encarnación Roca Trías (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de formación continuada. Madrid: CGPJ.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra: Thomson-Civitas.

- ESTRADA ALONSO, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid: Civitas.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (1989). La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho. *Revista General de Derecho*, núm. 644.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995). *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. (2003). El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español. *ADC*, Tomo III.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2004). Parejas de hecho y lealtad constitucional. En: Teodora F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid.
- (2012). Las uniones de hecho. En: Gema Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas.
- GASPAR LERA, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. *ADC*, Tomo III.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1995). *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (1998). La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12.
- (2001). Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables. *Actualidad Civil*, vol. 2.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales. La unión libre en la jurisprudencia (y II). *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (2002). La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes. La unión libre en la jurisprudencia (I). *Aranzadi Civil*, vol. I.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (y II)]. *Aranzadi Civil*. vol. I.
- (2003). Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales. *La Ley*, Tomo 4.
- GÓMEZ CALLE, E. (2003). La Ley 11/2011, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. *ADC*, Tomo II.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- LECIÑENA IBARRA, A. (noviembre-diciembre de 2011). Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomia general en la ordenación de las parejas de hecho. *Revista de Derecho Privado*.
- MARTÍN CASALS, M. (2005). La regulació de la parella de fet: lleis i models. En: *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les Trezenes Jornades de Dret Català a Tossa. Girona.

- (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental? Comentario general a la STC de 23 de abril de 2013. *InDret*, 3/2013.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2008). El nuevo matrimonio civil. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2010). *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Madrid: Civitas.
- MESA MARRERO, C. (2006). *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra: Thomson-Aranzadi.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (diciembre de 1986). La autorregulación de la unión libre. *Poder Judicial*, núm. 4.
- (1998). Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. En: J. M. Martinell y M.^a T. Areces Piñol (ed.), *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida.
- (1995). Voz Compañero/compañera (D.^o Civil). En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I. Madrid: Civitas.
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2011). Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *La Ley*, Tomo 3.
- PASTOR VITA, F. J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19.
- PÉREZ MARTÍN, A. (2003). Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En: José Pascual Ortuño Muñoz (dir.), *Las uniones estables de pareja*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ.
- PINTO ANDRADE, C. (2008). Pactos en previsión de la ruptura matrimonial. En: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I. Aranzadi.
- (2010). *Pactos matrimoniales en previsión de la ruptura*. Barcelona: Bosch.
- (2013). Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60.
- REBOLLEDO VARELA, A. L. (abril-junio de 2009). El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.-CASADO CASADO, B. (septiembre-octubre de 2004). Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, A. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Comares.

NOTAS

¹ La exclusión de la libre ruptura en el matrimonio sigue manteniéndose aun después de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En el caso del divorcio y tras la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, tal declaración formal puede ser judicial o puede ser realizada ante el Secretario judicial o Notario, según los casos, de manera que la sentencia o decreto firmes o la escritura pública notarial darán lugar al divorcio.

² Sin perjuicio de las diferencias en materia de filiación o patria potestad y de su constancia registral, tal y como establecieron las Órdenes 568/2006, de 8 de febrero, y 644/2006,

de 6 de marzo, de la DGRN, dictadas para desarrollar el reformado artículo 53 de la Ley del Registro Civil a efectos de adecuar el Registro Civil a la nueva normativa matrimonial. *Vid.*, al respecto, DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.^a (2008). Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 213 y sigs.

³ Como observa, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2008). El nuevo matrimonio civil. En: *Novedades legislativas en materia matrimonial*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 42 y sigs.

⁴ PANTALEÓN PRIETO, F. (1998). Régimen jurídico civil de las uniones de hecho. En: J. M. Martinell y M.^a T. Areces Piñol (ed.), *Uniones de hecho. XI Jornades Jurídiques*. Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, p. 74; IDEM. (diciembre de 1986). La autorregulación de la unión libre. *Poder Judicial*, núm. 4, p. 120, le denomina principio de libertad individual de elección entre modelos alternativos de convivencia.

Cuestión distinta es la aplicación del artículo 14 CE, en cuanto establece el principio de no discriminación, y aunque el matrimonio y la convivencia de hecho sean realidades distintas que justificaría un trato diferente, no debe olvidarse que tales diferencias deben ser razonables. Al respecto, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho. *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 1823 y sigs.; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2003). La protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. *Revista Poder Judicial*, núm. 70, pp. 87 y sigs.; GAVIDÍA SÁNCHEZ, J. V. (2002). La diferencia de trato constitucionalmente ilegítima entre el matrimonio y la unión libre; en especial la doctrina del TC sobre la inadmisibilidad de la causa que impidió contraer matrimonio a los convivientes. La unión libre en la jurisprudencia (I). *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 2237 y sigs.; IDEM. (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales. La unión libre en la jurisprudencia (y II). *Aranzadi Civil*, vol. I, pp. 2355 y sigs.

⁵ Sobre la cuestión de la competencia exclusiva estatal sobre registros públicos con eficacia civiles, en relación a las leyes autonómicas de parejas de hecho, *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J. M.-CASADO CASADO, B. (septiembre-octubre de 2004). Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 685, pp. 2356 y sigs.

⁶ Así, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2351-2354.

⁷ REBOLLEDO VARELA, A. L. (abril-junio de 2009). El contrato de unión civil: la regulación de su contenido y efectos. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 43, pp. 53-54.

⁸ GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. (2003). El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español. *ADC*, Tomo III, pp. 1184 y sigs., y GÓMEZ CALLE, E. (2003). La Ley 11/2011, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid. *ADC*, tomo II, pp. 431-432.

⁹ Ponente fue la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita, y existen dos votos particulares que, en absoluto contradicen la declaración de inconstitucionalidad, sino todo lo contrario: en uno de ellos (firmado por dos magistrados) se considera que el recurso debió estimarse en su totalidad por carecer la Comunidad Foral de Navarra de competencia sobre esta materia, mientras que el segundo de los votos particulares (suscrito por un magistrado) abogaba por la declaración de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley impugnada, que reconoce la adopción conjunta de menores de edad por parejas estables homosexuales y que finalmente fue declarado conforme a la CE.

Especialmente interesante y completo es el análisis de esta importante sentencia en MARTÍN CASALS, M. (2013). El derecho a la «convivencia anómica en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental?. Comentario a la STC de 23.4.2013. *InDret*, 3/2013.

¹⁰ También parece una opinión unánime en la doctrina: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.-CHAPARÓ MATAMOROS, P. (2012). Efectos económicos derivados de la ruptura de uniones de hecho. En: J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito*

de las relaciones familiares. *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 28 (monográfico), pp. 302-303; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2010). *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*. Madrid: Civitas, p. 43, y GAVIDIA SÁNCHEZ. La diferencia de trato... *cit.*, pp. 2241 y 2257.

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 2236, desarrollado extensamente en las páginas que le siguen; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2002). *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 305-306.

En esta línea PANTALEÓN PRIETO, F. (1995). Voz Compañero/compañera (D.º Civil). En: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I. Madrid: Civitas, p. 1161, había advertido que la propuesta de aplicar por analogía a la convivencia *more uxorio* las normas reguladoras del matrimonio no tiene ningún apoyo constitucional y, antes bien, podría considerarse incompatible con el principio del libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 10.1 CE.

¹² Por ello, no puede compartirse el planteamiento de GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2001). Las uniones libres en la Ley Foral de Navarra de Parejas Estables. *Actualidad Civil*, vol. 2, pp. 605 y sigs., que había juzgado constitucional esta Ley porque respectaba el principio de libre ruptura, que le parecía lo esencial para entender respetado por el legislador el libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja, a pesar de que el artículo 2.2 entendía que la unión era estable simplemente porque los miembros hubieran convivido maritalmente, como mínimo, un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastaría la simple convivencia, lo que podía acreditarse por cualquier medio (art. 3).

Esta idea había sido defendida con anterioridad: así, IDEM. (1998). La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, pp. 78-79, y es reiterada después en varios sitios, entre ellos: IDEM (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales [La unión libre en la jurisprudencia (y II)]. *Aranzadi Civil*. Vol. I, pp. 2356-2357, entre otras.

¹³ También se declara inconstitucional el artículo 2.3 de esta Ley por invadir la competencia exclusiva del Estado respecto a las *normas para resolver los conflictos de leyes* (art. 149.1.8 CE). Esta competencia exclusiva del Estado plantea graves problemas de aplicación a las legislaciones autonómicas sobre esta materia, lo mismo que la competencia estatal sobre *ordenación de los registros e instrumentos públicos* (149.1.8) y sobre *legislación procesal* (arts. 149.1.6).

No sin razón se ha hablado de la deslealtad constitucional que supone no legislar en aquellos aspectos que tocan a las parejas de hecho en los que el legislador estatal tiene competencias exclusivas: GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2004). Parejas de hecho y *lealtad constitucional*. En: Teodora F. Torres García (coord.), *Estudios de Derecho civil homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*. Valladolid: Ediciones de la Universidad de Valladolid, pp. 49 y sigs.

Con anterioridad a la STC 93/2013, el TC había dictado la 81/2013, de 11 de abril, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid contra la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la Asamblea de Madrid, mediante la cual se declararon inconstitucionales los artículos 4 y 5 de dicha Ley por contravenir la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Civil. Más recientemente, el BOE núm. 221, de 14 de septiembre de 2013, publicó el acuerdo del TC para admitir a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas, de la Comunidad Valenciana, cuya vigencia estuvo suspendida inicialmente al invocarse el artículo 161.2 CE, pero fue posteriormente levantada (a excepción del art. 14) en virtud del Auto núm. 280/2013, de 3 de diciembre.

Sobre la cuestión competencial en la STC 93/2013, *vid.* MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 8 y sigs.

¹⁴ Esto parece inevitable si tenemos en cuenta que muchas de las normas de la Ley Foral 6/2000 coinciden, casi literalmente, con preceptos semejantes del Código de Derecho Foral de Aragón (arts. 303-315) o del libro segundo del Código Civil de Cataluña (arts. 234.1-

234.14). Así lo han entendido algunos de los primeros comentaristas de esta STC 93/2013: ECHEVERRÍA ALBACAR, K. (2014). Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril. *La Ley*, Tomo 1, pp. 1216 y sigs. y, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (enero-abril 2014). Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013. *CCJC*, núm. 94, pp. 217 y 224.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el FJ 14, la propia STC 93/2013 limita, por motivos de seguridad jurídica (téngase en cuenta que la esta Sentencia recae trece años después de la entrada en vigor de la ley impugnada), el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, que solamente será eficaz pro futuro, en relación a procedimientos administrativos o procesos judiciales firmes. De ahí que afirme ECHEVERRÍA ALBACAR, Marco jurídico constitucional... *cit.*, p. 1219, que hasta que se produzca una hipotética intervención del legislador autonómico navarro, en esta Comunidad existirán tres tipos de uniones personales: las parejas casadas, las constituidas como pareja estable antes del 23 de mayo de 2013 en que se publicó en el BOE la referida sentencia, y las que se constituyan con posterioridad a esta fecha.

¹⁵ GARCÍA RUBIO. Parejas de hecho... *cit.*, p. 43; PARRA LUCÁN, M.^a A. (2011), Autonomía de la voluntad y derecho de familia. *La Ley*, Tomo 3, p. 1800. De la misma opinión también LECIÑENA IBARRA, A. (noviembre-diciembre de 2011). Hacia un contractualismo regulador en el marco de un régimen legal dispositivo como vía para poner fin a la anomía general en la ordenación de las parejas de hecho. *Revista de Derecho Privado*, pp. 59 y sigs.

¹⁶ Esta parece también la interpretación que hace BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Inconstitucionalidad parcial de la Ley... *cit.*, p. 221), respecto a las palabras del TC en relación al Derecho dispositivo.

Por esto quizás ya no merece mucho la pena plantearse si es mejor un sistema (llamado de *opt-in*), de manera que la regulación solamente es aplicable a las parejas que realicen un acto formal de sometimiento a la normativa legal supletoria, o en sistema (de *opt-out*), en el que se exigiría una acto expreso de exclusión voluntaria de la ley aplicable. Sobre esta distinción, MARTÍN CASALS, M. (2005). La regulació de la parella de fet: lleis i models. En: *Nous reptes del Dret de família*. Materials de les Trezenes Jornades de Dret Català a Tossa. Girona, p. 355.

Especialmente crítico se muestra MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 11 y sigs., respecto a esta conclusión alcanzada por el TC, y en consecuencia, con la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 2.2 y 3.3 de la Ley Foral navarra.

¹⁷ REBOLLEDO VARELA. El contrato de unión civil... *cit.*, pp. 46-47.

¹⁸ Así, PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 76, que entiende que en el campo de las ayudas sociales, como las prestaciones asistenciales, la equiparación debe ser el principio general. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 2341.

La STC 93/2013 sostiene esta misma idea sobre los que podríamos denominar derechos de carácter público (FJ 9):

«(...) Sin embargo, esta conclusión, no conlleva, de manera necesaria, la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley, pues los efectos que se contemplan en sus distintos preceptos para las parejas estables no tienen un carácter homogéneo. En efecto, si bien una buena parte del contenido legal se refiere a derechos y obligaciones privados, que se imponen imperativamente a los miembros de la pareja, otra parte se refiere a derechos de carácter público, reconocidos por el legislador en ámbitos propios de su competencia, que implican unos beneficios para uno o los dos miembros de la pareja estable, lo que apriorísticamente no conlleva tal vulneración, porque su aplicación requiere —como ya hemos señalado— la previa y voluntaria solicitud de los integrantes de la pareja (...)» [se refiere a la vulneración del principio del libre desarrollo de la personalidad].

¹⁹ Sobre estas cuestiones *vid.* ESTEVE PARDO, M.^a L. (2005). Las parejas de hecho ante el Derecho tributario. La actuación legislativa de las Comunidades Autónomas. En:

Encarnación Roca Trías (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de formación continuada. Madrid: CGPJ, pp. 371 y sigs.

²⁰ Este criterio de previa asunción de los beneficios o derechos sociales por parte de los convivientes es el establecido en la propia STC 93/2013, que declara inconstitucional el artículo 12.1 de la Ley navarra porque en él se establece que *los miembros de una pareja estable serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal de Navarra a la hora de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones*, lo que, dada la redacción del precepto, parecía imponerse imperativamente a los convivientes, prescindiendo de toda manifestación de estos de querer acogerse a tales supuestos beneficios, lo cual resulta más que dudoso, como se explicará más adelante.

²¹ En efecto, las recientes SSTC 45/2014 y 51/2014, ambas de 7 de abril, han declarado constitucional el precepto legal (art. 174.3 del TR de la Ley General de la Seguridad Social) que, a efectos de reconocimiento de la pensión de viudedad, exige la previa inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en escritura pública (además de otros requisitos), porque se trata de una discriminación razonable que el legislador tiene derecho a introducir, pues matrimonio y pareja de hecho son dos realidades diferentes que pueden ser tratadas de diferente manera por el legislador a esos efectos sin vulnerar el artículo 14 CE.

Sin embargo, la STC 40/2014, de 11 de marzo, sí ha declarado contrario a la CE (art. 14) el párrafo quinto del artículo 174.3, introducía en la regulación de las pensiones de viudedad, respecto a las CCAA con Derecho civil propio, un criterio de diferenciación entre los supervivientes de las parejas de hecho carente de justificación: se remitía a la legislación específica de cada Comunidad para entender constituida una pareja de hecho, haciendo depender la diferencia de trato de la vecindad civil de conviviente supérstite.

²² Así GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001..., *cit.*, pp. 458-459, que entiende como indudable la eficacia meramente interpersonal de los pactos de convivencia celebrados entre los convivientes, como es propio de todo contrato o pacto conforme al artículo 1257 del Código Civil.

Por otra parte, es evidente la relación entre el acceso público al Registro y la posible oponibilidad de lo inscrito frente a terceros: *vid.* RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2369-2370; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. Acuerdos entre convivientes *more uxorio*. AAMN, Tomo XL, pp. 221 y 222.

²³ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 74.

²⁴ Como ya había advertido GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, p. 414.

²⁵ Argumento este que resulta muy dudoso si la inscripción es constitutiva —como parece que lo es conforme a los artículos 1.1 y 3.1 de esta Ley—, pues la inscripción determinará la aplicación de las normas, tanto administrativas como civiles, establecidas en la Ley, dando lugar a efectos civiles y no meramente administrativos e invadiendo, por tanto, las competencias estatales tanto sobre Derecho civil como sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos: GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 416-419.

²⁶ GARCÍA-POSADA GÓMEZ. El concepto... *cit.*, p. 1103, recoge este concepto restringido anterior a las regulaciones autonómicas así: «pareja no casada compuesta por dos personas de distinta o (en las aproximaciones más avanzadas) del mismo sexo, que conviven de modo semejante a como lo hacen los cónyuges en el matrimonio, pero sin formalizar su convivencia acudiendo a esta institución legal. La semejanza de su relación con el matrimonio alude al sustrato material de este: el establecimiento de una comunidad de vida y de cuidados, cualificada por la presencia de la *affectio maritalis* o consenso diariamente renovado de vivir una relación de tal índole. La maritalidad de esa convivencia presta a la misma las notas de su estabilidad, exclusividad y, generalmente, de su notoriedad, así como entraña una dimensión sexual que se presume (sin tener que manifestarse en una relación carnal) y, en su caso, una puesta en común de recursos económicos». Sobre la misma cuestión MESA MARRERO, C. (2006). *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 31 y sigs.

²⁷ Que fue después, por cierto y por ejemplo, reproducido literalmente por el artículo 3 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, de Asturias.

²⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Inconstitucionalidad parcial de la Ley... *cit.*, pp. 217-220, reiterando opiniones anteriores expresadas en (2003). La competencia para legislar sobre parejas de hecho. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, pp. 61 y sigs.

También sobre esta cuestión, ampliamente, GARCÍA-POSADA GÓMEZ. El concepto..., *cit.*, pp. 1150 y sigs.

²⁹ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 71: una vez que se hubiera institucionalizado jurídicamente la convivencia homosexual —que es la situación actual—, la regla general en materia de convivencia «more uxorio debiera ser al no intervención del legislador, pues la libertad de opción de quienes decidir convivir y no casarse debiera ser respetada por el legislador ordinario en el sentido de no entrometer sus normas jurídicas donde las personas, libremente, voluntariamente, han querido excluirlas. Además, cree este autor que dicha regla general es una exigencia constitucional, p. 72.

³⁰ Muy ampliamente sobre las distintas opciones sobre los registros públicos con efectos civiles en relación a las parejas de hecho, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2354 y sigs.

³¹ En todo caso, correspondería al legislador, a estos efectos, determinar qué se entiende por pareja de hecho y qué requisitos de capacidad, forma u otros han de exigirse para tener acceso a la aplicación de sus normas, debiendo quizás adoptarse un concepto flexible de *pareja de hecho* formal-convencional y darse entrada como medio de prueba a los registros administrativos de parejas de hecho aprobados por las CCAA para favorecer la prueba de la unión, entre otros.

³² De forma similar a como ocurre en Alemania con las parejas registradas (del mismo sexo), que deben declarar en el momento de su constitución cuál es su régimen económico: GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (2004). *Parejas de hecho y matrimonio del mismo sexo en la Unión europea*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 33-34.

³³ De esta opinión, RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2345-2347, aunque partidarios de aplicar analógicamente el artículo 96 en caso de convivientes sin hijos (si existen hijos, es directamente aplicable), mientras que la aplicación del artículo 97 exigiría la intervención del legislador.

³⁴ PANTALEÓN PRIETO. Régimen jurídico civil... *cit.*, p. 72.

³⁵ PINTO ANDRADE, C. (2013). Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60, p. 25, expone la amplia casuística de pactos al respecto que resulta admisible.

³⁶ *Vid.* Una amplia exposición sobre las regulaciones autonómicas puede encontrarse en monografía sobre este tema de ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 248 y sigs.

³⁷ ESPADA MALLORQUÍN. *Los derechos sucesorios...* *cit.*, pp. 217 y sigs., y 307 y sigs.

³⁸ ESPADA MALLORQUÍN. *Los derechos sucesorios...* *cit.*, pp. 376 y sigs.: derechos sucesorios *ex lege* y reserva viuda, pp. 401 y sigs.: sucesión testada y, pp. 479 y sigs.: otras atribuciones *mortis causa*, como la atribución del ajuar de la vivienda familiar.

³⁹ Así, por ejemplo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1995). *La unión libre (El marco constitucional y la situación del conviviente supérstite)*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 85-86, que considera que considera que no hay laguna que completar, sino exclusión de los no mencionados en la sucesión intestada.

⁴⁰ El propio TC es consciente de la trascendencia de un cambio legislativo de tal envergadura, como ha puesto de manifiesto en su Auto núm. 280/2013, de 3 de diciembre, mediante el que levantó la suspensión de vigencia y aplicación de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunidad Valenciana. Mediante este Auto, el TC levantó la suspensión a toda la Ley, excepto precisamente al artículo 14, que equipara los derechos sucesorios del conviviente supérstite a los del cónyuge viudo, y respecto a lo cual el Alto Tribunal entiende, como señala también el Abogado del Estado, que entiende que el

precepto contiene una nueva regulación de los derechos sucesorios y altera el orden común de la sucesión *mortis causa*.

⁴¹ Así, PANTALEÓN PRIETO. «Régimen jurídico civil... *cit.*», p. 75. En cambio, GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2012). Las uniones de hecho. En: Gema Díez-Picazo Giménez (coord.), *Derecho de familia*. Madrid: Civitas, pp. 1512-1514, apuesta por un sistema flexible que permita reconocer derechos sucesorios al conviviente supérstite en atención a las circunstancias del caso, más que por incluirle como heredero ab intestato o como legitimario.

⁴² Sobre estas cuestiones, ampliamente, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2006). En: *Derecho de sucesiones. Presente y futuro*. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 85 y sigs.

⁴³ Como defiende GARCÍA RUBIO. Las uniones de hecho... *cit.*, p. 1505.

⁴⁴ Una amplia exposición puede encontrarse en GONZÁLEZ BEILFUSS. Parejas de hecho y matrimonio... *cit.*, pp. 27 y sigs.

⁴⁵ TALAVERA FERNÁNDEZ, A. (2001). *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Granada: Comares, p. 205.

⁴⁶ MARTÍN CASALS (2013). El derecho a la..., *cit.*, pp. 28 y sigs.

⁴⁷ Pueden citarse, entre otras muchas, las SSTs de 18 de mayo de 1992 (RJ 4907), 18 de febrero de 1993 (RJ 1246), 22 de abril de 1997 (RJ 3251), 27 de mayo de 1998 (RJ 3382), 4 de junio de 1998 (RJ 3722), 17 de octubre de 2007 (RJ 7307), y SSAP de Córdoba, de 21 de abril de 1986, y de Islas Baleares, de 4 de febrero de 1993 (AC 599).

⁴⁸ *Vid.* al respecto, PÉREZ MARTÍN, A. (2003). Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. En: José Pascual Ortuño Muñoz (dir.), *Las uniones estables de pareja*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: CGPJ, pp. 262-264.

⁴⁹ Así, ESTRADA ALONSO, E. (1991). *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*. Madrid: Civitas, p. 159; MARTÍNEZ DE AGUIRRE. Acuerdos entre convivientes... *cit.*, pp. 220-221; ESTRUCH ESTRUCH, J. (1989). La liquidación de las relaciones patrimoniales en las uniones de hecho. *Revista General de Derecho*, núm. 644, p. 5371; DE VERDA Y BEAMONTE-CHAPARO MATAMOROS. Efectos económicos derivados de la ruptura... *cit.*, p. 303; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995). *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, p. 118.

Sobre la libertad de forma respecto a los pactos prematrimoniales: PINTO ANDRADE, C. (2010). *Pactos matrimoniales en previsión de la ruptura*. Barcelona: Bosch, pp. 57-60; REBOLLEDO VARELA, A. L. (2008). Pactos en previsión de la ruptura matrimonial. En: *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, vol. I. Aranzadi, p. 742; MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*. Madrid: Tecnos, pp. 208 y sigs.; GASPARD LERA, S. (2011). Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad. *ADC*, Tomo III, p. 1071.

⁵⁰ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 437-438.

⁵¹ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 39, respecto al pacto sobre la pensión compensatoria.

⁵² PARRA LUCÁN. Autonomía... *cit.*, p. 1799.

⁵³ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 29.

⁵⁴ Así, GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2003). Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales. *La Ley*, Tomo 4, pp. 1849-1850.

⁵⁵ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 439-440.

⁵⁶ Expuesta en varios trabajos, Las uniones libres en la Ley Foral... *cit.*, pp. 615-616; Analogía entre el matrimonio y la unión libre... *cit.*, pp. 2357 y 2358, pero desarrollada más extensamente en 2003. Pactos entre convivientes... *cit.*, pp. 1849 y sigs., la cita literal corresponde a la p. 1850 de este trabajo.

⁵⁷ GAVIDIA SÁNCHEZ. Pactos entre convivientes... *cit.*, p. 1852.

⁵⁸ GAVIDIA SÁNCHEZ. Pactos entre convivientes... *cit.*, pp. 1849-1850.

⁵⁹ GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, pp. 449-450. La misma opinión parece deducirse de MORENO-TORRES HERRERA. *Las obligaciones de mantenimiento...* *cit.*, pp. 233 y sigs.

⁶⁰ PASTOR VITA, F. J. (2003). La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 19, pp. 25 y sigs.; PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, pp. 35-38; GASPAS LERA. Acuerdos prematrimoniales... *cit.*, pp. 1063-1064.

⁶¹ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 40, con cita de la STSJ de Cataluña (1.ª), de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2014\1180), en este sentido.

⁶² GÓMEZ CALLE. La Ley 11/2001... *cit.*, p. 451.

⁶³ PANTALEÓN PRIETO. La autorregulación... *cit.*, p. 122; ESTRUCH ESTRUCH. La liquidación... *cit.*, pp. 5374-5375; MARTÍNEZ DE AGUIRRE. «Acuerdos entre convivientes... *cit.*, pp. 238-239. Como recalca GALLEGO DOMÍNGUEZ. *Las parejas no casadas...* *cit.*, p. 142, ello no es obstáculo para que se pacte la aplicación de las normas de la sociedad de gananciales a la liquidación de las relaciones económicas tras la ruptura de los unidos de hecho, en tanto no perjudique a terceros.

⁶⁴ REBOLLEDO VARELA. El contrato de unión civil... *cit.*, pp. 42-43; RUIZ-RICO RUIZ-CASADO CASADO. Las uniones de hecho... *cit.*, pp. 2365-2366.

⁶⁵ Sobre esta cuestión, respecto a los pactos prematrimoniales: MARTÍNEZ ESCRIBANO. *Pactos prematrimoniales. cit.* pp. 187-189.

⁶⁶ *Vid.* el comentario a esta Sentencia por ANDERSON, M. (enero-abril 2012). *CCJC*, núm. 88, pp. 379 y sigs., pp. 399-401 sobre esta cuestión concreta.

⁶⁷ Al respecto, Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Navarra: Thomson-Civitas, pp. 1069-1070.

⁶⁸ Pone especial énfasis en la cuestión de la imprevisibilidad del pacto PASTOR VITA. La renuncia anticipada... *cit.*, p. 54. Esta parece ser también la idea del artículo 231-20.5 del Código Civil de Cataluña respecto a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, que el artículo 234-5 hace extensible a las parejas de hecho: *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 podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.*

⁶⁹ Muy interesantes las reflexiones que sobre este punto, pero en relación a los pactos prematrimoniales, realiza MARTÍNEZ ESCRIBANO. *Pactos prematrimoniales...* *cit.*, pp. 189-194.

⁷⁰ PINTO ANDRADE. Los pactos entre cónyuges... *cit.*, p. 41.

⁷¹ Y sin perjuicio de la posible existencia de vicios del consentimiento en su caso. Esta es una de las razones por la cual el artículo 234-5, *pactos en previsión del cese de la convivencia*, del Código Civil de Cataluña somete a estos acuerdos al estricto régimen del artículo 231-20, que regula los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

(Trabajo recibido el 16-6-2014 y aceptado
para su publicación el 30-6-2014)

Las parejas estables
tras la inconstitucionalidad parcial
de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio:
el retorno de la unión de hecho

*Stable partnerships after
the declaration of partial
unconstitutionality of the Foral Law
6/2000, of 3 July: back to de facto
partnerships*

por

JAVIER NANCLARES VALLE
*Profesor Contratado Doctor de Derecho civil
Universidad de Navarra*

RESUMEN: El presente trabajo analiza la situación jurídica de las parejas estables tras la sentencia 93/2013, de 23 de abril, que deroga parcialmente la Ley Foral navarra reguladora de esta materia. Estamos ante una sentencia que si bien ha respetado la competencia autonómica para legislar sobre la convivencia extramatrimonial, lo ha hecho sustituyendo el concepto de pareja estable por el de unión de hecho y prohibiendo la atribución *ex lege* de efectos a estas parejas, lo que le lleva a vaciar prácticamente de contenido la Ley Foral y a permitir que esta, y por extensión el resto de leyes autonómicas sobre la materia, contenga normas cuya eficacia se supedita necesariamente a su previa aceptación por los

convivientes. Todo ello en aras del respeto al libre desarrollo de la personalidad y, sobre todo, en aras de la diferenciación conceptual con el matrimonio, para evitar así el verdadero problema de la Ley Foral, que es la incidencia sobre el sistema matrimonial y la consiguiente vulneración del artículo 149.1.8.º de la Constitución.

ABSTRACT: This paper analyzes the legal position of people in stable partnerships after Sentence 93/2013, of 23 April, which partially revokes Navarrese Foral Law on the subject. Although this sentence respects autonomous jurisdiction when legislating on extra-marital cohabitation, it does so by replacing the stable partnership concept with that of the de facto partnership and prohibits ex lege attributions relating to couples in such circumstances, which means it practically eliminates the contents of the Foral Law and allows the latter, and therefore the other autonomic laws dealing with the subject, to contain norms whose efficacy is of need subject to prior acceptance by the cohabitants. And all this for the sake of free development of the persona, and, principally, in order to emphasize a conceptual difference with marriage, and thus to avoid the real problem with the Foral Law, as is its incidence on the marital system and the resulting breach of Article 149.1.8 of the Spanish Constitution.

PALABRAS CLAVE: Pareja estable. Unión de hecho. Sistema matrimonial. Libre desarrollo de la personalidad. Autonomía de la voluntad. Normas imperativas. Estado civil.

KEY WORDS: *Stable partnership. De facto partnership. Marriage system. Freedom to develop personality. Free will. Peremptory norms. Civil status.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS DUDAS COMPETENCIALES: 1. ¿INCIDE SOBRE EL SISTEMA MATRIMONIAL? 2. ¿SUPONE UN CORRECTO DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL NAVARRO?—III. PAREJA ESTABLE Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD: 1. PRIMER PROBLEMA: EL CONCEPTO DE PAREJA ESTABLE. 2. SEGUNDO PROBLEMA: CÓMO REGULAR LAS PAREJAS ESTABLES.—IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. INNECESARIEDAD DE UNA LEY ESPECÍFICA. 2. AUSENCIA DE PACTOS REGULADORES Y CONVIVENCIA AL MARGEN DEL DERECHO.

I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 23 de abril de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la STC 93/2013, por la que se resolvía el recurso de inconstitucionalidad nú-

mero 5297-2000 promovido contra la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Dicho recurso había sido interpuesto el 6 de octubre de 2000 por ochenta y tres Diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados y en él se cuestionaba la constitucionalidad tanto de la totalidad de la Ley Foral como de determinados preceptos de la misma.

En el presente artículo no pretendo hacer un comentario exhaustivo de cada uno de los argumentos esgrimidos por los recurrentes y resueltos por el Tribunal Constitucional, pues ello exigiría adentrarse en algunas materias procedimentales y en otras de Derecho público que exceden del objeto de este trabajo. Lo que pretendo es examinar, desde una óptica jurídico-civil, las principales cuestiones que plantea la solución adoptada por la citada sentencia del Tribunal Constitucional.

II. LAS DUDAS COMPETENCIALES

Al margen de la vulneración del artículo 149.1.8.º CE por invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes (cuestión esta invocada por los recurrentes y que fue aceptada por el Tribunal Constitucional, que decretó por este motivo la inconstitucionalidad del art. 2.3 de la Ley Foral), existían serias dudas acerca de si Navarra y el resto de Comunidades Autónomas podían regular de manera integral el fenómeno de la convivencia extramatrimonial en la medida que ello podría suponer legislar acerca de una variante matrimonial, con lo que las Comunidades Autónomas estarían invadiendo la competencia exclusiva estatal en materia de sistema matrimonial. Asimismo, y aun admitiendo que no se tratase de un nuevo tipo de matrimonio, podía dudarse del encaje de la normativa sobre parejas estables en el concepto de «desarrollo» del Derecho civil foral o autonómico exigido por nuestra Constitución en aquellas Comunidades con Derecho civil propio.

La primera de las cuestiones fue expresamente planteada en el recurso, no así la segunda, que no por ello tiene menos interés.

1. ¿INCIDE SOBRE EL SISTEMA MATRIMONIAL?

El pilar básico sobre el que los recurrentes sustentaban la alegación de inconstitucionalidad de la Ley Foral en su conjunto era la vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación matrimonial. Vulneración que consistiría en que mediante la regulación de las parejas estables *a la manera matrimonial*, el legislador navarro habría conculcado el artículo 149.1.8.º CE, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre «las

relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Según este planteamiento, seguido también por el Abogado del Estado en su escrito, la reglamentación de las parejas estables supondría dar entrada en el ordenamiento jurídico navarro a una de las «formas de matrimonio» que estarían incluidas en el enunciado del artículo 149.1.8.º CE, lo que violaría dicho precepto y el propio artículo 2.2 de la LORAFNA.

La sentencia 93/2013 resuelve esta cuestión en su fundamento jurídico quinto, donde niega la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000 por este motivo. Para ello, parte de que este texto legal tiene por objeto de regulación la convivencia estable *more uxorio* desarrollada al margen del matrimonio. Esto es, «disciplina una realidad social diferente» del matrimonio, cuya equivalencia con este a efectos constitucionales había sido ya negada por el Tribunal Constitucional y cuya «esencia misma» difiere del matrimonio, sin que el Tribunal explice adecuadamente en qué difiere esa esencia de una y otra realidades jurídicas.

Para el Tribunal, equiparar las uniones de hecho con el matrimonio no implica regular el matrimonio pues equiparar «supone tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia». Lo cual, aplicado al ámbito jurídico que ahora nos ocupa, significa emplear como modelo el régimen jurídico del matrimonio para aplicárselo, siquiera sea parcialmente, a las parejas estables. Y todo ello sin que ello implique una vulneración de la competencia exclusiva del Estado, pues no se regula el matrimonio sino que, en ejercicio de la propia competencia legislativa en materia de derecho civil, se atribuyen ciertas consecuencias propias del matrimonio a esa otra realidad social distinta y no incluida en la reserva competencial del artículo 149.1.8.º CE.

En apoyo de cuanto antecede el Tribunal Constitucional acude a la conocida STC 184/1990, de 15 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico tercero se distingue entre el matrimonio, derecho constitucional e institución social garantizada, y la «unión de hecho *more uxorio*», que carece de dicha consideración.

Ahora bien, si nos fijamos con detalle, la sentencia citada no afirma que matrimonio y unión de hecho sean realidades sociales distintas. Lo que proclama en varias ocasiones es que son realidades a las que, desde el punto de vista constitucional, se les da un tratamiento radicalmente distinto. Es por ello que la STC 184/1990 afirma que «en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial *no son realidades equivalentes*» (la cursiva es mía), para seguidamente entender que las «*diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho* pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia»¹.

En el momento en que se dicta dicha sentencia, la diferencia entre ellas era la que media entre lo institucionalizado (hasta el punto de ser una *garantía institucional*) y lo meramente tolerado. Diferencia que permite entender que el matrimonio estuviese garantizado por la Constitución y desarrollado por el

legislador, mientras que la unión de hecho resultaba simplemente eludida tanto por el constituyente como por el legislador. El desarrollo de aquel se traducía en la generación *ope legis* de una pluralidad de derechos y deberes para los cónyuges; la elusión de esta conllevaba la ausencia de todo régimen jurídico, más allá de alguna referencia dispersa a lo largo del ordenamiento jurídico. Con estas premisas, se entiende que el Tribunal Constitucional sostuviese que ambas no eran realidades jurídicamente equivalentes y que dedujese de ello consecuencias jurídicas.

Lo que sucede es que 23 años y 13 leyes autonómicas después, las cosas son muy diferentes. Tras el silencio del legislador estatal², la iniciativa de los parlamentos autonómicos dio como resultado un abigarrado y desconcertante conjunto de leyes que, bajo términos diversos, disciplinaron la convivencia en pareja al margen del matrimonio. Leyes que, pese a ciertas divergencias en cuanto al concepto, requisitos y efectos de la convivencia en pareja estable, tienen un denominador común: el deseo de institucionalizar la convivencia extramatrimonial y hacer que de ella surja un vínculo jurídico productor de ciertas consecuencias jurídicas, de ciertos derechos y deberes para quienes forman una pareja estable³. Creador, en definitiva, de un estatus que se proyecta hacia el futuro⁴ y que vendría a superar el sistema anterior, basado en la mera atribución de ciertos efectos *ex post facto* a una situación que no dejaría de ser de mero hecho.

Decía LACRUZ, al explicar la disparidad de estatuto jurídico al que se somete a la pareja conviviente en función de si existe o no matrimonio, que la relación conyugal es un valor positivo, mientras que la «no conyugal es un valor neutro: una manifestación indiferente de la autonomía de la pareja que decide cohabitar»⁵. Afirmación que tenía todo su sentido en un contexto constitucional y legal caracterizado por la ausencia de toda previsión expresa. En la actualidad, entiendo que resulta difícil afirmar que la convivencia *more uxorio* es un valor neutro, pues su conexión con el libre desarrollo de la personalidad, con la dignidad humana y con la protección de la familia exigen verla como algo más que una mera proyección de la autonomía de la voluntad, lo que, como tendremos ocasión de ver, permite cuestionar la solución a la que llega finalmente el Tribunal Constitucional en su sentencia 93/2013, de 23 de abril.

La afirmación contenida en el fundamento jurídico tercero de la STC 155/1998, de 13 de julio, según la cual «la relación *more uxorio* se basa, precisamente, en la decisión libre y, *en principio*, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, *también en principio*, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos» (la cursiva es mía), choca hoy en día frontalmente con la realidad legislativa. El objetivo de todas estas leyes es, precisamente, que esta convivencia de hecho (o al menos gran parte de las modalidades de convivencia *more uxorio*) salga del terreno de lo puramente fáctico y de la dispersión normativa y pase a so-

meterse a ciertas reglas que le doten de seguridad jurídica (exigiendo incluso la formalización de esa decisión libre), que aporten una regulación integral y que, en definitiva, creen un nuevo estatus⁶.

En consecuencia, entiendo que la invocación por parte del Tribunal Constitucional en la STC 93/2013 de la STC 184/1990 no resulta del todo adecuada. En esta, lo que estaba en juego era si la convivencia *more uxorio* tenía que ser regulada y, de responder afirmativamente, si había de hacerse de igual manera que el matrimonio, esto es, atribuyendo a los unidos los mismos derechos que a los casados. En cambio, el problema que tiene que resolver la STC 93/2013 es otro. Y lo es porque la realidad jurídica también es otra⁷. El silencio legislativo ha quedado superado y el problema a resolver no es tanto sustantivo (aplicación o no de las mismas normas a uno y otro tipo de convivencia) como competencial. Una vez reconocido al legislador por la STC 198/2012, con base en el artículo 32 CE, un amplio margen de actuación para regular las convivencias *more uxorio*, lo que hay que resolver es a quién corresponde regular la convivencia extramatrimonial.

Así las cosas, lo que se trata de valorar no es si el matrimonio y la convivencia *more uxorio* son realidades jurídicas distintas sino si designan realidades sociales diferentes, esto es, si abarcan parcelas distintas de la realidad social. De ser así, existirán razones para dispensar un tratamiento jurídico diverso, pues diversos serán también los valores e intereses en juego. Por el contrario, en caso de designar ambas una misma realidad social habrá que analizar dos cuestiones: 1) qué sentido tiene una diferencia de tratamiento jurídico; 2) quién tiene competencia legislativa en ambos casos y, más en concreto, si es constitucionalmente admisible que las Comunidades Autónomas puedan asumir la competencia de legislar en materia de convivencia extramatrimonial.

Vayamos por partes.

A la hora de examinar si las parejas estables abarcan una realidad social idéntica a la matrimonial, resulta interesante acudir al texto de la sentencia. En su fundamento jurídico tercero se afirma que el fenómeno social de la pareja estable constituye el supuesto de hecho al que el legislador atribuye ciertas consecuencias jurídicas. Pese a todo, no por ello estamos ante un matrimonio pues «aun cuando pueda encontrarse *cierta conexión o paralelismo entre ambas realidades*, su regulación difiere, entre otros aspectos sustanciales, en el relativo a los requisitos y formalidades que, para la celebración del matrimonio exige la formalización solemne de la prestación del consentimiento al efecto ante funcionario o autoridad, o, en su caso, en la forma prevista por la correspondiente confesión religiosa (...), resultando insuficientes otros ritos étnicos o culturales no reconocidos por el Estado».

Nótese el razonamiento del Tribunal: admite cierto paralelismo entre la realidad que late bajo el matrimonio y la que late bajo la pareja estable, pero pese a todo concluye que son realidades sociales distintas pues los requisitos y

formalidades constitutivas también lo son. Con lo cual, la diferencia entre ambas no radica en lo que son (relaciones estables caracterizadas por una afectividad sexualizada y por una cierta vocación de permanencia, creadoras de una vida familiar tutelada por el artículo 8 CEDH⁸ y manifestativas de un cierto modo de organización de la vida en sociedad) ni en las funciones sociales a las que sirven (cauces de expresión del libre desarrollo de la personalidad, vehículos de socialización de los individuos integrantes del grupo familiar) sino en las formalidades que se siguen para su constitución.

Enfoque que me parece muy discutible y que comporta una diferenciación que resulta insuficientemente fundamentada. Buena muestra de ello es que, como corolario de lo anterior, se concluye afirmando que «estas evidentes diferencias, que se ponen de relieve desde la esencia misma de una y otra realidades jurídicas, impiden su equiparación conceptual, por lo que no se produce invasión alguna de la competencia exclusiva estatal sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio por el hecho de que la Comunidad Foral de Navarra haya decidido regular las parejas estables y atribuir determinadas consecuencias jurídicas a las uniones de hecho. Se trata, en definitiva, de situaciones que reciben un tratamiento específico y diferenciado, también a efectos competenciales que son los que, en este momento, interesan».

Las diferencias, en efecto, son evidentes en cuanto a los aspectos constitutivos si bien tienden a acortarse, pues la aproximación en materia de requisitos subjetivos es ya un hecho (los requisitos exigidos para ser miembro de una pareja estable están claramente inspirados en todas las leyes autonómicas en los arts. 46 y 47 del Código Civil) y las diferencias formales tienden a desaparecer, al considerarse inconstitucional en la propia STC 93/2013 la creación de parejas estables por la mera convivencia y sin voluntad expresamente declarada y al haberse aprobado ya la tramitación y celebración del matrimonio civil por parte del Notario libremente elegido por ambos contrayentes y que sea competente en el lugar de celebración (artículo 51 CC)⁹.

En cuanto a «la esencia misma de una y otra realidades jurídicas», resulta cuando menos peculiar que se acuda a este argumento para diferenciar matrimonio y pareja estable, pues ni se nos dice cuál es la esencia de uno y otra ni tampoco resulta fácil deducirlo, como bien se ha encargado de recordar el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico noveno se afirma que «la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador» tras la reforma codicial. Igualdad, libertad y exteriorización de la voluntad que son la esencia de esa comunidad de vida que es el matrimonio y que, a mi entender, están igualmente presentes en la pareja estable, en especial tras la supresión

de dos de las tres vías de creación de parejas estables que preveía el artículo 2.2 de la Ley Foral.

Podría entenderse, y la propia sentencia lo propone, que la diferencia entre una y otra realidad social radicaría en que «el vínculo matrimonial genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio». Ahora bien, dicho argumento resulta difícilmente admisible ya que, en primer lugar, confunde las realidades sociales a regular con la regulación jurídica de las mismas y, además, olvida algo que la propia sentencia va a admitir en el párrafo siguiente del propio fundamento jurídico quinto, a saber: que si algo hacen las leyes autonómicas reguladoras de la convivencia extramatrimonial es articular «un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables, a las que, cumpliendo determinados requisitos, se otorga un concreto estatuto jurídico, compuesto de derechos y deberes, en ocasiones estatuidos *ex lege*».

Desde mi punto de vista, tanto el matrimonio como las parejas estables son manifestaciones jurídicas de una misma realidad social: la convivencia estable en pareja, caracterizada por un concreto tipo de afectividad que se suele identificar, al regular las parejas no casadas, mediante la imprecisa fórmula de «afectividad análoga a la conyugal»¹⁰. Expresión esta que se utiliza con el único fin de evitar hablar de afectividad sexualizada¹¹ (a diferencia del art. 2.1 de la ley vasca 2/2003, que habla expresamente de la unión libre de dos personas ligadas «por una relación afectivo-sexual»), eludiendo así toda conexión con la idea de procreación. Esa realidad social es la que la Constitución pretendió encomendar en exclusiva al legislador estatal, en un intento de lograr una homogeneidad en la regulación de una institución social clave en el ámbito familiar.

En 1978, dicha institución era exclusivamente el matrimonio, al evitarse toda mención expresa a la convivencia *more uxorio*, pese a plantearse la cuestión en los trabajos que condujeron a la aprobación del artículo 32 CE¹². En la actualidad, la evolución de la consideración social respecto de la convivencia estable al margen del matrimonio, el progresivo incremento del número de personas que viven en pareja sin estar casados y la admisión generalizada en las legislaciones tanto de nuestras Comunidades Autónomas como de los países de nuestro entorno jurídico, permiten afirmar que la realidad social amparada jurídicamente a través del matrimonio se ve también reflejada por medio de las parejas estables¹³.

Si representan una misma realidad social ¿han de ser una misma realidad jurídica? Dicho de otro modo, ¿estamos ante una variante del matrimonio, ante un matrimonio *light* o de segunda, como en alguna ocasión se ha planteado la doctrina?¹⁴

Si tenemos en cuenta la visión que nuestro Tribunal Constitucional tiene del matrimonio (fruto de la imagen que del mismo tiene la sociedad y con la

cual era necesario comparar el diseño del matrimonio nacido de la reforma introducida por la Ley 13/2005, para valorar su constitucionalidad) no parece que existan grandes diferencias entre una y otra realidad no ya social, sino también jurídica. En efecto, en el ya citado fundamento jurídico noveno de la STC 198/2012, nuestro Tribunal Constitucional sostiene una imagen del matrimonio como «comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento».

Partiendo de esta definición del matrimonio, resulta difícil sostener que las parejas estables reguladas por las legislaciones autonómicas son algo sustancialmente distinto. Afectividad, vínculo, comunidad de vida, monogamia, igualdad, voluntariedad y existencia de un proyecto vital de naturaleza familiar son características tanto del matrimonio como de las parejas estables. Tan solo la asunción libre de un régimen jurídico predispuesto y la exigencia de formalidad constitutiva podrían ser un obstáculo, en concreto en aquellas pocas Comunidades Autónomas (Cataluña, Aragón y Navarra) que admitieron la constitución de la pareja estable no solo mediante declaración de voluntad expresada en documento público sino también mediante convivencia durante el plazo legal o mediante la mera convivencia, no sujeta a plazo alguno, cuando existiera descendencia común.

Ahora bien, decretada la inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000 en lo relativo a estas dos últimas formas de entender constituida la pareja estable, las diferencias conceptuales entre la pareja estable formalizada y el matrimonio desaparecen. Una lectura de las diferentes leyes autonómicas pone de manifiesto las diferencias constitutivas, disolutorias y de consecuencias jurídicas con respecto al matrimonio¹⁵, pero esto no invalida la afirmación anterior¹⁶, pues las concretas diferencias de régimen jurídico no ocultan las esenciales coincidencias en cuanto a la sustancia y la causa jurídica¹⁷ de una y otra institución.

No seré yo quien proponga acudir al concepto de cultura jurídica y a la interpretación evolutiva, sostenida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 198/2012 para postular una nueva reinterpretación del artículo 32 de la Constitución y del concepto de matrimonio, en aras de matrimonializar a las parejas estables, aunque no me parece una vía argumental que se deba despreciar, al menos por quien suscriba el planteamiento del Tribunal Constitucional en torno a la garantía institucional del matrimonio.

Ahora bien, sean o no «matrimonios» las parejas estables formalizadas, lo que me parece indiscutible (y creo que, en último término, también al Tribunal Constitucional, lo que permite entender la vuelta de tuerca que introduce en el fundamento jurídico octavo de su STC 93/2013, cuestión a la que me referiré

infra) es que la realidad social subyacente es exactamente la misma, como también lo son las notas definitorias de la realidad jurídica en que se concretan ambas instituciones.

En consecuencia, el análisis del problema competencial debería haber sido radicalmente distinto al finalmente realizado por el Tribunal.

Como es notorio, la reserva *en todo caso* a favor del Estado de determinadas regulaciones busca «delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno» (STC 88/1993, de 12 de marzo, fundamento jurídico primero). Partiendo de esta consideración, resulta lógico que ningún legislador autonómico haya pretendido legislar directamente en materia matrimonial. Semejante previsión constituiría o bien un desafío al poder central o bien un error incomprensible y rayano con la zafiedad. En todo caso el resultado sería el mismo: la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas, por carecer absolutamente de competencia a tal efecto la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, legislar en contra de la competencia exclusiva del Estado puede no ceñirse a dictar normas sobre celebración (requisitos subjetivos y formales), disolución o efectos personales del matrimonio. Aunque la sentencia no lo aborda directamente¹⁸, entiendo que también se vulneraría la reserva competencial si al socaire de la diferente denominación que se dé a la convivencia en pareja se introdujese una equiparación completa y absoluta con el régimen jurídico matrimonial, tanto en lo relativo a sus efectos (aplicando en bloque a los miembros de la pareja estable todos los derechos y obligaciones que se prediquen de los cónyuges¹⁹) como en lo tocante a sus formalidades constitutivas y disolutorias.

La STC 93/2013 sostiene que equipararse a algo es conceptualmente distinto que regular directamente ese algo. Como ya señalábamos con anterioridad, significa «tomar como modelo determinados aspectos de una realidad preexistente para aplicarla a un supuesto de hecho distinto y en un ámbito de competencia propia» (fundamento jurídico quinto). No hay, pues, injerencia en la regulación del matrimonio sino regulación paralela y la prueba de ello es que la trasposición de efectos jurídicos desde el matrimonio a la pareja estable no deja de ser parcial, lo que parece que permite evitar la caída en el puro nominalismo, con la subsiguiente invasión de la competencia exclusiva del Estado, al que conduciría una trasposición literal y en bloque del régimen jurídico del matrimonio a las parejas estables.

Pese a todo, entiendo que no solo se legisla en contra de la competencia exclusiva del Estado cuando una Comunidad Autónoma regula directamente el matrimonio o cuando traslada en bloque la regulación de este a la pareja estable no casada. Si consideramos que el artículo 149.1.8.º CE se conecta con el artículo 32 CE y que la competencia exclusiva del Estado no se proyecta únicamente sobre la regulación del matrimonio sino sobre la realidad social y

jurídica a la que este pretende dar respuesta, entonces se puede sostener que la ley que regule esa alternativa al matrimonio deberá ser necesariamente estatal, lo que acarreará la inconstitucionalidad de las diferentes leyes autonómicas sobre parejas estables, al menos en sus aspectos civiles.

Tal conclusión se puede sostener si interpretamos adecuadamente la competencia en todo caso exclusiva del Estado en materia matrimonial, como a mi juicio hace el voto particular a la STC 93/2013, formulado por los Magistrados ARAGÓN REYES y RODRÍGUEZ ARRIBAS. Dicha competencia exclusiva tiene por objeto las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio», expresión que se traduce en la atribución al Estado de la competencia exclusiva en la determinación del sistema matrimonial, entendiendo por tal «la determinación de qué uniones valen para él como matrimonio y de cuál sea la disciplina (civil, religiosa o incluso social) por la que las mismas han de regirse en sus aspectos tanto formales como sustantivos»²⁰.

El término «sistema matrimonial» se entiende en el contexto de las relaciones Iglesia-Estado y de su proyección sobre el modelo matrimonial, esto es, de la coexistencia del matrimonio canónico junto al matrimonio civil y de la admisión de dos clases de matrimonio o de un único matrimonio bajo una pluralidad de formas de celebración. Sin embargo, creo que una interpretación del término «formas de matrimonio» y de la propia idea de sistema matrimonial adaptada no ya a la realidad social actual (lo que nos devolvería al recurso a la cultura jurídica y a la interpretación evolutiva) sino a la finalidad y espíritu del precepto constitucional ofrecería una perspectiva más adecuada del problema competencial en materia de parejas estables.

En el citado voto particular, los Magistrados discrepantes, señalan que el término *matrimonio* que emplea el artículo 149.1.8.º CE al hablar de *formas de matrimonio*²¹ «ha de abarcar cualquier otra regulación jurídica de las parejas estables ligadas por una relación de afectividad análoga a la conyugal, aunque esa otra institución jurídica no lleve [...] el *nomen iuris* de matrimonio (pero cumpla la misma función social de la institución matrimonial)»²². A su juicio, lo que persigue el precepto constitucional es «que la regulación jurídica de las parejas estables (con la denominación de «matrimonio» u otra), sea igual para todos los españoles, lo que únicamente se consigue si el Estado es el competente para regular la institución de las parejas estables»²³.

Esta comprensión del problema, que rehúye asignar la competencia exclusiva en función de un criterio puramente nominal y que se inspira en una interpretación en clave funcional del término «formas de matrimonio», supone identificar este con el modelo de organización de la convivencia afectiva en familia. Y además permite una mejor comprensión de la norma competencial, en la que a menudo se desprecia que la competencia se refiere no solo a las *formas de matrimonio*, sino a las «relaciones jurídico-civiles relativas a» esas formas de matrimonio²⁴, expresión que nos permite huir de una visión más formalista

para adentrarnos en una valoración sustantiva de la competencia, que abarcaría las relaciones jurídicas de relevancia civil a las que se accedería a través de alguna de las formas-tipo de organización de la convivencia estable en pareja²⁵.

En conclusión, desde mi punto de vista el legislador navarro incurrió en una vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio», por incidir sobre la determinación del sistema matrimonial mediante la creación de una figura jurídica claramente inspirada en el matrimonio, que cubre la misma realidad social que este, que participa en buena medida de su régimen jurídico y con la que se organiza la convivencia estable en pareja, materia esta que, por su relevancia, la Constitución quiso reservar al legislador estatal.

En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional me parece argumentalmente desacertado. No obstante, no queda más remedio que partir de él para proseguir con el análisis del estado actual de la regulación navarra de las parejas estables.

2. ¿SUPONE UN CORRECTO DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL NAVARRO?

Cuestión digna de análisis es la posible violación por parte de la Ley Foral 6/2000 de la competencia exclusiva estatal en materia de legislación civil, reconocida en la cláusula general del artículo 149.1.8.º CE.

Coincidiendo temporalmente con la sentencia 93/2013, esta competencia estatal había sido invocada por el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia 81/2013, de 11 de abril, en la que se vino a resolver la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en relación con cinco artículos de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estimó parcialmente la cuestión planteada, declarando la inconstitucionalidad y consecuente nulidad de los artículos 4 y 5 de la ley madrileña, por entender que en ellos²⁶ se regulaban una serie de relaciones económicas y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, con criterios inspirados en el Código Civil (posible contenido de los pactos, límites a los que se sujetan, eficacia inter partes de lo acordado; contribución equitativa y proporcional al sostenimiento de las cargas familiares) o directamente remitidos a este (necesaria utilización de los criterios del artículo 97 del Código Civil para determinar la compensación económica por desequilibrio que, en su caso, se hubiera previsto en el pacto). Siendo, por tanto, normas de carácter civil, para su aprobación se requería una competencia legislativa en materia de Derecho civil foral o especial de la que la Comunidad Autónoma de Madrid carecía, lo que provocaba la inconstitucionalidad de dichos preceptos²⁷.

En el caso de Navarra, el punto de partida resulta radicalmente distinto pues la competencia legislativa en materia de Derecho civil foral es indiscutible. Sin embargo, que el Parlamento navarro sea competente en materia de legislación civil no significa que lo sea para regular cualquier materia o institución de derecho civil. Y es por ello por lo que cabe plantearse si el legislador navarro no incurrió en una extralimitación en el ejercicio de su competencia al aprobar la Ley Foral 6/2000.

Para no situarse extramuros de la Constitución, el Parlamento navarro tendría que haberse limitado a la conservación, modificación y desarrollo del vigente Fuero Nuevo de Navarra (art. 48.2 LORAFNA), límites que podrían haber sido excedidos al regularse una institución, la de las parejas estables, que carecía de todo precedente en el Fuero Nuevo. Esta opinión fue defendida por ARAGÓN REYES y RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular a la sentencia. Para los citados Magistrados, la ausencia en el Fuero Nuevo a la entrada en vigor de la Constitución de la institución jurídica de las parejas de hecho estables, impediría al Parlamento de Navarra regular esta materia, resultando por tanto inconstitucional y nula la totalidad de la Ley Foral 6/2000.

La cuestión clave en este caso es determinar qué se entiende por *desarrollo* del Derecho civil foral o especial. Sobre esta materia, las dudas no son tanto teóricas como prácticas.

En el plano teórico, la posición del Tribunal Constitucional respecto del concepto de *desarrollo* había sido recordada en el fundamento jurídico 76 de su STC 31/2010, de 28 de junio, relativa a la constitucionalidad de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña llevada a cabo en 2006, sentencia en la que se invoca la doctrina consolidada a lo largo de anteriores pronunciamientos²⁸. En efecto, como ya se dijera en la STC 88/1993, de 12 de marzo, fundamento jurídico tercero, la Constitución permite «una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», si bien ello no implica que ese crecimiento pueda impulsarse «en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos», pues una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* en manos de las Comunidades Autónomas vulneraría el artículo 149.1.8.º CE y no hallaría su fundamento «en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (STC 31/2010, fundamento jurídico 76). La autonomía política es, pues, una garantía de la foralidad civil, pero el mal uso de aquella no puede conducir a la hipertrofia de esta.

La doctrina del Tribunal Constitucional implica que se pueden regular *materias conexas* con las ya presentes en la Compilación pero no se pueden regular *ex novo* instituciones que carezcan de toda vinculación con el derecho anterior. En opinión de los Magistrados discrepantes, este sería el caso de las parejas estables, al no existir en el Fuero Nuevo de Navarra de 1973 (ni, añadido, existir

nada más opuesto a los principios informadores del mismo, en su redacción originaria) ninguna institución foral que pudiese guardar conexión con la de las parejas estables.

Es también éste el argumento empleado por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 25/2010, de 30 junio, por el que se acordó plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad frente a la disposición adicional tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (reformada por la ley 10/2007, de 28 de junio) por entender que la equiparación al matrimonio, a los efectos de la aplicación de la ley, de las «relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia» llevada a cabo en dicha disposición adicional «resulta por completo ajena a la foralidad civil gallega sin que pueda entrañar un supuesto de su desarrollo»²⁹.

La ausencia total de antecedentes en el ámbito del propio derecho civil y, en consecuencia, el exceso competencial por no haber actuado dentro de los límites de la conservación, modificación y desarrollo del derecho preexistente, se erigen también en un serio obstáculo para la constitucionalidad de la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana³⁰, como se desprende del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra dicha ley³¹.

La doctrina de las materias conexas resulta, sin embargo, de difícil aplicación práctica, al ser complicado en ocasiones individualizar si una norma civil aprobada por una Comunidad Autónoma constituye mera modificación de otra precedente, desarrollo del propio Derecho o auténtica extralimitación. En definitiva, saber cuándo en el *desarrollo* legal pretendido concurre el enlace o conexión suficiente con instituciones preexistentes y, por tanto, cuándo se respeta la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil³².

De esta dificultad de calificación se ha servido una práctica legislativa, seguida por algunas Comunidades Autónomas desde los años noventa del pasado siglo, consistente en legislar sobre materias con dudoso anclaje en el derecho civil anterior³³, con la aquiescencia del Gobierno central, temeroso por razones no siempre jurídicas de interponer los correspondientes recursos de inconstitucionalidad. Posiblemente la normalización de esta práctica es lo que llevó a los recurrentes a no invocar la violación de la competencia exclusiva estatal sobre legislación civil en el recurso de inconstitucionalidad y lo que condujo a la Letrada del Parlamento de Navarra a sostener en su escrito de alegaciones de 1 diciembre 2000 que el Tribunal Constitucional interpreta la competencia exclusiva en materia civil «de forma favorable y expansiva... lo que explica que las Leyes 10/1998 de Cataluña y 6/1999 de Aragón no hayan sido objeto de un procedimiento constitucional de impugnación».

En todo caso, la sentencia 93/2013 no examina la posible inconstitucionalidad de la Ley Foral 6/2000 a la luz del concepto de desarrollo y de la doctrina de las materias conexas. Este hecho se ha querido interpretar como un abandono

de dicha doctrina por parte del Tribunal Constitucional³⁴, afirmación que me parece cuestionable, si tenemos en cuenta que en el fundamento jurídico quinto de la sentencia se afirma que «la competencia exclusiva de Navarra en materia de Derecho civil foral encuentra cobertura constitucional en el artículo 149.1.8 CE, precepto en el que se alude a «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», *lo que ha de interpretarse en los términos de nuestra reiterada doctrina* (por todas, STC 156/1993, de 6 de mayo, fundamento jurídico primero)». No parece, pues, que se haya abandonado dicha doctrina. Más bien, parece que el Tribunal Constitucional se reafirma en ella.

El silencio del Tribunal a la hora de examinar la Ley Foral 6/2000 desde la óptica del necesariamente contenido *desarrollo del Derecho civil navarro*, puede ser interpretado en un doble sentido.

De un lado, considerando que el Tribunal ha preferido sin más no adentrarse en una cuestión polémica³⁵, al poder declarar la inconstitucionalidad de buena parte de la Ley Foral por otras razones. Interpretación que, de ser cierta, pondría de manifiesto las cautelas del Tribunal Constitucional a la hora de reaccionar ante una situación consolidada. En concreto, ante la proliferación de leyes autonómicas en materia de convivencia *more uxorio*, algunas de las cuales sobrepasaban los diez años de vigencia en el momento de dictarse la sentencia y cuya validez podría verse comprometida al aplicarse esta visión, sin duda restrictiva, de qué se entiende por «desarrollo» del propio derecho civil.

De otro lado, y como parece más razonable, entendiendo esa omisión como una aceptación implícita de que el Parlamento navarro actuó dentro de su ámbito competencial, esto es, desarrollando el propio Derecho civil y sin incurrir en extralimitaciones *ratione materiae*. Aboga por esta solución la existencia de una regulación autónoma, detallada y tendencialmente completa del derecho de familia³⁶, que podría invocarse para justificar esa conexión de la institución discutida (la convivencia estable en pareja) con el derecho civil foral anterior³⁷.

La conexión no puede consistir en la existencia de una regulación anterior (vigente en el momento de aprobación y entrada en vigor de nuestra Constitución) de las instituciones cuestionadas, pues ello equivaldría a confundir, dentro de la competencia legislativa, las nociones de modificación y desarrollo. La modificación exige preexistencia; el desarrollo, simplemente conexión por proximidad³⁸. Conexión que, como señala EGÚSQUIZA³⁹, existe desde el momento en que el Fuero Nuevo cuenta «con un régimen tradicional sobre modalidades de convivencia de carácter familiar con base distinta al matrimonio, soportadas en el afecto o la colaboración, y en las que se disciplina su relación y extinción; como cabe comprobar por las leyes que contemplan las comunidades familiares (ley 128), comunidades de hecho (ley 129) o acogimiento a la casa (ley 131)»⁴⁰.

Afirmación que, sin embargo, no está exenta de dudas, pues ya desde las sentencias 88/1993 y 156/1993 el Tribunal Constitucional viene señalando que

la competencia legislativa para el desarrollo del propio derecho civil supone «una actualización o innovación de los contenidos de ést[e] según los principios informadores peculiares del Derecho foral». Esto es, se encuentra «condicionada por los propios y peculiares principios generales de cada Derecho civil, foral o especial, de manera que solo existe cuando el desarrollo es consecuencia necesaria de los mencionados principios generales»⁴¹. En este sentido, hay que suscribir las afirmaciones de BERCOVITZ cuando señala que «*result[a] utópico pretender que [las uniones de hecho] pueden ser desarrollo de principios generales históricos propios de algún Derecho civil, foral o especial*»⁴². Por otra parte, aplicado al derecho familiar navarro, el recurso a dichos principios generales de raíz histórica podría conducir a tener que fundar el desarrollo del derecho civil foral navarro en algún principio, como el de familia legítima o el de primacía del progenitor varón, que resulta de todo punto improcedente en el marco constitucional vigente⁴³.

Es por ello que el recurso a los principios informadores del Derecho civil foral o especial, como límites o condicionantes a la facultad de desarrollo de este, ha de ser interpretado como una remisión a los principios informadores propios del Derecho foral en cuestión en el momento de ser objeto de desarrollo. Solución que es acorde con el objetivo último de ese límite, que no es otro que la coherencia interna del Derecho autonómico o foral, evitando la entrada de elementos por completo extraños al sistema. Trasladado a la Ley Foral 6/2000, la figura de la pareja estable enlaza con el *paramiento fuero vienze* (ley 7 FNN) y con la libertad civil⁴⁴, verdadero principio vertebrador del Derecho civil navarro⁴⁵ y que en la ley 8 FNN es calificado como «esencial en el Derecho navarro». No obstante, ese encaje dentro de los principios propios del Derecho civil de Navarra exige una reflexión acerca de las formas de constitución de una pareja estable previstas en el artículo 2.2, reflexión que el Tribunal Constitucional va a realizar.

En conclusión, se puede afirmar que desde el punto de vista del ejercicio de la competencia para el desarrollo del propio Derecho foral, existen razones para defender la constitucionalidad de la Ley Foral (siempre, insisto, si obviamos, como hace el Tribunal Constitucional, la vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia matrimonial), lo que permite entender que el recurso de inconstitucionalidad no alegase la vulneración por este motivo del artículo 149.1.8.º CE y, tal vez, que el Tribunal Constitucional diese por supuesta la competencia de Navarra al respecto.

III. PAREJA ESTABLE Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Toda persona puede decidir libremente acerca de su estado civil pues, como señala doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, «la posibilidad de

optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad» (STC 184/1990, 15 noviembre, fundamento jurídico tercero) «sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condicionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno» (STC 51/2011, de 14 de abril, fundamento jurídico octavo). En consecuencia, y como no podía ser de otro modo, el Estado no puede imponer un determinado estado civil. En ejercicio de su libertad, las personas pueden decidir permanecer solteras o, si encuentran con quien, contraer matrimonio. Y una vez han contraído matrimonio, tienen la facultad de optar entre seguir estando casadas o forzar la disolución del vínculo conyugal a través del divorcio. Así se desprende de la STC 198/2012, 6 de noviembre, cuando en su fundamento jurídico décimo nos recuerda que en el artículo 32 CE tiene cabida no solo el derecho a contraer matrimonio, sino también el derecho a no contraerlo (entendido como libertad jurídica integrada en el mismo derecho fundamental) y el derecho a no seguir estando casado.

Existe, pues, la posibilidad de optar y mediante el ejercicio de esta facultad decisoria, la persona libre y responsablemente se posiciona ante el Derecho. En caso de contraer matrimonio, asume las consecuencias personales y patrimoniales que se derivan de dicha unión. En caso de disolver el matrimonio, asume asimismo que de dicha ruptura del vínculo se deriven unas consecuencias económicas, patrimoniales y respecto de la prole común, que variarán según las circunstancias concurrentes.

Más problemas presenta el supuesto de quien decide no contraer matrimonio. El motivo es que optar libremente por el estado civil de soltero no equivale, según la interpretación del artículo 39.1 CE, a renunciar a formar una familia y a compartir con otra persona una relación familiar jurídicamente relevante y protegible. Soltería y conformación de una familia no son términos incompatibles, a tenor de la visión que tiene nuestro Tribunal Constitucional del citado precepto. La dificultad estriba en precisar cuándo surge ese modelo de familia alternativo al matrimonial, entre quiénes puede surgir, cómo acreditarlo y cuáles son las consecuencias jurídicas que se le pueden atribuir.

Hasta 1998, las referencias legales a esta opción personal eran escasas e imprecisas, pero pese a todo permitían obtener una cierta idea de aquello en lo que estaba pensando el legislador. El dato clave era el mantenimiento de una convivencia a la manera marital pero sin estar casados. A ella se refería y se refiere aún el artículo 101 del Código Civil, cuando concibe como causa de extinción de la pensión compensatoria el «vivir maritalmente con otra persona», o el artículo 320.1.º del Código Civil, cuando considera como supuesto que permite al hijo solicitar la emancipación judicial que quien ejerce la patria potestad sobre el menor «conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor».

Referencias legales ciertamente pobres pero que nos situaban ante el problema: junto al matrimonio y a la convivencia de los cónyuges, hay personas que

no están casadas (por no querer o por no poder contraer matrimonio) y también conviven. Hecho este que pone de relieve que el estado civil de soltero no es homogéneo y que entre quienes ostentan dicho estado civil pueden surgir unas relaciones que tienen que ser abordadas por el Derecho.

El dato clave, pues, era la convivencia. Pero no una convivencia cualquiera, sino una convivencia a la manera marital, lo que se entendía como una convivencia afectivo-sexual, libre y cognoscible por terceros y dotada de cierta estabilidad. Esta caracterización es la que permite entender que la Disposición Adicional Tercera de la ley 21/1987, de 11 de noviembre, reconociera la capacidad para adoptar simultáneamente a un menor al «hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal». Previsión normativa que, sin embargo, resultó poco acertada no solo por el lugar en el que se ubicó (al margen del articulado del Código)⁴⁶ sino por la terminología empleada, al hablar de unión «permanente» y de «efectividad» análoga a la conyugal, lo cual en aquel momento o resultaba totalmente desacertado o constituía una arriesgada apuesta de futuro.

La fórmula legal fue recogida y completada por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que va a hablar en el artículo 16.2 (y en el art. 12.4) de la persona «que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia». En ambos casos, se le reconocía el derecho a la subrogación arrendaticia (y a la continuación en el arrendamiento, en el caso del art. 12.4 LAU) que, por tanto, no se otorgaba a cualquier conviviente.

En este contexto, y ante la inacción del Parlamento nacional, algunas Comunidades Autónomas van a dar el paso de legislar el fenómeno de las uniones de hecho o convivencias *more uxorio*. Y lo van a hacer siguiendo las huellas de las dispersas pero evolutivas referencias legales existentes. Así, tanto la ley catalana 10/1998, de 15 de julio⁴⁷, como la aragonesa 6/1999, de 26 de marzo⁴⁸ y la Ley Foral navarra 6/2000, de 3 de julio, construyeron una figura, la de la pareja estable, sobre la base de los requisitos subjetivos para el matrimonio, del que tomaron, adaptándolo (y la mejor muestra de ello era la supresión de la exigencia de heterosexualidad, nota distintiva por aquel entonces entre parejas estables y matrimonios), su régimen de impedimentos y su regulación de la capacidad.

Enlazando con la normativa estatal anterior, en concreto con la legislación arrendaticia, se optó por considerar como pareja estable a la que conviviese durante un cierto tiempo⁴⁹ o a la que conviviese teniendo descendencia común, elementos de los que se deducía la estabilidad de la convivencia, que la hacía acreedora de la tutela legal. Entendida la estabilidad como cualidad de la con-

vivencia que permitía atribuir a esta una cierta vocación de permanencia, si la misma se podía deducir implícitamente de la convivencia continuada⁵⁰, con más motivo habría de poder deducirse de la voluntad, expresamente manifestada en documento público, de querer ser pareja, añadiéndose así un tercer cauce (este sí auténticamente formal y constitutivo) de creación de parejas estables.

En cualquiera de los tres casos, el legislador de las citadas Comunidades Autónomas había previsto para quienes así convivían, un régimen jurídico que iba mucho más allá de la dispersión anterior. En las leyes mencionadas *supra* se aportó por primera vez en Derecho español un tratamiento integral de la figura, definiendo la misma, estableciendo su cauce disolutorio y aportando un conglomerado de consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales. En definitiva, diseñando un auténtico estatus jurídico⁵¹ de naturaleza civil (amén de la inclusión de normas en materia de función pública y tributaria, como sucede en Navarra), construido además tomando como modelo lo previsto para el matrimonio⁵².

Es aquí donde se produce un importante salto cualitativo, pues una cosa es prever ciertos efectos jurídicos a los que pueden acogerse los integrantes de las parejas estables (adopción conjunta, subrogación *mortis causa*) o que pueden ser invocados frente a uno de ellos (emancipación, pérdida de pensión compensatoria) y otra muy diferente establecer un régimen jurídico integral que se aplica a los miembros de la pareja estable por el mero hecho de serlo. Tras las leyes autonómicas reguladoras de la convivencia *more uxorio*, de la heterogeneidad del estado civil de soltero se desgaja un nuevo estado civil, el de conviviente, hasta el punto de poder concebirse al soltero no solo como quien no está casado sino también como la persona que tampoco se integra en una pareja estable.

En coherencia con su deseo de crear un nuevo estatus civil, los legisladores catalán, aragonés y navarro ofrecieron una regulación que pretendía ser completa, planteándose entonces la existencia de una posible infracción del artículo 10.1 CE, por resultar contrario al libre desarrollo de la personalidad aplicar el conjunto de derechos y obligaciones previsto en las citadas leyes a quienes convivían voluntariamente al margen del matrimonio y no habían manifestado voluntad alguna favorable a erigirse en pareja estable⁵³.

Consciente del problema que se avecinaba ante esa posible infracción, el legislador gallego, que en la Disposición Adicional Tercera de su Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia había dispuesto la extensión a los convivientes *more uxorio* del mismo régimen jurídico reconocido por dicha ley para los cónyuges (con el problema competencial que esto plantea y que he puesto de manifiesto en páginas precedentes) y había calificado como «relación marital análoga al matrimonio» la de quienes llevasen conviviendo al menos un año o, teniendo hijos en común, acreditarasen la convivencia sin sujeción a plazo alguno (opción legal similar a la navarra, aunque como sabemos en la Ley Foral se preveía también la constitución mediante documento público), no

tardó en rectificar y mediante la ley 10/2007 de 28 de junio reformó la citada Disposición Adicional Tercera en el sentido de establecer que solo tendrán la consideración de parejas de hecho las que voluntariamente hayan inscrito su unión en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia y hayan expresado su intención de equiparar sus efectos a los del matrimonio. El fundamento de la reforma no fue otro que el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los miembros de la pareja, que se vería afectado si se les aplicara un cierto régimen jurídico sin contar con su voluntad⁵⁴. Como señala la Exposición de Motivos de la ley 10/2007, «no fue intención del legislador establecer la equiparación *ope legis* de quienes no desearan ser equiparados».

La oportunidad de esta cautela se ha visto confirmada por la STC 93/2013, de 23 de abril. En su fundamento jurídico octavo se señala que es «elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho [...] su conformación extramuros de la institución matrimonial por decisión propia de sus integrantes, adoptada en ejercicio de su libertad personal, y que se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas». Añadiendo seguidamente que el libre desarrollo de la personalidad quedaría afectado no solo si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio*⁵⁵, sino también «si trataran de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos».

En mi opinión, más que de imposición contra la voluntad de los integrantes de la pareja, estaríamos ante una imposición por parte de las citadas leyes de un estatuto jurídico al margen de su voluntad. En todo caso, la idea que recoge el Tribunal Constitucional es que el respeto al libre desarrollo de la personalidad exige tener en cuenta a los sujetos para los que, en aras del principio de no discriminación por razón de grupo familiar, se predispone un determinado estatus claramente inspirado en el matrimonial.

Al igual que Francisco de PIZARRO trazó una línea sobre la arena de la playa de la Isla del Gallo y pidió a los que le quisieran seguir que la cruzaran, el respeto a la libre elección del propio estado civil y, en consecuencia, la tutela del libre desarrollo de la personalidad de cada persona debería llevar a que fuera decisión de cada uno cruzar esa línea y asumir las consecuencias jurídicas de esa elección. Lo que no sería procedente es que fuera el legislador quien, adoptada la decisión de no contraer matrimonio y de vivir al margen del estatuto matrimonial, modificase las reglas y trazase una nueva línea, incluyendo así a ciertas personas que se creían a salvo de aquel.

Según lo dicho, la Ley Foral navarra habría sometido a un régimen pseudo-matrimonial a quienes quisieron evitar el matrimonio, convirtiendo a este en casi ineludible. Así se desprende del fundamento jurídico octavo, en el que se afirma que «la unión de hecho, en cuanto realidad social relevante, sí puede ser objeto de tratamiento y de consideración por el legislador respetando determinados límites, ya que supondría una *contradictio in terminis*, convertir en *unión de derecho* una

relación estable puramente fáctica integrada por dos personas que han excluido voluntariamente acogerse a la institución matrimonial, con su correspondiente contenido imperativo de derechos y obligaciones». Seguidamente, la sentencia 93/2013 declara que «El problema queda, por tanto, cifrado en los límites que la propia esencia de la unión de hecho impone al legislador cuando este decide supeditar su reconocimiento a ciertas condiciones o atribuir determinadas consecuencias jurídicas a tal unión. Obviamente, el límite principal con el que se tropieza es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio».

En consecuencia, el problema parecería residir en la similitud y casi identidad de consecuencias jurídicas predicables de uno y otro tipo de organización de la vida familiar, y no tanto en la juridificación misma de las parejas estables. Lo que afectaría al libre desarrollo de la personalidad de los convivientes sería no ya el deducir ciertas consecuencias de esa unión (cosa, por otra parte, no novedosa aunque sí muy fragmentaria en la legislación española de los años 90) sino el que esas consecuencias sean las mismas que las del matrimonio, entrando por la ventana aquello a lo que los integrantes de la pareja habían voluntariamente cerrado la puerta.

De ser así las cosas parece que no existiría vulneración del artículo 10.1 CE si se atribuyese a las parejas estables constituidas por mera convivencia (de un año o con descendencia común) un régimen jurídico claramente diferenciado del matrimonial, pues no se impediría tanto el prever un régimen jurídico y aplicarlo *ope legis*⁵⁶ como el hecho de reintroducir ese concreto régimen jurídico matrimonial y aplicárselo a las parejas estables.

A resultas de lo anterior, el problema de la Ley Foral sería, sin embargo, de equivalencia institucional y por tanto competencial, reconduciendo la cuestión a la necesaria regulación exclusiva por el Estado de las formas de matrimonio.

A la misma solución llegaríamos al pensar en las parejas estables constituidas por voluntad recogida en documento público. Si la violación del libre desarrollo de la personalidad consistiese en aplicar cierto régimen jurídico (el matrimonial) sin contar con la voluntad de los convivientes, lo que debería hacer el legislador foral sería limitar las vías de acceso a la constitución como pareja estable. Excluida por inconstitucional la consideración como pareja estable, a los efectos legales, de aquella basada en la convivencia durante el plazo mínimo que marcaba la ley y de aquella fundada en la convivencia existiendo descendencia común, parecería lógico pensar que solo cabría conceptuar como pareja estable a aquella que voluntariamente decidiese constituirse como tal en documento público⁵⁷. Solo ella sería respetuosa con el libre desarrollo de la personalidad

de sus integrantes y solo ella se sometería al régimen jurídico predispuesto en la Ley Foral 6/2000, al que voluntariamente se acogerían los convivientes al otorgar el documento público⁵⁸ y que en algunos aspectos podrían modificar en ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Sin embargo, la Sentencia 93/2013 se distancia radicalmente de este planteamiento, posiblemente porque, de acogerse el mismo, el problema de la Ley Foral volvería a ser de equivalencia institucional y, por tanto, competencial.

Tal vez consciente de ello, el Tribunal Constitucional va a conectar su argumentación erigida en torno al artículo 10.1 y al libre desarrollo de la personalidad con el concepto de pareja estable y con la manera en la que esta puede ser regulada. La pareja estable ha de ser unión de hecho, pues tiene que ser algo netamente distinto del matrimonio; y además, ha de estar regulada tal vez no con normas diferentes (pues la realidad social subyacente y los intereses de los miembros conducen a unas ciertas soluciones legales) pero sí de modo técnicamente diverso.

De esta manera, el problema de la Ley Foral y del resto de leyes autonómicas en la materia deja de ser competencial y pasa a ser conceptual y de técnica legislativa. Solución que, por otra parte, permite al Tribunal Constitucional salvar la constitucionalidad de las posibles normativas autonómicas en la materia a costa de establecer la inconstitucionalidad de las presentes leyes autonómicas reguladoras de la convivencia. Todas son inconstitucionales pero todas pueden ser reconducidas al redil constitucional, porque el problema no es competencial sino de adecuación conceptual y técnica. Mediante el sacrificio de ese tercer estatus, la futura nueva redacción de la Ley Foral y del resto de normas autonómicas relegará a estas prácticamente al papel de mera loa a la autonomía de la voluntad pero les permitirá conservar su vigencia y preservar la competencia autonómica en esta materia.

1. PRIMER PROBLEMA: EL CONCEPTO DE PAREJA ESTABLE

De entre los diversos pasajes discutibles que tiene la sentencia, uno de los más destacados se contiene en el fundamento jurídico noveno, en concreto cuando afirma que «la Ley, evidentemente, no restringe su aplicación a las parejas estables que hubieran formalizado documentalmente su situación, porque también tienen la consideración de parejas estables aquellas que reúnan los requisitos establecidos en la definición del artículo 2.1, si bien, tal concurrencia deberá ser acreditada por sus integrantes a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (art. 3)».

Dicho de otro modo, en opinión del Tribunal Constitucional son parejas estables, a los efectos de la Ley Foral 6/2000, las uniones libres y públicas, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de

su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado y sin vínculo matrimonial o derivado de una pareja estable previa (art. 2.1). Y ello al margen de que la voluntad de constituirse como pareja estable se encuentre reflejada en documento público, en documento privado o, incluso, que no haya sido expresamente reflejada en ningún tipo de documento.

En este último caso, parecería bastar con la existencia de ese modo de convivencia en pareja, cuya adecuación a los requisitos del artículo 2.1 de la Ley Foral⁵⁹ deberá ser acreditada a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho (ergo no solo mediante la inscripción en los registros de parejas estables o mediante el documento público en que se exprese la voluntad de sus integrantes). No obstante, como dice el Tribunal Constitucional, «en tanto tales parejas se acojan libremente a la previsión de la Ley, nada puede objetarse», acogimiento voluntario que pone de manifiesto que no basta el mero hecho de la convivencia (pues de ser así, retornaríamos al punto de partida y a la propia previsión legal del art. 2.2) sino que es necesario que exista algún tipo de voluntad adhesiva a lo dispuesto por la Ley Foral. Esto es, un querer ser pareja estable, sin que quede claro de qué manera ha de concretarse esa adhesión.

El pasaje de la sentencia transcrito al inicio de este apartado permite afirmar que el Tribunal Constitucional se desmarca de la definición de pareja estable establecida por la Ley Foral y redefine el concepto de pareja estable. Para ser más preciso, prescinde injustificadamente del criterio de estabilidad del que se sirve el legislador foral y, por ende, de la herramienta que utiliza este para acotar qué tipo de parejas van a ser objeto de protección.

En el mismo fundamento jurídico noveno el Tribunal Constitucional entiende que calificar jurídicamente determinadas situaciones de hecho y aplicarles el contenido de derechos y obligaciones incluido en la regulación legal «prescindiendo de la voluntad conjunta de los integrantes de la unión de hecho de someterse a las previsiones de la Ley Foral» resulta contrario al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1 CE. Así las cosas, parecería lógico considerar que solo serían plenamente acordes a este precepto las parejas constituidas por voluntad recogida en documento público, pues dicha voluntad implicaría una adhesión hacia la figura jurídica y hacia el régimen jurídico predispuesto por el legislador. En ese documento ambos declararían su voluntad conjunta de «someterse a las previsiones de la Ley Foral», previsiones que, por tanto, serían explícitamente admitidas, lo que significaría que se estaría respetando escrupulosamente su libertad. Y en caso de no estar totalmente de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Foral, los miembros de la pareja podrían, en el momento de formalizar la unión o con posterioridad, otorgar los pactos que estimasen convenientes, en aplicación del principio de libertad civil que impregna todo el Derecho civil navarro y con los límites propios del *paramiento*

fuero vienze, entre los que estarían las normas imperativas que la propia Ley Foral contiene.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional adopta una posición que resulta como poco sorprendente, pues hace decir al precepto lo que este no dice y prescinde de la exigencia formal impuesta por el legislador foral.

El planteamiento de este giraba en torno a la idea de la estabilidad de la convivencia, que tenía que ser o bien deducida de la duración de la unión (tiempo de convivencia que debía ser probado, estableciéndose, para facilitar dicha prueba, la posibilidad de inscripción en los Registros administrativos de parejas estables) o bien presumida en atención a las circunstancias que rodeaban a la unión (convivencia *more uxorio* e hijos en común)⁶⁰; o bien presumible (amén de deseada) tras la declaración de voluntad expresada libremente en la forma legalmente establecida, sin necesidad de convivencia previa (que no habría que acreditar ante el Notario o ante el funcionario público) pero sí de convivencia ulterior (so pena de simulación negocial)⁶¹.

Esta forma no era otra que el documento público, que se erigía en elemento constitutivo de la pareja estable. De esta manera, el legislador foral seleccionaba qué parejas debían ser objeto de protección legal, quedando fuera de la misma aquellas que no formalizaban su unión en documento público, esto es, las que no declaraban su voluntad constitutiva ni en documento autorizado por Notario ni en documento autorizado por empleado público competente (art. 1216 del Código Civil), lo que en el ámbito de la Ley Foral abarcaría los supuestos de inscripción en el Registro autonómico de parejas estables que en su caso se establezca⁶² o en los Registros de Parejas Estables que puedan ser creados por los diferentes Ayuntamientos⁶³.

Téngase en cuenta que cuando la Disposición Adicional de la Ley Foral preveía la creación de estos registros «para facilitar a través de su inscripción voluntaria la prueba de su constitución», el precepto estaba redactado de modo que podía tener indistintamente como objetivo tanto facilitar la prueba de la constitución de la pareja (o si se quiere, de la preexistencia de una pareja ya constituida) como facilitar la prueba de la convivencia a efectos de constituir la pareja estable por el transcurso del plazo legal ahora declarado inconstitucional, ofreciendo así un *dies a quo* desde el que probar dicha convivencia⁶⁴. Cuestión distinta es que la inscripción en el Registro posibilite la constitución de la pareja estable, lo que sucederá no porque la inscripción sea constitutiva (pues no se le atribuye tal carácter y, además, la pareja estable puede estar constituida tiempo atrás mediante escritura notarial), sino porque sirve como documento público que produce el surgimiento de la pareja estable⁶⁵.

Frente a esto, el Tribunal Constitucional, pese a haber avalado la Ley Foral 6/2000 por entender que «disciplina una realidad social diferente, *ceñida a las parejas de hecho que reúnan determinados requisitos*» (fundamento jurídico tercero), decide modificar esos requisitos, al menos en lo que se refiere al

artículo 2.2 y a la pareja que puede ser considerada legalmente como estable. Para ello, el Tribunal Constitucional interpreta el «se entenderá que la unión es estable» como un «se presumirá que la unión es estable». El criterio del legislador, basado en asignar en determinados supuestos a una pareja la condición de estable *ipso iure* (fundamento jurídico noveno) se entiende que no respeta el derecho fundamental consagrado en el artículo 10.1 CE y por ello se pasa a considerar los criterios del artículo 2.2. como «criterios que permiten presumir la estabilidad de la misma» (fundamento jurídico tercero) pero que, según el Tribunal Constitucional, no impiden que pueda haber estabilidad en parejas que no encajen en ninguno de esos supuestos (por emitir su voluntad en documento privado o por convivir *more uxorio* desde hace menos de un año) pero que puedan probar la realidad de su convivencia y puedan convencer al juez de que esta es estable y tendrá visos de proseguir.

Como consecuencia de ello, como afirma con nitidez el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico décimo, la pareja es estable y se somete a las previsiones de la ley (pueden adoptar, pueden tener ciertos beneficios en el ámbito de la función pública) si cumple con los requisitos del artículo 2.1 que señalábamos *supra*. Por tanto, cualquier pareja de vecindad civil navarra que cumpla estos requisitos subjetivos y que conviva de manera libre, pública y con una afectividad identificable con la que se atribuye al matrimonio, es una pareja estable y le resulta aplicable la Ley Foral.

Con esta visión, se amplía el ámbito de las uniones que pueden tener cabida en el concepto de pareja estable. El sustrato caracterizador de la figura sigue siendo el mismo: tanto en la Ley Foral como en la interpretación de la misma impuesta por el Tribunal Constitucional, para que haya pareja estable es necesaria una convivencia *more uxorio* que goce del reconocimiento público. Sin esa caracterización de la convivencia por su apariencia conyugal no existiría pareja estable, razón por la cual dos estudiantes o dos trabajadores que comparten piso de manera continuada no serían pareja estable a los efectos de la Ley Foral. En caso de haber compartido la vivienda durante más de un año, la invocación de ese hecho por parte de uno de ellos (por razones hereditarias, al morir el otro, o para disfrutar de ciertos beneficios administrativos) no sería suficiente para la aplicación de lo dispuesto en la Ley Foral, debiendo probar el carácter *more uxorio* de tal relación. La necesidad de probar ese carácter de la relación se exige ahora, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pero también era exigida por la Ley Foral. Nada nuevo bajo el sol, pues.

Lo que añade el Tribunal Constitucional es una reinterpretación de la exigencia de estabilidad, requisito que se desvincula de una duración mínima de la convivencia o de la existencia de descendencia común. Volvemos pues a la situación prelegislativa, siendo de nuevo el juez el que en último término dictaminará si los convivientes mantenían una relación encuadrable en el concepto legal de pareja estable, lo que permitirá ahora atribuir dicha condición a uniones

iniciadas hace menos de un año si del conjunto de pruebas que se aporten se puede deducir la existencia de esa convivencia *more uxorio* y su vocación de permanencia. El transcurso de un mayor tiempo de convivencia facilitará la acreditación de ese carácter y el encuadre en el concepto de pareja estable, pero en todo caso el plazo de un año deja de ser un requisito definidor de la figura.

En apariencia, esta revisión por el Tribunal Constitucional del concepto de pareja estable podría encerrar un cierto riesgo de incurrir de nuevo en una intromisión en el libre desarrollo de la personalidad, por no proponerse la aplicación de la Ley Foral solamente a quienes voluntaria, expresa y formalmente se acogieran a ella. Ahora bien, ese riesgo se mitiga si tenemos en cuenta la vacuidad del régimen jurídico legal que se desprende del planteamiento del Tribunal Constitucional: salvo alguna excepción directamente prevista (adopción, función pública), los integrantes de tales parejas ajenas a toda constatación expresa y documental de la unión solo quedarán en principio obligados por aquellas reglas que voluntariamente se hayan autoimpuesto y que sean capaces de acreditar. Y las normas que no se ven afectadas por su declaración de inconstitucionalidad y que se aplicarán pese a la ausencia de pacto asuntivo son normas atributivas de derechos, no de limitaciones u obligaciones, lo que hace que según el Tribunal Constitucional no planteen problemas desde la óptica de la libertad personal.

De todos modos, la extralimitación del Tribunal Constitucional me parece notable. El Tribunal puede y debe valorar la constitucionalidad de la Ley Foral y, en concreto, de los cauces previstos para la constitución de una pareja estable, pero creo que no le corresponde decir cuál es el medio del que el legislador debe deducir que una pareja cumple con el requisito de estabilidad necesario para caer dentro del ámbito de aplicación de la ley⁶⁶. Y menos aún, prescindir de dichos criterios legales de estabilidad, que representan un elemento fundamental de la figura jurídica discutida y que permiten diferenciarlo de las uniones jurídicamente irrelevantes por esporádicas o inconsistentes.

Al obrar así, el Tribunal se erige en una suerte de «legislador negativo que tacha palabras y expurga frases del texto aprobado por el legislador ordinario»⁶⁷, con el riesgo que ello supone. No hay más que pensar en la repercusión que tiene la inconstitucionalidad del artículo 2.2 y la nulidad de sus dos primeros criterios de estabilidad sobre la regulación de la adopción o sobre el régimen en materia de función pública dispuesto por la Ley Foral. Podrán adoptar quienes sean miembros de parejas estables según el concepto sostenido por el Tribunal Constitucional (por cumplir los requisitos del art. 2.1) y no según el concepto del legislador foral (por cumplir, amén de los requisitos del art. 2.1, las exigencias de estabilidad contenidas en el art. 2.2). Y será el Tribunal Constitucional quien decida en último término quienes serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en el Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra en cuanto a licencias, permisos, situaciones administrativas provisión de puestos de trabajo, ayuda familiar o derechos pasivos (art. 13.1

Ley Foral 6/2000), y no el Parlamento de Navarra, lo cual no deja de ser llamativo, en especial si tenemos en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha justificado recientemente (sentencias 45/2014 y 51/2014, ambas del 7 de abril, y sentencia 60/2014, 5 de mayo) la constitucionalidad del artículo 174.3 apartado 4 LGSS, que exige al conviviente solicitante de la pensión de viudedad, como requisitos *ad solemnitatem*, que acredite una convivencia mínima de cinco años y el transcurso de un mínimo de dos años desde la inscripción de la pareja en un registro administrativo o desde el otorgamiento de documento público, exigencias que se justifican por suponer «una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta *prima facie* arbitraria o irracional»⁶⁸. No se termina de ver porqué el Estado puede exigir una serie de requisitos para el otorgamiento de una pensión de viudedad y en cambio Navarra no puede, en ejercicio de sus competencias legislativas (que la propia sentencia 93/2013 reconoce), exigir determinados requisitos para permitir la adopción o para obtener determinados beneficios en el ámbito de la función pública.

A mi parecer, en ejercicio de sus facultades de configuración legal y de definición institucional, el legislador navarro pudo exigir inscripción constitutiva en un registro administrativo *ad hoc*, escritura pública notarial, documento público o documento privado que recogiese la voluntad expresa de los convivientes. Cualquiera de estos medios sería constitucionalmente válido, en la medida que todos ellos respetarían la voluntad de los integrantes de la pareja y serían por tanto acordes al libre desarrollo de la personalidad. No me parece censurable que en aras de una cierta seguridad jurídica se imponga una formalidad constitutiva o que se admitan varias. Las diferencias de tratamiento jurídico entre los matrimonios y las uniones puramente fácticas, que la STC 184/1990 justificaba —entre otros motivos— por «razones de certidumbre y seguridad jurídica», resultan perfectamente aplicables a la decisión del legislador foral de exigir que la constitución de una pareja estable se haga mediante voluntad recogida en documento público. Siguiendo los argumentos que en su día empleara esta sentencia, no es arbitrario exigir que el núcleo de convivencia institucionalizada entre dos personas conste formalmente, por esta u otra vía⁶⁹.

Incluso cabe plantearse si el transcurso del tiempo o la existencia de prole común son exigencias que vulneran el libre desarrollo de la personalidad de los convivientes, pues no olvidemos que sin esa apariencia conyugal y sin ese carácter libre y público, dichas uniones no quedarían sometidas a la Ley Foral según el propio artículo 2.1, que se conserva inalterado. El problema, a lo sumo, residirá en los efectos que se atribuyan a la pareja y en las herramientas que se ofrezcan a los convivientes (en concreto, el valor que la ley atribuya a la libertad de pacto), pero no parece que el concepto mismo de pareja estable conduzca ineludiblemente a la inconstitucionalidad de la Ley Foral.

Por todo lo anterior, me parece sostenible afirmar que la derogación del artículo 2.2 en sus dos primeros supuestos resulta incorrecta, en la medida que no tiene en cuenta que Navarra, en el ejercicio de sus legítimas competencias, puede perfectamente considerar como pareja estable y atribuir ciertas consecuencias jurídicas de las previstas en la ley a algunas personas por el mero hecho de convivir como pareja estable durante más de un año o convivir teniendo descendencia en común. Interpretación que tiene perfecto encaje en la argumentación sostenida por la propia sentencia 93/2013, pues si, como esta señala en su fundamento jurídico noveno, «el carácter preceptivo [de buena parte de las reglas que integran el articulado de la ley foral] implica que el régimen estatuido se impone obligatoriamente a las parejas estables que reúnan las condiciones previstas en los dos primeros supuestos del párrafo primero del artículo 2.2, lo cual debe conducirnos, sin duda, a reiterar aquí la inconstitucionalidad de tales supuestos», parece lógico sostener que aquellos preceptos de la Ley Foral a los que la propia sentencia no atribuye ese carácter preceptivo (según el propio fundamento jurídico noveno, los arts. 8 y 13) mantendrían su aplicabilidad a las parejas concebidas como estables por el legislador foral, esto es, en los tres supuestos previstos por el artículo 2.2 que, por tanto, mantendría íntegramente su vigencia, siquiera fuera a tales efectos.

En resumen, que el respeto de ciertos preceptos se extienda al ámbito subjetivo previsto por el legislador foral para tales reglas.

2. SEGUNDO PROBLEMA: CÓMO REGULAR LAS PAREJAS ESTABLES

La pretensión del Tribunal Constitucional de definir las parejas estables al margen de lo dispuesto por el Parlamento de Navarra (y por extensión, por el resto de parlamentos autonómicos que han legislado en uno u otro sentido en materia de convivencia *more uxorio* y que se verían igualmente afectados por la redefinición efectuada por este Tribunal) le lleva a deducir consecuencias jurídicas de esa definición y a proyectarlas sobre la regulación foral.

El Tribunal entiende que la esencia de la unión de hecho es la libertad. En su fundamento jurídico octavo reconoce que se trata de un concepto en el que se agrupan supuestos heterogéneos que tienen en común la libre voluntad de «permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el artículo 32 CE».

Esta caracterización en negativo de la unión de hecho me parece, sin embargo, muy discutible, pues dentro de tal concepto tienen cabida tanto los que quieren permanecer al margen del Derecho como aquellos que buscan disfrutar de determinados (o de todos los) beneficios otorgados a los cónyuges, aunque sin pasar por el aro de la institución matrimonial por razones diversas (y en

todo caso subjetivas⁷⁰⁾ y pretendiendo soslayar las obligaciones y límites a los que se someten los cónyuges⁷¹.

En mi opinión, lo esencial a la hora tanto de conformar una unión de hecho como de erigirse en pareja estable (conceptos que, tras la aprobación de las leyes autonómicas en la materia resultan diversos, divergencia que el Tribunal Constitucional, anclado en un concepto puramente fáctico ajeno a la realidad legal autonómica, olvida deliberadamente) es la voluntad deliberada de mantener una convivencia «extramuros de la institución matrimonial» (como tanto gusta decir la sentencia 93/2013), pero no necesariamente de su régimen jurídico. O al menos, no de todo su régimen jurídico. Lo común es la elusión del formalismo matrimonial⁷² que va asociado en determinados ámbitos sociales al encorsetamiento de la relación afectiva que une a los convivientes⁷³. Aunque, paradójicamente, las ataduras formales del matrimonio de las que se pretende huir acaben convirtiéndose en ocasiones en declaraciones de voluntad igualmente formalizadas. Tal es el caso de las parejas estables constituidas mediante inscripción registral o mediante el necesario otorgamiento de documento público, por exigencias de la seguridad jurídica que persiguen las leyes autonómicas sobre parejas estables.

En cuanto a las consecuencias jurídicas deducibles de dicha unión, la pluralidad de planteamientos y de aspiraciones puede ser enormemente variada y en todo caso difícilmente constatable. En ausencia de pacto, es difícil saber qué es lo que pretendían los integrantes de la pareja. ¿Querían huir de todo efecto jurídico personal o patrimonial? ¿Deseaban algunas consecuencias patrimoniales? ¿Presuponían que su unión no era irrelevante para el Derecho y que en todo caso habría alguna norma que regularía la convivencia o que prevería ciertas consecuencias en caso de ruptura?

El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión acudiendo al libre desarrollo de la personalidad y conectándolo con la autonomía de la voluntad. Librementemente las personas han de poder optar por la unión de hecho o el matrimonio, eligiendo una u otra opción en aras del libre desarrollo de su personalidad y sin que el legislador pueda imponer ninguna solución ni obstaculizar o impedir ninguna de ellas.

Ahora bien, la libertad en materia de uniones de hecho no se reduce a la libertad de elección sino que se proyecta sobre su propia configuración jurídica. El Tribunal sintetiza esta idea en el fundamento jurídico octavo al afirmar que «consustancial a esa libertad de decisión, adoptada en el marco de la autonomía privada de los componentes de la pareja, es el poder de gobernarse libremente en la esfera jurídica de ese espacio propio, ordenando por sí mismos su ámbito privado, el conjunto de derechos, facultades y relaciones que ostenten, si bien dentro de ciertos límites impuestos por el orden social, ya que la autonomía privada no es una regla absoluta». Es decir, se reconoce la libertad de pactos entre los convivientes, si bien con sujeción a los límites que se derivan del

artículo 1255 del Código Civil, límites que serían «los impuestos por la moral y el orden público constitucional», olvidando convenientemente el Tribunal Constitucional que según el mismo precepto (y según la ley 7 del Fuero Nuevo, en la que no hubiera estado de más fundar el razonamiento, pues de Derecho navarro estamos hablando) también las leyes (imperativas) se erigen en límites a la libertad de pacto.

Se impone así una aplicación extrema de la autonomía de la voluntad. Extrema porque aunque etimológicamente esta implica la capacidad para dictar las reglas que han de regir la propia conducta, esto no significa que resulte inaplicable cualquier fuente de Derecho. En particular, exaltar el valor de la voluntad individual o contractual no equivale a privar al legislador de la capacidad de dictar normas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español, al centrar su atención en las uniones de hecho (haciendo caso omiso a la institucionalización y concreción de esa figura que suponen las parejas estables) y al definirlas como uniones esencialmente libres y sometidas a la autonomía de la voluntad, llega a la conclusión de que los convivientes solo estarán sometidos a aquellas reglas que ellos mismos se hubiesen dado o, a lo sumo, a las reglas que el legislador hubiera previsto de tal manera que su aplicación dependiese de su previa aceptación por parte de los convivientes⁷⁴.

Es aquí donde, a juicio del Tribunal Constitucional, se puede apreciar la inconstitucionalidad de buena parte del articulado de la Ley Foral 6/2000. Ya sea porque la Ley Foral establece unos derechos mínimos imperativos (e irrenunciables hasta el momento de ser exigibles) que se imponen sobre los pactos que libre y voluntariamente hubieran alcanzado los integrantes de la pareja estable, ya sea porque establece unas normas aplicables en defecto de pacto expreso y al margen de toda constatación de su aceptación voluntaria por los convivientes, el hecho es que para el Tribunal se produce una vulneración de la libertad personal consagrada en el artículo 10.1 CE. Violación que traería causa de la imposición a los convivientes de una regulación *de carácter imperativo* (la cursiva es mía) en materia de pensión periódica y de compensación económica en caso de ruptura (art. 5 apartados 4 y 5); en materia de constitución de una pareja estable sometida a condición o a término (art. 5.2); en materia de responsabilidad solidaria frente a terceros (art. 7); en materia de acciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia y declaración de prodigalidad (art. 9); y en materia de régimen sucesorio (art. 11) (fundamento jurídico undécimo de la sentencia 93/2013, de 23 de abril).

De esta manera el Tribunal da un paso más en su argumentación: se atenta contra la libertad personal por prever un concreto régimen jurídico y pretender que el mismo sea aplicable a la convivencia en pareja durante la vida de la misma o tras su disolución. Para sostener este planteamiento, se maneja un concepto peculiar de norma imperativa y se niega la posibilidad de una regulación de las parejas estables que contenga normas imperativas, cuestiones ambas que me parecen discutibles.

Según la STC 93/2013, no son normas imperativas aquellas que no admiten pacto en contrario⁷⁵ sino aquellas que se aplican pese a la falta de asunción voluntaria de su contenido. Y son normas dispositivas aquellas que son eficaces solo en la medida y bajo la condición de que sean voluntaria y expresamente asumidas por las partes. Se distancia así el Tribunal de la visión de las normas imperativas o de *ius cogens* como aquellas que imperan una determinada conducta sin dejar lugar a la autorregulación del sujeto y de las normas dispositivas como aquellas que rigen a falta de autorregulación y que pueden ser sustituidas o eliminadas por el arbitrio individual⁷⁶.

Lo dispositivo no es, pues, lo normado salvo pacto en contrario (pacto dirigido a moldear la relación o a dotarle de ciertos efectos) sino lo normado en cuanto que previamente asumido. Así se desprende con claridad del fundamento jurídico undécimo donde, tras declarar inconstitucional el artículo 5.1 de la Ley Foral 6/2000 y su consideración de los derechos regulados en los apartados 4 y 5 como derechos mínimos irrenunciables, se aclara que ello «no otorga automáticamente a las previsiones de ambos apartados la consideración de normas dispositivas, pues una cosa es que tales previsiones no puedan ya imponerse a los integrantes de la pareja en el momento de regular sus relaciones patrimoniales [...] y otra bien distinta es que dichas normas dejen de aplicarse en ausencia de pacto sobre el particular», lo que le lleva a concluir que persiste la vulneración del artículo 10.1 CE.

Esta defectuosa comprensión de lo que significan las normas imperativas ha sido resaltada en la doctrina por MARTÍN CASALS, quien critica el planteamiento del Tribunal Constitucional pues «con independencia de si la pareja se ha constituido mediante una declaración de voluntad formalizada o por simple convivencia, se declara la inconstitucionalidad no solo de las normas imperativas, sino también de las que en buena técnica jurídica son consideradas dispositivas, y que aquí se consideran también imperativas por el hecho de resultar aplicables en defecto de pacto en contra de las partes, ya que las únicas normas que no conculcarían la autonomía de la voluntad fundada en el artículo 10.1 CE serían aquellas cuya aplicación dependa de que lo soliciten previamente las partes»⁷⁷.

La sentencia no niega que el legislador foral pueda regular la materia de las uniones de hecho. Aunque la solución al recurso de inconstitucionalidad planteado termina por vaciar prácticamente de contenido sustantivo la Ley Foral, este resultado, sin embargo, no resulta contradictorio con lo que se postula en la propia sentencia al manifestarse a favor de la competencia legislativa en materia de convivencia *more uxorio*. La sentencia no da con una mano para quitar luego con la otra. O, al menos, si quita no lo hace por motivos competenciales (como a mi juicio debería suceder) sino más bien de técnica legislativa.

Según ella, la Comunidad Foral de Navarra puede legislar en materia de uniones de hecho, pero tiene que hacerlo dentro de los parámetros de lo que el Tribunal entiende por norma dispositiva, de manera que quede claro que las

partes podrán o no asumir expresa y voluntariamente cada uno de los derechos y obligaciones previstos en la Ley Foral. La discordancia entre la redacción del texto legal y el planteamiento necesariamente «dispositivo» que exige el Tribunal Constitucional hace que la mayor parte de su capítulo II se vea abocado a la declaración de inconstitucionalidad.

La perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional no resulta del todo novedosa pues va en la línea de lo dispuesto en su día por la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, aprobada por el Parlamento Vasco. En ella, a diferencia de lo previsto en la Ley Foral navarra o en las leyes dictadas por otras Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil, no se establece un régimen legal subsidiario para el caso de ausencia de pacto expreso⁷⁸, sino que se indica que «los miembros de la pareja podrán adherirse a las cláusulas que con carácter general se establezcan», cláusulas generales que preverán lo dispuesto en el artículo 6: la contribución al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes, los actos dispositivos sobre bienes comunes, las consecuencias derivadas del cese de la convivencia en vida de ambos o por la muerte de uno de ellos. Ese acogimiento a ciertas cláusulas tendrá lugar, según la Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, «en defecto de pacto (nota: lo que implica identificar pacto con la determinación voluntaria de ciertas reglas cuyo contenido ha de ser necesariamente obra de los unidos) o cuando estos no sean válidos» (nota: lo que en el fondo presupone un examen de la validez de los pactos y la existencia de límites objetivos a su contenido), y se referirá a las «cláusulas que con carácter general se establezcan reglamentariamente».

El desarrollo reglamentario de la Ley 2/2003 ha tenido lugar mediante el Decreto 124/2004, de 22 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En este Decreto se pone de manifiesto el carácter meramente facultativo de los pactos a que pueden llegar los miembros de la pareja⁷⁹ y la posibilidad de que los integrantes de la pareja no otorguen pacto alguno⁸⁰, lo que plantea la incógnita de qué sucede en tal caso, que en apariencia nos llevaría, en el ámbito civil, a una anomia de la que solo podría rescatarnos una interpretación sistemática a la luz de lo previsto en las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Ley 2/2003⁸¹.

En todo caso, semejante planteamiento legal pone de manifiesto una muy particular visión de la función legislativa, surgiendo además el problema de qué sucede en el hipotético caso de que los convivientes manifiesten su voluntad de constituirse en pareja estable pero no establezcan pacto alguno que regule su convivencia, o lo establezcan pero con un ámbito objetivo muy reducido. Según la doctrina del Tribunal Constitucional y su visión del significado de la ausencia de pacto, esta no desembocaría en la aplicación de la norma (dispositiva) sino en la ausencia de regulación, lo que ha llevado a MARTÍN CASALS a plantearse el nacimiento, tras la STC 93/2013, de un nuevo derecho fundamental al que

propone bautizar como «derecho fundamental a convivir anónicamente en pareja de hecho»⁸². De esta manera, constituida una pareja estable en documento público (o privado, según el Tribunal Constitucional) cuyo único contenido fuera regular las relaciones económicas vigente la unión, teóricamente no cabría aplicar norma alguna en materia de consecuencias derivadas de la ruptura, por falta de asunción libre de la cláusula predispuesta a tal efecto (como sucedería en el País Vasco) o por falta de norma legal (como sucede en Navarra, tras la STC 93/2013).

A mi entender, la argumentación ofrecida por el Tribunal Constitucional es técnicamente incorrecta por emplear de manera inadecuada el concepto de norma dispositiva⁸³, generalizando la condición de normas imperativas a casi todo el articulado de la Ley Foral⁸⁴. Lo cual es especial hiriente en Navarra, en cuya Ley 8 se proclama que «en razón de la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las normas se presumen dispositivas».

La vulneración del libre desarrollo de la personalidad que es deducida de esa presunta imperatividad propia del articulado de la Ley Foral tiene difícil encaje cuando se trata de parejas estables constituidas voluntariamente en documento público, parejas a las que aún sigue aludiendo el artículo 2.1 de la Ley Foral. En tales casos, esa voluntad expresa de constituirse en pareja estable implicaría en principio una adhesión general a la regulación ofrecida por la Ley Foral, disponiendo además de la posibilidad de establecer, al otorgar el documento público o en un momento posterior, los pactos que estimen oportunos y que desplacen lo previsto por el legislador, dado el carácter básicamente dispositivo (término ahora sí correctamente empleado) de las normas del Derecho navarro. En este caso, la constitucionalidad de las concretas normas que ofrecen un régimen jurídico a la pareja estable quedaría salvada y la posible inconstitucionalidad podría quedar, a lo sumo, reducida a aquellos preceptos de la Ley Foral que no admiten pactos que contradigan lo dispuesto imperativamente por el legislador.

¿Y qué hay de las parejas estables constituidas al margen de esa voluntad expresa formalmente declarada? Como hemos dicho en páginas precedentes, el Tribunal Constitucional, aun cuando reduce formalmente el artículo 2.2 a uno solo de los tres supuestos de pareja estable, derogando por inconstitucionales los otros dos supuestos contenidos inicialmente en el precepto, no limita el concepto de pareja estable a la constituida en documento público. De haber sido así, el argumento de la posible vulneración del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) se habría visto seriamente debilitado y las diferencias entre parejas estables y matrimonio se habrían relativizado tanto, que habría resultado inevitable retomar las dudas competenciales.

Sin embargo, al dilatarse el concepto de pareja estable hasta el punto de comprender a todos aquellos convivientes que encajen en el artículo 2.1, la hipotética vulneración de la libertad individual cobra de nuevo fuerza: no procede aplicar un régimen jurídico a quienes, tal vez, ni lo han querido ni lo han tenido

en cuenta a la hora de desarrollar su convivencia *more uxorio*. Afirmación que sería propia de los dos modelos de parejas estables que por su nulidad han sido extraídos del artículo 2.2, pero que también lo sería del concepto de pareja estable que sostiene el Tribunal Constitucional con arreglo al artículo 2.1.

La manera de evitar la inconstitucionalidad de esa reformulación del concepto de pareja estable realizada por el propio Tribunal, es acudir al concepto de norma imperativa que maneja este. Puesto que quienes conviven *more uxorio* frecuentemente no regulan su relación, la aportación por parte de la Ley Foral de un régimen jurídico predeterminado atribuiría a los convivientes derechos y obligaciones al margen de su voluntad, forzándoles a pactar en contrario y ello solo cuando fuera posible, por existir normas que no permitirían esos pactos de exclusión.

Por esta vía llegaríamos inevitablemente a la conclusión de la improcedencia de predisponer normas reguladoras de la convivencia *more uxorio*, pudiendo subsistir a lo sumo aquellas normas atributivas de derechos frente a terceros (la Administración Pública, el arrendador) o de facultades de actuación (solicitar la adopción, iniciar un procedimiento de reproducción asistida), quedando en lo demás la pareja estable sujeta exclusivamente a lo pactado. Contenidos normativos no siempre civiles y en todo caso fragmentarios, que no justificarían la existencia de una ley específica dedicada a la regulación de la convivencia *more uxorio*, al poder ser tratada cada cuestión en su sede correspondiente⁸⁵.

Esta difícil composición de intereses (esencial libertad y prevalencia de lo pactado, de un lado, y preservación de la posibilidad de que el Parlamento foral regule la convivencia *more uxorio*, por otro) lleva al Tribunal a esa concepción de las normas imperativas y dispositivas, en la que el recurso a aquellas tiene que ser evitado y en la que estas han de ser enunciadas de modo que condicionen su eficacia a la aceptación por los convivientes, lo que difícilmente permitirá la aplicación de normas legales que puedan pretender limitar derechos o imponer cargas u obligaciones⁸⁶.

IV. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La doctrina que ha examinado esta materia ha resaltado la repercusión de las SSTC 81/2013 y 93/2013 sobre la regulación autonómica en materia de parejas de hecho⁸⁷. Los planteamientos del Tribunal Constitucional han sido valorados como una «mina en la línea de flotación»⁸⁸ para las comunidades autónomas con competencia legislativa en materia de Derecho civil, así como para las que carecen de ella⁸⁹. Para las primeras, por lo que tienen de vulnerador del libre desarrollo de la personalidad; para las segundas, en la medida que regulen cuestiones de derecho privado para las que carecen de competencias.

Es probable que por la vía de las cuestiones de inconstitucionalidad⁹⁰ se termine produciendo en el futuro (ya que hasta el momento no ha sido así) una suerte de onda expansiva que conduzca a una declaración de inconstitucionalidad que afectará a la práctica totalidad de las leyes autonómicas reguladoras de la convivencia *more uxorio* (con exclusión, tal vez, de la ley vasca, por las razones ya expuestas). La errónea comprensión de lo que significan las normas imperativas y dispositivas llevará a que no se libren del peligro de inconstitucionalidad parcial ni tan siquiera las leyes autonómicas vigentes que someten a las parejas estables a formalidades constitutivas. Y es también seguro que el planteamiento del Tribunal Constitucional condicionará una hipotética regulación estatal futura, si es que esta llegase a ser aprobada⁹¹.

Desde mi punto de vista, como ya he tenido ocasión de señalar en páginas precedentes, creo que lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es salvar la constitucionalidad de las leyes autonómicas en esta materia, y lo ha hecho precisamente negando la constitucionalidad de una parte importante de su contenido. Se admite la competencia de Navarra para legislar en materia de uniones de hecho y al mismo tiempo se declaran contrarios a la Constitución el concepto de pareja estable y el modo en que esta es objeto de regulación. En definitiva, se niega la institucionalización de las uniones de hecho, su conversión en parejas estables⁹². No se priva al legislador autonómico de la posibilidad de legislar⁹³ pero sí de vincular un régimen jurídico integral y predeterminado a un modelo de convivencia que se define como esencialmente libre.

En resumen, a la pregunta de si pueden existir leyes autonómicas en esta materia (o más en concreto, de si puede Navarra regular la convivencia extra-matrimonial) el Tribunal Constitucional responde que sí, pero no así.

1. INNECESARIEDAD DE UNA LEY ESPECÍFICA

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional convierte a la Ley Foral navarra, y por extensión al resto de leyes autonómicas, en dudosamente necesarias⁹⁴. Si la autonomía de la voluntad lo es todo y si las normas sugieren un marco jurídico pero no sujetan al mismo a los convivientes, cabe cuestionar el valor de tales normas en un Derecho, el navarro, donde el *principio de libertad civil* ya permite llegar a estos mismos resultados en materia patrimonial o sucesoria, y ello con independencia de que quienes otorguen esos pactos estén o no unidos de hecho.

Si tras la sentencia 93/2013 las normas que versen sobre los aspectos sustantivos de la relación «tendrán que limitarse a garantizar la libertad de pacto para que los miembros de la pareja puedan disponer los efectos personales y patrimoniales de la manera que quieran, sin extensión directa o indirecta de los derechos y de las obligaciones que se prevén para la unión conyugal»⁹⁵, habrá

que reconocer que las previsiones contenidas en un futuro texto de la Ley Foral resultarán poco trascendentes⁹⁶, pues poco aporta un legislador al que se relega al papel de mero constataador, en materia de convivencia *more uxorio*, de la relevancia de la libertad de pactos⁹⁷.

Pactos a los que se podría llegar aun tratándose de personas convivientes que no entran dentro del concepto de pareja estable contenido en el artículo 2.1 de la Ley Foral, por tratarse de personas que conviven en relación asexual, o en relación de afectividad análoga a la conyugal pero estando unidos por un vínculo de parentesco que les impide tanto contraer matrimonio como erigirse en pareja estable legal. También dos hermanos que convivan a la manera marital podrán llegar en Navarra a los acuerdos que estimen oportunos en materia de creación de un patrimonio común, administración del mismo, mantenimiento alimenticio futuro o atribución de derechos sucesorios. De lo cual resulta que el concepto de pareja estable queda en buena medida privado de sentido, no sirviendo para acotar la realidad objeto de protección, básicamente a causa de la ausencia de normas de protección.

2. AUSENCIA DE PACTOS REGULADORES Y CONVIVENCIA AL MARGEN DEL DERECHO

La argumentación del Tribunal Constitucional y su exaltación de la libertad individual y de lo pactado a efectos de determinar el contenido jurídico de la convivencia *more uxorio* permiten pensar en la posibilidad de uniones de hecho que, pese a encajar en el concepto de pareja estable surgido tras la sentencia 93/2013, sean productoras de efectos jurídicos muy limitados o casi inexistentes. Si los convivientes solo se someten a aquellas consecuencias jurídicas que voluntariamente hubieren asumido como propias, la falta de asunción voluntaria de reglas que regulen los aspectos patrimoniales de su unión durante la vigencia de esta o a la disolución de la misma impedirían en teoría aplicar las soluciones que en su día previera la Ley Foral.

Puesto que las normas que prevén la posibilidad de una pensión alimenticia o de una compensación económica tras la disolución de la pareja estable son inconstitucionales y puesto que las partes no pactaron nada al respecto, el discurso del Tribunal Constitucional nos llevaría a que ni una ni otra medida serían aplicables, pues ello supondría en teoría imponer subrepticamente soluciones propias del matrimonio y no deseadas por los unidos. Llevado al extremo, el argumento del Tribunal nos conduciría a la convivencia anómica que denuncia MARTÍN CASALS, solución esta que resulta falaz pues en la medida que la convivencia *more uxorio* constituye una forma de organización de la vida en familia que merece el respeto del Derecho, su mera existencia no es jurídicamente irrelevante. Tal vez los convivientes puedan huir de la aplicación de lo dispuesto en la Ley Foral pero ¿pueden huir del Derecho? ¿Pueden evitar la

aplicación de toda norma jurídica que deduzca consecuencias de lo que acontece en esa relación interpersonal?⁹⁸ Veámoslo con un ejemplo que permita enfocar mejor el problema.

Piénsese en una pareja estable formalizada en documento público en la que los convivientes solo pacten ciertas reglas sobre la administración y uso de los bienes propiedad de cada uno y sobre gastos comunes durante la convivencia. Diez años después, disuelta la unión por ruptura de la convivencia se aprecia que la situación de la mujer deviene sensiblemente peor que la que tenía durante la unión, por quedar los hijos a su cargo y por haber renunciado a sus expectativas laborales en pro de la atención de las necesidades filiales y domésticas. Además, el patrimonio del varón ha experimentado un notable crecimiento mientras que el de ella resulta exiguo, habiendo contribuido ella con su trabajo al incremento patrimonial del que fuera su pareja. La pregunta es: ¿se le negaría una pensión o una compensación por desequilibrio patrimonial productor de un enriquecimiento injusto?

Según lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley Foral, tendría derecho a exigir las citadas prestaciones, y ello con independencia de no haber sido expresamente pactadas e incluso habiéndose pactado lo contrario. En cambio, según el Tribunal Constitucional, carecería de esos derechos, que solo ostentaría en caso de haber sido expresamente pactados y cuya legitimidad derivaría precisamente de la autonomía de la voluntad y no de una hoy derogada previsión legal. Lo cual resultaría ciertamente paradójico, pues equivaldría a tratar a los considerados como pareja a los efectos de la Ley Foral de manera peor que antes de la entrada en vigor de la misma y también peor que a las personas convivientes sometidas al derecho común y, por tanto, a la ausencia de normativa sobre parejas estables.

Llevada al extremo, la argumentación del Tribunal Constitucional excluiría no solo lo dispuesto por los artículos de la Ley Foral sino también lo dispuesto por cualquier otro precepto del Fuero Nuevo al que pretendiésemos acudir para dar solución a los problemas derivados de la convivencia en pareja (como sería el caso de los preceptos en materia de enriquecimiento injusto) e incluso el recurso a los principios generales del Derecho comúnmente aplicados por la jurisprudencia en la búsqueda de soluciones más justas.

Esta posición resulta evidentemente excesiva y el propio Tribunal Constitucional la matiza cuando, al analizar la constitucionalidad del artículo 5.5 de la Ley Foral y la hipótesis de generación de una situación de desigualdad entre el patrimonio de los convivientes que implique un enriquecimiento injusto, afirma que «Independientemente de que las *reglas generales* de responsabilidad (sic) *por enriquecimiento injusto puedan tener su proyección en determinados supuestos*, y de que los miembros de la pareja puedan libremente establecer los pactos que tengan por convenientes al respecto, lo que resulta inconstitucional es la imperatividad de la previsión en los términos referidos, al igual que sucedía con el apartado 3 del mismo artículo 5». Esto es, como se desprende de

lo resaltado en cursiva, las reglas en materia de enriquecimiento injusto pueden resultar aplicables en determinados casos y pese a la ausencia de pacto expreso o tácito⁹⁹.

Este mismo planteamiento se deduce de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 18 de septiembre de 2013, en el que el Tribunal entiende aplicable las leyes 272 y 274 del Fuero Nuevo de Navarra, protectoras de los hijos de anterior matrimonio, a un supuesto en el que uno de los progenitores no contrae segundas nupcias sino que mantiene una convivencia *more uxorio* cuya existencia fue suficientemente acreditada en el proceso. Esta aplicación, sin embargo, no queda condicionada a la consideración como pareja estable a los efectos de la Ley Foral, pues la aplicación directa de las citadas leyes sería la misma incluso si dicha Ley Foral no existiere, «situación también predicable para los supuestos en que tal norma hubiere sido total o parcialmente expulsada del Ordenamiento jurídico» (fundamento jurídico tercero).

Como se puede ver, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra aplica a los convivientes *more uxorio* dos preceptos cuyo contenido no ha sido voluntariamente asumido por los miembros de la pareja y lo hace pese a no encajar literalmente su relación afectiva en el concreto enunciado de los mismos¹⁰⁰. El derecho a disfrutar de protección en ciertos casos que se reconoce a los hijos de anterior matrimonio, su correlativa limitación de la libertad dispositiva *mortis causa* y, en último término, la afectación de los derechos hereditarios del conviviente *more uxorio* a favor del cual se otorgó testamento son consecuencia directa de la aplicación de dos preceptos del Fuero Nuevo cuya efectividad se impone a la conviviente *more uxorio*. Los convivientes no siempre se pueden mover en la ajuridicidad que parece proporcionarles el Tribunal Constitucional, lo cual se aprecia con especial claridad cuando se trata de normas cuya aplicación vendría a restringir los derechos de los convivientes y en las que, por tanto, su aceptación voluntaria o su acuerdo expreso resultarían altamente improbables.

E incluso cabría preguntarse si no resultaría aplicable una suerte de pensión o de compensación económica que viniese a paliar los perjuicios derivados de la ruptura y de la situación económica y profesional en la que se encontraría aquel de los convivientes a cuyo cargo quedasen los hijos o que, por haber asumido principalmente el cuidado de estos durante la convivencia, tuviese en la actualidad más dificultades para generar nuevos ingresos. Compensación que podría derivarse de la aplicación de un principio como el de protección del conviviente más débil, al estilo de lo dispuesto en algunas sentencias sobre esta misma materia dictadas por el Tribunal Supremo¹⁰¹.

La posición del Tribunal Constitucional conduce a una vuelta a la aplicación *ad cassum* y vía jurisprudencial de unas soluciones de justicia material que, en buena medida, el legislador pretendió recoger en el texto legal¹⁰². Esto es, un retorno a la situación anterior, que no era de ajuridicidad sino de alegalidad (o a lo sumo de legalidad dispersa¹⁰³). Se pone así de manifiesto la falacia de la posible

ajuridicidad de la convivencia *more uxorio* y del control por parte de los convivientes *more uxorio* de las consecuencias jurídicas que se derivan de su unión.

El Tribunal Constitucional atribuye a la voluntad de los convivientes un valor aparentemente absoluto con el fin de marcar diferencias con el régimen jurídico del matrimonio. Sin embargo, esa libertad de pacto entre los convivientes, que se erige en valor preeminente por pura coherencia con los principios inspiradores del Derecho civil navarro, no puede ser absoluta, estando limitada por ciertas normas que o bien resultan aplicables aun a falta de pacto expreso (como sucedería en materia de enriquecimiento injusto) o se aplican, incluso, pese a existir pacto en contrario (como sucedería en materia de protección de hijos de anterior matrimonio). Todo ello con el fin de evitar que la absoluta libertad de pacto o el no ejercicio de la misma pudieran derivar en situaciones injustas.

Así las cosas, la técnica legislativa que el Tribunal Constitucional pretende imponer en materia de convivencia *more uxorio* para así respetar el concepto que de la misma tiene el Tribunal y para sostener la constitucionalidad de la Ley Foral y del resto de leyes que aborden esta figura, resulta a mi parecer no solo desacertada sino injusta. Existen normas jurídicas que van a resultar aplicables a los convivientes, lo hayan pactado estos o no. Como afirma con razón ECHEVERRÍA ALBACAR, el Tribunal Constitucional «no puede pretender que el desarrollo normativo quede circunscrito a un simple reconocimiento legal de existencia, sin consecuencia jurídica alguna, so pretexto del artículo 10 CE, pues bajo las uniones estables se conforman realidades familiares y derechos y obligaciones intersubjetivos análogos a los conyugales que pueden y deben ser objeto de reconocimiento y regulación normativa, *en algunos casos imperativa*, cuya asunción y sometimiento requiere de un acto conjunto de sus miembros de exteriorización pública de esa relación personal y de libre sometimiento a dicho régimen jurídico»¹⁰⁴.

El problema se plantea cuando esas normas jurídicas, procedentes de principios generales del Derecho o positivizadas en otros lugares del Derecho navarro, quedan plasmadas en un texto legal específico, construido desde sus cimientos subjetivos (art. 2.1) hasta sus consecuencias jurídicas (arts. 5 y sigs.) a la manera matrimonial. Es entonces cuando aflora la realidad social subyacente y las similitudes evidentes con el matrimonio y cuando, por tanto, se muestra de nuevo el verdadero problema de la Ley Foral 6/2000 que, como reiteradamente he señalado en este trabajo, no es otro que el competencial.

CONCLUSIONES

I. La sentencia 93/2013, de 23 de abril pone fin al proceso de institucionalización de las parejas estables iniciado en el ámbito autonómico en 1998 y con el que se tendía a la creación de una suerte de estado civil paralelo al

matrimonial. El Tribunal Constitucional rechaza la atribución *ex lege* de efectos similares o idénticos a los matrimoniales y aboca o bien a la vuelta a una regulación fragmentaria o bien a una regulación en la que la eficacia de las normas se supedita a su aceptación por los convivientes.

II. El concepto de pareja estable adoptado, bajo una u otra denominación, por las leyes autonómicas se ve reemplazado en la consideración del Tribunal Constitucional por el de uniones de hecho, lo que supone prescindir de los criterios o requisitos elegidos por la Ley Foral y el resto de normas autonómicas para la determinación de los destinatarios de la protección legal, resultando ello difícilmente justificable desde la óptica de la distribución competencial y nada coherente con la argumentación sostenida por el propio Tribunal a la hora de abordar el carácter que han de tener las normas para ser acordes al libre desarrollo de la personalidad.

III. La sentencia parte de una visión de la pareja estable como unión esencialmente libre y sometida en su eficacia a la voluntad de los convivientes, lo que condiciona tanto el concepto de pareja estable (que se extiende más allá de las formalizadas, aunque el legislador autonómico haya impuesto una inscripción constitutiva) como el carácter de los preceptos reguladores de la convivencia *more uxorio*, a los que se atribuye una naturaleza necesariamente dispositiva, concepto este que es utilizado erróneamente por el Tribunal. La visión sostenida por el Tribunal Constitucional conduciría a un hipotético derecho de los convivientes a vivir al margen de las normas jurídicas, que resulta jurídicamente insostenible en aras de la justicia material.

IV. El verdadero problema de la Ley Foral no es tanto la vulneración del libre desarrollo de la personalidad, que en ningún caso se produciría en los convivientes que formalizasen su relación, sino más bien la idéntica realidad social que late bajo las figuras del matrimonio y de la pareja estable, que conduce a afirmar que esta no es sino una variante del matrimonio que, como tal, incide en el sistema matrimonial y que debería, por tanto, ser regulada por el Estado.

V. Al eludir el problema competencial que se derivaría de su identificación con el matrimonio y al no adentrarse en la cuestión de si la regulación de la convivencia *more uxorio* puede encajar en lo que se entiende por «desarrollo» del derecho foral o especial, el Tribunal Constitucional evita tener que declarar la total inconstitucionalidad de las normas autonómicas que, de esta manera, pueden ser constitucionales si son redactadas de conformidad con el concepto de uniones de hecho y de normas dispositivas que maneja el Tribunal.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

- STC 184/1990, de 15 de noviembre de 1990
- STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992

- STC 47/1993, de 8 de febrero de 1993
- STC 88/1993, de 12 de marzo de 1993
- STC 156/1993, de 6 de mayo de 1993
- STC 155/1998, de 13 de julio de 1998
- STC 236/2000, de 16 de octubre de 2000
- STC 199/2004, de 15 de noviembre de 2004
- STC 31/2010, de 28 de junio de 2010
- STC 51/2011, de 14 de abril de 2011
- STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012
- STC 81/2013, de 11 de abril de 2013
- STC 93/2013, de 23 de abril de 2013
- STC 18/2014, de 30 de enero de 2014
- STC 40/2014, de 11 de marzo de 2014
- STC 44/2014, de 7 de abril de 2014
- STC 51/2014, de 7 de abril de 2014
- STC 75/2014, de 8 de mayo de 2014
- STC 125/2014, de 21 de julio de 2014
- STC 127/2014, de 21 de julio de 2014
- STS 7 de junio de 1983
- STS 5 de julio de 2001
- STS 17 de enero de 2003
- STS 23 de noviembre de 2004
- Auto TSJ de Galicia 25/2010, de 30 junio de 2010
- Auto TSJ de Galicia 26/2010, de 30 de junio de 2010
- STSJ de Navarra 12/2013, de 18 de septiembre de 2013
- SAP Navarra de 15 de febrero de 2006
- SAP Navarra de 8 de noviembre de 2012
- STEDH de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston v. Irlanda
- STEDH de 26 de mayo de 1994, asunto Keegan v. Irlanda
- STEDH de 27 de octubre de 1994, asunto Kroon y otros v. Países Bajos
- STEDH de 12 de diciembre de 2006, asunto Burden y Burden v. Reino Unido
- STEDH de 13 de diciembre de 2007, asunto Emonet y otros v. Suiza
- STEDH (Gran Sala) de 29 de abril de 2008, asunto Burden v. Reino Unido

BIBLIOGRAFÍA

ARREGUI GIL, J. (2001). Sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXVII, vol. 2.º, Madrid: Edersa, pp. 1623-1645.

- AURREKOETXEA AURREKOETXEA, X. (2004). *Breve comparativa entre la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña y la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de Euskadi. Problemas que presentan y propuestas de solución*, Comunicación presentada a las XIII Jornades de Dret Català a Tossa (disponible en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/com/4/xa.htm>)
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). Las competencias para legislar sobre parejas de hecho, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 61-88.
- (2014). Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 189-224.
- BUSTOS LAGO, J. M. (2008). *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). Bienvenido el constitucionalismo libertario, *Actualidad Jurídica Aranzadi* [En línea] núm. 868 (BIB 2013/1633).
- CUENA CASAS, M. (2005). Uniones de hecho y abuso del derecho: acerca de la discriminación en contra del matrimonio, *Diario La Ley*, núm. 6210, ref. D-62, 1571-1584.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013). La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea] núm. 8, pp. 103-136 (BIB 2013/2314).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (1985). *Constitución democrática y pluralismo matrimonial (El nuevo sistema matrimonial español)*, Pamplona: EUNSA.
- (2011). Matrimonio civil y sistema matrimonial, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 427-538.
- DORAL GARCÍA, J. A. (2003). Recensión a la obra «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra», *Anuario de Derecho civil*, núm. LVI-4, 1752-1765.
- ECHEVERRÍA ALBACAR, I. (2014). Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril, *Diario La Ley* [En línea], núm. 8221 (*La Ley* 2013, 10892).
- EGÚSQUIZA BALMADEA, M. A. (2013). Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 5 (BIB 2013, 1527).
- FAYOS GARDÓ, A. (2014). El Derecho civil que viene: algunas reflexiones, *Diario La Ley* [En línea], núm. 8250 (*La Ley* 2014, 678).
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. (1994). Leyes 7 y 8, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXV, vol. I, Madrid: Edersa, pp. 334-423.
- GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E. (2003). El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español, *Anuario de Derecho civil*, núm. 56-3, 1043-1195.
- GARRIDO MELERO, M. (1998). Matrimonio, convivientes *more uxorio* y familia en el Código de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja, *La Notaría*, núm. 7, 35-124.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (2001). Las uniones libres en la Ley Foral navarra de Parejas Estables, *Actualidad Civil*, núm. 17, 605-643.
- HUALDE MANSO, T. (2011). La familia en el Derecho civil de Navarra, *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 559-757.
- JORDANO BAREA, J. B. (1999). Matrimonio y unión libre, *Actualidad Civil* 6, 181-198.

- KARRERA EGIALDE, M. M. (2011). Los derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco, *Tratado de Derecho de Sucesiones*, vol. 2, Cizur Menor: Civitas, pp. 2388-2399.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1990). *Elementos de Derecho civil*, IV-1.º, Barcelona: José María Bosch editor.
- LLEBARÍA SAMPER, S. (1998). Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja, *La Notaría*, núm. 10, 57-112.
- MARTÍN CASALS, M. (1998). Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, pp. 143-187.
- (2000). *Comentaris al Codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid: Tecnos.
- (2013). El derecho a la «convivencia anónima en pareja»: ¿Un nuevo derecho fundamental?, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* [En línea] núm. 3/2013, pp. 1-43, disponible en <http://www.indret.com/pdf/990.pdf>.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia IV*, Madrid: Colex.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008). *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Cizur Menor: Civitas.
- MASOT MIQUEL, M. (2004). El concepto de pareja estable en la ley 18/2001 de 19 de diciembre del Parlament Balear. Un estudio comparativo con las primeras leyes autonómicas aprobadas, *El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paternofiliales en los casos de crisis matrimonial*, Estella: Servicio de Publicaciones del Parlamento de Navarra, pp. 323-344.
- OSSORIO SERRANO, J. M. (1993). *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (2008). *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- POU AMPUERO, F. (2008). Constitución de pareja estable y consentimiento, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 209-220.
- PULIDO QUECEDO, M. (2003). El Derecho civil y la familia. El Fuero Nuevo de Navarra, *La familia, protagonista*, Pamplona: Congreso General de la Familia, pp. 57-69.
- RUBIO TORRANO, E. (2014). Embrollo, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 2 (BIB 2014/965).
- SOLÉ RESINA, J. (2014). La convivencia estable en pareja tras la STC 93/2013: de vuelta a la unión libre, *La Ley, Derecho de Familia* [En línea], (La Ley 2014, 2823).
- VILADRICH, P. J. (1989). *Agonía del matrimonio legal*, Pamplona: Eunsá.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2011). Introducción. Derecho Foral y Derecho Civil Autonómico, en *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VII, Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 63-111.

NOTAS

¹ En el mismo sentido, la STC 199/2004, de 15 de noviembre, afirma en su fundamento jurídico cuarto que la exigencia de vínculo matrimonial entre el causante y la persona be-

neficiaria de la pensión de viudedad no contraría el artículo 14 CE, *al no ser situaciones equiparables la del matrimonio y la convivencia extramatrimonial*, siendo por ello posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diferentes de la diferente situación de partida.

² Silencio que no es una exigencia constitucional derivada de la ausencia de reconocimiento constitucional de la convivencia *more uxorio*. Antes bien, como señala el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico décimo de su STC 198/2012, el Tribunal ha asumido la existencia de dos regímenes diferenciados por voluntad del legislador, el del matrimonio y el de la convivencia *more uxorio*, que son reflejo de la capacidad de elección de las personas respecto del ejercicio de su derecho a contraer matrimonio. De la interpretación por el Tribunal Constitucional del contenido esencial del artículo 32 CE, se desprende que el legislador dispone también de un amplio margen «para establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado, lo que ha sido realizado, hasta la fecha, exclusivamente por el legislador autonómico». Como se puede ver, la aportación de un régimen jurídico que discipline este modelo de convivencia cuenta en esta sentencia con la aprobación del Tribunal Constitucional que, no obstante, matizará esta afirmación en la STC 93/2013 hasta convertir dicho margen de actuación del legislador, al menos en materia civil, en prácticamente ilusorio.

³ Hasta el punto de que, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia*, vol. IV, Ed. Colex, Madrid 2013, p. 293, en algunas legislaciones autonómicas sobre uniones no matrimoniales el hecho desaparece y queda solo el Derecho, lo que para el autor constituye una solución legal muy poco práctica y que adolece de un formalismo exacerbado.

⁴ Como señala, en relación a la originaria regulación catalana de las parejas estables, MARTÍN CASALS, M., Aproximación a la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 12, enero-diciembre 1998, pp. 155-157, quien habla de un status paramatrimonial.

⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, IV, volumen primero, José María Bosch editor, 3.ª edición, Barcelona 1990, p. 29.

⁶ En relación con el Derecho civil vasco, afirma KARRERA EGIALDE, M. M., Los derechos sucesorios de la pareja supérstite en el País Vasco, en *Tratado de Derecho de Sucesiones* [Solé Resina, J. (coord.); Gete-Alonso y Calera, M. C. (dir.)], vol. 2, cap. 54, epíg. II, Ed. Civitas, Cizur Menor 2011, p. 2391, que a la pareja registrada o formalizada se le atribuye un nuevo estatus jurídico, distinto de la mera pareja de hecho en convivencia puramente fáctica.

⁷ Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Las competencias para legislar sobre parejas de hecho, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 86, la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional contraria a la equiparación surge de supuestos en los que estos Tribunales se ocuparon de parejas de hecho en sentido propio, y no de parejas de hecho formalmente reconocidas por la ley, como pasa tras las leyes autonómicas sobre uniones de hecho, leyes que, según el autor han transformado a esas parejas de hecho legalmente reconocidas en «parejas de derecho».

⁸ Cfr. entre otras la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *asunto Johnston v. Irlanda*, parágrafo 56; STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*, parágrafo 44 o STEDH de 27 de octubre de 1994, *asunto Kroon y otros v. Países Bajos*, parágrafo 30.

⁹ La redacción de dicho precepto procede de la Disposición final primera apartado cinco de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, si bien su entrada en vigor ha quedado postergada al 30 de junio de 2017 en virtud de la Disposición final vigésimoprimera de la propia Ley.

¹⁰ POU AMPUERO, F., Constitución de pareja estable y consentimiento, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, 2008, p. 213, señala que hay que convivir de una determinada manera y esa manera es la que se refiere a la intención o la voluntad de convivencia, es algo así como la causa de la convivencia. [S]e convive por compartir una vida, [...] de esto se trata cuando se habla de la analogía conyugal o de la vida marital, la de aquellas personas

que tienen un proyecto de vida en común. El propio autor ofrece en la p. 217, a modo de ejemplo, una interesante relación de modalidades de convivencia que no pueden ser consideradas como maritales o *more uxorio* y que caen fuera del ámbito de aplicación de la ley foral.

¹¹ MASOT MIQUEL, M., El concepto de pareja estable en la ley 18/2001 de 19 de diciembre del Parlament Balear. Un estudio comparativo con las primeras leyes autonómicas aprobadas, en *El patrimonio económico-conyugal y las relaciones paterno-filiales en los casos de crisis matrimonial*, Servicio de Publicaciones del Parlamento de Navarra, Estella 2004, p. 334, entiende que con el empleo de las expresiones convivencia marital o relación de afectividad análoga a la conyugal se da idea de que estas parejas vienen a cumplir las finalidades y a agotar las posibilidades del matrimonio, al fundarse en la ayuda mutua, la existencia o posibilidad de relaciones sexuales y de procreación (en las heterosexuales) y en constituir una comunidad de intereses en beneficio de sus integrantes. La exigencia de vínculos de afectividad y sexuales también es resaltada por GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E., El concepto de convivencia no matrimonial en Derecho español, en *Anuario de Derecho civil*, 2003, vol. 56, núm. 3, p. 1120 y por BUSTOS LAGO, J. M., *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 1369, quien sin embargo entiende que en este caso no se requiere ni la fidelidad ni siquiera asistencia y ayuda o socorro mutuo, como acontece en las uniones matrimoniales.

¹² Hay que recordar que durante los trabajos de elaboración de la Constitución española, Peces Barba propuso la siguiente redacción: Toda persona tiene derecho al desarrollo de su actividad y su sexualidad: a contraer matrimonio, a *crear en libertad relaciones estables de familia*... Propuesta que fracasó, al igual que la redacción ofrecida por la Ponencia constitucional («a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia»), en la que se identificaba matrimonio con familia, aprobándose un texto final que no contempla expresamente la convivencia extramatrimonial pero que impide su inclusión en el artículo 32 CE, relegándolo a la protección general de los modelos familiares contemplada en el artículo 39 CE.

¹³ Es la identificación que late en la STEDH (Sección 4.^a) de 12 de diciembre de 2006, *asunto Burden y Burden v. Reino Unido* y que fue confirmada por la argumentación sostenida por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de abril de 2008, *asunto Burden v. Reino Unido*. Identificación como una misma realidad que surgía en este caso de la necesidad de distinguir el matrimonio o la unión civil entre personas del mismo sexo de la convivencia afectiva y solidaria sostenida a lo largo del tiempo por dos hermanas.

¹⁴ A título de ejemplo, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso... cit.*, p. 294 o GARCÍA-POSADA, *op. cit.*, p. 1147, que habla de la creación de «una especie de *mini-matrimonio*, esto es, un estatus matrimonial atenuado y con mayor facilidad de ruptura que el matrimonio tradicional; y en p. 1152, lo concibe como un matrimonio de segunda clase. POU AMPUERO, *op. cit.*, p. 218 entiende que la ley foral termina por regular un pseudo matrimonio civil sin forma pero con impedimentos legales». Por su parte, para JORDANO BAREA, J. B., Matrimonio y unión libre, en *Actualidad Civil*, núm. 6, 8 al 14 de febrero de 1999, p. 190, este tipo de uniones son o pretenden ser un equivalente o sucedáneo jurídico del matrimonio, una suerte de matrimonio paralelo, de segunda clase.

¹⁵ Como señala CUENA CASAS, M., Uniones de hecho y abuso del derecho: acerca de la discriminación en contra del matrimonio, en *Diario La Ley*, núm. 6210, 15 de marzo de 2005, ref. D-62, p. 1580, cuando esa equiparación se lleve a cabo en todos los terrenos y no solo en el de la concesión de derechos, probablemente el legislador se percate de que ha *redescubierto el matrimonio*.

¹⁶ En este sentido, GARCÍA-POSADA GÓMEZ, *op. cit.*, p. 1139, afirma que la previsión de esta vía contractual-formal de acceso desvirtúa así el concepto de pareja no casada, y hace que la noción de unión estable de pareja, cuando se constituye en escritura pública, se aproxime más a la del matrimonio institucional: un matrimonio celebrado ante notario, de efectos limitados y de disolución libre.

¹⁷ Como acertadamente señalara BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Las competencias... *cit.*, p. 80, la causa de semejante negocio jurídico es exactamente la misma que la del matrimonio. Se trata de atribuir eficacia a la voluntad de convivir de dos personas, basada en la atracción y el afecto recíproco que sienten entre sí. Se trata de la misma atracción y el mismo afecto existente normalmente entre los cónyuges y que constituye la causa... del negocio jurídico matrimonial. Ya con posterioridad a la STC 93/2013 y en comentario a la misma, el autor ha ratificado su postura en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, enero-abril de 2014, 189-224, donde señala que, solo con nominalismo a ultranza cabe afirmar que semejante alternativa [se refiere a la constitución de una pareja de hecho con efectos a la carta (los pactados por sus miembros) dentro del marco de los permitidos por la Ley] no abre la puerta a una segunda clase de matrimonio.

¹⁸ Si bien es cierto que en el fundamento jurídico séptimo, con cita de lo dispuesto en la STC 198/2012, de 6 de noviembre (fundamento jurídico décimo), se resalta el amplio margen del que dispone el legislador para establecer regímenes de convivencia *more uxorio* paralelos al régimen matrimonial, pero con un reconocimiento jurídico diferenciado (la cursiva es mía).

¹⁹ A la manera de lo dispuesto por el párrafo primero de la Disposición Adicional tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (reformada por la ley 10/2007, de 28 de junio) o por las Disposiciones Adicionales primera y segunda de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, del País Vasco, reguladora de las parejas de hecho.

²⁰ Cfr DE PABLO CONTRERAS, P., *Curso de Derecho civil. Derecho de Familia*, Volumen IV, Ed. Colex, Madrid 2013, p. 83. Concepto de sistema matrimonial que el autor también aborda en *Matrimonio civil y sistema matrimonial*, en *Tratado de Derecho de la Familia* (YZQUIERDO TOLSADA, M., y CUENA CASAS, M., dir.), vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2011, pp. 427 y sigs., y que con anterioridad había desarrollado en *Constitución democrática y pluralismo matrimonial (El nuevo sistema matrimonial español)*, EUNSA, Pamplona 1985.

²¹ El recorrido seguido por el precepto a lo largo del proceso constituyente y que conduce a su redacción final puede verse en PÉREZ VILLALOBOS, M. C., *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Cizur Menor 2008, pp. 157-161.

²² Como afirma DE PABLO CONTRERAS, *Curso...* *cit.*, pp. 87 y 88, en virtud del artículo 149.1.8 CE las Comunidades Autónomas no solo no tienen competencia para regular el matrimonio en sus aspectos sustantivos, sino que tampoco la tienen para crear instituciones paralelas al matrimonio llamadas a producir —en su ámbito— los mismos efectos que este, pues [...] con ello invaden la competencia exclusiva del Estado para establecer el sistema matrimonial, esto es, para decidir a todos los efectos —no solo a los que establezca su propio ordenamiento— qué uniones valen como matrimonio, lo cual no es una cuestión de forma ni de nombre, sino de consecuencias jurídicas.

²³ Desde un planteamiento distinto llega a la misma solución BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Las competencias... *cit.*, p. 84, para quien, el reconocimiento por las leyes autonómicas de las parejas de hecho supone en realidad el reconocimiento por aquellas de nuevas clases de matrimonio, distintas del matrimonio regulado por nuestro Código Civil, lo que permite sostener su inconstitucionalidad, pues nuestra Constitución no permite diversas clases de matrimonio sino únicamente diversas formas de celebración y porque, en todo caso, la competencia a tal efecto le corresponde al legislador estatal.

²⁴ En este mismo sentido, vid. el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 26/2010, de 30 de junio, fundamento jurídico séptimo. Dicho Auto dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad 5657/2010, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por Providencia de 5 de octubre (BOE de 20 de octubre de 2010) y resuelta mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2014, de 30 de enero (BOE de 25 de febrero de 2014, disposición núm. 2066, pp. 152-165), en la que se va a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad planteada. Sin llegar a entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional considera que

el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad fue incorrecto, por versar sobre un precepto legal, la Disposición Adicional 3.^a de la Ley 2/2006, que no superaba los juicios de aplicabilidad y de relevancia en relación al caso concreto, con la consiguiente infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LOTC.

²⁵ Como señalara JORDANO BAREA, *op. cit.*, p. 190, al comentar en su momento la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, la expresión, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, se refiere «no solo a las formas del matrimonio en el sentido de formalidades, sino a las *formas tipo* matrimoniales que arrastran tras de sí la correspondiente normativa de relaciones jurídicas. Dada la similitud entre las situaciones paramatrimoniales reguladas en la Ley y las matrimoniales objeto de la competencia exclusiva del Estado, la ley catalana habría incidido sobre el sistema matrimonial español, careciendo absolutamente de competencia a tal efecto. *Vid.* también PULIDO QUECEDO, M., *El Derecho civil y la familia. El Fuero Nuevo de Navarra, en La familia, protagonista*, Congreso General de la Familia, 2003, p. 67, quien entiende que la Ley Foral configura una «modalidad de unión legal, subtipo o forma matrimonial, que se compadece muy mal con las competencias constitucionales en la materia que Navarra ostenta, al ser la regulación de las formas de matrimonio una competencia exclusiva del Estado.

²⁶ En concreto en el artículo 4, pues el artículo 5 es una norma meramente procedimental relativa a la inscripción en el registro de uniones de hecho de los pactos previstos en el precepto anterior.

²⁷ Inconstitucionalidad que ya había sido puesta de manifiesto por la doctrina. *Vid.* por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Las competencias... cit.*, pp. 69-72, en consideraciones realizadas no solo respecto a la ley madrileña sino también aplicables al resto de leyes sobre uniones de hecho dictadas por Comunidades Autónomas sin competencias en materia de legislación civil.

²⁸ Aunque de una manera un tanto tibia, optando finalmente por una solución de carácter interpretativo al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 129 del Estatuto de Cataluña, precepto que altera radicalmente, a mi juicio, la distribución de competencias en materia civil prevista en el artículo 149.1.8.º CE, al disponer que: «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña».

²⁹ Y por entender, en último término, que «si lo entraña,se, pugnaría con la regulación en todo caso sustraída al legislador autonómico de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio y de la ordenación de los registros públicos». Se trata de la cuestión de inconstitucionalidad 5658/2010, admitida a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por Providencia de 5 de octubre de 2010 (*BOE* 20 octubre 2010) y que fue resuelta por la STC 75/2014, de 8 de mayo, en el mismo sentido (inadmisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que no se habían satisfecho suficientemente los juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos por el art. 35 LOTC) que la sentencia del Tribunal Constitucional 18/2014, de 30 de enero, citada en la nota 24. Argumentación y solución que han sido reiteradas por el Tribunal en sus sentencias 125/2014, de 21 de julio y 127/2014, de 21 de julio.

³⁰ Como afirma FAYOS GARDÓ, A., *El Derecho civil que viene: algunas reflexiones*, en *Diario La Ley*, núm. 8250, 13 de febrero de 2014, año XXXV, ref. D-48 (*La Ley* 2014, 678), la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional en relación a la citada ley valenciana será clarificadora, por tratarse de una Comunidad Autónoma, que aspira a legislar más en materia civil de lo que posiblemente la Constitución le permite.

³¹ Recurso número 4522-2013, admitido a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional por providencia de 10 de septiembre de 2013 (*BOE* de 14 de septiembre de 2013).

³² Dificultades que han dado lugar a críticas doctrinales, como la de MARTÍN CASALS, M., *El derecho a la convivencia anónima en pareja: ¿Un nuevo derecho fundamental*, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2013, julio de 2013, pp. 8-9, quien considera la doctrina

de las materias conexas como «poco creíble por su condición de juego malabar que obliga[ba] tanto al legislador civil autonómico como al juez constitucional a las más arriesgadas conjeturas.

³³ Vid. la original y sugerente exposición de YZQUIERDO TOLSADA, M., Introducción. Derecho Foral y Derecho Civil Autonómico, en *Tratado de Derecho de la Familia* (Yzquierdo Tolsada, M., y Cuenca Casas, M., dir.), vol. VII, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 63-111. El autor es partidario de que las Comunidades Autónomas que tuvieran un Derecho civil propio preexistente a la Constitución puedan desarrollarlo, p. 64, hasta sus últimos límites, o lo que es lo mismo, hasta donde lleguen sus principios informadores, con inclusión de cualesquiera instituciones conexas, si bien añadiendo una aclaración fundamental: siempre que sean verdaderamente conexas, pues lo que no cabe es que esos Parlamentos *inventen* instituciones nuevas o regulen las que nunca estuvieron (la cursiva es del propio autor). El autor, a través de uno de los personajes que intervienen en su diálogo jurídico, ejemplifica con nitidez lo que puede considerarse correctamente como desarrollo del Derecho foral, sobre la base de la doctrina constitucional de las figuras conexas, pp. 72 y 73, y lo que puede entenderse como un aplicación tramposa de la exigencia de conexión, pp. 79 y 80.

³⁴ Vid. al respecto MARTÍN CASALS, *El derecho a la «convivencia anómica... cit.*, pp. 8-9, para quien el Tribunal reconoce las competencias de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio de modo amplio, sin lastrarlas con una argumentación basada en la doctrina de las materias conexas.

³⁵ En la que, no obstante, podría haberse adentrado, por no ser necesaria para fundar la declaración de inconstitucionalidad la invocación en el proceso del concreto precepto infringido, artículo 39.2 LOTC.

³⁶ El carácter completo y cerrado del Fuero Nuevo ya había sido admitido por el Tribunal Constitucional en STC 236/2000, de 16 de octubre, en relación a una materia tan propia del derecho de familia como es la filiación. Este argumento, el de la singularidad e importancia del Derecho de familia y sucesorio navarro, es el que, unido a la invocación de la amplitud de competencias de la Comunidad Foral, sustenta el escrito de alegaciones que presentó en su momento la Letrada del Parlamento de Navarra al defender la constitucionalidad de la Ley Foral.

³⁷ Vid. MASOT MIGUEL, *op. cit.*, p. 325, quien llega incluso a considerar que, el hecho de tener entre las instituciones civiles propias un régimen económico aplicable al matrimonio les atribuía [a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio] la posible competencia para regular las parejas estables, dados, los evidentes puntos de conexión de estas con el régimen económico matrimonial y, por otro lado, la doctrina de las materias conexas acuñada por el Tribunal Constitucional.

³⁸ Que, para PÉREZ VILLALOBOS, *op. cit.*, p. 168, concurre si se desarrolla «una preexistente regulación de [una] institución que es expandida hasta comprender las uniones de hecho como nuevos supuestos de hecho», poniendo como ejemplo la compensación por enriquecimiento injusto entre convivientes, si previamente ya estaba prevista tal compensación por enriquecimiento en otros casos.

³⁹ Y como ya sostuviese anteriormente GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., Las uniones libres en la Ley Foral navarra de Parejas Estables, en *Actualidad Civil* núm. 17, 23 al 29 de abril de 2001, pp. 606-607.

⁴⁰ Cfr. EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A., Cambio de rumbo legislativo de las parejas estables: SSTC 81/2013, de 11 de abril de 2013 y 93/2013, de 23 de abril de 2013, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2013 parte Estudio, versión *online* en Aranzadi Bibliotecas (BIB 2013\1527), p. 6. Lo cual, como dice la autora, significa que la regulación navarra no ha supuesto un *salto desde la nada*, a diferencia de lo que pueda acontecer en otras comunidades autónomas. En el ámbito del Derecho civil gallego ese salto sí que parece haberse producido, como señalaba el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 26/2010, 30 de junio, en el que el Tribunal se preguntaba: ¿Cuál es el posible entronque de las parejas de hecho con las instituciones de derecho civil gallego o las peculiaridades que lo informan? En principio no encontramos ninguna. El estatus de la familia en Galicia, en su aspecto nuclear, que es el aquí afectado, no ha diferido nunca del establecido por el derecho común.

⁴¹ Frente a ello GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 607, distingue entre formas de conexión institucional, que pueden tomar como base normas legales o consuetudinarias y cuyo desarrollo puede hacerse sin necesidad de conformarse a los principios que las informan, puesto que el legislador autonómico solo tiene que respetar la Constitución, no las normas civiles autonómicas previas, ni los principios que informan el Derecho civil autonómico preexistente, y una forma de conexión que denomina principal, basada en *desarrollar un principio general de Derecho, regulando una institución conforme a ese principio*, en cuyo caso es lógico que la legislación lo desarrolle y no lo contradiga.

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Las competencias... *cit.*, p. 79.

⁴³ Aunque bien es cierto que no todo principio general de raíz histórica adolecía de esa incompatibilidad con la Constitución, lo que ha hecho que algunos de ellos sigan informando el vigente Derecho civil navarro. Así sucede con el principio de libertad civil (ley 8), el de unidad y continuidad de la Casa (ley 75) o el de protección de los hijos de anterior matrimonio (ley 77).

⁴⁴ En esta misma línea, el Preámbulo de la hoy derogada Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, justificaba la regulación de las parejas estables, y en particular de las que denominaba como parejas homosexuales, con base en *el principio de libertad individual que fundamenta la propia Constitución y que tradicionalmente ha constituido la esencia y base del Derecho civil aragonés*.

⁴⁵ Como señala GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J., *Leyes 7 y 8*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (Albaladejo, M., y Díaz Alabart, S., dir.), tomo XXXV, vol. I, Edersa, Madrid 1994, p. 382, el *paramiento fuero vienze* es, en síntesis, la proclamación de la libertad civil como *caput et fundamentum totius Iuris Navarrae*.

⁴⁶ Vid OSSORIO SERRANO, J. M., *Comentarios a las reformas del Código Civil* (Bercovitz Rodríguez-Cano, R., coord.), Ed. Tecnos, Madrid 1993, pp. 370-371.

⁴⁷ Ley que en la actualidad se encuentra derogada, encontrándose regulada esta materia en el artículo 234, apartados 1 a 14 del Código Civil de Cataluña (aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia).

⁴⁸ Hoy derogada por haber sido refundida, junto a otras leyes civiles aragonesas, en el Código del Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón. Los preceptos dedicados en este a regular las «parejas estables no casadas», son los artículos 303 a 315 de dicho Código.

⁴⁹ Como señala MARTÍN CASALS, M., *Comentaris al Codi de família, a la llei d'unions estables de parella i a la llei de situacions convivencials d'ajuda mútua* (Egea, J., y Ferrer, J., dir.), Tecnos, Madrid 2000, p. 1153, la aproximación a la legislación arrendaticia permite seguramente entender la reducción a dos años de convivencia del plazo de tres años inicialmente proyectado en el derecho catalán.

⁵⁰ E incluso al margen del dato fáctico de la convivencia pues, como recuerda la SAP Navarra de 15 de febrero de 2006, «debe ponderarse la concreta situación de la pareja, de manera que en supuestos de ingreso en centro hospitalario de uno de sus miembros no se interrumpe dicha convivencia si el otro miembro de la pareja actúa como tal». Téngase también en cuenta que la STSJ de Navarra 12/2013, de 18 de septiembre, aceptando los argumentos de la SAP Navarra 8 de noviembre de 2012, entiende que el hecho de que ambos miembros de la pareja no vivan en el mismo domicilio no puede considerarse por sí mismo como una prueba de la ruptura de la relación de pareja cuando, como en el caso de autos, exista una gran proximidad los domicilios de ambos (en el caso, en la misma calle, uno frente al otro) y quede acreditada la continuidad en el trato afectivo.

⁵¹ EGÚSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, p. 7, lo considera como un estado civil de carácter familiar atenuado y diferente respecto del matrimonio, considerando que mediante la STC 93/2013 el Alto Tribunal ha consagrado un nuevo estado civil, el estatus de pareja estable, cuya disciplina pueda ser acometida por las Comunidades Autónomas conforme a las competencias que tengan atribuidas.

⁵² GARCÍA-POSADA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 1149 y 1150, entiende que «se regula un estatus completo de la convivencia, que, yendo más allá de aquellas normas mínimas de

protección, abarca toda la vida de la pareja desde su nacimiento hasta su extinción, y que imita peligrosamente el modelo matrimonial. Por su parte, el ya citado Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 26/2010, de 30 de junio, al examinar la constitucionalidad de la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Derecho civil de Galicia en su redacción de 2006, señalaba «nos encontramos ante una norma de carácter exclusivamente civil, que atañe a una parte nuclear de las relaciones familiares [...] como son las relaciones jurídico-patrimoniales y la creación *ex lege* de un estado civil cuasi matrimonial.

⁵³ Lo que en opinión de POU AMPUERO, *op. cit.*, p. 211, choca con la definición de la pareja estable como unión pública o, como poco, implica deducir el carácter público de la unión del mero hecho de aparecer juntos.

⁵⁴ El respeto escrupuloso al libre desarrollo de la personalidad está también presente en el Preámbulo de la ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas en la Comunidad Valenciana, que prevé la inscripción constitutiva de las uniones, lo que se explica diciendo que la ley, parte del máximo respeto a la libertad de las personas para constituir una unión de las reguladas por la misma [...] sin mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica tanto de quienes conviven como de terceras personas. Requisito que ya se preveía en la derogada ley valenciana de 2001, si bien en esta se exigía acreditar previamente, a efectos de permitir esa inscripción, que los unidos llevaban conviviendo en pareja durante al menos doce meses consecutivos.

⁵⁵ Como ya se señaló en la STC 184/1990, 15 de noviembre (fundamento jurídico segundo), en argumento reiterado por la STC 222/1992, de 11 de diciembre (fundamento jurídico sexto) al decir que no cabe, coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir *more uxorio*, si bien el argumento fue empleado en esta última sentencia para entender, a diferencia de lo dispuesto en la anterior al tratar de las pensiones de viudedad, que sí que existía vulneración de la Constitución (concretamente, al perverse un régimen distinto para casados y unidos en materia de subrogación arrendaticia).

⁵⁶ Este planteamiento impregna la propia sentencia 93/2013, que en su fundamento jurídico quinto afirma que la pretensión expresa de la Ley Foral de eliminar las discriminaciones en función del grupo familiar del que se forme parte, se consigue articulando un régimen jurídico diferente y específico para las relaciones familiares establecidas a partir de las parejas estables, a las que, cumpliendo determinados requisitos, se otorga un concreto estatuto jurídico, compuesto de derechos y deberes, en ocasiones estatuidos *ex lege*. De este modo, el legislador foral «puede regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho, en el ejercicio de las competencias de que dispone, atendiendo a las previsiones de la LORAFNA, en materia de derecho civil (art. 48), función pública [49.1 b)] o régimen tributario (art. 45.3).

⁵⁷ Señala ECHEVERRÍA ALBACAR, I., Marco jurídico constitucional de las uniones de hecho tras la STC 93/2013, de 23 de abril, en *Diario La Ley*, núm. 8221, 2 de enero de 2014, año XXXV, ref. D-2, en versión *on-line* (*La Ley* 2013, 10892), p. 17, que si el elemento fundamental para la declaración de inconstitucionalidad de la norma es la indiscriminada aplicación de la misma por la laxitud de los criterios de determinación de aplicación subjetiva, ello podía haber sido salvaguardado con la simple exigencia de solicitud de inscripción registral a través de documento público como acto de emisión de declaración de voluntad de sometimiento de la pareja al régimen jurídico establecido, pudiendo establecerse, para una eficacia reforzada, de carácter constitutivo a la inscripción registral y no meramente declarativo. El autor propone una interpretación acumulativa de ambos requisitos, de modo que resulte necesaria la exteriorización pública de su voluntad de conformar una pareja estable y el sometimiento a comprobación o prueba de convivencia temporal y/o descendencia.

⁵⁸ Idea que parece latir en la propia sentencia 93/2013 cuando en su fundamento jurídico octavo se remite a la STC 184/1990 y al pasaje de la misma en la que se considera inaceptable tratar de imponer el establecimiento, contra la voluntad de los componentes de la pareja, de un determinado tipo de vínculo no asumido de consuno por estos, «de manera que *aquel tipo de convivencia no formalizada* se viera expuesta a una gravosa y penosa suerte o a soportar sanciones legales de cualquier índole (la cursiva es mía). De lo anterior podría deducirse

que, tratándose de una convivencia formalizada, resultaría inaplicable el argumento contrario a establecer un vínculo jurídico y sus consecuencias subsiguientes.

⁵⁹ Trasladado el argumento del Tribunal Constitucional a las leyes sobre parejas estables de aquellas otras Comunidades Autónomas con competencia en materia civil, serían pareja estable quienes cumplieren con los presupuestos subjetivos y con la caracterización de la convivencia exigida por las propias normas autonómicas, al margen de que los convivientes otorguen documento público o inscriban su unión. Si tenemos en cuenta que no todas las Comunidades con Derecho civil propio imponen los mismos requisitos subjetivos para ser pareja estable (así, en Galicia y en Aragón se exige mayoría de edad, mientras que en Navarra, Cataluña, Baleares y País Vasco pueden también constituir pareja estable los emancipados; de igual modo, en Baleares y Galicia no pueden ser pareja estable los parientes colaterales hasta el tercer grado, mientras que en las otras Comunidades no pueden serlo los colaterales de segundo grado, normalmente tanto por consanguinidad como por adopción salvo en el País Vasco, donde solo no pueden serlo los colaterales de segundo grado por consanguinidad), podemos concluir que la definición de la misma se encuentra formulada de modo negativo por el Tribunal Constitucional, que se limita a decir lo que no forma parte del concepto de pareja estable, pero que renuncia a establecer un concepto uniforme. En este mismo sentido, la STC 40/2014, de 11 de marzo de 2014, fundamento jurídico tercero, admite las diferencias entre la *consideración de pareja de hecho* presente en el artículo 174.3 párrafo cuarto LGSS y lo dispuesto por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, cuyas diferencias entre sí también constata. No obstante, dicha sentencia extiende la inconstitucionalidad a todo el párrafo quinto del artículo 174.3 LGSS, por considerar que tanto las diferencias en materia de acreditación de la pareja estable como las diferencias en cuanto a qué se considera como pareja estable, derivadas de la remisión que dicho precepto hace a lo dispuesto en las leyes de aquellas Comunidades con competencia legislativa civil, introducirían una diferencia de trato injustificada en cuanto al acceso a la pensión de viudedad. Y es que, como dice la sentencia, el problema de fondo que el precepto cuestionado plantea [... es] la remisión a la legislación autonómica en sí misma cuando se trata de determinar los requisitos de acceso a una prestación de la Seguridad Social.

⁶⁰ En este sentido, la STEDH 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza* resalta, a efectos de determinar la concurrencia o no de vida familiar amparada por el artículo 8 CEDH, la utilidad de tener en cuenta algunos elementos «como el hecho de saber si la pareja convive y desde hace cuánto y si ha tenido hijos en común, prueba de su compromiso recíproco» (párrafo 36).

⁶¹ Como afirma GARCÍA-POSADA, *op. cit.*, p. 1122, con la posibilidad de constitución en escritura pública, los índices de estabilidad no se refieren ya exclusivamente a la estabilidad puesta de manifiesto por la convivencia pasada, sino también por la intención de las partes de imprimir ese carácter a la relación que pretenden iniciar, lo cual implica atribuir a la estabilidad una cierta proyección hacia el futuro, de manera a mi juicio similar a lo que sucede en el matrimonio (tanto por lo que tiene de visión voluntarista como de meramente tendencial).

⁶² Y que hasta la fecha no ha sido creado, pese a la resolución 274/2009, de 31 de diciembre, del Defensor del Pueblo de la Comunidad Foral de Navarra, por la que este insta a la creación del Registro de Parejas Estables en Navarra, con el objeto de permitir a las personas empadronadas en localidades de Navarra cuyos Ayuntamientos no gestionan un registro propio o que, manteniendo la vecindad civil foral, residan en una localidad de una Comunidad Autónoma distinta, puedan inscribirse en un Registro público de parejas estables de Navarra. Recuerda el Defensor del Pueblo que la Ley Foral 6/2000 prevé la creación de registros por parte del Gobierno de Navarra y de los Ayuntamientos buscando, además de facilitar la constitución de las parejas estables mediante la manifestación expresa de su voluntad, ofrecer un medio de prueba fehaciente que permita, de un modo ágil y exento de una difícil carga probatoria, que la pareja estable tenga acceso a todos los beneficios que la Comunidad Foral de Navarra ofrece a sus ciudadanos y ciudadanas. Por el contrario, mediante Orden Foral 73/2014, de 19 de febrero de la Consejería de Economía, Hacienda, Industria y Empleo, se

regula el contenido y el funcionamiento del Registro fiscal de parejas estables de la Comunidad Foral de Navarra, creado con el fin de facilitar que la equiparación fiscal de las parejas estables a los cónyuges se realice de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Orden Foral 73/2014 cuyo artículo 6 permite incluir en el Registro Fiscal la constancia del régimen económico que hubiere sido convenido formalmente por los unidos, ofreciendo una publicidad que ha sido criticada por RUBIO TORRANO, E., Embrollo, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2014, parte Tribuna, versión *on-line* (BIB 2014, 965).

⁶³ Contra POU AMPUERO, *op. cit.*, p. 216, quien entiende que en Navarra no bastaría con la inscripción en el Registro de parejas estables, por concebirse la inscripción no con fines constitutivos sino como medio de prueba de una unión ya constituida.

⁶⁴ Al igual que se desprendía de la redacción originaria de la Disposición Adicional Tercera de la ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia según la cual tenía la consideración de relación marital análoga al matrimonio «la formada por dos personas que lleven conviviendo al menos un año, *pudiéndose acreditar tal circunstancia* por medio de la inscripción en el registro, manifestación expresa mediante acta de notoriedad o cualquier otro medio admisible en derecho» (la cursiva es mía).

⁶⁵ Cfr EGÚSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, p. 15. *Vid.* también HUALDE MANSO, T., La familia en el Derecho civil de Navarra, en *Tratado de Derecho de la Familia* (Yzquierdo Tolsada, M., y Cuenca Casas, M., dir.), vol. VII, Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 635 y 636.

⁶⁶ Como dice MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», p. 18, lo que puede discutirse es que la ley atribuya derechos y obligaciones a la parejas no formalizadas, es decir, a aquellas cuyos integrantes no han manifestado conjuntamente querer someterse a la misma, pero de ahí no puede derivarse la inconstitucionalidad de un precepto que lo único que hace es establecer cuándo debe entenderse que existe esa pareja no formalizada.

⁶⁷ MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», p. 19.

⁶⁸ Argumento también empleado en la precedente STC 44/2014, de 7 de abril, al abordar la constitucionalidad de la exigencia a efectos de pensión de viudedad, como presupuesto previo de carácter subjetivo, de que los integrantes de la pareja de hecho no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que no tengan un vínculo matrimonial subsistente con otra persona.

⁶⁹ Argumento reiterado, en materia de atribución a los integrantes de las parejas de hecho de pensiones de viudedad, por la STC 51/2014, de 7 de abril, en la que se afirma que, el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador [en este caso estatal] otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquellos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica.

⁷⁰ Como dice la STC 47/1993, de 8 de febrero, fundamento jurídico cuarto, la decisión de contraer o no matrimonio pertenece al ámbito de la libertad de la persona y se vincula con sus convicciones y creencias más íntimas, añadiendo que al ser el elemento esencial la libre voluntad de los componentes de la unión estable, ello hace que sean irrelevantes las circunstancias o motivaciones que han podido determinar tanto la constitución como el mantenimiento de esa unión no matrimonial.

⁷¹ Esto supondría, según CUENA CASAS, *op. cit.*, pp. 1571 y sigs., otorgar un trato más favorable a las parejas no casadas que a los matrimonios, lo que provocaría la inconstitucionalidad sobrevenida no de las leyes de parejas estables sino de las normas reguladoras del matrimonio que imponen deberes a los casados que no son aplicados a los unidos. Para la autora, p. 1571, se hace necesario también extender a las parejas no casadas las consecuencias negativas que tiene una convivencia marital en todos los órdenes, imponiéndoles deberes, obligaciones y responsabilidades entre sí o frente a terceros de manera que no resulte más rentable no estar casado que estarlo.

⁷² Como afirma también MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor 2008, p. 193, del hecho de, pasar por el Juzgado o por el Ayuntamiento.

⁷³ Visión comúnmente extendida que implica, como señala VILADRIK, P. J., *Agonía del matrimonio legal*, Euns, Pamplona 1989, p. 124, concebir el matrimonio como un acto de conformismo social, un *pasar por la ventanilla burocrática de la ley* para obtener el permiso o documento según el cual ya se pueden tener relaciones sexuales o hijos con *honorabilidad social*, dentro de la legalidad.

⁷⁴ Contradiendo así lo afirmado por GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 617-618, quien no consideraba un problema que se impusiera la aplicación de la ley por el hecho de la mera convivencia, pues fuera de las uniones matrimoniales, no existe prescripción constitucional que limite la libertad del legislador para condicionar la aplicación de las leyes a que sus destinatarios lo consientan.

⁷⁵ Como dijera la STS de 7 de junio de 1983, cabe distinguir entre, leyes de carácter imperativo o necesario y leyes de carácter dispositivo o permisivo, no pudiendo excluirse por voluntad de los particulares interesados la aplicación de las primeras.

⁷⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I, volumen primero, José María Bosch editor, Barcelona 1988, p. 141. Siguiendo esta concepción técnico-jurídica admitida en Derecho, recuerda MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», p. 33, que las normas dispositivas, suplen las carencias o vacíos de la reglamentación negocial establecida por la autonomía de la voluntad por lo que, a pesar de no ser objeto de acuerdo por las partes, se caracterizan porque las predispone el Ordenamiento Jurídico en contemplación de tal acuerdo, cumpliendo así una función integradora o complementaria de la autonomía de la voluntad.

⁷⁷ Cfr MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», p. 34.

⁷⁸ Se plantea esta cuestión AURREKOETXEA AURREKOETXEA, X., *Breve comparativa entre la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja de Cataluña y la ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho de Euskadi. Problemas que presentan y propuestas de solución*, Comunicación presentada a las XIII Jornades de Dret Català a Tossa (puede consultarse en <http://civil.udg.edu/tossa/2004/textos/com/4/xa.htm>), quien tacha la redacción de la ley vasca de calamitosa y critica la falta de coordinación entre el artículo 6 y la Disposición Adicional primera, que provoca que «en principio y a falta de pacto entre los integrantes de la pareja, pueda pensarse que no existe un régimen económico legal supletorio». Para salvar la laguna que el propio artículo 6 provoca con su redacción, propone acudir a la remisión a las normas sobre matrimonio contenida en la referida Disposición Adicional, lo que permitiría a las parejas constituidas en Vizcaya quedar sujetas a las reglas de la Ley 3/1992, de Derecho Civil foral del País Vasco y por tanto al régimen de comunicación foral, si bien con ello se cubriría solo a una parte de las parejas constituidas en la Comunidad Autónoma vasca, quedando sumidas otras (las constituidas en Guipúzcoa o Álava) en la más absoluta falta de regulación, lo que introduciría una distinción injustificada entre los propios convivientes.

⁷⁹ Artículo 1.2: «Asimismo tiene por objeto la inscripción de los pactos reguladores del régimen económico-patrimonial *que podrán establecer* los componentes de la pareja; y artículo 10.3: Las solicitudes de inscripción *podrán ir acompañadas* de un pacto regulador de las relaciones económico patrimoniales de la pareja, en cuyo caso deberá indicarse en la solicitud.

⁸⁰ Artículo 19.2: La inscripción expresará: [...] la existencia *o ausencia de pacto regulador de las relaciones económico-patrimoniales*, y, en su caso, la fecha del pacto y una breve reseña del modelo de pacto; y artículo 23.5: Las certificaciones referidas a los pactos podrán indicar la existencia *o ausencia de pacto*...

⁸¹ A cuyo tenor, todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho. *Vid.* al respecto KARRERA EGIALDE, *op. cit.*, pp. 2391 y sigs.

⁸² MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», en especial p. 28.

⁸³ Que, como recuerda DORAL GARCÍA, J. A., Recensión a la obra Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Leyes de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), en *Anuario de Derecho civil*, número LVI-4, octubre de 2003, p. 1757, se distinguen, en su significado más usual, de las normas imperativas, en función de la presencia de un interés disponible o indisponible, esto es, con un objeto de protección al alcance o no de la voluntad de los particulares. Para el citado autor, los preceptos civiles presentan usualmente carácter dispositivo porque la realidad sobre la que operan, relaciones entre particulares, es de ordinario objeto de disposición, de lo que se desprende que las leyes del Fuero Nuevo se presuman dispositivas.

⁸⁴ Buen ejemplo de ello es el artículo 5.3 de la Ley Foral, al que se califica de norma imperativa (siendo por ello declarado inconstitucional) pese a comenzar su redacción con un «en defecto de pacto...». En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Inconstitucionalidad parcial... *cit.*, p. 221, afirma que la declaración de inconstitucionalidad se extiende no solo a lo que en la Ley pueda resultar imperativo para los miembros de la pareja sino también «la eficacia propia de las normas dispositivas, consistente en su aplicación en defecto de pactos o manifestaciones de los sujetos a los que las mismas se refieren».

⁸⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Inconstitucionalidad parcial... *cit.*, p. 223. En esta línea, SOLÉ RESINA, J., La convivencia estable en pareja tras la STC 2013, 93: de vuelta a la unión libre, en *La Ley, Derecho de Familia*, 12 de mayo de 2014 (*La Ley* 2823/2014), p. 12, considera que «sin regulación del concepto, de la forma de constitución y acreditación, sin atribución de efectos *ex lege* a la convivencia estable, sin previsión de normas imperativas ni de normas de carácter dispositivo pero subsidiarias y aplicables en defecto de pacto de los convivientes, las leyes de convivencia estable de pareja quedan en muy poco, casi en nada, y desde luego su posible contenido no justifica una ley especial sobre la materia».

⁸⁶ *Vid.* MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*», pp. 38-39, quien señala que si bien el legislador podrá dictar normas que prevean un perjuicio o desventaja, estas solo podrán configurarse de modo que su fuerza obligatoria dependa de que su destinatario manifieste su voluntad de asumir tal perjuicio, lo que le permite concluir que «el más elemental conocimiento de la naturaleza humana hace difícil pensar que los particulares asuman voluntariamente normas que le perjudican, por lo que toda actividad del legislador en estos casos sería, si no inconstitucional por otras razones, al menos inútil».

⁸⁷ Señala DE LA IGLESIA PRADOS, E., La eficacia actual de las normas reguladoras de las parejas de hecho, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 8/2013 parte Estudio, versión *on-line* (BIB 2013, 2314), p. 4, que, encaminan la normativa sobre las uniones de hecho en nuestro sistema a una situación caótica y, posiblemente, sin futuro práctico, tanto por la actual normativa sobre el matrimonio como por las consecuencias que han de acarrear dichas Sentencias del Tribunal Constitucional. Respecto de la STC 93/2013, afirma CARRASCO PERERA, A., Bienvenido el constitucionalismo libertario, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, parte Tribuna, num. 868/2013, versión *on-line* (BIB 2013, 1633) que, condena al cubo de la basura no solo a la ley navarra enjuiciada, sino a todo el bodrio regulatorio de parejas no casadas.

⁸⁸ GÁLVEZ CRIADO, A., *Pactos entre convivientes de hecho y principio del libre desarrollo de la personalidad*, Conferencia pronunciada en el Congreso Internacional, Constitución y Derecho de Familia, celebrado en la Facultad de Derecho de la UNED, Madrid 25 a 27 de septiembre de 2013.

⁸⁹ En opinión de ECHEVERRÍA ALBACAR, *op. cit.*, pp. 6 y 7, la sentencia «constituye un pronunciamiento constitucional contrario a la forma de proceder y regular una forma de familia en cada una de las Comunidades Autónomas, [...] cuyos efectos no pueden verse circunscritos a la norma recurrida, produciendo un efecto propagador al resto de normativa autonómica, al menos de carácter interpretativo, otorgando argumentos de inconstitucionalidad para la derogación de la mayoría de la normativa sobre la materia, en especial, como afirma en otra parte de su trabajo, de las leyes catalana y aragonesa, cuyos preceptos pueden ser considerados

contrarios al ordenamiento jurídico constitucional y, por tanto, tácitamente anulados tras la sentencia 93/2013. Planteamiento del que se distancia el Voto Particular formulado por ROCA TRIAS y XIOL RÍOS a la sentencia 60/2014, 5 de mayo, voto en el que ambos magistrados sostienen la vigencia del artículo 234.1 del Código Civil de Cataluña y reconocen plenos efectos civiles a las parejas de hecho resultantes de la convivencia ininterrumpida durante más de dos años o de la convivencia de quienes han tenido un hijo en común durante la misma.

⁹⁰ *Vid.* MARTÍN CASALS, El derecho a la «convivencia anómica... *cit.*, p. 8 y DE PABLO CONTRERAS, *Curso... cit.*, p. 79.

⁹¹ En este sentido, DE LA IGLESIA PRADOS, *op. cit.*, p. 21.

⁹² Institucionalización a la que, como ya afirmara en su día LLEBARÍA SAMPER, S., Glosa crítica a esta (nuestra) nueva Ley de uniones estables de pareja, en *La Notaría*, núm. 10/1998, octubre de 1998, pp. 57-112, conducía la aprobación de la ley catalana 10/1998, hoy integrada en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña.

⁹³ Pues la propia sentencia 93/2013 reconoce que el Parlamento Foral de Navarra está facultado para valorar el fenómeno que las parejas estables suponen en el marco de sus competencias, y para extraer, en el campo específico de la realidad correspondiente a las mismas, las consecuencias que estime procedentes dentro de su ámbito competencial.

⁹⁴ Adjetivo que ARREGUI GIL, J., Sobre la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Adendum* al Tomo XXXVII, vol. 2.º, Edersa, Madrid 2001, p. 1644, ya aplicaba a la propia Ley Foral, dada la primacía de la libertad civil en nuestro Derecho, de modo que «toda regulación legal de ese hecho social [...] que exceda de dar el concepto de pareja estable desde el punto de vista jurídico, de determinar la forma y medios de probar su existencia y su acreditación, de establecer las causas de su cese o disolución a efectos legales, así como de regular las consecuencias del cese en relación a los hijos comunes, resulta incuestionablemente innecesaria.

⁹⁵ EGÚSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁶ DE LA IGLESIA PRADOS, *op. cit.*, p. 25, afirma que las normas reguladoras de las parejas de hecho se caracterizan, tras la Sentencia 93/2013, por su ausencia de interés material, por su absoluta ineficacia sustancial desde un punto de vista civil.

⁹⁷ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Inconstitucionalidad parcial... *cit.*, p. 223. Como dice EGÚSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, p. 27, la STC 93/2013, 23 de abril ha reconducido la disciplina de las parejas estables a lo que esta quizá siempre debió ser: el reconocimiento de la libertad civil de los convivientes, llegándose de esta forma a la misma solución que, al margen de dicha ley, ofrecen los principios básicos del Derecho civil navarro recogidos en el Fuero Nuevo: el *paramiento fuero vienze* (ley 7) y la libertad civil (ley 8). Ello hace pensar en la inutilidad de algunas leyes que, más allá de su apariencia, no hacen sino reiterar principios generales ya consagrados.

⁹⁸ Lo rechaza GAVIDIA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 617-618, quien tras señalar que la aplicación de los artículos 9.2 CE y 39.1 CE justifica que el legislador regule las uniones libres [...] protegiendo al conviviente más débil, y proporcionando elementos de equilibrio y estabilidad a esa unión, afirma que, no está constitucionalmente garantizada la libertad de elección entre uniones libres reguladas o no por la ley, sin solo entre el matrimonio y la unión libre. Lo admite DE LA IGLESIA PRADOS, *op. cit.*, p. 18, para quien la argumentación del Tribunal Constitucional relativa a la necesidad de respetar la libre decisión de los convivientes de mantenerse alejados del Derecho, solo puede ser calificada, por fin, de coherente. En p. 24 afirma que es elemento esencial de la constitución de la pareja de hecho su conformación más allá de la institución matrimonial, e incluso del Derecho en general, por decisión propia y voluntaria de sus integrantes.

⁹⁹ Solución que ya en su momento propugnó BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Las competencias... *cit.*, p. 85, donde, tras proponer la derogación de la regulación civil sustantiva contenida en las leyes autonómicas sobre parejas de hecho (con base, eso sí, no en la vulneración del libre desarrollo de la personalidad sino en la violación de la competencia

estatal sobre el sistema matrimonial) y la preservación únicamente de las normas de Derecho público presentes en ellas, afirma que se podría acudir en tales casos a lo pactado por los convivientes o, en su defecto, a la figura del enriquecimiento injusto. Más recientemente, EGÚSQUIZA BALMASEDA, *op. cit.*, p. 20 considera que más que la aplicación del régimen del enriquecimiento injusto, procedería aplicar a las parejas estables navarras las normas de la Compilación relativas a la disolución de la comunidad de hecho familiar.

¹⁰⁰ Lo que es justificado por la sentencia afirmando que «trasladar miméticamente la necesidad de existencia del vínculo matrimonial como requisito *sine qua non* para que opere la vivencia del derecho que otorga la norma con exclusión de otras situaciones que el entorno social viene admitiendo, con normalidad (otros supuestos de familia y de relación de convivencia permanente y estable, *more uxorio*, fuera del matrimonio), supone no admitir esa realidad y permitir que pueda ser medio de eludir la efectividad del derecho de los hijos de primer o anterior matrimonio del causante (STSJ Navarra de 18 de septiembre de 2013, fundamento jurídico cuarto).

¹⁰¹ Principio de nuevo cuño invocado en la STS de 5 de julio de 2001, STS de 17 de enero de 2003 o STS de 23 de noviembre de 2004.

¹⁰² Como afirmara GARRIDO MELERO, M., Matrimonio, convivientes *more uxorio* y familia en el Código de familia y en la Ley catalana de uniones estables de pareja, en *La Notaría*, núm. 7/1998, julio 1998, pp. 122-123, las normas reguladoras de las uniones legales responden a dos principios, el de protección del grupo familiar entendido en sentido amplio y el de compensación del enriquecimiento injusto, si bien el autor entiende que esos mismos principios serían aplicables para determinar las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho no legales, dado que en su opinión el hecho se impone al Derecho.

¹⁰³ Como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, entiende SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 11, que «parece que la técnica jurídica a utilizar no debe ser la de la ley especial, que respondería en mayor medida a la finalidad de establecer un estatuto jurídico propio de la institución regulada, sino el recurso a las previsiones y reconocimientos puntuales en las normas que regulan con carácter general los derechos o beneficios que se reconocen o se pretende hacer extensivos a los convivientes.

¹⁰⁴ Cfr ECHEVERRÍA ALBACAR, *op. cit.*, p. 20.

(Trabajo recibido el 16-6-2014 y aprobado
para su publicación el 30-6-2014)

La fuerza del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria

The Force of Registration Entries in Spain's First Mortgage Act

por

CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: Este trabajo sobre la fuerza o valor del asiento de inscripción en la primera Ley Hipotecaria española pretende hacer un estudio sistemático de los preceptos de la Ley de 1861 no solo de aquellos que se ocupan específicamente de ese punto sino de otros muchos con ellos relacionados. No se trata solo, por tanto, de ir a la Ley en busca de los precedentes de la legislación actual, para apoyar una determinada interpretación de esta última, sino de realizar un análisis sistemático de los preceptos, en la medida de lo posible, aséptico, sirviéndonos para identificar la estructura de unas normas, hace tiempo derogadas, de los métodos de interpretación que utiliza hoy la doctrina cuando analiza los preceptos vigentes. Es decir, se trata, para no incurrir en anacronismos, de estudiar la Ley como un todo; sin centrarse, por tanto, solo en los artículos que se han venido considerando de más interés, separándolos así del contexto lógico e histórico que les dota de sentido. Se presta por ello en el texto y las notas especial atención al Derecho transitorio y el Derecho civil substantivo vigente entonces de Partidas. La historia es una ciencia descriptiva, no normativa. Los hechos —aunque sean textos lo que sin duda les confiere una particularidad esencial— son como son con independencia de que nos guste o no. Intenta ser esta una investigación histórica, no dogmática; descriptiva, no prescriptiva.

ABSTRACT: *This is a study on the force or value of registration entries in Spain's first Mortgage Act. It takes a systematic look at not only those provisions of the 1861 Act that specifically address registration entries, but also many other provisions related with registration entries. The idea, then, is not to examine the 1861 Act for the precedents of today's legislation in order to back up a given interpretation of modern law; instead, a systematic and, insofar as possible, aseptic analysis is conducted. The methods of interpretation that modern legal thought employs to analyze prevailing legislation are used to identify the structure of this long-repealed law. In other words, to avoid anachronisms, the 1861 Mortgage Act is examined as a whole, without focusing solely on the articles that are generally considered to be more interesting, and therefore without taking articles out of the logical and historical context that makes them meaningful. Accordingly, in the paper and its footnotes, special attention is paid to transitional law and the substantive civil law then prevailing under the Partidas. History is not a science that establishes rules; it is a science that describes. The facts (even if the facts are texts, which certainly endows them with an essential uniqueness) are what they are, regardless of whether we like them or not. This research aspires to be historical, not dogmatic; descriptive, not prescriptive.*

PALABAS CLAVE: Tercero civil. Acción rescisoria. Buena fe.

KEY WORD: *Action for rescission. Bona fides.*

SUMARIO: I. MONISMO INVERSO.—II. DUALISMO EN LA LEY DE 1861.—III. LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES EN LA LEY DE 1861.—IV. UNA LEY «DISTINTA E INDEPENDIENTE».—V. DERECHO TRANSITORIO.—VI. LUCHA ENTRE CONTRADICTORIOS VÁLIDOS.—VII. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY.—VIII. LA FRONTERA ENTRE EL 23 Y EL 34.—IX. LA FUERZA DE LA PRIMERA INSCRIPCIÓN.—X. ACCIONES RESOLUTORIAS Y RESCISORIAS.—XI. EL CASO DE LA DOBLE VENTA.—XII. EL REQUISITO DE LA BUENA FE Y GREGORIO LÓPEZ.—XIII. FERNÁNDEZ NEGRETE, MINISTRO DE JUSTICIA.—XIV. EL GALIMATÍAS DEL ARTÍCULO 35: LA PRESCRIPCIÓN.—XV. CONCEPTO DE TERCERO.—XVI. FUERZA REAL DEL ASIENTO.—XVII. ¿GERMANISMO?—XVIII. NUEVO INTENTO.—XIX. PROPIEDAD RELATIVA.

I. MONISMO INVERSO

1. Desde hace unos años ha vuelto a cobrar interés doctrinal la tradicional polémica sobre el concepto de tercero hipotecario. Parte de culpa de

esa resurrección cabe achacarla a la publicación de la obra de J. M. GARCÍA sobre «Derecho inmobiliario registral»¹. Este autor con la claridad que en él es habitual y argumentos de diferente peso, ha vuelto a defender la concepción «dualista» del tercero y por tanto la autonomía del artículo 32 frente al 34 de la Ley Hipotecaria.

Una posición por lo demás que solo con reparos puede calificarse de «dualista». J. M. GARCÍA es más bien «monista» aunque ciertamente un «monista» atípico². Es «monista» porque, a lo que se deduce de sus afirmaciones, tercero inscrito en sentido estricto, sería solo el del 32 ya que el 34 únicamente establecería una excepción al 33, excepción a su vez al 32. Preceptos que, como es sabido, con variaciones de importancia en el caso del 34, proceden todos de la primera Ley Hipotecaria.

2. Según la Ley de 1861, en efecto, los títulos no inscritos no perjudican a tercero (23), únicamente los inscritos lo hacen (25), y son terceros todos los que no fueron parte en el acto o contrato inscrito (art. 27)³. Los títulos inscritos en consecuencia tienen eficacia frente a terceros (*erga omnes*). Ahora bien no la ganan por la simple práctica del asiento. Deben ser además válidos. La tienen, por tanto, con una importante excepción: salvo que sean nulos. No es misión del Registro, en efecto, transmutar lo malo en bueno, es decir, lo nulo en válido^{3bis}.

Para dejar este punto totalmente claro, el legislador, a continuación de los mencionados preceptos, incorporó otro, también fundamental, por el que dispuso que la inscripción no convalidara los actos y contratos nulos (art. 33). Al contrario de lo que pasaba en otros sistemas de corte germánico (que NÚÑEZ LAGOS con envidiable precisión semántica llamó de «inscripción substantiva»)⁴, en el nuestro, los títulos, por inscritos que estén, si son nulos, no dejan de serlo. El artículo 33 introdujo así una excepción al 23: los títulos inscritos, por el hecho de estarlo, no se transforman en válidos y, por tanto, perjudican a tercero.

3. Ahora bien, si la inscripción no convalida los actos y contratos nulos, caso de impugnarse con éxito, caería no solo el anulado sino, como lógica consecuencia, los posteriormente inscritos que se apoyasen en él⁵).

En efecto, en abstracto la nulidad del título es cosa distinta de la de los posteriores que de él traigan causa. Pero en concreto, no lo es, y no lo es, porque la nulidad de los antecedentes arrastra forzosamente los consiguientes. Resultará así perjudicado el titular inscrito no solo cuando se impugna directamente su título, sino también el de cualquiera de sus antecesores, e indirectamente, por tanto, como consecuencia de la consiguiente «reacción en cadena» que inevitablemente se produce, el suyo.

4. Fue para evitar este resultado por lo que el legislador introdujo lo que J. M. GARCÍA llama la «segunda excepción», mejor la «excepción de la excepción»⁶, y por tanto un precepto que luego se convertirá en el más famoso de la Ley Hipotecaria: el artículo 34.

Para poner límite a la «reacción en cadena» que se producía, y la inseguridad que ello generaba, dispuso el legislador que, aunque la impugnación contra título inscrito prosperase, solo perjudicaría a otros posteriores que de él trajesen causa cuando el vicio resultase claramente del Registro (34.1). En estos casos los inscritos después son perjudicados por los que lo fueron antes pero solo por su contenido inscrito, esto es, el que reflejaba el asiento (no resultaba del documento): el resto se tenía por no inscrito y por tanto, con arreglo al 23, no perjudicaba a adquirentes posteriores.

Con lo que al final el artículo 34, como recordaba su primer párrafo, no era más que una excepción al 33, a su vez, como acabamos de ver, excepción al 23, y por tanto en el fondo una vuelta a este. En resumen caía el título nulo («del otorgante», es decir, del *auctor* o causante) pero solo el de él y ningún otro posterior salvo que la causa de la impugnación resultase del Registro. No es lo mismo que un título no esté inscrito que, estando inscrito, sea nulo. El título por el solo hecho de estar inscrito tiene apariencia de válido aunque no lo sea y eso como acabamos de ver no deja de tener consecuencias.

II. DUALISMO EN LA LEY DE 1861

1. Como resultado de todo esto, entre partes conservaron toda su fuerza las acciones de nulidad o resolución por causa del negocio inscrito. La razón es sencilla. Como únicamente los terceros son perjudicados por la fuerza del Registro (23 y 25) —y solo son terceros los que no han sido parte en el contrato inscrito— la inscripción no impide la impugnación entre partes de los contratos nulos.

Seguían vivas, por tanto, las acciones de nulidad o resolución entre partes. Sobre eso no podían en buena lógica abrigarse duda alguna. La pregunta, llegados aquí, que correspondía hacerse, era: ¿entre ellas nada más? ¿No podían terceros no inscritos ejercitarlas también? La tajante dicción del 33 (en contra de la letra del 23, del que era excepción) inclinaba a pensarlo así pero no estaba claro.

Fue por esta razón, es decir, para despejar cualquier tipo de confusión, por la que el artículo 34.2 de la ley ratificó lo que ya se deducía del 33 y resultaba literalmente del 34.1: «en virtud» de títulos no inscritos⁷, cuando sean estos la causa directa de su nulidad (art. 34.1), pueden invalidarse otros inscritos pero no de los subsiguientes, esto es, de quienes apoyándose en ellos adquieran con posterioridad e inscriban los suyos.

2. El 34. 1, que preveía expresamente el caso, aceptó así que se impugnase título inscrito (el que el 34 llamaba «del otorgante») «en virtud» de otro que no lo esté⁸. Pero exclusivamente el nulo no el de quienes adquiriesen luego e inscribiesen después sus títulos confiando, porque constaba inscrito sin tacha, en la validez del anulado.

El artículo 34.2, por su parte, en una cuidada pero sibilina redacción, procedió a insistir y, por tanto, remachar la misma idea. Según su tenor, en efecto, «solo en virtud de título inscrito puede invalidarse, en perjuicio de tercero, otro posterior inscrito»⁹.

Uno era, por tanto, el título que se anulaba y otro, el subsiguiente del que adquiere y después inscribe. Para anular el primero (el que la Ley Hipotecaria llama del «otorgante»), bastaba con que, aunque inscrito, fuese inválido (33), se impugnase por titular no inscrito y por causa o «en virtud» del título de este (34.1). Para anular el segundo (el del adquirente «posterior») era en cambio imprescindible que el título del impugnante constase inscrito (34.2) y además que la causa en que se fundamentaba la resolución o anulación resultase claramente del Registro (art. 34.1)

3. En conclusión una fue la solución que se dio para los casos de confrontación entre títulos válidos (o cuya nulidad no podía ser probada) en que vencía el inscrito (o el primeramente inscrito, si eran compatibles); y otra en caso de conflicto entre título válido y el que no lo es, en que vence el primero —aunque no esté inscrito— salvo el titular inscrito transmita el derecho a tercero y este lo inscriba.

Una cosa, en definitiva, es la oponibilidad y otra la nulidad (como lo demuestra el hecho de que la falta de inscripción no produzca esta última). Una la irregularidad intrínseca y otra la extrínseca (falta de asiento o retraso en su práctica). En esta clara y razonable distinción fundamenta todavía hoy la doctrina «dualista» el distinto trato que, según ella, merecen los terceros inscritos del 32 y del 34¹⁰.

4. Toda exposición cobra mayor fuerza cuando su argumentación es precisa y clara y por ello formalmente bien articulada y, a la postre, bella. Pieza de convicción (esta de la estética de las formulaciones teóricas) que, en particular, matemáticos y físicos suelen tener muy en cuenta cuando juzgan hipótesis que rivalizan entre sí^{10 bis}.

Aquí esa pieza sin duda juega a favor de la construcción de J. M. GARCÍA. Una construcción que, ciertamente, acerca hasta tal punto el sistema español al alemán de inscripción constitutiva que casi se confunden (en este punto no muy distante de sistemas latinos puros como el francés). La única diferencia segura (aunque no menor) estaría en que, en el nuestro, subsiste entre partes la acción real aunque el título no se inscriba (cosa imposible salvo raras excepciones en Derecho alemán).

En cualquier caso, al aceptar los «dualistas» que la protección del hoy 32 (entonces 23), es decir, del que inscribe frente a título no inscrito, se circunscribe, como en el actual 34, a quienes adquieran a título oneroso y de buena fe (requisitos que como es sabido no resultaban de la Ley Hipotecaria de 1861), la discusión entre «monistas» puros del 34 y «dualistas» puros del 32, al final, se reduce casi exclusivamente a la eficacia que hay que reconocer al asiento

de «inmatriculación» (es decir, al asiento de títulos sobre fincas que acceden por primera vez al Registro).

III. LAS PRIMERAS INSCRIPCIONES EN LA LEY DE 1861

1. Sostienen algunos —para defender la teoría «monista» dominante que, como sabemos, absorbe el 23 (hoy 32) en el 34— que el sistema de 1861 se montó sobre el viejo de Contadurías por lo que en el tránsito de uno al otro no se produjo ni por tanto hubo solución de continuidad¹¹.

Los asientos en los nuevos libros se sustentaron directa e intencionadamente en los de Contadurías, por lo que nunca pudo haber pasado por la cabeza del legislador dar a las primeras inscripciones (llamadas hoy comúnmente de «inmatriculación») tratamiento distinto a las demás (posteriores). Mal, evidentemente, podría proteger el entonces 23 (hoy 32) a los «inmatriculantes» si no los había.

De ser así las cosas (es decir, si las primeras inscripciones en el nuevo Registro se apoyaban siempre en las practicadas en el de Contadurías) no habría espacio para una aplicación autónoma del 23. En el concurso de leyes entre el 23 y el 34, no tendría así nada de extraño que terminase por prevalecer este último. La premisa que justifica una aplicación independiente del 23 (falta de inscripción del título del transmitente) no estuvo nunca en la mente del legislador porque este siempre contaba con que al menos existía un asiento previo (el de las Contadurías)¹².

2. A partir de estos presupuestos se explicaría fácilmente que, cuando después, en la práctica, empiecen a darse casos de «inmatriculación», casos en que efectivamente tal inscripción previa faltaba (es decir, en que se presentaron títulos no inscritos en las Contadurías, o que no se basaban en los asientos extendidos en ellas), doctrina y jurisprudencia, apelando a la *mens legislatoris*, exigiesen, para lograr la protección del Registro, dos asientos sucesivos (es decir, que concurriese el que consideraban «presupuesto implícito» de que había partido el legislador). O lo que es igual, que el «inmatriculante», inscrito su título, trasmitiese de nuevo su derecho y el adquirente lo inscribiese a su favor. De esta forma el 23 acabaría siendo absorbido por el 34, con lo que su recepción en el Código Civil y supervivencia en la Ley Hipotecaria constituyen hoy un completo misterio¹³.

Empujaría también en esa dirección la idea de que la protección dispensada al titular inscrito frente al propietario civil (*versus dominus*) constituía un privilegio, un régimen excepcional y odioso pensado en último término en favor de los prestamistas (detrás de los que en muchos casos asoma el rostro repugnante del usurero) por lo que debía ser objeto de interpretación restrictiva¹⁴. Razón de más para que prevaleciese el régimen del 34 sobre el del 23, ya que los requisitos que según este el titular inscrito debía cumplir para derrotar al

propietario civil y aprovecharse de la fuerza del Registro, eran menores, menos rigurosos, que los del 34¹⁵.

3. Esta (re)construcción histórica, por la razones que vamos a ver, no puede ser compartida. Y no puede serlo, primero, porque —como vio perfectamente autor tan poco sospechoso de ser proclive al nuevo Registro como GALINDO— en el régimen de Contadurías hubo, y el legislador hipotecario lo sabía perfectamente, muchas fincas y sobre todo muchos títulos que nunca se inscribieron. Y, segundo, porque se toleraban en ellas, y el legislador lo sabía también, tractos contradictorios (cadenas de títulos incompatibles) ya que no regía el principio de cierre (principio fundamental del nuevo sistema: artículo 17 de la Ley). En uno y otro caso el problema de atribución de la propiedad era soluble aplicando el 25 (reverso del 23) e insoluble, en cambio, utilizando el 34.

En el primer caso, en efecto, debemos preguntarnos: ¿se privaría a los títulos inscritos en el nuevo Registro —sujetos a inscripción y no inscritos en las viejas Contadurías— de la fuerza que, según estas, les correspondía tener frente a los no inscritos? Dicho de modo más claro: ¿negó la nueva Ley Hipotecaria, a los adquirentes bajo el viejo sistema, de la protección que les correspondería de haber inscrito oportunamente sus títulos en los libros de Contadurías?¹⁶ De ser así, como el legislador reconoció a los asientos viejos (los de Contadurías) y los nuevos (del Registro) la misma eficacia (art. 387), debería existir alguna disposición que retirase la prevalencia de que gozaban en aquellas los títulos inscritos frente a los no inscritos. Pues bien, no encontramos tal precepto ni en la Ley ni en su Reglamento.

4. En el segundo caso, el asunto es todavía más claro. De concurrir en el mismo folio tractos contradictorios, cada uno de ellos podía sustentar terceros del 34 también contradictorios ¿en esos casos, hay que preguntarse, cuál de entre ellos prevalecería? Una cuestión que no podía resolverse con el 34. Cuando hay asientos incompatibles y ambos perfectamente legítimos, y por tanto defendidos por el sistema, el mecanismo del 34, como advirtió el mismo Galindo, no puede funcionar¹⁷.

Tan es así que en caso de colisión entre títulos inscritos durante el año siguiente a la publicación de la ley, esto es, durante el periodo de suspensión, prevalecía no el primeramente inscrito, ni siquiera el de fecha anterior, sino el de quien presentase causante con título de fecha más antigua (las famosas «inscripciones con eficacia retroactiva»). Es decir, decidía la prioridad y no la llamada hoy fe pública¹⁸.

5. Que existían numerosos títulos sin inscribir otorgados antes de la entrada en vigor de la Ley¹⁹, y por tanto que ello debía ser muy frecuente, resulta no solo del testimonio de los juristas de entonces, ni del hecho de que el legislador les dedicase título aparte (14 de la ley: «de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley») y precisamente antes de ocuparse de las sentadas en las contadurías (15:

«de los libros de registro anteriores a esta ley y su relación con los nuevos»); resulta lisa y llanamente de que el artículo 318 del Reglamento de entonces lo afirmaba taxativamente²⁰.

Se practicaron, por tanto, primeras inscripciones (de «inmatriculación») en los libros nuevos (que carecían de apoyo en otros inscritos en los viejos)²¹. Por tanto, de títulos que, según la dicción literal del artículo 23, por razón de su sola inscripción, debían postergar automáticamente los no inscritos (como pasaba en las antiguas Contadurías)²² pero que, según el 34, en cambio, no lo harían sino después de que los titulares inscritos transmitiesen de nuevo su derecho a un tercero y lo inscribiese este (al que en 1861 no exigía, para estar protegido, título oneroso y buena fe).

¿Por cuál de estas dos opciones se inclinó el legislador? La verdad es que ni por una ni por otra. No se decidió por ninguna sino que, a la hora de resolver el problema, ensayó una fórmula diferente, eso sí, dependiente del 23, no del 34, que tendrá enorme éxito en el Derecho posterior y que late con fuerza todavía en la ley vigente.

IV. UNA LEY «DISTINTA E INDEPENDIENTE»

1. ¿Qué valor daba la Ley de 1861 al primer asiento de derechos en los nuevos libros? Por suerte contamos con numerosos testimonios que nos permiten dar una respuesta a esa pregunta. El legislador se entretuvo en regular el tránsito del viejo al nuevo sistema de modo pormenorizado y lo hizo hasta tal punto que, probablemente con razón, fue acusado (entre otros por el propio Antón LUZURIAGA con acritud) de haber incurrido en el odioso vicio para un privatista de «reglamentarismo»²³.

Decía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861: «el legislador al hacer cambios aunque sean tan profundos como los que propende el proyecto, debe ante todo respetar los derechos adquiridos (...). Para hacer ese tránsito sin violencia ha sido necesario descender a muchos pormenores. Puede considerarse esa parte del proyecto como una ley distinta e independiente de la de hipotecas que lejos de tener como esta un carácter de perpetuidad, es pasajera porque se limita a salvar los derechos adquiridos a la sombra de la legislación que ahora concluye»²⁴.

2. «¿Podía adoptarse esta regla (irretroactividad de la ley) de un modo absoluto e incondicional —continuaba la Exposición— tanto respecto a los mismos derechos creados como a la forma de su existencia? Responder afirmativamente a esa pregunta equivaldría a anular el proyecto, dejando el crédito territorial en sus actuales condiciones (...). ¿Habían de seguir perpetuamente como VIVOS derechos DESCONOCIDOS, cargas extinguidas, pero que por la imperfecta organización de los archivos o por el descuido de los interesados o por su larga

antigüedad aparecen aún como existentes? La comisión no teme asegurar que a creerse esto, y decidirse así, serían escasos los bienes que producirían los nuevos registros (...). No es esto lo que el Gobierno se propone (...).

«Respétense enhorabuena —continuaba la Exposición— los derechos: la comisión no puede proponer que uno solo sea violado. Pero no es violación cambiar la forma de hacerlos efectivos que es lo más grave que se propone en el Proyecto. No deben sacrificarse en verdad los derechos civiles invocando el nombre del interés público; pero tampoco es lícito a los particulares dejar de hacer cuanto salvando sus derechos exija la sociedad para conciliarlos con el bien general. Necesario es no confundir los derechos adquiridos con las formalidades que se establecen para conservarlos (...). Sujetar a ciertas formalidades la declaración y conservación de derechos preexistente, no es anularlos».

«Respecto a la inscripción de derechos reales —proseguía la Exposición— siempre que se han hecho reformas importantes ha sido frecuente señalar nuevos plazos dentro de los cuales pudieran sin temor a penalidad alguna librarse los interesados de los perjuicios que según el tenor LITERAL de las leyes deben experimentar por no haber hecho oportunamente la inscripción». El plazo que finalmente se fijó fue el de un año a contar desde el día siguiente al que la nueva ley empezase a regir; «término, que si bien no es largo —añadía— basta para que todos puedan hacer oportunamente y sin grave incomodidad las inscripciones».

Aquí, precisamente, es donde hay que buscar, en este sitio y ningún otro, el origen de la suspensión de efectos —hoy de dos años— que soporta la primera inscripción, que llamamos hoy de «inmatriculación». Suspensión que define su naturaleza y determina la singularidad y especialidad del procedimiento que la produce. Agotado el plazo, el asiento cobraría toda su fuerza. Se trata ahora de precisar cuál era esta.

3. Los propietarios civiles y demás titulares de derechos reales fueron gravados por el legislador con la carga de inscribir sus títulos en el plazo de un año. ¿Qué pasaba si no lo hacían? ¿Cuál era la sanción?

«La PENA de NULIDAD por DEFECTO DE INSCRIPCIÓN —razonaba la Exposición— no podía ser tomada en cuenta, ATENDIENDO EL PRINCIPIO DEL PROYECTO QUE NO ALTERA LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS por falta de inscripción ENTRE LOS QUE SON PARTE en el acto o contrato, LIMITÁNDOSE A SALVAR LOS DERECHOS DE TERCERO que ADQUIRIÓ el dominio o los derechos reales EN LA SEGURIDAD DE QUE ESTABAN LIBRES de cargas o responsabilidades que NO APARECÍAN en el Registro».

Ahora bien como libres según el Registro había que tener las fincas gravadas con «cargas o responsabilidades» cuyos titulares, incumpliendo su deber, dejaron de inscribir en el plazo del año (cargas por tanto de las que el Registro nada decía); como «cargas y responsabilidades» en sentido amplio, los títulos no inscritos que, por anteriores, pretendían prevalecer sobre otros posteriores

aunque estuviesen inscritos; y, como terceros, los titulares que no habían sido parte en los actos o contratos en cuestión²⁵.

4. «De todo modos es claro —así concluía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861— que la inscripción NUEVA que se haga no debe ser de mejor condición que las hechas oportunamente en adelante y que NO PUEDE por lo tanto PERJUDICAR A TERCERO sino desde el DÍA DE LA INSCRIPCIÓN».

Desechada la pena de nulidad²⁶, las primeras inscripciones de dominio —al contrario de lo que pasaba con las de posesión (que no «perjudicaban al verdadero propietario» ni a quienes «acreditasen mejor derecho») — perjudicaban por tanto a terceros civiles que descuidasen inscribir sus títulos en plazo. El propietario que incumplía la carga de inscribir y permitía que un extraño se adelantase, no podía quejarse. Debía imputarse a sí mismo, es decir, a su propia desidia, a su conducta negligente, ese resultado.

V. DERECHO TRANSITORIO

1. Así se expresaba la Exposición de Motivos. Pero la Ley ¿qué decía? ¿Confirmaba o desmentía esta interpretación? Es decir: ¿el primer asiento perjudicaba desde su fecha a terceros (no inscritos) —es decir, terceros civiles— o había que esperar a que se transmitiese otra vez el derecho inscrito e inscribiese la adquisición?

No se trata solo de que, de exigirse esto último, resultaría que, frente a terceros con títulos no inscritos, el nuevo sistema ofrecería al titular inscrito menor y por tanto peor protección que el viejo de Contadurías. Ni que del artículo 23, en relación con el 27, resultaba claramente que el título inscrito, sin más requisitos, fuese por tanto primera o segunda inscripción, perjudicaba a tercero no inscrito. Ni que del 34, interpretado a contrario, los títulos no inscritos solo podían impugnar los inscritos *nulos* pero no los que no lo fueran (esto es, que fuesen válidos).

Se trata de que el legislador había resuelto el problema en un conjunto de preceptos (especiales y minuciosos) que dedicó al asunto y buscaban evitar cualquier duda o especulación. Esto es, de que del tenor literal del artículo 392 de la ley, incluido en su título 14 (el que se ocupaba precisamente «de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley») resultaba con toda claridad que, terminado el año de suspensión, los títulos referentes a «inmuebles o derechos adquiridos antes de la publicación de la ley (y no inscritos en las Contadurías) perjudicaban a tercero desde la fecha de su inscripción en los nuevos libros», esto es, sin necesidad de proceder a una nueva transmisión y practicar otra inscripción más (como exigía el art. 34.1)²⁷.

Es decir, solo perjudicaban al no inscrito los títulos inscritos y, a la inversa, como lógica consecuencia, únicamente los inscritos se perjudicaban entre sí.

Dicho de otro modo: por razón de «derechos nacidos antes de la publicación de la ley», concluido el periodo de suspensión, solo se admitían demandas de propiedad entre titulares inscritos.

Así lo remachó a continuación de modo tajante el artículo 396 (incluido en el mismo capítulo); precepto redactado con otros fines y de aplicación general, pero sobre todo a los casos que estamos tratando: esto es, de conflicto entre derechos nacidos antes de la publicación de la ley. Si no consta inscrito el título del impugnante, la reclamación no puede prosperar (392) y de esa forma, de rebote, el derecho de terceros (aunque su inscripción sea primera) se vuelve inatacable²⁸.

2. En conclusión, solo perjudican a terceros (es decir, a quienes no hubiesen sido parte en el primer acto o contrato) los títulos inscritos. Un resultado que concordaba con el conciso pero terminante mandato del que era precepto fundamental de la primera Ley Hipotecaria, el 23, y con otro no menos fundamental (34.2), de atormentada vida, que no admitían más que una excepción (34.1), impuesta por el nuevo ángulo de visión que había impuesto la introducción del 33: los títulos no inscritos vencen a los que lo están solo en caso de que, «en virtud» de aquellos, sean nulos estos últimos (art. 34.1).

Dicho de otro modo: si la disputa versa exclusivamente sobre el «mejor derecho» —y no se funda por tanto la impugnación en la existencia de «vicios» de los título^{28 bis}— el inscrito prevalece siempre sobre el que no lo está (o, de ser compatibles, lo haya sido en segundo lugar: art. 17). El artículo 392 resultaba ser así nada más que una variante del 23 al que por tanto venía a confirmar. Cuando la disputa versa sobre cuál de entre dos títulos tiene «mejor derecho» al inmueble²⁹, el inscrito vence al no inscrito (salvo se funde la impugnación en causa de nulidad, rescisión o revocación).

VI. LUCHA ENTRE CONTRADICTORIOS VÁLIDOS

1. Que resultaban cadenas contradictorias de títulos que discurrían en paralelo (es decir, que no se encontraban nunca en el pasado o no se conocía o aportaba prueba de esa conexión) no solo de los libros de Contadurías (donde no operó nunca ningún principio de cierre registral) sino incluso de los libros del nuevo Registro; es indiscutible^{29 bis}.

El artículo 35 del Reglamento permitió (como recuerda GALINDO) la inscripción de títulos incompatibles durante el famoso plazo del año³⁰. Por su parte, el artículo 391 de la Ley Hipotecaria retrotrajo la prioridad de los inscritos en plazo a la fecha de la escritura en que se formalizaron, incluso a la de la escritura que formalizó el de su causante. Un beneficio (el de la «retroacción») que solo tiene sentido si se está pensando en una contienda entre cadenas de títulos contradictorios sin causante común conocido, inscritos en el famoso periodo de prórroga, y cuya preferencia —la de los «títulos cabeza» de las cadenas que

nunca se encuentran— venía decidiendo, en Derecho tradicional, su prioridad en origen, es decir, la mayor antigüedad de su primer eslabón.

2. Estas inscripciones, que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1869 llamará luego «inscripciones con efecto retroactivo», podían perjudicar —de ser su fecha después de la «retroacción» más antigua— a títulos contradictorios inscritos con anterioridad³¹. En efecto, a pesar de la inscripción de segundos, permitía la de los primeros la suspensión del cierre (v. art. 17 de la ley) —por el mismo plazo del año— dispuesta por el artículo 35 del Reglamento.

Podían resultar así de los libros del nuevo registro cadenas de títulos contradictorias (no inscritos en las Contadurías), válidos aparentemente, con origen más o menos lejano en el tiempo, a veces desconocido, gestadas en el periodo fatídico del año (plazo luego ampliado mediante sucesivas prórrogas).

Cadenas que, después de la publicación de la Ley, podían prolongarse indefinidamente mediante nuevas transmisiones y cuya preferencia decidía no el socorrido artículo 34.1, sino el 391 (variante del 23), que se atenía a la fecha del primer asiento (retrotraída en su caso, por previsión expresa del legislador, como pasaba en las Contadurías, a la de la escritura que lo causó e incluso —si constare en esta el título del transmitente— a la de la fecha de este).

3. El 391 fue así el instrumento utilizado por el legislador para eliminar la incertidumbre que generaba el periodo transitorio en que, para proteger los derechos adquiridos, se había dejado abierta durante un año la posibilidad de que accedieran a los libros del registro títulos no inscritos en las Contadurías, aunque fuesen contradictorios entre sí. Títulos que podían dar origen a cadenas (cada uno la suya) separadas e independientes³², es decir, que discurrían en paralelo y por tanto sin causante común conocido.

Solo, finalizado el año de suspensión, con la entrada en vigor del 392, variante del 23, se volvieron imposibles las «inscripciones con efecto retroactivo» permitidas entre tanto aquel no hubiera transcurrido.

VII. ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY

1. En efecto, concluido el periodo de gracia y sus sucesivas prórrogas —frente a los que por descuido u otra razón no utilizaron la posibilidad que se les había brindado de inscribir sus títulos manteniendo así la fuerza que les concedía el antiguo Derecho— pasaron a operar con toda su fuerza y vigor los principios de oponibilidad (art. 392) y cierre registral (art. 35 del Reglamento)³³.

A partir de ese momento, es decir, solo con la entrada en vigor de la Ley, operativo por tanto el 392, lo inscrito perjudicaba a terceros y lo no inscrito, en cambio, no perjudicaba lo inscrito. No menos importante: una vez inscrito un título quedaba vedado el acceso a todos los contradictorios; tuviesen o no origen en el mismo causante, fuese este conocido o no (35 del reglamento).

2. Toda una bolsa enorme de títulos ocultos quedaron así privados automáticamente de valor y efecto. El primeramente inscrito los vencía a todos, hubiese sido extendido el asiento durante el periodo de suspensión, o una vez concluido. Todo ello con una sola pero importante salvedad: vencía a todos, salvo que el título inscrito fuera nulo (o cualquiera de los anteriores, incluso inscritos en que se apoyaba, ya que el 34.2 también había sido suspendido) y se sustentase la impugnación en título inscrito también en el fatídico plazo.

La Ley, caso de que adoleciese de vicios, no convalidaba el título inscrito ni por tanto lo sanaba (eso no lo hacía ni el famoso 34 que solo paralizaba frente a tercer adquirente la eficacia de la acción impugnatoria). El 392 nada decía, en efecto, de las acciones anulatorias, revocatorias o rescisorias contra el título inscrito que derivasen de este mismo (el propio título) ni tampoco de que las procediesen por razón o «en virtud» de otros títulos (inscritos o no en el periodo de prórroga), por lo que había que entender que seguían vivas y perjudicaban al titular inscrito³⁴.

3. La primera inscripción (la que merecía consideración de tal según las reglas de Derecho transitorio recogidas en el 392 y 391) se limitaba a decidir cuál era de mejor derecho cuando competían títulos válidos contradictorios, incluso inscritos en plazo, procedentes del mismo o distinto causante. Y lo hacía, como dijo lapidariamente la Exposición de Motivos de la Ley, sobre la base de que el que descuida la inscripción de título anterior, contradictorio en todo o en parte, se «presume que renuncia a su derecho en concurrencia con tercero que inscribe»³⁵.

Las primeras inscripciones, sin embargo, como sabemos, no convalidaban los vicios de los títulos que las causaron por lo que podían ser anulados «en virtud» de otros, que hubiesen sido inscritos en el citado plazo (en que no operaba el principio de cierre: artículo 35 del Reglamento). La duda estaba en si, transcurrido el año, seguía siendo eso posible en caso de que se hubieran dejado de inscribir. Es decir, en el supuesto de que el impugnante por nulidad, con fundamento en su propio título, hubiesen dejado pasar el plazo del año sin inscribir el suyo (arts. 358 y sigs.).

VIII. LA FRONTERA ENTRE EL 23 Y EL 34

1. En caso de confrontación entre cadenas de títulos válidos, concluido el periodo de suspensión, el inscrito (si solo lo fue uno) vence al no inscrito y, si hubiesen sido varios, el primeramente inscrito al posterior ¿Pero qué pasaba si el inscrito (o inscrito antes) era nulo?³⁶

Como sabemos la inscripción no convalida los actos y contratos nulos. No transforma automáticamente por sí misma lo malo en bueno ni por tanto lo nulo en válido. No cabía duda por tanto que la impugnación prosperaría cuando la

causa del vicio se fundamentaba en el propio título inscrito y la reclamación se planteaba entre partes. Tampoco en caso de que la nulidad procediese en virtud de otro título contradictorio, inscrito durante el periodo de suspensión del año (cosa, como sabemos, con arreglo al 35 del Reglamento, perfectamente posible). El verdadero problema, sin embargo, surgía cuando la causa de anulación derivaba de título no inscrito.

2. Como el título puede ser perjudicado exclusivamente por otro inscrito (arts. 26 y 23 a contrario), si no lo estaba este, en principio no debía prosperar la reclamación (art. 17). Pero no estamos ahora ante una colisión entre títulos válidos sino entre uno válido (no inscrito) y otro que no lo es (pero inscrito). La duda por tanto está exclusivamente en si vencerá el primero, a pesar de no estar inscrito, cuando por su causa o «virtud» se produzca la invalidez del segundo (como decía la letra del 34.1 de la Ley)³⁷.

No cabía duda de que la inscripción por si sola, en el régimen general de la Ley Hipotecaria, no purgaba nunca las acciones resolutorias, anulatorias, rescisorias, o revocatorias, que deriven del propio título inscrito (art. 33 y a contrario 36, 38 y 37.1), y aunque la cuestión se embrollaba como vimos cuando la causa de anulación o resolución derivaba de título no inscrito, el 34.1 dejó perfectamente claro³⁸ que la impugnación prosperaría siempre que el no inscrito fuese causa de la nulidad del inscrito (y solo decaía, no resultando esta del Registro, ante adquirente posterior que inscribía su título) (34.1). ¿Fue esta también, de ser la impugnada primera inscripción, la solución adoptada por el Derecho Transitorio? ¿Por la que llamó la Exposición de Motivos «ley separada e independiente»?

3. Si nos atenemos al tenor del 391, durante el plazo del año de suspensión, la primera inscripción no purgaba las acciones de anulación, resolución o rescisión por razón de títulos no inscritos ya que, mientras no hubiese transcurrido el susodicho año, era perfectamente posible la inscripción de estos, al estar suspendida también la vigencia del principio de cierre (cfr. art. 35 del Reglamento). Incluso aunque fuesen contradictorios y lo que es peor con «efecto retroactivo».

Así, por ejemplo, en caso de doble venta podía el primer comprador, que inscribía después, ejercer la acción rescisoria (veremos más adelante de donde sale esa extraña acción rescisoria) que tenía contra el segundo aunque este hubiese inscrito antes (*a contrario* art. 38.4 de la Ley). O el heredero (el 28 actual todavía no existía) por testamento posterior, que inscribe después, al que lo hizo primero.

Por tanto cuando disputaban entre sí títulos contradictorios válidos (es decir, sin vicios de formación ni los de ellos ni los de sus antecesores) decidía su mejor derecho la primera inscripción en función de la fecha que debía reconocérseles según las normas de Derecho transitorio establecidas (arts. 391 y 392). Pero el verdadero problema radicaba en si esa primera inscripción, concluido el periodo transitorio, también purgaría las acciones de anulación que derivasen de

otros títulos no inscritos en el plazo del año y, de ser así, si lo haría desde la fecha del asiento, esto es, sin necesidad de esperar a que, con arreglo al 34.1, el titular inscrito transmita su derecho y el nuevo adquirente inscriba su título.

IX. LA FUERZA DE LA PRIMERA INSCRIPCIÓN

1. De este asunto se ocupó también el regulador pero no tanto en la Ley Hipotecaria como en su Reglamento. Pasado el plazo del año, el artículo 309 del Reglamento, por su parte, cegó terminantemente también la posibilidad de «interponer demandas que tuviesen por objeto o resultado *INVALIDAR* títulos inscritos en virtud de OTROS QUE NO LO ESTÉN». El supuesto regulado era exactamente el del 34.1 de la Ley Hipotecaria pero, en cambio, la solución seguida era completamente distinta³⁹.

No se necesitaba una nueva transmisión con subsiguiente inscripción para que las acciones anulatorias perdiesen fuerza real: la perdían ya frente a la primera inscripción. Si se aplicase el 34.1 de la Ley Hipotecaria, la acción del tercero anularía el título inscrito (el del «otorgante»); y lo único que sucedía, así lo decía su texto, es que la fuerza de la sentencia de anulación no alcanzaba y por tanto paralizaba ante el posterior adquirente que inscriba también su título. Pero —al contrario que pasaba aquí, es decir, en el caso del 309 del Reglamento— en el del 34 de la Ley el título anterior (esto es, el del «otorgante») se anulaba desde luego.

2. En consecuencia el 309 reconocía al primer asiento, pasado el año, eficacia purgatoria de los vicios de nulidad de que adoleciese el título inscrito cuando derivasen esos vicios de otros títulos que no lo fueron⁴⁰.

Una conclusión que amartilló con especial fuerza y contundencia el citado precepto, en su párrafo segundo, cuando dispuso que solo podrían «interponerse tales demandas (de nulidad), en virtud de títulos cuya inscripción fuese anterior a la que pueda quedar sin efecto por consecuencia de dichas demandas». Es decir, que, para dejar sin efecto la primera inscripción por nulidad del título, era precisa siempre la inscripción previa del título que provocaba la anulación.

3. Doctrina que, en consecuencia, estaba en directa oposición a la del 34.1 y 34.2 de la Ley Hipotecaria que, como sabemos, permitían que se invalidasen títulos inscritos, por razón de otros que no lo fueron, con una única salvedad: la anulación no alcanzaría a quienes hubiesen adquirido e inscrito su derecho con posterioridad (pero antes de anotarse la correspondiente demanda de impugnación).

Es decir, del texto del 309 —cuyo amparo legal estaría en el 396⁴¹— resulta que, de faltar la inscripción del título que fundamenta la impugnación, es inmune no el título del adquirente posterior sino el de la persona de la que adquirió este y contra quien se dirigió la demanda de anulación. Faltan, en efecto, en el 309, las palabras claves del 34.2 «en perjuicio de tercero».

4. En definitiva el titular de acciones de anulación que dejaba pasar el año de prórroga sin inscribir el título del que derivaban y permitía que se inscribiese antes otro (que una vez inscrito impedía la inscripción del suyo) no podía ejercitar (repito, transcurrido el año) las citadas acciones contra el titular registral.

La adquisición de este último, en efecto, era anulable no por razón de vicios intrínsecos de su propio título sino «en virtud» de causas que derivaban de título no inscrito (pensemos en prohibiciones de disponer, retractos convencionales, revocación de testamentos por otros posteriores, sentencias de incapacidad, etc). La primera inscripción tendría así mayor fuerza frente a títulos no inscritos que las subsiguientes, las practicadas después, que debían someterse al régimen general del artículo 34.1 de la Ley Hipotecaria⁴².

Nada, en efecto, importaba el hecho —ninguna salvedad hacía la Ley al respecto— de que la inscripción del titular inscrito (para hacer valer su fuerza) fuese primera o segunda. En las viejas Contadurías, en particular, había muchos asientos «suelos», que la nueva Ley Hipotecaria equiparaba automáticamente a «todos los efectos a los nuevos», en que por hipótesis faltaba la inscripción anterior —diríamos hoy con «tracto interrumpido»— y por tanto en que no cumplían con el requisito de las dos inscripciones sucesivas⁴³. Una cosa es que el titular inscrito, para quedar protegido, deba ser tercero (art. 27) frente al título no inscrito de que deriva la impugnación (única cosa que preocupa al legislador) y otra muy distinta que además deba haber adquirido de titular inscrito⁴⁴.

5. Por tanto como defiende J. M. GARCÍA, una era, en la Ley de 1861, la eficacia de la primera inscripción (regulada por los arts. 391 y sigs., y concordantes del Reglamento), por cierto mucho más fuerte, y otra la de las practicadas con posterioridad a la primera, o subsiguientes.

Los títulos protegidos por esa primera inscripción, pasado el año, si eran válidos, no solo vencían a los contradictorios anteriores no inscritos (392) sino también aunque, por causa de estos, fuesen nulos (o lo fuese el de cualquiera de sus causantes) (art. 309 del Reglamento). En este caso las acciones anulatorias no se paralizaban solo frente al tercero posterior —que adquiere de titular inscrito que inscribe su derecho (34)— sino que morían ya ante el primer título inscrito.

Dejando así a salvo la nulidad entre partes del propio título por vicios intrínsecos, la primera inscripción desplegaba todo su poder sin restricciones frente a terceros, es decir, derechos no inscritos, reconociesen los titulares de estos últimos la validez del contrato inscrito, pero negasen el mejor derecho del adquirente, o la rechazasen y, alegando nulidad de este o del de cualquiera de sus antecesores, intentasen su impugnación. La primera inscripción practicada en los libros del nuevo Registro sumaba así, frente a títulos anteriores no inscritos, la fuerza del 23 y del 34.2 de la Ley.

X. ACCIONES RESOLUTORIAS O RESCISORIAS

1. Acabamos de ver que, según el Reglamento, las acciones de nulidad que se fundasen en títulos no inscritos y no se ejercitasen en el plazo del año, morían, transcurrido este, ante el que no siendo parte se adelantaba a inscribir su título. Es decir, sin necesidad de que este, previo asiento del suyo, volviese a transmitir el derecho y el adquirente inscribiese su título (esto es, sin necesidad de un 34). Pues bien, dejando ahora aparte las anulatorias que hemos analizado en el epígrafe anterior ¿qué pasaba con las acciones resolutorias, revocatorias y rescisorias? ¿El análisis de los preceptos de la Ley lleva a la misma conclusión?

El problema está tratado en la Ley con todo detalle en los artículos 347 y siguientes. Las acciones resolutorias y rescisorias que, por no haberse cumplido la condición de que dependan, no fuesen exigibles en el plazo del año, y cuyos titulares tampoco pidiesen en ese plazo la conversión de sus derechos en hipotecas especiales, subsisten solo entre partes (esto es, frente al «obligado») y no alcanzan a tercer poseedor⁴⁵. Por tanto el propietario queda liberado sin necesidad de que, como exigía el 34 (y exige también ahora), inscriba su derecho, lo transmita y el nuevo adquirente siente su título en los libros.

2. Decía, en efecto, el 359 de la Ley Hipotecaria de 1861: «durante el plazo del año podrán exigirse del «obligado» (la parte) o del «tercer poseedor» (civil), hipoteca especial por los derechos de resolución (si las acciones «no fuesen exigibles dentro del mismo por no haberse cumplido la condición de que dependan»)⁴⁶. Y apuntillaba el 360: «transcurrido el término del año sin haberse hecho uso de las acciones rescisorias, o haber obtenido la garantía, no podrán ejercerse las expresadas acciones en perjuicio de tercero como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial»⁴⁷.

¿Quién debía tenerse por tercero a efectos de estos artículos? Según la Ley, el que no había sido parte en el contrato del que nacen las causas resolutorias o rescisorias. ¿Debía inscribirse el contrato del que derivaban estas para poder acogerse el impugnante a los beneficios de la ley? No, porque al contrario de lo que sucedía en el caso del 391, no exigía el legislador que se inscribiesen los títulos de que derivaban las acciones sino que ofrecía única y exclusivamente dos posibilidades: una, que el titular ejerciese la acción en el plazo del año, si era ello posible porque se había vuelto exigible; y otra, de no ser posible, pidiese hipoteca especial para asegurar su resultado económico o posibles daños.

3. Por tanto estará protegido —y quedará liberada la finca de sujeción por esas acciones— el tercer poseedor que, primero, ha adquirido en el año o antes sin que en ese plazo se ejercite la acción contra él (o se exija y constituya la hipoteca especial); o, segundo, adquiera después —transcurrido el año— cuando ya no sea posible contra él el ejercicio de la acción ni exigible la hipoteca. En ningún sitio, en efecto, se dice que para quedar protegido deba inscribir y haber adquirido además de titular inscrito.

No hay aquí, en cualquier caso, especialidad alguna. El régimen es el mismo que el de las hipotecas generales tácitas. Transcurrido el año, ya no podrá exigirse la constitución de hipotecas especiales por las acciones que nos ocupan (359) —precepto que reproduce el que para las hipotecas legales del viejo Derecho dispuso el 350 de la Ley—. Y tampoco será posible ejercitarlas en perjuicio del que no siendo parte inscribía su título (360) —artículo que reproducía lo que para las hipotecas legales antiguas dispuso el 351—⁴⁸.

En conclusión, cuando se trataba de primeras inscripciones (dejando las peculiaridades de los asientos con efecto retroactivo, permitidos durante el periodo del año de la publicación de la ley), una vez transcurrido este, los derechos no inscritos no perjudicaban a tercero⁴⁹, siempre desde luego en el caso de que el impugnante ejercitase una acción reivindicatoria u otra real; pero también, que es lo que importa ahora, acciones de nulidad, de rescisión o resolución por razón de títulos distintos al tercer poseedor⁵⁰.

4. Una vez terminado el periodo transitorio, empezó a regir en cambio el nuevo sistema hipotecario en toda su plenitud⁵¹. Por tanto, siempre que la disputa se planteaba entre títulos válidos pero contradictorios, ámbito del 23 (hoy 32), la inscripción decide la atribución del derecho. Si la disputa se entablaba, en cambio, entre uno válido y otro viciado, campo del 33 y 34, el primero vence al segundo pero no a quien hubiese adquirido de este (si los asientos del Registro no advertían sobre la posible causa de nulidad o resolución).

Distinción que explica la articulación de los tres preceptos básicos de la ley de 1861: 23, 33 (excepción) y 24 (excepción de la excepción)⁵². La protección que la Ley dispensaba frente a otros no inscritos era distinta según el título inscrito fuese válido o nulo. En el primer caso vencía por supuesto el inscrito al no inscrito ya que este carecía de eficacia frente a terceros; en el segundo el no inscrito (causante de la nulidad o rescisión) al inscrito pero no al que adquiriese de este después e inscribiese su título^{52 bis}.

XI. EL CASO DE LA DOBLE VENTA

1. Por si se abrigasen todavía dudas sobre si las cosas eran así, el caso de la doble venta es clarificador. Un caso por lo demás que en la ley de 1861 nos permitirá apreciar nuevos aspectos hasta ahora silenciados de importancia capital para valorar la eficacia del asiento⁵³.

En efecto, con remisión al 36, el 38.4 privó en caso de doble venta al primer comprador, según la explicación que nos da la Exposición de Motivos, de la acción (rescisoria) que tenía según el Derecho civil frente al segundo, aunque este último hubiese llegado a tomar posesión⁵⁴.

2. La pregunta que, en consecuencia, llegados aquí se impone hacerse es de donde procede esta extraña acción rescisoria del primer comprador que no

posee frente al segundo que sí lo hace. Dos son los datos de que parte el legislador: uno, que el primer comprador tiene acción rescisoria (según el Derecho Civil entonces en vigor) frente al segundo aunque este haya tomado posesión y el primero no. Y, dos, que esa acción rescisoria no perjudicará al segundo comprador, posea o no, si inscribe su compra y, por tanto impide, por causa del «principio de cierre», que el primero inscriba la suya (art. 17 de la Ley).

En definitiva, aunque tenga el primer comprador acción rescisoria según el Derecho sustantivo, asunto del que hablaremos después, lo cierto es que no podrá prosperar frente al segundo comprador que inscribe. Es decir, aunque aquí, al contrario que en el caso del 34 de la Ley, el rescindible sea el propio título inscrito (es decir, el último practicado y no el de su causante), no prosperará la impugnación y ello sin necesidad de que el comprador que inscribe transmita la finca de nuevo y se asiente la nueva adquisición⁵⁵.

3. Por tanto, viciado por causa de rescisión (según el Derecho en vigor) estaba el propio título del segundo comprador que inscribe (art. 33) —no el de su vendedor (art. 34.1)— y sin embargo prevalecía el viciado inscrito⁵⁶.

A primera vista, parece, por tanto, que estamos ante una excepción al 33⁵⁷. No es sí. Y no lo es porque, precisamente como no perjudican a tercero los títulos no inscritos (y no lo está el del comprador impugnante), la nueva Ley, con fundamento en esa idea, como dice la Exposición, introdujo un cambio fundamental en el Derecho vigente de Partidas (veremos luego exactamente con qué alcance) y alteró el sistema tradicional de transmisión del dominio.

4. Esto es, atribuyó, en caso de doble venta, la propiedad al comprador que inscribe (incluso aunque fuese otro primero en la posesión y la conservase cuando plantea la impugnación). Ahora bien si la propiedad corresponde al que inscribe, no puede admitirse, sin incurrir en contradicción, la acción rescisoria que el Derecho común concedía al primer comprador contra el segundo. Esto es, sin contradecir la atribución de propiedad que la propia ley hacía a favor del que inscribe. Según la repetida Exposición, en efecto, es propietario siempre el comprador que inscribe; y no el que no lo hace, posea o no.

«Una venta que no se inscriba ni se consume con la tradición, dice la tantas veces repetida Exposición de Motivos, no traspasa el dominio al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe ya se los traspasa respecto a todos, si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»⁵⁸.

5. Por ello, cuando el artículo 38 de la ley de 1861 dispuso que «no se rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho: (...)

6. Por la doble venta de la misma cosa cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita»⁵⁹, justificó la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria esa negativa con las siguientes palabras: «consecuencia es esto del principio expuesto al manifestar los motivos de las BASES de la ley. Cuando se trata de los derechos de un tercero —y aquí está lo esencial— solo se entenderá transmitido el dominio desde

la inscripción, no desde la posesión y menos desde el convenio. ADMITIDO EL PRINCIPIO NO PUEDEN NEGARSE SUS COROLARIOS RIGUROSOS»⁶⁰.

En caso de doble venta, en definitiva, prevalece la compra del segundo comprador que inscribe incluso aunque según Partidas fuese rescindible por el primero y este hubiese tomado posesión. Y vence porque, como el título no inscrito no perjudica al inscrito, solo el que inscribe es propietario⁶¹. La reclamación del no inscrito (aunque posea y haya comprado primero) no puede prosperar. En efecto, inscrita una venta, es imposible la inscripción de otra. Ahora bien de poco serviría la atribución legal de propiedad al inscrito y la concesión de la reivindicatoria (principio), si pudiese prosperar la rescisoria del no inscrito (corolario).

6. En conclusión, la negación de la rescisoria (corolario) se produce como consecuencia de que el Registro, por disposición expresa de la Ley Hipotecaria, ha atribuido la propiedad al comprador que ha inscrito primero. El artículo 23 (principio) niega eficacia frente a terceros a los títulos no inscritos y el 25 se la concede única y exclusivamente a los inscritos⁶². Por razón de ello es propietario solo el que inscribe e incurriría en contradicción el legislador si, a la vez, el mismo título de compra que atribuye la propiedad, se declara rescindible.

Principio es, pues, el 23 y corolario el 38.4; no al revés. No se trata de que el que inscribe antes sea propietario porque no quepa la rescisoria. Sino de que no cabe la rescisoria porque el asiento le ha hecho propietario al inscribir su título (y mal podría hacerlo si fuese rescindible). Las Partidas han quedado derogadas. La inscripción en caso de doble venta atribuye la propiedad, ya que «admitido el principio, no pueden negarse los corolarios rigurosos»⁶³.

7. ¿Pero qué pasaría si el primer comprador pudiese inscribir su compra a pesar de haber entrado antes la del segundo? Cosa, como sabemos, perfectamente posible en el mencionado periodo transitorio, ya que, mientras no hubiese este transcurrido, se admitía la inscripción con efecto retroactivo de título contradictorio de otro que ingresó con anterioridad⁶⁴.

En ese caso el tercero, que inscribió después, pero compró antes, vencería a su oponente por dos razones. Una, porque su título también inscrito (además de perjudicar al no inscrito cosa ahora irrelevante) perjudicaría también a los inscritos antes (ya que estaba suspendido también el artículo 34.2). Y, dos, porque el primero en comprar (segundo en la inscripción) tenía según la legislación civil una rescisoria y podía por tanto revocar sin problemas la venta previamente inscrita, y de esta forma imponerse y quedarse con la finca.

XII. EL REQUISITO DE LA BUENA FE Y GREGORIO LÓPEZ

1. ¿Pero de dónde vino esta extraña rescisoria y en qué casos jugaba? De nuevo, si queremos aclarar este misterioso asunto, debemos ir a la Exposición de Motivos. ¿Y qué nos dice esta? Por lo pronto dos cosas:

En primer lugar, confirma efectivamente que esa rescisoria existía y que el que compró primero, aunque no posea, puede según el Derecho civil pedir la rescisión del título del que compró después, aunque este último posea. Así resulta con claridad de la citada Exposición,

«las INNOVACIONES que con este motivo ha introducido la Comisión (dar prevalencia al título inscrito frente al que no lo está e impedir la rescisión por causas que no consten en el Registro) se refieren (entre otras) a las rescisiones de las ventas, por haberse vendido y ENTREGADO a un segundo comprador lo vendido antes a otro»⁶⁵.

2. Lo que presupone que, según el Derecho civil en vigor, en caso de doble venta, el que compraba primero, tenía una acción rescisoria contra el segundo aunque este hubiese tomado posesión. Y, en segundo lugar, que esa rescisoria —y aquí está la importante innovación— decaía, según la Ley Hipotecaria, únicamente frente al que inscribe; con independencia de que haya tomado posesión.

¿Ahora bien por qué razón o causa se concedía esa extravagante rescisoria al primer comprador contra el segundo? En primer lugar hay que hacer una importante observación: la acción rescisoria no le correspondía siempre. En Derecho de Partidas procedía solo cuando el segundo sabía de la primera venta y a pesar de todo compraba. Es decir, cuando era de mala fe. Por tanto la misteriosa rescisoria era precisamente la acción que tutelaba la BUENA FE, y, por ello, castigaba al segundo comprador que, al adquirir, sabía de la primera compra.

3. Cómo argumentaba el afamadísimo Gregorio LÓPEZ, autor de la Magna Glosa de Partidas, en su comentario a *Par. 5,5,50*, la revocación de la segunda venta tiene lugar

*«porque siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al afecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como dice Baldo en la rúbrica C. de revoc. his quae in fraud. creditr. alien. al princ., y parece probarlo la Glossa en d. ley 17, sobre la palabra iure, y allí Alberico y Jasón opposit. 9. (...)»*⁶⁶.

Lo importante ahora, en todo caso, lo que hay aquí que destacar por encima de todo, es que, según su Exposición de Motivos, la Ley Hipotecaria suprimió, en beneficio únicamente del titular inscrito, esa acción rescisoria y que, si lo hizo, fue evidentemente porque en ese caso nada importaba que el inscrito supiese de la existencia de una compra anterior y, por tanto, que actuase de mala fe.

4. Ahora bien si el legislador hipotecario protegía al adquirente que compra de mala fe si inscribe, la pregunta, que corresponde hacerse, es por qué. Pues bien la respuesta es simple. Nada importaba en esos casos la mala fe porque, por expreso mandato del 23 de la Ley, la inscripción es modo de adquirir como consecuencia de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero y, según

el 25, solo los inscritos lo hacen. El titular inscrito por lo tanto no solo no es perjudicado por el no inscrito sino que no es perjudicado aunque sepa cuando compra que el vendedor ha celebrado otra con anterioridad. De otro modo los títulos no inscritos le perjudicarían contra lo que decía el repetido 23.

En resumen la inscripción no produce efecto de mera publicidad (tiene solo naturaleza declarativa) ya que protege al que inscribe aunque conozca la venta anterior por medios extra-registrales. Es decir, el conocimiento de título no inscrito por el inscrito no sana la falta de asiento. La inscripción en nuestra primera Ley es *condictio iuris* de la oponibilidad y por tanto del reconocimiento eficacia real (plena) al título. El conocimiento del no inscrito por terceros no le vuelve oponible a estos. Simplemente lo no inscrito carece de fuerza real. A efectos de tercero, el título no inscrito no existe.

5. En conclusión la mala fe no obsta a que prevalezca la compra inscrita. La falta de buena fe del comprador que inscribe (porque conozca que la cosa ha sido transferida por su vendedor a otro comprador) no impide la plena adquisición ya que el 38.4 SUPRIMIÓ la rescisoria.

Se comprende ahora el porqué de la redacción del artículo 1473 del Código Civil y la misteriosa dispensa, sobre la que tanto se ha discutido, del requisito de la buena fe del titular inscrito. Y la exigencia en cambio, a falta de inscripción, de esa misma buena fe al poseedor para que pueda prevalecer su compra. En 1889 todavía estaba clara la eficacia constitutiva del asiento, y por tanto la subordinación del reconocimiento de plena eficacia real (frente a terceros) a su práctica⁶⁷. Por tanto, se tenía muy presente la idea de que la rescisoria por mala fe, con arreglo al 38. 4, por mandato de este, no procedía si el segundo comprador inscribía porque en ese caso el legislador la había descartado expresamente.

Y como estaban vivas esas ideas, lo estaba también la contraria de que, a falta de inscripción, renacía la solución tradicional, esto es, que, a falta de inscripción, seguía vigente el Derecho común, en especial, *Partidas* 5.5,50, y en particular el comentario (263) de Gregorio LÓPEZ. Por tanto, la doctrina de que la compra de quien conoce otra anterior, aunque posea, es rescindible por mala fe (cfr. párrafos finales del atormentado 1473 del Código).

XIII. FERNÁNDEZ NEGRETE, MINISTRO DE JUSTICIA EN 1861

1. Es notoria la predilección que los autores que se han ocupado de estos asuntos tienen por los tratadistas de la época y otros posteriores para aclarar qué pretendía el legislador de 1861 con el 23 de la Ley Hipotecaria. Y también notorio el olvido en que tienen a FERNÁNDEZ NEGRETE, a la sazón Ministro de Justicia, a pesar de que se echó a la espalda con notable acierto la defensa de la Ley en el Senado y el Congreso y tuvo incisivas y luminosas intervenciones (hoy fácilmente accesibles en ese magnífico libro que son las *Leyes hipotecarias*

editado por el Colegio de Registradores; un texto minucioso elaborado por un conjunto de trabajadores, cuidadosos y eruditos funcionarios).

Pero FERNÁNDEZ NEGRETE no es ni mucho menos para olvidar. Discute con LUZURIAGA con desparpajo y hasta se permite darle lecciones, habla con notable seguridad y todos los intervinientes le tratan con notable respeto. Pues bien FERNÁNDEZ NEGRETE defiende sin ningún tipo de ambages una concepción monista fuerte, centrada en el 23, columna vertebral de la nueva ley⁶⁸.

2. Dijo el Sr. Ministro de entonces en su turno de defensa del Proyecto en el Congreso: «Los títulos no inscritos en el Registro no podrán perjudicar a tercero. Señores si se analiza bien esta ley, si se condensa todo lo que es condensable, si se saca el espíritu de la ley; este artículo de la ley es la sola, el artículo 23 es solo la Ley Hipotecaria; se pudiera decir sin exageración que esta ley no es fundamentalmente más que el artículo 23, es decir, que no tiene más que un solo artículo y una sola excepción el artículo 354 (hipotecas generales tácitas). ¡Qué de cuestiones se resuelven con este artículo! Luego hay necesidad de la inscripción para perjudicar a tercero, (perjuicio que es el) origen de la inscripción, ¿y qué significa aquí inscripción? (...). Este artículo es la consecuencia de la tradición latina, de la tradición romana y de la inscripción germánica. En Roma no había contrato hasta la tradición de las cosas (...). En Alemania no se consumaba el contrato sin cumplimiento de ciertas formalidades materiales que hablaban a los sentidos. Había necesidad de coger un pedazo de tierra con césped, una rama desgajada de un árbol (...) de tal manera que todo el pueblo se apercibiese que aquel derecho pasaba del dominio de uno al de otro. La tradición en Roma, la inscripción en Alemania»⁶⁹.

Para después de leer los artículos 24 y 25 de la Ley, concluir de modo contundente: «estos dos artículos, que son consecuencia del 23, principio generador de esta Ley, son sin embargo importantísimos. *El artículo 25 dice que el derecho nace desde la inscripción y es la diferencia que hay entre la legislación latina y la germánica.* En la latina el derecho nacía del contrato, y como el contrato era oculto, todos los días podían crearse nuevos sin que el tercero lo supiese (...). Estos males gravísimos viene a subsanar (la ley) diciendo que el derecho nace desde la inscripción (...). *La cuestión pues de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho está decidida completamente por los artículos 23, 24, y 25. Es una base esencialísima de la Ley*»⁷⁰.

3. En resumen, según el Ministro, derecho real *erga omnes* nace solo con la inscripción, no con la tradición. Antes de la inscripción hay únicamente «obligaciones».

En el mismo sentido se había pronunciado con anterioridad también don Cirilo ÁLVAREZ, miembro de la Comisión del Senado que dictaminó el proyecto: «las obligaciones que nacen de nuestro Derecho civil todas quedan intactas, íntegras. No hay más que un límite: esas acciones podrán ejercitarse contra todos menos contra el tercer adquirente que ha adquirido el derecho incontestable (...).

Así es que quedan a salvo siempre las acciones personales (...). Las obligaciones que no han sido inscritas, esas acciones que nacen de circunstancias que el (el tercer adquirente) no puede conocer (...) esas obligaciones desaparecen: pero solo frente a él no se podrán ejercitar en perjuicio suyo»⁷¹.

4. No es acertada por ello la crítica de OLIVER a la denominación de que se sirve el legislador («obligaciones») en el título XIV de la Ley para referirse a los derechos «contraídos y no inscritos antes de la publicación de la (presente) ley» (el epígrafe del título en cuestión habla «de la inscripción de obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente ley»). El recurso a la palabra «obligaciones» no fue un desliz del legislador, un brindis de una Comisión dividida al sistema francés; todo lo contrario⁷².

Se introdujo con toda la intención y para ratificar la idea de que con arreglo al sistema adoptado (de Derecho tradicional pero concorde en este punto con los postulados del Derecho germánico) antes de la inscripción no hay derecho real pleno sino solo «obligaciones». Un punto, este, esencial sobre el que vamos a insistir a continuación.

XIV. EL GALIMATÍAS DEL ARTÍCULO 35: LA PRESCRIPCIÓN

1. Galimatías en realidad solo para algunos intérpretes posteriores que no aceptaron el principio de inscripción, que tan brillantemente, como acabamos de ver, expuso en el Congreso el Ministro de Justicia de entonces FERNÁNDEZ NEGRETE. Es decir, para los comentaristas que bajo el imperio de la reforma de 1869 (que hizo *tabula rasa* de la ley de 1861) y, desde ella, interpretan sus preceptos fundamentales.

Después de 1869 como puso de relieve CÁRDENAS la filosofía de la primera ley había sido dinamitada. OLIVER, por su parte, ha relatado los pormenores de ese proceso. No importan ahora los recovecos de aquella involución. Lo que sí hay que denunciar es el anacronismo en que incurrieron quienes después trataron de explicar el 23 y concordantes desde la ley de 1869; no menor, por cierto, que el de quienes hoy los siguen y utilizan o se sirven de la de 1944 para interpretar la ley de 1861 contra el tenor de sus artículos y la Exposición que los aclara⁷³.

2. No hay, en efecto, más reconstrucción posible del 35 que la que parte de la interpretación literal del precepto en coordinación con el 409 de la ley. Empecemos por su último párrafo.

Como el 35.3 repite el mismo mandato del 403 *in fine*, como algunos autores habían defendido en su día, no queda otro remedio que equiparar la usucapión contra «el dueño legítimo del inmueble», de que nos habla el artículo 35. 3, a la que el 409 *in fine* denomina «inter partes». *Inter partes* —con arreglo al 23 y, ratificando su tenor, disponen el 35.3 y el 409 *in fine*— rige, pues, la legislación civil.

En estos casos no se precisa ni inscripción del título (35, último párrafo) ni de la posesión (409 *in fine*). La única pregunta pertinente, por tanto, que, llegados aquí, hay que hacerse, es la de quien es «la (contra) parte» del que está prescribiendo. Y la respuesta no puede ser otra que aquel contra quien se inició la posesión, es decir, el dueño contra el que se «está prescribiendo». En ese caso, como dice el repetido 35, último párrafo, se calificará el título y se contará el tiempo (35), y por tanto la posesión (409), con arreglo a la legislación civil⁷⁴.

3. La cosa cambia completamente, en cambio, cuando el inmueble se transmite a tercero. Si el dueño civil, es decir, si la contraparte del que «estaba prescribiendo», transmite y aparece un tercero, el que está prescribiendo, si quiere que la usucapión prospere y perjudique a este último, tendrá que inscribir su justo título (y la posesión) con arreglo al 23. Es decir, si quiere que uno y otra perjudiquen al adquirente; ya que el 23, como sabemos, rechaza que en otro caso pueda producirse perjuicio a tercero (tercero «a secas», INSCRITO O NO). Esto es, repito, habrá que inscribir, por una parte, la posesión (para que funcione la prescripción extraordinaria) y, por otra, posesión y título (para que funcione, si es la que se quiere hacer valer, la ordinaria)⁷⁵.

Pero en ese caso, como mandan el 35.2 y el 409, con arreglo a la doctrina del 25, tanto la posesión como el título empezarán a contar desde la fecha de sus asientos (en el primer caso, del asiento de posesión y, en el segundo, del título).

4. Ahora bien, debemos insistir, ¿quién es tercero? Tercero, con arreglo al 27, no puede ser otro que el que no era parte en la prescripción, es decir, no era propietario cuando esta se inició porque adquirió después (como dice la Ley actual, cuando ya se estaba prescribiendo).

Por tanto será tercero el que adquiera del dueño civil aunque no inscriba su derecho —es decir, es tercero tanto el «tercer poseedor» (civil), como el que inscribe— porque como nos recordaban un poco más arriba FERNÁNDEZ NEGRETE y Cirilo ÁLVAREZ, y repite la Exposición de Motivos —las situaciones jurídicas (en este caso, tanto el «justo título» como la posesión *ad usucapionem*) que no constan inscritas, tienen efectos obligacionales y como mucho reales *inter partes*. Para que los actos y contratos tengan efectos reales contra terceros, inscritos o no, civiles o hipotecarios, se precisa inscripción.

5. Se entiende ahora que el 35.1, en perfecta consonancia con el 23, diga que la prescripción no perjudicará a tercero siempre que, requiriendo «justo título, no se hallare inscrito». Y que el 408 confirme, también en perfecta consonancia con la doctrina del 23, que la posesión «perjudicará (...) a tercero desde la fecha» de su inscripción «pero solamente en cuanto a los efectos de la mera posesión»⁷⁶.

Es por ello, por una vez acierta plenamente GALINDO, que si no inscribe el título el que está prescribiendo y se le adelanta el tercero ya no procederá nunca la usucapión ordinaria sino solo la extraordinaria (y eso si consigue inscribir su posesión)⁷⁷.

XV. CONCEPTO DE TERCERO

1. En resumen, los títulos no inscritos —y la posesión que, aunque no sea título en el sentido estricto de la palabra se le trataba como si lo fuese en los artículos 401 y sigs. de la Ley— no perjudican a tercero —esto es, a quien no fue parte en el acto o contrato o dueño (y, por tanto, parte) en el momento de iniciarse la usucapión—. Es decir, con independencia de que inscriba o no su título, esto es, de que sea «tercero civil» («tercer poseedor») o tercero con título inscrito. Repárese, en efecto, que el 23 habla, en este mismo sentido, de tercero a secas (y por tanto no exige que sea tercero con título INSCRITO)⁷⁸.

Y como el título no inscrito no produce efecto frente a terceros, hayan o no inscrito su título, no tendrá nunca eficacia real *erga omnes* (sino solo *inter partes*): esto es, valor equivalente a una simple «obligación». Como hemos visto, sin inscripción, no hay derecho real pleno frente a terceros, es decir, ni contra titulares inscritos ni contra titulares no inscritos. Solo la inscripción, según la Ley, es la única capaz de dispensar el efecto real *erga omnes*⁷⁹.

2. Tercero es así un concepto recíproco (si uno es tercero frente a alguien, este es también tercero frente a él) porque es una posición formal; y por tanto lo es tanto el inscrito respecto al no inscrito (23), como el no inscrito respecto al inscrito (25)⁸⁰.

En el caso del 35 es tercero el no inscrito que adquirió del dueño civil —esto es, de aquel contra el cual («parte») se inició la usucapión—. Tercero es pues el adquirente civil que recibe la finca o derecho del dueño (parte) frente a la cual el poseedor «estaba prescribiendo» cuando los transmitió⁸¹. Lo que en la práctica, como algunos defendieron, supone que el que está prescribiendo —si no tiene inscrita la posesión y transmite el dueño la finca a tercero, aunque no inscriba este el título— verá interrumpida su posesión (*ad usucapionem*). Y, si lo inscribe, tendrá impedida la ordinaria —ya que por el principio de cierre (art. 17) no podrá inscribir el suyo—.

Una consecuencia, la primera, que late todavía en nuestro actual 36 y, hay que reconocer, ya vio el propio GALINDO aunque retrocediese espantado inmediatamente ante esa posibilidad⁸². Rechazo que tiene su razón de ser en que este autor niega el efecto real que la Ley Hipotecaria dio a la inscripción: ley de «cuyo espíritu» se declara firme opositor.

3. Todo lo dicho en los epígrafes anteriores —a pesar de que se atiene al significado literal de los preceptos interpretados— podría entenderse una simple fantasía novelesca, si no fuese porque eso es lo que se sigue no solo del tenor de los preceptos interpretados sino sobre todo, y este es un dato fundamental, de la Exposición de Motivos.

La reserva del efecto real *erga omnes* a la inscripción y ninguna otra cosa, se sigue de los preceptos hasta ahora analizados⁸³. Como hemos visto ni el 25 (por razones obvias) ni el 23 dicen que tercero sea el tercero inscrito⁸⁴. Por tanto

si no se inscriben los títulos sujetos a inscripción, que enumeran los artículos 2 y 5 de la ley, la transmisión no produce efecto real ni siquiera frente a terceros no inscritos^{84 bis}.

4. Y precisamente porque los actos sujetos a inscripción y no inscritos producen solo «obligaciones» y, como mucho, efecto real entre partes —y por tanto la posesión no inscrita por la misma razón ni aprovecha ni perjudica a tercero (408)— es por lo que el 35.1 puede decir lo que dice.

De interpretarse tercero en el 35.1, como tercero con título inscrito, la antinomia, como el propio GALINDO reconoce, estaría servida. De ahí que recurra este autor a las más pintorescas distinciones y para sortear aquella acabe sentando la siguiente conclusión: «tercero del 35.1» no sería el tercer adquirente de la propiedad de la finca del dueño civil sino el adquirente de un derecho real (limitado)⁸⁵.

XVI. FUERZA REAL DEL ASIENTO

1. Es hora pues de entrar a analizar la Exposición de Motivos. Pero de analizarla respetando su texto, el significado literal de las palabras, no para manipular su sentido con el fin de servir a dogmas interesados o interpretaciones sesgadas desde el espíritu y la letra de reformas hipotecarias posteriores (sea la de 1869 que, como dicen OLIVER, CÁRDENAS, y hasta el propio SANZ, torpedeó sus propios fundamentos; sea de otras más próximas, en particular la del 44, que aunque hayan recuperado algunos de sus principios, ha resucitado el que J. M. GARCÍA llama «tópico» de la inscripción declarativa)⁸⁶.

Tampoco nos entretendremos en especular sobre la identidad de quiénes fueron los redactores de tan famosa Exposición para, a partir de sus escritos, rebatir a quienes, forzando sus palabras, pretenden tergiversar el tenor de esta. En todo caso no hay mejor prueba de la participación que algunos tuvieron en su redacción que el que sin tapujos ratifiquen el significado literal que se deduce del texto.

2. Dejemos, pues, hablar a la Exposición de Motivos y escuchemos, sin alterar el sentido que se desprende de sus palabras, respetando su significado literal⁸⁷.

La falta de inscripción del acto o contrato sujeto a inscripción no produce su nulidad: «La comisión ha considerado ante todo (...) los principios de Justicia: no ha creído que con arreglo a ellos, cuando dos contratan y LOS DOS FALTAN AL REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN, deba ser de mejor condición el que burlando su solemne compromiso, se niega a cumplir el contrato celebrado o pide su nulidad, fundándose en un defecto de forma (...). Por eso no contiene el proyecto LA PENA DE NULIDAD de los contratos relativos a la traslación de la propiedad y sus modificaciones que no hayan sido inscritos; POR ESO SE

SEPARA DE LO QUE ESTÁ ESCRITO EN NUESTRAS LEYES, y VUELVE AL ANTIGUO PRINCIPIO establecido por Don Carlos y Doña Juana, y seguido por don Felipe V y por don Carlos III, de que LA FALTA DE INSCRIPCIÓN SOLO PUEDE ALEGARSE POR LOS PERJUDICADOS QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL CONTRATO QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE».

El sistema antiguo. «Y aquí —continúa la Exposición— debe CON FRANQUEZA exponer el GRAN CAMBIO, que acerca de este punto INTRODUCE EL PROYECTO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ACTUAL. Nuestras leyes siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que EL TÍTULO SOLO produjera ACCIÓN PERSONAL, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por tanto LAS ACCIONES REALES, que se dan para reivindicarlos, SOLO NACIERAN CON LA TRADICIÓN, o lo que es lo mismo la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión (...). Contra este principio romano se ha elevado otro en tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código Civil francés. Separándose este del Derecho antiguo (...) buscó un principio más espiritualista (...): el de que LA PROPIEDAD SE TRANSMITIERA tanto respecto a LOS CONTRAYENTES como a un TERCERO, por el mero consentimiento».

El sistema de la Comisión. «No corresponde a la comisión apreciar este principio —es decir, el principio llamado de consentimiento de origen francés— CUANDO SE LIMITA A LOS CONTRAYENTES (...) —en que por tanto a contrario la Comisión redactora tolera— lo que cae de lleno bajo su dominio ES DESECHARLO CUANDO SE TRATA DEL INTERÉS DE TERCEROS —inscritos o no— QUE NO HAN SIDO PARTE EN EL CONTRATO (...).

Según el sistema de la Comisión, resultará de hecho que PARA LOS EFECTOS DE LA SEGURIDAD DE UN TERCERO, EL DOMINIO Y LOS DEMÁS DERECHOS REALES EN TANTO SE CONSIDERAN CONSTITUIDOS O TRASPASADOS, EN CUANTO CONSTE SU INSCRIPCIÓN —por tanto, no hay transmisión perfecta, es decir, con efectos reales (plenos) en perjuicio de terceros civiles mientras no se asiente el acto o contrato traslativo— quedando ENTRE LOS CONTRAYENTES CUANDO NO SE HAGA LA INSCRIPCIÓN EL DERECHO ANTIGUO» —por tanto, queda subsistente nada más que entre los contrayentes; contra terceros civiles solo hay acción real con la inscripción de la transmisión—.

Para remachar un poco más adelante cuando habla del periodo transitorio: «NEGANDO FUERZA (real) CONTRA TERCEROS a los TÍTULOS que en contravención a las leyes anteriores DEJARON DE INSCRIBIRSE, mientras NO SE SUBSANE EL DEFECTO Y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN»

3. Doctrina que confirma más adelante para otros títulos traslativos: «RESPECTO A DONANTES Y ADQUIRENTES (...) QUEDARÁ SUBSISTENTE EL

DERECHO ANTIGUO EN LO QUE CONCIERNE A LA ACCIÓN PERSONAL Y AUN TAMBIÉN EN LO TOCANTE A LA REAL, mientras que la cosa no haya pasado a tercer poseedor (...)».

Por eso, como hemos visto, cuando hay una doble venta o transmisión no pasa la propiedad plena al adquirente que posee el inmueble primero y luego, cuando inscribe otro, se resuelve la del anterior para dársela a este, sino que como el primero como mucho no era más que propietario «relativo», frente al vendedor, el segundo comprador que inscribe —y no hay plazo como sabemos para pedir y practicar la inscripción— adquiere del vendedor la propiedad plena; propiedad que, por lo que a él se refiere, nunca había salido de su patrimonio.

4. La no inscripción aborta el nacimiento de la acción real más allá de la relación *inter partes*. Solo su práctica la concede. Hay por tanto que distinguir; esto es, que no confundir.

Una cosa (art. 23) es el efecto negativo de la falta de inscripción (*denegatio actionis*) que niega la legitimación procesal e impide por tanto que prospere la reclamación real (incluso contra tercer poseedor no inscrito que por lo demás mientras no inscriba tampoco podrá accionar aunque entretanto sigue disfrutando sin oposición de la cosa si es que la tiene en su poder: *melior conditio est possidentis*). Y otra distinta el efecto positivo (la concesión de la acción) que depende de la práctica del asiento (art. 25). Asiento cuya eficacia el principio de cierre —cosa que no sucedía en las Contadurías— refuerza al impedir la extensión de otros contradictorios, asegurando así de rebote al titular inscrito la exclusividad de su derecho (real) y transformando en simple obligación personal el de sus competidores o rivales (art. 25)⁸⁸.

XVII. ¿GERMANISMO?

1. En este punto, decididamente, no. Como pasamos inmediatamente a ver, esta regulación no implicaba innovación alguna, verdadero cambio, respecto al Derecho tradicional. Muy al contrario, como decía la propia Exposición, solo suponía una VUELTA AL SISTEMA ANTIGUO de don Carlos y doña Juana, de Felipe V y Carlos III. Esto es, constituía un nuevo intento de recuperar viejos principios en desuso y en parte adulterados por la introducción de la sanción de nulidad. Germanismo por tanto solo en el sentido que el viejo sistema de Contadurías se apartaba del Derecho romano⁸⁹.

La Ley Hipotecaria —así lo afirma su Exposición de Motivos— sigue en este punto el Derecho tradicional y no acoge ninguna solución desconocida o extranjera. En efecto, el Proyecto, descartando la innovación que castigaba con nulidad el defecto de inscripción en plazo —derecho vigente entonces, en 1861, que por tanto deroga— solo nos dice con palabras claras y terminantes una cosa: la ley se limita a «VOLVER AL ANTIGUO PRINCIPIO establecido

por Don Carlos y Doña Juana, seguido por don Felipe V y por don Carlos III, de que LA FALTA DE INSCRIPCIÓN SOLO PUEDE ALEGARSE POR LOS PERJUDICADOS QUE NO FUERON PARTE EN EL CONTRATO QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE». Palabras claras y terminantes que, por serlo, hay que respetar en su plena significación.

2. «Ciertamente —aclara con su nunca bien ponderada maestría y sana inteligencia SANZ FERNÁNDEZ— la toma de razón (en las antiguas Contadurías) producía el efecto de perjudicar al tercero, y contrariamente, (el de que) lo no registrado no perjudicaba a tercero; pero ese tercero no perjudicado, insistimos (dice SANZ), no era un adquirente inscrito, como exige el principio de inoponibilidad (!), sino un TERCER ADQUIRENTE CUALQUIERA, que, por negocio jurídico, entrase en contacto con la finca que había sido objeto del anterior negocio jurídico no registrado»⁹⁰.

En este mismo sentido siguiendo su estela vuelve a repetir hoy lo mismo T. A. JIMÉNEZ: «el tercero de las Pragmáticas Reales no es un tercero inscrito (...) si no que es todo tercer adquirente extrarregistral (...) que adquiere algún derecho sobre la misma finca (...). El tercero de las Pragmáticas Reales, en definitiva, es cualquier posterior tercer adquirente civil (...)»⁹¹.

3. De que era esa la intención del legislador da testimonio GÓMEZ DE LA SERNA cuando recuerda que la eficacia de los asientos en el nuevo Registro no era distinta que la que tenían los practicados en los libros de Contadurías con la salvedad de que, al quedar suprimido el plazo para inscribir, dejó de ser nulo el negocio no inscrito a tiempo. Reproduzcamos sus palabras:

«El Ministro de Gracia y Justicia, al sostener el Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados dijo que, si se analizaba, si se condensaba, la Ley, este artículo era solo la Ley, y recargando la frase, añadía que se podía decir «sin exageración que la Ley no era más que el artículo 23, es decir, que no tenía más que un solo artículo y una sola excepción el artículo 354». «Sin entrar en la mayor o menor exactitud —continúa GÓMEZ DE LA SERNA— que puede haber en tal apreciación, es indudable que tenía razón el Ministro en considerar este artículo como el más importante de la Ley (...). La regla que en él se establece NO ES NUEVA ENTRE NOSOTROS: ESTÁ ESCRITA EN NUESTRAS LEYES HACE MÁS DE TRES SIGLOS: en la Pragmática de D. Carlos y D.^a Juana de 1539 tiene ya una sanción expresa cuando ordena que en los contratos a que se refiere, si no se registra (...) no será obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor»⁹².

4. La Ley Hipotecaria, por tanto, no introdujo, según su Exposición de Motivos y su comentarista más conocido, innovación alguna por lo que a este punto se refiere con relación al sistema de Contadurías. Se limitó a recuperar, como ella misma dijo, antiguos principios en desuso, al tiempo que, única verdadera innovación, ratificó la supresión de la sanción de nulidad, introducida con el fin de incentivar el cumplimiento de las obligaciones fiscales.

Principios que, por lo que se refiere a este asunto —es decir, el valor del asiento de inscripción— privaban de fuerza de «derecho real» más allá de las partes intervinientes a los títulos no inscritos (ya que no perjudicaban a terceros con independencia de que estos terceros inscribiesen o no los suyos) y que, debido a la tenaz resistencia que opuso parte de la sociedad española, no habían encontrado hasta entonces ejecución cumplida.

XVIII. NUEVO INTENTO

1. Es esclarecedora, además de extraordinariamente divertida, la irónica relación que hace el Conde Torreánaz de los sucesivos intentos hechos para imponerlos y consiguientes fracasos.

«En 1539 se fijó naturalmente la fecha de la pragmática para que empezase a aplicarse el registro. Después una provisión del Consejo de Castilla de 1581 determinó que esa fecha de 1539 era la que debía seguir rigiendo a la hora de registrar» (lo que indica que había dudas). «La jurisprudencia del Consejo, en un auto acordado de 1617, estableció otra regla diciendo que la fecha inicial era la del título del escribano del registro de censos (...). Más tarde se volvió a la retroactividad a partir de 1539, auto del Consejo de Castilla de 1713. Por último, en 1768, se estableció que el registro no obligaba más que para los títulos sucesivos, para los que se otorgasen con posterioridad a la pragmática y que respecto a los títulos antiguos, pudiesen inscribirse cuando fuera menester llevarlos a los Tribunales. Esto mismo fue reformado por el propio Consejo (...) en 1769 hizo obligatoria la inscripción siempre, es decir, se vuelve otra vez a la retroactividad (...). Tan pronto se iba a una cosa como a otra. Esta era la legislación hasta 1861 si bien dándose prórrogas constantemente, 10 de abril de 1782, 23 de agosto de 1784, 14 de mayo de 1787, 31 de julio de 1789, circular de 22 de enero de 1816 y 12 de julio de 1825, etc.»⁹³.

FERNÁNDEZ NEGRETE, por su parte, afirmaba: «no se comprende lo que quería el legislador (Carlos III), porque dice: las escrituras que debieron registrarse antes y que no están registradas a la publicación de la ley no habrá necesidad de llevarlas al Registro, sino cuando vaya a hacerse uso de ellas en juicio, es decir, que se legisla para nada (...). Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario (...)»⁹⁴.

2. Con tal falta de seriedad (los títulos anteriores a la entrada en vigor del sistema podían inscribirse cuando las partes quisiesen; los posteriores debían hacerlo en cambio en plazos de pocos días que, a pesar de su aparente perentoriedad, fueron siempre sucesivamente prorrogados) se vuelve comprensible que los Tribunales y el Tribunal Supremo a la cabeza —la última vez según testimonio de GALINDO el 2 de abril de 1869— permitiesen la subsanación de la falta de inscripción en cualquier tiempo anterior a la presentación en juicio⁹⁵.

El desuso judicial venía sin embargo de lejos. La instrucción conocida como Pragmática de Hipotecas se publicó en 1768; en su preámbulo advertía sobre el fracaso de las disposiciones otorgadas por las Cortes de Toledo en 1539 y por Felipe V en 1713. Las sanciones resultan de Nueva Recopilación 5, 15, 3, 2 y 10 en que recogía literalmente lo ordenado por las Cortes de Toledo. Felipe V llegó a amenazar en un auto acordado a los Tribunales con severas penas⁹⁶.

3. Ciertamente la sanción de nulidad por falta de inscripción que algunos intentan retrotraer a Carlos III estaba expresa en el artículo 40 del Real Decreto de 23 de mayo de 1845 que, con la evidente intención de promover el pago del impuesto denominado «derecho de hipotecas», creado por Decreto de 31 de diciembre de 1829, había castigado con nulidad la falta de inscripción en plazo de estas⁹⁷. Según los datos que aporta OLIVER, sin embargo, antes de 1861, aunque la Comisión la dé por vigente, había sido dejada sin efecto.

Desechada la sanción de nulidad, en marcado desuso la legislación de contadurías, la práctica se atuvo al sistema civil de Partidas cuyos preceptos (que acogían, en términos generales, la doctrina de origen romano del título y el modo) da por vigentes la Comisión en su Exposición.

La Ley Hipotecaria para remover esta situación que entiende indeseable, al tiempo que niega valor frente a tercero a la posesión no inscrita, vuelve a recuperar los principios tradicionales y, con arreglo a ellos, niega también al título no inscrito valor frente a terceros —hayan estos inscrito o no sus títulos (art. 23)— y solo la concede al asiento: solo los títulos inscritos son eficaces frente a terceros, estén sus títulos inscritos o no (art. 25).

En efecto, no porque sí —sino porque sabía bien de que hablaba— había dicho en el Congreso con la vehemencia que le caracterizaba el entonces Ministro de Justicia Sr. FERNÁNDEZ NEGRETE: la «cuestión de la tradición, la cuestión de la época en que nace el derecho está decidida completamente por los artículos 23, 24, y 25. Es una base esencialísima de la Ley».

XIX. PROPIEDAD RELATIVA

1. El legislador debió considerar bajo estos presupuestos —esto es, a la vista del riesgo que implicaba la falta de asiento en los nuevos registros de los derechos de propiedad— que los interesados procederían a inscribir sus títulos de inmediato, es decir, sin dilaciones. No fue así. La indiferencia fue la tónica general en muchas regiones del país. Y lo así pensado como una solución excepcional, transitoria, mientras no se inscribiese el título (la propiedad *inter partes* o propiedad relativa) se transformó inopinadamente en una solución de alcance general con riesgo de vigencia indefinida.

¿Qué pasaría en caso de que ninguno de los terceros (terceros civiles) que rivalizaban entre sí llevase sus títulos al Registro? ¿Quién prevalecería? No

es fácil distinguir la acción real «inter partes» de la acción personal (aunque el 126 y 127 de la Ley Hipotecaria actual ofrecen suficiente base, prueba contundente, de que es algo perfectamente posible). Pero lo importante, como vamos a ver, fue que solo la idea de «propiedad relativa» (la usucapión si faltaba la inscripción de la posesión, único título con fuerza verdaderamente absoluta en Derecho tradicional, fue privada también de efectos *erga omnes*) permitió a la postre mantener viva la idea misma de propiedad⁹⁸ y darle operatividad práctica.

2. A falta de inscripción, según el sistema de la Ley Hipotecaria tal como resulta de la descripción que hizo su Exposición de Motivos, el mapa jurídico de las fincas o propiedades y los derechos constituidos sobre ellas se organizaba como una malla o entramado de relaciones que desconocía una relación directa (Acción real), cara a cara, entre terceros; ya que los rivales (es decir, quienes sin haber contratado directamente entre ellos, se enfrentaban por la propiedad o derecho en disputa) se relacionaban entre sí únicamente a través de sus causantes y, por prolongación, de los causantes de sus causantes, etc.

En efecto, solo una vez se hubiese encontrado un punto de interconexión o contacto entre ambas cadenas, una argolla compartida o causante común (bien porque ese causante hubiese transmitido la misma cosa o derecho dos o más veces, procediendo a gravar lo que había transmitido o, no menos importante, consiguiese algún poseedor usucapir contra él); entraría en acción la propiedad relativa, esto es, toparíamos con una relación entre partes que, al permitir el ejercicio de la acción real entre ellas, permitiría también decidir el litigio.

3. En resumen, entre terceros rivales no hay relación jurídica directa ya que (si sus títulos no están inscritos) carecen de acción real entre sí. Únicamente remontándose a sus causantes, si a través de ellos, encontremos uno común del que deriven a la vez dos o más cadenas de títulos contradictorios, caso de no haberse consumado la usucapión por parte de alguno, podrá decidirse con arreglo al principio de prioridad (sea en el título o la posesión) quién debe tenerse por mejor en Derecho⁹⁹.

Entre títulos que proceden de ese mismo causante común solo uno de ellos gozará (frente a ese causante común) de eficacia real y saldrá por tanto vencedor en la disputa con sus rivales. Y con él, vencedor también, a la vez, toda la cadena de títulos consiguientes (argollas posteriores) que sustenta. Este y no otro era por cierto el sistema de resolución de conflictos que se deducía del artículo 391 de la Ley, para el caso de lucha entre pretendientes, y que, perfectamente articulado para el caso de evicción en la compraventa, regía en el Derecho civil vigente entonces y rige hoy también para el caso de evicción¹⁰⁰.

4. ¿Qué pasaría si ninguno de los rivales durante años daba el paso de inscribir y de pronto uno lo hacía e inscribía su título? La propiedad malvivía en un régimen de incertidumbre, en una situación de interinidad permanente lo que facilitaba verdaderos despojos.

Según la Ley se convertía en propietario inatacable el que se adelantaba a inscribir (y la inscripción era siempre posible por mucho que fuese el tiempo que hubiese transcurrido desde la celebración de las ventas dobles o múltiples). Fue entonces cuando la Comisión deslizó de pasada, para esos casos, una solución que se impondrá años después con carácter general cuando se prive al asiento de fuerza constitutiva (y se impongan los tópicos, como J. M. GARCÍA los vienen llamando, de la naturaleza voluntaria y declarativa de la inscripción).

Por una parte, la Ley Hipotecaria, al contrario que la legislación anterior, no había fijado ningún tipo de plazo para solicitar la inscripción pero, por otro, aunque nada trasluzca de su texto, la Exposición desliza que merece la propiedad el tercero que hubiese adquirido el derecho de MALA FE.

«En el sistema de la Comisión, decía, NO CABE FIJAR TÉRMINO (con lo que derogaba el Derecho en vigor) DENTRO DEL CUAL SE LLEVEN AL REGISTRO LOS TÍTULOS QUE PARA SER EFICACES FRENTE A TERCERO (inscrito o no) NECESITAN INSCRIPCIÓN. En el interés de los que adquieren su derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio; al que se descuida le debe perjudicar su negligencia PERO —aquí está la fatídica frase— SOLO CUANDO ESTA HAYA INDUCIDO A OTRO POR ERROR A CONTRATAR ACERCA DE LA MISMA COSA QUE DEJÓ DE INSCRIBIRSE OPORTUNAMENTE (...)»¹⁰¹.

4. Según el primer párrafo, la interinidad en la atribución de la propiedad cesa solo cuando uno de los contrincantes o rivales se adelantaba a inscribir. Por lo que solo la inscripción atribuye la propiedad y entre tanto no se practique no habrá acción real frente a terceros. «Error» en este caso es igual a falta de asiento y debía interpretarse como falta de publicidad aunque como hoy sabemos la publicidad registral nada tenga que ver con el error porque opera tenga o no el afectado conocimiento efectivo de los contenidos publicados. Pero dio pie a malentendidos. El primer titular, según la Exposición, parece que, aunque no inscriba, si su título de adquisición es válido, tiene una acción (¿acaso la antigua rescisoria del Derecho común?) frente a sus rivales, terceros adquirentes posteriores de la misma finca o derecho, aunque inscriban, si lo fueron de mala fe. Todo ello se prestaba a que el que supiese que su transmitente había transmitido antes el inmueble pudiese ser privado de su derecho por el que adquirió primero.

Semejante resultado no podía por menos que producir, respecto a la propiedad no inscrita, un estado de confusión indescriptible. Pues ¿cómo podía asegurarse el adquirente civil de que no actuó de mala fe su transmitente cuando adquirió el inmueble antes de trasmitírselo a él? La antigua acción rescisoria que la castigaba, como sabemos, tenía fuerza real. Previa rescisión del título del comprador, permitía privar de la posesión al que se había adelantado a tomarla. En otro caso (es decir, ausencia de mala fe) vencería el que tuviese el inmueble en su poder: *melior conditio est possidentis*.

5. Lo malo fue que el mencionado párrafo insensiblemente fue ganando fuerza y acabó, lo que suponía una verdadera revolución, por entenderse aplicable también a los terceros que habían inscrito sus títulos.

Del contexto parece deducirse que el redactor de la Exposición estaba pensando en la propiedad no inscrita. Lo cierto, sin embargo, fue que por la presión de *Partidas* y la jurisprudencia, que mantuvo en la nueva etapa los «estilos» elaborados durante la vigencia del Derecho anterior, la interpretación que al final acabó imponiéndose no fue esa¹⁰².

La suerte, en consecuencia, estaba echada y el Tribunal Supremo recogió el guante. Fue la traslación de esta construcción (la exigencia de buena fe) al titular inscrito, la que, conculcando el pensamiento original del legislador de 1861, llevará a que el 38.4 caiga en el olvido y, previa la oportuna interpretación correctora del 1473 del Código, el 34 de la ley, comiendo gran parte del terreno al 23, acabe arrebatándole su primigenia fuerza (constitutiva). Solo, en efecto, la protección del 34 podía ahora inmunizar, no ya frente a la nulidad de los títulos sino la mala fe de cualquiera de los adquirentes anteriores, que haría caer como un castillo de naipes toda la cadena de transmisiones inscritas.

Pero comer terreno no es todavía usurpar completamente su primigenio papel y aniquilar así su función. Cuando son varios los que se disputan la misma cosa, si son válidos sus títulos (más tarde se añadirá: tuviesen «causa onerosa» y la adquisición fuese de «buena fe») se impone el que inscribe.

NOTAS

¹ J. M. GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o inmobiliario* 2 (1993) pp. 229 y sigs.

² Los matices entre las distintas posiciones — más en gradación que en oposición tajante — han sido destacados con particular detalle por T. A. JIMÉNEZ, *El tercero de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria* (2005), pp. 135 y sigs.

³ Artículo 27: *Para los efectos de la ley*, se considera como tercero «aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito». Como veremos con más detenimiento al final, tercero es el que, inscriba su título (25 y 34.2) o no (tercero civil: 23), no fue parte en el acto o contrato inscrito y es perjudicado por este (aunque solo por su contenido inscrito: 34.1). COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España* 1 (1974) pp. 340 y sigs. La eficacia de la inscripción es positiva, no negativa (solo el título inscrito, y por lo que respecta al contenido inscrito y nada más, tiene efecto real contra terceros). Se trata de algo bastante más fuerte que la inoponibilidad: se trata, en realidad, de oponibilidad o eficacia real, es decir, de fuerza *erga omnes*.

^{3 bis} Justificaba la regla del artículo 33, el riesgo de que, como solo los títulos inscritos eran oponibles a tercero, se llegase a entender que, por la fuerza del asiento, «actos nulos en sí mismos pudiesen considerarse purgados del vicio que entrañaban por el solo hecho de inscribirlos» P. GÓMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera, precedida de una introducción histórica y seguida de un diccionario y formularios para su más fácil aplicación* 1 (1862) p. 620.

⁴ Cfr. R. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público* (1950) pp. 300 y sigs. Para la relación de la inscripción, substantiva, con la purga, todavía vigente en Francia; la

importancia de esta a lo largo del siglo XIX como sistema alternativo a la fe pública registral; la lucha entre ambas en los años posteriores; la incorporación limitada de la purga, por la ley de 1861 a los solos efectos de liberar de cargas y gravámenes ocultos durante el periodo transitorio las fincas así como, una vez entrase en vigor, las contadas hipotecas tácitas que iban a subsistir; la valoración de su función por Cárdenas, Fernández Negrete, a la sazón Ministro de Justicia, y la Exposición de Motivos; su hipertrofia posterior al usurpar desde la reforma del 69 el papel de la fe pública; la causa de esa usurpación y su alcance según ROMERO GIRÓN, ministro impulsor de la reforma; la supresión de la purga, en la reforma de 1944, es decir, del antiguo expediente de liberación; la recuperación del principio de fe pública por la ley citada de 1944 y finalmente el esclarecedor balance de Sanz Fernández: C. PARDO, Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español en *RCDI* 614 (1993).

⁵ Para la eficacia, al tiempo de la publicación de la Ley Hipotecaria, de la acción de nulidad frente a los causahabientes del que adquiere en virtud de título nulo. Cfr. el comentario al artículo 1190 del Proyecto de Código Civil en F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* (1852) 2 p. 198: He notado en el artículo 1184 que los resultados de la rescisión y nulidad vienen a ser casi iguales: así es que en este artículo se dispone para la segunda lo mismo que en el 1172 para la primera: el contrato declarado nulo no ha existido civilmente y lo nulo no puede en tesis general, producir efecto alguno, con cita de *Par.* 6,19,8, también *Par.* 6,19,8, en que se dispone que los impugnantes hallen, en salvo su derecho como lo tenían primeramente: SAN MARTÍN (ed.), *Los Códigos Españoles* 4 (1872) p. 251. LA SERNA, *cit.* p. 519, no confunde el efecto anulatorio con el rescisorio. En el primer caso, al que equipara el de la resolución que producen las condiciones expresas (voluntarias), el transmitente conserva la reivindicatoria; en el segundo, al que equipara el que producen las tácitas o legales, se concede el remedio restitutorio (entonces con fuerza real). Lo que explica que la Ley Hipotecaria dedique a cada tipo de resolución preceptos separados o distintos: uno en el 34 (cfr. también 16) y otro en los artículos 36 y sigs. En este último caso como no son, condición expresa del contrato, no puede reclamarse su cumplimiento por acción que nazca de él, y menos, por la reivindicatoria; en su lugar tiene que entablarse otra acción cuyo objeto es que se rescinda la enajenación hecha (...); a esta clase de acciones con cierta propiedad las llamamos rescisorias. Para el origen de esta doctrina de las condiciones, GREGORIO LÓPEZ, Comentario a *Par.* 5,5,38 en *Los Códigos Españoles*, *cit.*, p. 609 que la admite por su «mayor equidad» con fundamento en una aplicación analógica de la *Lex Commisoria*, y cita de los siempre innovadores Baldo y Pablo DE CASTRO contra BARTOLO. Una cosa es, por tanto, la resolución por nulidad (a la que se equipara la que produce la condición expresa) y otra por rescisión (a la que se equipara la resolución que produce la tácita). Sobre la importancia de la distinción de LA SERNA insiste con razón GARCÍA; El tópico de la inexactitud registral en el principio de fe pública, en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Ponencias y comunicaciones presentadas al V congreso internacional de Derecho registral* (1983) pp. 459 y sigs.

⁶ Sobre la idea de excepción y excepción de la excepción, GARCÍA, *Tópico*, *cit.*, pp. 451 y sigs. Origen de la explicación en NÚÑEZ LAGOS, El registro, *cit.*, pp. 236 y sigs. aunque con diferencias importantes. Según este el 33 hizo excepción al 23 para impedir no solo que las acciones de titulares no inscritos pudiesen prosperar frente al inscrito si el título de este era nulo sino también para que pudiesen hacerlo las reivindicatorias derivadas de títulos anteriores no inscritos. Resume bien T. A. JIMÉNEZ, *cit.* p. 170, núm. 286: NÚÑEZ LAGOS parte de la nulidad de actos de disposición sobre finca ajena, que no puede convalidar el Registro, salvo por la vía del 34. Se refiere a disposiciones sobre cosa ajena que NUNCA FUERON PROPIEDAD DEL TRANSMITENTE —al contrario que J. M. GARCÍA— pues los casos de doble venta por un mismo vendedor estarían contemplados en el 1473.2 del Código, para el que ofrece otra explicación.

⁷ La frase del artículo 34. 1 de la Ley de 1861, que todavía sigue provocando ríos de tinta, dice literalmente: los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después

se anule o resuelva el del otorgante en virtud de título no inscrito o causas que no resulten claramente del propio registro. Leyes hipotecarias, *cit.* p. 341.

⁸ Lo único que demuestra la referencia que se hacía en las primeras redacciones del 34 a los títulos no inscritos, es que, para el legislador, existían causas de nulidad que derivaban de la cadena inscrita (títulos anteriores) y otras que no. Esto es, la nulidad o resolución del título del «otorgante» puede proceder por razón de uno de los antecedentes que le precedía o de otros no inscritos (el supuesto de testamento revocatorio de otro anterior constituye un ejemplo típico al que el legislador se vio obligado a dedicar párrafo aparte en el 23 de la ley de reforma de 1869). *Ibidem*, p. 528. Una prueba más —la inclusión del supuesto de herencia y legado en el 23— de la pronta confusión entre el 23 y el 34. El 23 (lo impiden los arts. 33 y 34.1) no puede proteger el heredero nombrado, aunque inscriba su título, frente al nombrado en otro testamento posterior revocatorio del primero. Para las dudas de la resolución de la DGRN de 13 de junio de 1874: L. GALINDO y R. ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria* 2 (1899), p. 281.

⁹ Al final, por el juego de los conceptos, el pretendido apoyo del 34.1 de 1861 a la teoría monista se revuelve en contra de quienes lo utilizan ya que lo que realmente demostraría (*a contrario*) es que para el legislador de entonces habría títulos no inscritos que producían nulidad de los inscritos (34) y otros que no (23). Es decir que no todo título contradictorio es causa de nulidad del inscrito y por tanto su conflicto con el inscrito no siempre será resuelto por el 34. Contra, JIMÉNEZ, *cit.* pp. 402 y sigs. Advirtiendo la diferencia entre ambos supuestos aunque luego no la utilice: A. SANZ, *Instituciones de Derecho Hipotecario* 1 (1947), p. 392.

¹⁰ *Partidas*, que eran Derecho vigente en el momento en que se publica la Ley Hipotecaria, distingue el conflicto entre títulos válidos y entre uno nulo y otro válido. Son válidos los dos títulos en caso de doble venta, incluso aunque la cosa sea ajena, y, porque lo son, son igualmente aptos los dos para transmitir la propiedad que acabará ganando el que primero tome posesión. Prueba contundente en *Par.* 5,5,50. Incluso es válido el de quien compró de vendedor que no era propietario si ha pasado a serlo cuando más tarde le transfiera la posesión: *Par.* 5,5,51. Para la compraventa de cosa ajena, si se hizo de buena fe, como título de usucapión: *Par.* 5,5,54. Cfr. *Los Códigos* 3, *cit.*, pp. 618 y sigs. Para el análisis de estos textos, así como un seguimiento ilustrativo de los precedentes: E. MENDEZ APENELA, La venta de cosa ajena, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo* 5 (1988), pp. 512 y sigs. Para los antecedentes romanos especialmente, *Ibidem*, pp. 536 y sigs.

¹¹ El traslado era voluntario e innecesario. Voluntario según el artículo 307 del Reglamento hipotecario. Innecesario, porque, según el mismo 307, los asientos en los libros de Contadurías tienen el mismo valor que en los nuevos: cfr. Leyes hipotecarias, *cit.*, p. 446. La suspensión de la entrada en vigor de la ley Hipotecaria, no solo aplazó la vigencia de esta: suspendió también la de la legislación de contadurías que entonces estaba teóricamente en vigor. «Teóricamente» porque en realidad nunca fue muy respetada: cfr. LA SERNA, *cit.* p. 564: puede asegurarse que no eran muy atendidas en la práctica las severas prescripciones de las antiguas pragmáticas y esto basta para nuestros propósitos.

¹² Un argumento que demuestra la escasa seguridad de las razones dogmáticas que arguyen quienes lo mantienen. Ante la tajante dicción del 23 (y del 392) se salvaría el problema limpiamente si se consiguiese demostrar que todos los primeros asientos en los nuevos libros fueron en realidad segundas inscripciones, protegidas por tanto siempre por el 34. Sobre el artículo 3 de la instrucción para la redacción de documentos públicos: cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 551. El artículo 1 de la RO de 20.2.1863 dispuso que, los títulos que se presenten al Registro para ser inscritos con arreglo al artículo 389 deben serlo sin necesidad de que se halle inscrito el anterior. El problema como veremos radica en la eficacia a reconocer a esas primeras inscripciones en virtud de títulos anteriores a 1863 inscritos en el periodo del año de suspensión o una vez transcurrido este: esto es, sin necesidad de cumplir el requisito del tracto sucesivo ni de constar inscritos en la Contaduría de hipotecas: R. DE LA RICA, Algo más sobre el tercero en la Ley Hipotecaria en *RCDI* 478 (1970) 721.

¹³ Sobre la desaparición del 32 (en 1861, era el 23) en el texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946, como precepto inútil —al quedar cubierto su supuesto de hecho por el 34—: SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (1946) p. 268. Sobre las causas de su reaparición (necesidad de recoger el aspecto negativo de la fe pública registral) según la doctrina «monista»: M. PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario* 1 (2001) p. 614. No solo cuando el derecho del otorgante es anulable o resoluble por causas que no consten en el registro sino también cuando el otorgante, aunque todavía aparece en el registro con facultades para transmitir el derecho, no es ya dueño o no es ya dueño pleno por haber transmitido o gravado la finca: extremos ambos cubiertos literalmente por la redacción original del 34.1 en la Ley de 1861 pero no la actual: cfr. nota 7. Lo cierto es que ni el 32 ni el 1473 del Código dicen que el titular inscrito deba adquirir su derecho de persona que aparece en el registro con derecho para trasmitirlo. Como un argumento (el de la supervivencia del 32 en la ley vigente) que confirma, una vez más, su autonomía frente al 34: GARCÍA, *Derecho* 1 cit. 593-594. Sobre el mantenimiento en la ley vigente de una serie de preceptos concordantes con el 32 (13, 319 y 225 de la Ley, 606, 1526 y 1549 del Código y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal) insiste asimismo GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* 2 (1993) 29-30.

¹⁴ GALINDO-ESCOSURA, cit. p. 375: Pero en fin si el interés del acreedor ha de prevalecer sobre todo si ha de seguir imperando ese principio antilegal, antimoral, antieconómico, al menos despojémosle de su irritante injusticia (...) (aunque añada) que la escuela utilitaria pueda excusarlo, al menos a los ojos de los que, a ideales más elevados, dirigen la legislación del país (tributo a Cárdenas?). Una crítica que desde su nacimiento acompaña a la Ley Hipotecaria y estimularon sus redactores al ligarla a los Bancos de Crédito Territorial. Razonaba FERNÁNDEZ NEGRETE (v. *Leyes hipotecarias* 1.1 cit., p. 387): Se puede aseverar con verdad que no tenemos sistema hipotecario (...) y esto explica el abatimiento de nuestra agricultura; (...) como siendo España uno de los países más ricos de Europa, agrícolamente considerado, los grandes propietarios no han encontrado capitales sino a intereses fabulosos. A lo que respondía FUENTE ALCÁZAR: la usura no proviene ni puede provenir ni ha provenido aquí de la falta de una ley hipotecaria por lo que, todo cuanto se nos dice acerca de bancos agrícolas y asociaciones de capitales, porque se conocen en otros países, no tendrá en España resultados. *Ibidem*, p. 211. Y el también diputado GARCÍA GÓMEZ DE LA SERNA (*Ibidem*, p. 184): no solo para los grandes pueblos y sociedades que, mercantilizando la propiedad levantan grandes compañías» sino pequeñas sociedades y transacciones entre particulares a quienes más perjudican los fueros y en quienes más se ensañan los privilegios. Según Cirilo ÁLVAREZ: la gran necesidad de nuestra propiedad inmueble es convertirla en un capital seguro como el que existe en el Banco de España (...), una revolución saludable en las costumbres (...) los hombres que por su carácter, por su profesión y hasta educación misma no se pueden dedicar sin riesgo a este género de negociaciones (mercantiles y especulativas), tengan una renta segura (...): v. *Leyes hipotecarias* 1.1, cit., p. 117.

¹⁵ Sin retirar los principios cardinales de la ley, no es posible contener los robos de la propiedad. El exabrupto es de CARDELLACH y la cita de LA SERNA, cit., p. 630. Por su parte tampoco se escondía GALINDO- ESCOSURA, cit., p. 374: nosotros que quizá no estamos conforme con el espíritu de la Ley Hipotecaria (...); *Ibidem*, p. 380: las violaciones monstruosas del derecho, que acarrearía el cumplimiento literal e inflexible de los artículos 34 de la LH y 308 de su reglamento; para terminar con la retórica de los, hartos que, por los años sesenta del franquismo, recuperó un conocido notario con otros fines: harto era que traspassando la LH sus naturales límites (...) Harto era que fallase sobre la validez de los títulos (...) faltaba solo (como si en este país no hubiese atendibles más derechos que los de los acreedores) que se dictara la disposición del 34 (...): *Ibidem*, p. 373.

¹⁶ Para el valor que se daba a los asientos practicados en las Contadurías y su eficacia cfr. GALINDO-ESCOSURA, cit., 2 p. 272 e *Ibidem*, 4 cit., (1900) p. 556. También el extracto minucioso de jurisprudencia que hace LA SERNA, cit., p. 564. Para su valoración detallada más adelante en notas 89, 90, 91.

¹⁷ Sobre la posibilidad de la vigencia simultánea de tractos incompatibles en las Contadurías y en los nuevos libros, por razón de inscripciones contradictorias originadas durante el plazo del año de suspensión, GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 369: sabido es que antes de empezar a regir la LH se tomaba razón en las Contadurías de los títulos (...) sin tener en cuenta su validez o nulidad y sin exigir que contase registrado a favor del que transfería (...) Ahora bien como en virtud de esa facilidad (...) puede ocurrir que haya dos asientos contradictorios (...).

¹⁸ Artículo 391 de la Ley: Las inscripciones que se verifiquen en el mencionado plazo de un año, conforme a lo dispuesto en los dos anteriores artículos, no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones o gravámenes a que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad al tiempo de su última adquisición. Si constare tal derecho en los títulos se retraerán los efectos de la inscripción a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño. *Leyes hipotecarias, cit.*, pp. 389-390.

¹⁹ El artículo 389 de la Ley que encabeza el decisivo título 14 de la misma *sobre inscripción de obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la Ley* dispone: los que a la publicación de la Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir, podrán inscribirlos en el término de un año, contado desde la fecha en que la misma Ley empiece a regir. En el mismo sentido el artículo 35 del Reglamento hipotecario (Real Decreto 21 de julio de 1861): que suspende el principio de cierre para títulos, que oportunamente no se hubieran presentado en el registro. *Leyes hipotecarias, cit.*, p. 403. Para las sucesivas prórrogas de ese plazo, cfr. *Ibidem, cit.*, 1.1 p. 490: se estimó suficiente el término de un año; pero la experiencia demostró muy al contrario y fue preciso prorrogarle en los reales decretos de 29 de diciembre de 1863 y 19 de diciembre de 1865, en el primero por dos años y en el segundo por tiempo indeterminado porque se dijo que duraría la prórroga hasta que sobre el particular se dictase la disposición legislativa correspondiente. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 273, hace una enumeración bastante más completa y añade los siguientes preceptos: artículo 389 de la ley vigente (1876); 1 de la ley de 3 de julio de 1871 y artículo 2 de la ley de 29 de agosto de 1873, (plazo de prórroga) que hoy debe considerarse terminado, porque con arreglo a esta última ley, solo se prorrogó hasta 31 de diciembre de 1874 (v. la RO de 31 de marzo de 1875). Más minuciosa todavía en GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 4 p. 547.

²⁰ La existencia de títulos no inscritos en las Contadurías resulta claramente del artículo 318 del Reglamento y del título 14, en que está incluido, sobre disposiciones relativas a la inscripción de *títulos no registrados al publicarse la ley*: Si (...) no resultaren inscritos ni el derecho real de que se trate ni la propiedad del inmueble a que afecte (...). El 326 habla de propietario que teniendo título no puede reclamar inmediatamente la inscripción, por haberlo de traer de punto distante del lugar que debe hacerla o, por cualquier otra causa que le obligue a dilatar su presentación. *Leyes hipotecarias cit.*, 1, pp. 448-449. Una prueba de cargo perfectamente clara la tenemos en el 389, antes transcrito: los que a la publicación de la Ley hayan adquirido y no inscrito bienes o derechos que según ella se deban inscribir (...).

²¹ El hecho de existir títulos —otorgados tras el 1 de enero de 1863— cuya inscripción había sido suspendida en su día por falta de inscripción previa del título del transmitente (cfr. dos últimos párrafos del artículo 318 del Reglamento de 1870) demuestra que, pese a los rigurosos términos de la RO de 22 de diciembre de 1862, la práctica notarial (...) se había suavizado: cfr. JIMÉNEZ, *cit.*, p. 396. Ya LA RICA, *Algo más, cit.*, p. 721, destacó en su día que los títulos de fecha anterior a 1863 que se inscriben directamente no se sometían al principio de tracto aunque no se hubiesen anotado en la Contaduría de hipotecas.

²² Que de todos modos el tracto podía reconstruirse en bastantes casos resulta implícitamente del 308 del Reglamento que extiende el juego del 34 a los asientos practicados en los libros de contadurías (!). Artículo 308: La disposición del 34 de la Ley será también aplicable a los títulos inscritos en los antiguos registros (...). En efecto, el artículo anterior había reconocido en general a los asientos practicados en los libros de Contadurías los efectos de las nuevas inscripciones. Artículo 307: Las inscripciones de los antiguos registros surtirán en

cuanto a los derechos que de ellas consten, todos los efectos de las nuevas inscripciones aunque carezcan de alguno de los requisitos de los artículos 9 y 13 de la ley bajo pena de nulidad y no se lleguen a trasladar a los nuevos registros. Cfr. *Leyes hipotecarias*, cit., pp. 446-447.

²³ Para la intervención en este sentido de LUZURIAGA, v. COLEGIO REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución 1.2* (1989) p. 12: para ser clara y conocida, es necesario darla en un cuerpo lo más conciso posible, cuanto menos extenso mejor, porque bueno del todo ¿quién es capaz de hacerlo?

²⁴ Todos los párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley, recogidos en el texto, están tomados de *Leyes hipotecarias 1 cit.*, pp. 332-333.

²⁵ Si el registro nada dice sobre la propiedad de la finca, el que, amparándose en ese silencio, adquiere de quien tiene título, adquiere confiando en el registro, esto es, en que no existe ningún derecho obstativo de su adquisición (art. 23); y, si inscribe, hace uso, para defender el suyo, de una prerrogativa legal dispuesta precisamente para luchar contra la clandestinidad de los derechos (25), por lo que no puede castigársele por diligente en el cumplimiento de sus deberes en beneficio del negligente que descuidó los suyos. Esto es, equiparar al que publica su derecho «ateniéndose a los *preceptos* de la ley» a quién no lo hace y prefiere mantenerlo oculto. Más cuando deja pasar, sin utilizarlo, el plazo de gracia que tenía (1 año, luego prorrogado muchos más) para inscribir su título a pesar de la inscripción de otros contradictorios y defenderlo así sin daño para sus intereses. La colaboración en la búsqueda de la transparencia merece un premio. El que inscribe se jacta públicamente de la legalidad de su título: esto es, notifica a la sociedad que nada esconde, saca a la luz pública un acto o contrato sobre la propiedad inmueble sacándole de la gestación clandestina, y reta a quienes se crean con mejor derecho a que lo prueben: M. VILLARES PICO, *La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero en RCDI 252* (1949) pp. 292 y sigs. Se pregunta JIMÉNEZ, cit., p. 161, cuáles serían los, preceptos, a los que se refería VILLARES, si el sistema español no OBLIGA a dar publicidad a los derechos reales mediante la inscripción. Ciertamente no existe la obligación de inscribir pero una cosa es que no haya la obligación de inscribir y otra que no imponga la ley la carga de hacerlo. Existe efectivamente el deber de inscribir pero no en interés ajeno que esa es la nota que define el concepto de obligación sino en interés propio. Esto es, existe la CARGA de inscribir (al igual que existe la carga de la prueba en el proceso civil): el que retrasa la inscripción se expone a perder su derecho en concurrencia con un tercero qué sí lo haga. Para el concepto de, carga: L. ROSEMBERG: *La carga de la prueba* (1956) pp. 49 y sigs.

²⁶ Sobre la vigencia de la sanción que castigaba con nulidad los títulos no registrados de que habla la Exposición de Motivos de la Ley (*Leyes hipotecarias*, cit., 1 p. 236): por eso no contiene el proyecto la pena de nulidad de los contratos (...) que no hayan sido inscritos; por eso se separa de lo que hoy está escrito en nuestra leyes (...). Es de tener en cuenta sobre este asunto el Real Decreto de 23.5.1845 que obligó a los notarios a insertar en los instrumentos sujetos al pago del impuesto, la cláusula de que serían nulos si carecían de las notas que acreditasen hallarse oportunamente registrados y declaró la nulidad de las escrituras en que se hubiese omitido semejante cláusula: v. B. OLIVER, *Derecho inmobiliario español* (1892) p. 296. A iniciativa de Bravo Murillo, el Real Decreto de 26 de noviembre de 1852 prohibió a los notarios autorizar documento sobre bienes raíces si no contaba inscrito el título previo y exigió que todo acto o contrato sujeto al pago del impuesto constase en escritura pública. Antes de transcurrido un año fue derogado por Real Decreto de 19 de agosto de 1853: *Ibidem*, pp. 297-298.

²⁷ Artículo 392: Transcurrido el término del año, se podrán inscribir también los inmuebles y derechos adquiridos antes de la publicación de la Ley, pero tales inscripciones, aunque sean derechos cuya existencia se acredite por los títulos de propiedad al tiempo de su adquisición, no perjudicarán ni favorecerán a tercero sino desde su fecha (...). *Leyes hipotecarias*, cit., 1 p. 390. Dice la Exposición de Motivos, la reforma no produciría los eficacísimos resultados, que se pretenden para el porvenir si no se, arreglasen a su sistema (el de la ley) los actos y contratos anteriores a ella: esto lo hace (...) negando FUERZA

CONTRA (!) TERCEROS a los títulos que en CONTRAVENCIÓN A LAS LEYES ANTERIORES dejaron de inscribirse, mientras no se subsane el defecto, y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN». *Ibidem*, p. 238. Por tanto, sin necesidad de que concurran nuevas transmisiones e inscripciones.

²⁸ El artículo 396 estaba incluido en el título 14 sobre, la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la ley. Ciertamente no es una norma pensada solo para el periodo transitorio pero sí teniendo muy en cuenta este, en concreto, para estimular la inscripción. De ahí que se coloque en el título 14, por lo que complementaría el 392 y será desarrollada por el 333 del Reglamento (cfr. notas, 33, 40 y 41). Pero la más firme garantía del CUMPLIMIENTO DE LA LEY, tanto respecto a derechos antiguos COMO A LOS QUE DE NUEVO SE CONSTITUYAN, está en la prohibición (...) en admitir en los juzgados, tribunales ordinarios y especiales, en los consejos y oficinas del Gobierno ningún documento que no se haya tomado razón (...): *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 353.

^{28 bis} NÚÑEZ LAGOS, *El registro de la propiedad español en RCDI* 250 (1949) 140 y 159 aporta de pasada una razón muy convincente para la absorción del 23 por el 34. Según los estilos del Tribunal Supremo no prosperará la reivindicatoria contra el poseedor que tiene título si no se ejercitaba a la vez la acción de nulidad contra este. La de nulidad era presupuesto de la reivindicatoria con lo que la aproximación del supuesto del 23 al 34 era natural. Si el tercero no inscrito acciona contra el inscrito debe pedir la nulidad pero las acciones de nulidad o resolución solo decaen frente a un 34, no un 23. Ahora bien si según la primera Ley Hipotecaria el título no inscrito no existe frente a tercero, mal podrá exigirse su anulación sin contradecirse. Cfr., para la vigencia de ese viejo, estilo, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: V. MONTES, Comentario al artículo 348, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil 1* (1991) p. 970.

²⁹ La construcción monista cuya defensa últimamente ha tomado a cargo JIMÉNEZ, *cit.*, parte de la idea de que el ejercicio de toda acción real lleva consigo la de anulación del título del contrincante pero eso no era así con la entrada en vigor de Ley Hipotecaria. Y no era así, porque como resulta del 23 (y ratifica el 35) los títulos no inscritos no perjudican a tercero por lo que, cuando no están inscritos, carece de sentido solicitar su anulación ya que a los efectos legales no existen, es decir, carecen de fuerza real frente a terceros. En consecuencia salvo el caso de aquellos títulos que no tienen otro efecto que el anulatorio o resolutorio (34.1) en que la petición de anulación o resolución es inevitable porque ese y no otro constituye su efecto típico, los demás para producir efecto reivindicatorio (o declarativo del derecho) no precisarían de la formulación de esa petición.

^{29 bis} Esta situación estaba prevista y resuelta por el Derecho de Partidas (cfr. *Par.* 5,5,50 *in fine*): en caso de conflicto entre pretendientes por doble venta de cosa ajena decide entre ellos la posesión pero resultan vencidos ambos por el *dominus* que comparece. *Códigos españoles cit.*, p. 618. La venta de cosa ajena de buena fe es válida: *Par.* 5,5,54: *pero si el este comprador a tal ouo buena fe quando compro la cosa, no sabiendo que era ajena, mas cuidando que era de aquel que gela vendió; entonces puede ganar por tiempo el señorío della* (...). *Ibidem, cit.*, p. 622. Al mismo supuesto de posible conflicto entre títulos válidos se refiere el artículo 391 de la Ley que sigue el principio que regía en las Contadurías: «Las inscripciones que se verifiquen (en el plazo de un año) (...) no surtirán efecto en cuanto a tercero sino desde su fecha, cualquiera que sea la de las adquisiciones o gravámenes a que se refieran, si el derecho inscrito no constare de los títulos de propiedad (...). Si constare (...) se retrotraerán los efectos (...) a la fecha en que se hayan adquirido por el dueño». Cfr. *Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 389.

³⁰ La suspensión del principio de cierre, tal como constaba recogido en el 17 de la primera ley (y la actual); resulta del artículo 35 del Reglamento que permitía y amparaba así las inscripciones con efecto retroactivo: LA PROHIBICIÓN DE INSCRIBIR TÍTULOS DE FECHA ANTERIOR LA DEL ÚLTIMO INSCRITO en el registro, contenida en el artículo 17 de la ley, se entiende SIN PERJUICIO de la FACULTAD que según la misma ley tengan los dueños (...) PARA REGISTRAR EN PLAZOS DETERMINADOS, LOS TÍTULOS que

oportunamente NO se hubiesen PRESENTADO EN EL REGISTRO (...). Leyes hipotecarias 1 *cit.*, p. 403.

³¹ Decía la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1869, presentada por el Ministro Sr. Romero Girón: Lo más interesante para el crédito territorial es poner término al periodo de transición (...). Cuando dicho periodo que solo debía ser de un año dura ya más de seis, nadie podrá quejarse con fundamento de que cerrara inmediatamente. Sin embargo, tomando en consideración que por no haberse determinado el tiempo de la segunda prórroga (!), pueden haberse descuidado algunos en llevar sus derechos al registro, confiados acaso en que dicha prórroga no concluiría tan pronto o en que se concedería otra por el poder legislativo, se ha estimado conveniente fijar un último y preciso término, si bien muy corto (...). Justifican la diferencia de tiempo (...) para obtener mayor seguridad (...) lo cual no sucederá *mientras puedan registrarse derechos con efecto retroactivo* (...). *Leyes hipotecarias, cit.*, 1, pp. 475 y sigs.

³² Las inscripciones contradictorias estaban permitidas expresamente en el artículo 35 del Reglamento y 391 de la Ley: cfr. nota 30 y 18. Sería un caso parecido al del que hoy llamaríamos de doble inmatriculación. De volver cada titular a transmitir de nuevo la cosa y producirse conflicto no decidía la fe pública. Dicen con acierto GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 369 que, aun siendo el título nulo o falso, no sería nunca aplicable el 34.1 porque, falta el requisito de la no inscripción para que el que contrató con el adquirente en virtud de título falso o nulo, pueda estar comprendido en (...) 34. Cfr. nota 29.

³³ El artículo 392, a contrario, dispone que, pasado el periodo de suspensión, el título inscrito no perjudica ni favorece (aprovecha) a tercero sino desde su fecha. La causa es sencilla. Perjudica, desde la fecha del asiento y no otra, a los terceros (con títulos) no inscritos (23) y también inscritos (con posterioridad) (25 y 34.2). Aprovecha a los terceros pues a los que con título, inscrito o no, contratan con titular inscrito ya que, sin inscripción no hay efecto real. Por tanto solo se puede adquirir derecho real de titular inscrito. En particular, como resulta *a contrario* del artículo 333 del Reglamento, aprovecha a quienes con títulos no inscritos, invoquen los inscritos en apoyo de un derecho diferente que no dependa del acto o contrato (inscrito). En este último caso, por disposición del citado 333 del Reglamento, no juega la prohibición del 396 de la ley, que desarrolla y matiza el citado 333, de admitir en los Tribunales u oficinas documentos no registrados (anteriores o posteriores a 1863): *Leyes hipotecarias, cit.*, 1 p. 450.

³⁴ Las palabras del 392, desde su fecha, hay que interpretarlas en relación al 391 —a cuya doctrina se opone (la fecha que decide es la del asiento, no la del título)— que admitía inscripciones con efecto retroactivo, es decir, con eficacia retrotraída a la fecha del título inscrito o al del causante que transmitió el derecho. En el periodo transitorio como en las Contadurías decide la fecha del título (o del título de su causante) a la que debe remontarse la del asiento (art. 391). Por tanto, en estos casos, la fecha del asiento, será la propia de este mismo o —es lo importante— la del título, si fuese, la de este, más antigua.

³⁵ Sino desde su fecha: por tanto si solo un título se inscribe, sea en el periodo transitorio o concluido este, vencerá al contradictorio anterior que no se registró. Esto es, concluido el plazo no caben inscripciones con efecto retrotraído a la fecha del título o de el del causante o transmitente. Por dos razones: una porque lo dice el 392 y, otra, porque la inscripción previa, transcurrido el año, al entrar en acción el efecto cierre (art. 35 del Reglamento) impide la inscripción de contradictorios y por tanto pueda ampararse en el 391.

³⁶ Estamos ante un caso híbrido. El título inscrito es anulable pero no por razón de sus propios vicios (vicios intrínsecos) ni de los que le hayan precedido en la cadena de títulos (inscritos) sino en virtud de los vicios generados por títulos no inscritos. Si nos atuviésemos exclusivamente a la condición de no inscritos de estos entraría el 23 y la acción no podría prosperar. Si nos centrásemos únicamente en que el vicio es de nulidad la acción debería admitirse con arreglo al 33. La solución legal es también híbrida y así se admite que, contra el 32, título no inscrito puede perjudicar a otro inscrito y, contra el 33, que únicamente resuelva el viciado y nada más que este (no los posteriores que de él traigan causa: art. 34.1).

³⁷ Hay que convenir con SANZ, *Instituciones* 1 p. 411 cuando dice que para los monistas, el 32 (entonces 23) es un precepto inútil. Solo una superficial consideración del sentido de la palabra causas (en el vigente 34) llevaría a echar de menos la referencia a títulos anteriores, ya que precisamente una de esas causas que no constan en el registro es precisamente el título no inscrito. Completamente de acuerdo. Lo que quiere decir —en caso de doble venta— que, dejando ahora de lado el artículo 40 de la ley actual, introducido en 1944, antes de esa fecha, para que la reclamación del que no inscribe no pueda prosperar, había que cumplir con los dos requisitos del 34.1. Uno, que el titular no inscrito con fundamento en su título (no inscrito) pretenda ANULAR O RESOLVER otro inscrito; y, dos, que ese otro inscrito que se impugna sea precisamente EL DEL OTORGANTE, de su contrincante y no el de este mismo. Pero, de exigirse la concurrencia de estos dos requisitos, especialmente el último, el 34.1 sería un precepto completamente inútil (insisto, en caso de doble venta o en general en el caso de doble transmisión o transmisión de finca gravada por el propio transmitente). Porque ¿cómo podría el comprador no inscrito pretender la anulación del título del otorgante, —es decir, del causante de su contrincante— sin destruir, de tener éxito, AL MISMO TIEMPO el título de su *auctor* y por tanto el fundamento del suyo y de su propia pretensión? En efecto, ese causante (otorgante), contra el que, para que opere el 34, hay que dirigir la acción de anulación, sería también su propio causante, es decir, no solo de su contrincante sino también suyo.

³⁸ Mucho peor, si se sigue a los monistas del 34 y se acepta por tanto la irrelevancia del 23, dado que, desde 1869, la sanación que produce la fe pública exige de las notificaciones que introdujo la Ley de Reforma de ese año y es operativa solo frente a posibles vicios de los títulos de quienes precedían en la cadena del tracto al titular inscrito —únicos cuyo domicilio constaba en el registro— resultaría que el 34 no podría proteger frente a títulos de titulares no inscritos con lo que el 34 sin el 23 quedaría completamente cojo a partir de 1869. Decía el artículo 34.2 (redacción de 1869) la notificación se realizará, a los anteriores adquirentes que tuviesen *registrado* su derecho. En consecuencia, para liberarse de los derechos no inscritos no serviría el 34 ni sus notificaciones y habría que acudir al expediente de liberación con lo que la defensa frente a títulos no inscritos (a pesar de estar vigente el 23) solo podría conseguirse mediante el citado expediente de liberación; NUNCA, desde luego, A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. Es decir, si fuese cierto que el 23 se hizo inútil al ser absorbido por el 34; por su parte, el 34 se VOLVIÓ todavía más inútil para defender al titular inscrito frente a títulos no inscritos ya que, sin notificación a los perjudicados, el 34 por sí solo era desde 1869 inoperante para conseguirlo. Por tanto el que absorbió la función del 23 no fue el 34 sino que sería el 365 que amplió a esos casos el, expediente de liberación de cargas y gravámenes» con efectos equivalentes al viejo procedimiento de purga (de que habló en su día CÁRDENAS que lo introdujo para tapar un agujero que subsistía provisionalmente: esto es, para acabar con los derechos ocultos durante el periodo transitorio y, transcurrido este, con ciertas hipotecas tácitas o derechos antiguos a las que respetó la nueva ley). Dejando a salvo SANZ, *Comentarios a la nueva ley hipotecaria* (1945) p. 498, nadie insiste sobre la desactivación del principio de fe pública desde 1869 hasta la reforma de 1944: a partir de ese año, dice SANZ, la «finalidad del expediente de liberación anterior no era preciso cubrirla mediante expediente de liberación, toda vez que la cumplía por sí misma la fe pública registral. Un hecho decisivo para entender la evolución del sistema: v. PARDO, *Purga y fe pública*, cit., 149. Según FERNÁNDEZ NEGRETE el expediente de liberación de cargas de 1861, que hipertrofia la reforma de 1869, vigente hasta 1944, era un, medio que es imitación del que inventó en Francia el Edicto de 1771. Es lo que los franceses llaman la purga, que es un sistema de LIBERACIÓN: v. *Leyes hipotecarias 1-2*, cit., p. 300. La comunicación entre el Ministro de entonces y CÁRDENAS era muy fluida no solo en este punto sino sobre el sentido y alcance del 23.

³⁹ Artículo 309 del Reglamento: Dentro del año siguiente al día en que empiece a regir la ley, se podrán deducir las demandas que procedan, según la legislación anterior, y tengan por objeto o resultado invalidar títulos inscritos en virtud de otro que no lo estén. (...). Transcurrido dicho plazo no se podrán interponer tales demandas sino en virtud de títulos

cuya inscripción sea anterior a la del que pueda quedar sin efecto por consecuencia de las mismas demandas. Leyes hipotecarias 1, *cit.*, p. 447.

⁴⁰ En resumen, pasado el plazo de suspensión, solo caben demandas, por anulaciones, en virtud, de derechos que correspondan, según la anterior (antigua) legislación, entre titulares inscritos. Así lo confirma el 396 de la Ley pensado para ese periodo esencialmente y que desarrolla el 309 del Reglamento antes transcrito (cfr. nota siguiente).

⁴¹ El artículo 396 en efecto está incluido en el título 14 de la ley que lleva el epígrafe de la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la ley por lo que parece una norma que tiene por objetivo fijar el Derecho transitorio. Según la Exposición de Motivos no fue totalmente así (cfr. núm. 28). La clave está en las palabras, sujetos a inscripción. Sujetos a inscripción indica que no están todavía inscritos y coordina perfectamente con el 392, 23 y 34.2: no se admiten demandas o reclamaciones contra terceros con títulos no inscritos sino previa inscripción del propio. Busca incentivar la inscripción de títulos todavía pendientes de inscribir denegándoles protección judicial y administrativa. No se trata de inoponibilidad, sino de oponibilidad. Cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 647 (v. nota 92) y p. 622: no sería justo que el derecho anterior no inscrito fuera anulado por el posterior que tampoco lo estuviera. La prohibición (que no salva el caso de pedirse la anulación del título inscrito por titular no inscrito, vía 33 y 34.1) no tiene sentido durante el periodo transitorio en que no hay cierre registral y por tanto pueden hacerse valer contra títulos inscritos otros no inscritos; cosa que aunque posible en el año anterior, era completamente imposible transcurrido este. Como veremos para las primeras inscripciones (y solo para ellas) se cerraba el paso, transcurrido el año, al ejercicio por titular no inscrito (anterior a 1863) de todo tipo de acciones contra titular inscrito: es decir, no solo de acciones reales *parte rei* sino también las resolutorias con efecto anulatorio o real *parte personae*. Para las sucesivas inscripciones, en cambio, no; ya que prosperaban estas últimas (34.1) dejando a salvo la fe pública: cfr. nota siguiente y 44. El párrafo del artículo 333 del Reglamento, aunque dichos documentos no se puedan ya registrar (es decir, pasado el plazo del año), confirma que el 396 se redactó pensando fundamentalmente en el periodo transitorio lo que explica su inserción en el título 14 de la ley.

⁴² Así lo entendió y refrendó el importante artículo 309 del Reglamento ya visto, que se ocupaba de las, demandas que procedían SEGÚN LA ANTERIOR LEGISLACIÓN. En cambio para los títulos de fecha posterior regiría el 34.1. Resulta *a contrario* del mismo 309.2 que remachaba que solo TALES DEMANDAS (es decir, las que procedían con arreglo a la legislación anterior, no la posterior) eran las que, pasado el año, estaban prohibidas. Hay que insistir que, para esas posteriores, correspondía estar al 34.1 que las permitían y solo no prosperaban cuando un tercero hubiese adquirido del titular inscrito (contra el que se dirigía la demanda) y la causa que producía la anulación no resultaba claramente del Registro. Así corresponde deducirlo también de la anotación preventiva de demanda del 42.1 de la Ley Hipotecaria.

⁴³ El núcleo de la cuestión está en la conversión de los asientos de Contadurías en inscripciones y por tanto la traslación de los efectos de los asientos en los nuevos libros a los antiguos. Lo que tenía gran importancia a la vista del 34.2 de la ley: solo los títulos inscritos perjudican a terceros inscritos. Por una parte se mantiene la eficacia anulatoria respecto a otros posteriores de los títulos inscritos, no solo en los nuevos libros sino en los antiguos. Pero, por otra parte, cfr. nota siguiente, respecto a los no inscritos se les priva de fuerza anulatoria —pasado el año de suspensión de eficacia de la ley— frente al titular inscrito, aunque sea el suyo el primer asiento y por tanto no constase inscrito el de su causante. Se pone plazo de caducidad al ejercicio de anulaciones que procedan en virtud de títulos no inscritos. Coincide con el trato que se da en el periodo transitorio a las acciones de resolución por razón de los artículos 16, 36 y 144. Aunque la reforma fuere de eficacísimos resultados para el porvenir, no produciría desde luego todos los que se apetecen, si no procurase que se arreglaran a su sistema los contratos y actos anteriores a ella. Esto la hace ya ofreciendo estímulos a la inscripción, ya NEGANDO FUERZA CONTRA TERCEROS A LOS TÍTULOS QUE EN CONTRAVENCIÓN A LAS LEYES ANTERIORES DEJARON DE INSCRIBIRSE, mientras no se subsane el defecto Y ENTONCES SOLO DESDE LA INSCRIPCIÓN: Leyes hipote-

carias 1 *cit.*, p. 238. Cfr. nota siguiente. Pasado el año de suspensión, y fuese uno el asiento practicado, no hay necesidad de doble transmisión e inscripción para enervar la fuerza de los títulos no inscritos (frente a los inscritos).

⁴⁴ Cfr. artículo 308 del Reglamento de 1861: La disposición del artículo 34 será también aplicable a los títulos inscritos en LOS ANTIGUOS REGISTROS, respecto a LOS ANTERIORES, que no se inscriban en el plazo señalado en el artículo 389 de la misma (el año de suspensión de los efectos de la ley) y «también en cuanto a aquellos que inscribiéndose en dicho plazo, deban surtir efecto desde la fecha de la inscripción». Leyes hipotecarias *cit.*, 1 p. 447. Es decir, procede exclusivamente durante un año la resolución de título inscrito, por razón de otro anterior no inscrito, sea el de su causante u otorgante (nulo por vicios intrínsecos) o el de un tercero que produzca la nulidad de este (esto es, el del causante u otorgante). En el régimen de las antiguas Contadurías, al contrario, la resolución procedía en cualquier tiempo siempre que antes de entablar la acción se inscribiese el título que la fundamentaba. ¿Y si el del otorgante (cuya anulación se pedía) constaba inscrito en las contadurías? Dicho de otro modo: ¿La anulación del antecedente inscrito en las Contadurías arrastraba al consiguiente también inscrito en ellas? Si procedía por razón de título no inscrito, solo durante el año siguiente a la entrada en vigor de la ley o, de haberse inscrito en plazo en los nuevos libros, no procediese retrotraer su eficacia a fecha anterior a la del anulado. En consecuencia, pasado el año como no cabía la inscripción del título causante de la invalidez fuese el del otorgante, o el de un tercero, los títulos sentados en las contadurías (fuesen o no primeras inscripciones) se volvían inmunes (frente a posibles causas de nulidad que no derivasen de su propio título) exactamente igual que los inscritos en los nuevos libros. A no ser, claro está, que la resolución —v. artículo 34.1— procediese por causas, que derivasen no del propio título sino de otro distinto y este constase inscrito (es decir, resultasen del propio Registro).

⁴⁵ Tercero a secas: nada se dice de que adquiera de titular inscrito. Artículo 358: Los que a la publicación de esta Ley tengan a su favor alguna acción resolutoria o rescisoria procedente de derechos que en adelante no han de surtir efecto en cuanto a tercero sin su inscripción, conforme a los artículos 16, 36 y 144, la podrán ejercitar dentro de un año, contado desde que empieza a regir la misma ley, si antes de hacerlo no han prescrito. Nótese que nada dice del 34 ya que la resolución por anulación tiene régimen específico en la ley (art. 34) y, para el periodo transitorio, en su reglamento 309. V. Leyes hipotecarias, *cit.*, 1 p. 384. Tener muy en cuenta la distinción de GREGORIO LÓPEZ, que asume LA SERNA, y que se recoge en la nota 5.

⁴⁶ Artículo 359: Si los derechos a que se refiere el artículo anterior, no fueran exigibles dentro del año, por no haberse cumplido la condición de que dependan, podrá el que los tenga a su favor pedir que se los asegure con hipoteca especial, la misma persona obligada y en su caso el tercer poseedor de los bienes que llevan consigo la obligación. *Ibidem, id.* Durante ese plazo con arreglo al Derecho de Partidas —inoperante la de Contadurías: cfr. nota— los títulos no inscritos producen efecto frente a tercero que por tanto está vinculado como la parte. Tercer poseedor porque, con arreglo a las normas generales de derecho transitorio, al respetarse durante el año los derechos adquiridos con arreglo a la legislación anterior, si las acciones resolutorias por rescisorias perjudican al titular inscrito, con más razón perjudicarán al no inscrito.

⁴⁷ Artículo 360: Transcurrido el término del año, sin haberse hecho uso de las acciones resolutorias o rescisorias que se refiere el artículo 358 o sin haberse obtenido la garantía de que trata el 359, no se podrán ejercitar las expresadas acciones en perjuicio de tercero, como no se haya asegurado el derecho con hipoteca especial. Leyes hipotecarias, *cit.*, 1 p. 385. No exige que el tercero adquiera de titular inscrito. Lo confirma el que, al contrario de lo que por ejemplo pasa en el 34 del Reglamento, el 360 no mande inscribir el título del que deriva la acción (del 16, 36, 144) —de ser así se cumpliría con el requisito de las dos inscripciones del 34— sino que dé solo dos opciones: una, que ejercite judicialmente la acción; dos, que constituya hipoteca.

⁴⁸ Artículo 347: Los que a la publicación de la ley tengan alguna hipoteca legal de las no exceptuadas en el artículo 354, podrán exigir en el término de un año, que la persona

obligada por dicha hipoteca constituya e inscriba en su lugar una especial suficiente (...). Artículo 350: Transcurrido el año prescrito en el 347, no podrán exigirse la constitución de hipotecas especiales en sustitución de las legales sino los que tengan derecho a ello con arreglo a esta Ley. Artículo 351: Tampoco surtirá efecto contra tercero, transcurrido el año, ninguna hipoteca legal no inscrita, con exclusión de las comprendidas en el referido 354. Decía LUZURIAGA en su intervención en el Senado: tampoco surtirá efecto transcurrido el año, ninguna hipoteca legal no inscrita con exclusión de las comprendidas en el referido artículo 354 (...); las hipotecas legales comprendidas en el artículo 353 quedan extinguidas al año si no han sido inscritas y las del 354 no: Leyes hipotecarias 1.1, *cit.*, p. 14.

⁴⁹ Lectura difícil es la del artículo 366: bajo apercibimiento de que no haciéndolo dentro del plazo que se señale, se tenga por extinguida la carga o hipoteca en cuanto a tercero que *después* adquiera dominio o derecho real sobre cualquiera de los bienes tácitamente gravados y que se liberen. *Ibidem*, p. 386. Nada se dice de qué ese tercero para serlo deba haber adquirido de titular inscrito e inscribir. Pero aun entendiéndole así (poniendo en relación la palabra «después» con el artículo 382 de la ley) no hay que olvidar que las cargas que se purgan con el expediente de liberación, porque son cargas de origen legal y tácitas, se tienen a todos los efectos como si estuviesen inscritas (arts. 354 y 355) y durante el periodo transitorio también las que no lo sean (353 y 358) y, por tanto, con arreglo a las reglas generales, SOLO SE EXTINGUEN POR SU CANCELACIÓN y únicamente EN CUANTO A TERCERO (cfr. art. 77 de la ley). Por tanto se necesita para que la liberación sea efectiva, primero, la práctica de la cancelación, y, después, la transmisión del derecho liberado a un tercero, inscriba o no.

⁵⁰ Como estamos viendo, en los supuestos de primera inscripción inmatriculadora, prevalecerá, en cambio, su condición de no inscrito y pasado el plazo de suspensión no se admitirá que prospere con fundamento en él la reclamación por nulidad ya frente a primera inscripción. La doctrina que rechaza esta interpretación no valora el plazo de suspensión de efectos de dos años (y la publicación por edictos) como justificación de la eficacia reforzada del asiento de inmatriculación. Parece así que nada importa que haya dejado pasar un año (hoy dos) sin protestar el que no inscribe y permite que lo haga su oponente a pesar de haber sido advertido por activa y por pasiva de los peligros que corre (por la ley directamente y los oportunos edictos). Incluso aunque, como en la ley de 1861, desaprovechase la oportunidad que en ese plazo (aplazada también durante el año, la entrada en vigor del art. 17 de la Ley por el 35 del Reglamento) se le concedió para, a pesar de habérsele adelantado otros oponentes, inscribir su derecho sin perjuicio alguno. Pero obviamente, hoy como ayer, siempre que uno, advertido convenientemente, deja pasar un plazo de gracia para cumplir sin castigo su deber de inscribir, tanto mayor será su culpa si se le adelanta otro. Es precisamente la suspensión de efectos y por tanto la posibilidad de impugnar el asiento del derecho inscrito por terceros no inscritos, lo que da su impronta especial o típica al asiento de inmatriculación: cfr. nota y lo que allí se dice.

⁵¹ Según LA RICA, *cit.*, p. 721 las inscripciones primeras nunca gozaron en la ley de 1861 de la fuerza que se reconocía a las siguientes. En su opinión se fueron admitiendo excepciones al principio de tracto sucesivo para que pudiese ingresar en el Registro la propiedad que no lo había hecho. Aprovecha JIMÉNEZ, *cit.*, p. 397, para recordar que solo tras la reforma del 20 por la ley de 1869 fue posible inscribir títulos posteriores a 1 de enero de 1863 sin necesidad de previa inscripción del causante, anterior a esa fecha. De ahí concluye que «fuera del caso de derecho transitorio (...) no podía inscribirse título posterior a 1 de enero de 1863 sin que estuviese previamente inscrito el título del transmitente (...) por lo que no es posible imaginar que se estableciese en la LH un principio que fuese especialmente protector de las primeras inscripciones, como lo es el principio de inoponibilidad». Parece entender esta autora que el legislador partía de la premisa de que, a partir del citado uno de enero, los propietarios llevarían sus títulos anteriores a esa fecha solo para acompañar los de transmisiones posteriores y cuando estas se produjesen. Basta leer los artículos 391 y 392 de la ley para concluir que no era así en absoluto. Más bien el legislador pensaba que, por la cuenta que les traía, los propietarios registrarían sus títulos anteriores a 1863 inmediatamente, sin esperar a transmitir

la finca de nuevo. Cfr. también el artículo 318 del Reglamento de 1861 y epígrafe del título 14 de la ley: Leyes hipotecarias 1.1, *cit.*, pp. 448 y 384.

⁵² Dice SANZ, *Instituciones* 1 *cit.*, p. 374, que entre los presupuestos de un sistema de fe pública está el de que el registro comprenda la historia de las transmisiones y gravámenes del dominio de una finca, de manera que se pueda formar una vida aparente del inmueble frente a la vida extra-registral del mismo. Dicho en *román paladino*, los títulos se ordenan no por personas o fecha de presentación, siguiendo un orden cronológico, sino lógico de modo que los adquirentes de hoy serán los transmitentes de mañana. Es decir, por fincas de modo que el folio, con arreglo a los principios de tracto, y cierre, no publique nunca simultáneamente titularidades contradictorias. Por su parte afirma PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario* (1982) p. 599, que el legislador de 1861 ideó un sistema de protección que amparaba a terceros que adquiriesen de persona el registro publicase como titular y por tanto con facultades para transmitir. «Por ello no podía interesar un sistema de protección de terceros que demuestre su substantividad solo en situaciones anómalas o transitorias: en los casos de primera inscripción (por no inmatriculación o por interrupción del tracto)». Pero en el caso de doble venta o transmisión no hay inmatriculación ni interrupción del tracto y sin embargo no sirve, como vimos, el 34. El 34 exige que se ejercite una acción de nulidad pero en caso de doble venta el único título susceptible de ser pedida su anulación —descartado el del causante común— es el del comprador rival lo que subsumiría el caso en supuesto del 33 y no del 34. Por lo demás es absurdo que pensase montar el legislador el tracto en el nuevo registro sobre los asientos de las antiguas Contadurías cuando en estas no existía tal tracto y por tanto ni se vigilaba ni guardaba. En ellas los asientos estaban sueltos, todos por decirlo así eran formalmente primeras inscripciones ya que se ordenaban cronológicamente: el tracto formal no era principio del sistema por tanto su cumplimiento excepción y su interrupción la regla. En cambio, el tracto material, cuando se llevaban todos los títulos referentes a un inmueble al Registro, era reconstruible mediante una paciente labor de búsqueda. Los títulos no se agrupaban por fincas ni, por tanto, engarzaban unos con otros, como ahora, en la hoja de cada una de ellas siguiendo un orden estrictamente lógico. Cabían inscripciones de títulos aislados, de consiguientes antes que antecedentes y, lo que es peor, incompatibles. Por tanto, cuando era posible reconstruirlas con gran esfuerzo, podíamos encontrarnos con cadenas interrumpidas o contradictorias. Cfr. nota 32. Siendo las cosas así, habiendo en muchos casos asientos aislados, tractos contradictorios e interrumpidos, no se ve por qué iba a dispensarse a las primeras inscripciones en los libros del nuevo registro peor trato que a las extendidas en el antiguo ¿Cuál sería el fundamento de la mayor fuerza jurídica de estas? No evidentemente el tracto.

^{52 bis} El principio de tracto se recogió por primera vez en el artículo 1820 del proyecto de Código Civil. Y fue recogido por el artículo 16 del Real Decreto, expedido por el Ministerio de Hacienda, de 26 de noviembre de 1852 proscribiendo a los escribanos que otorgaran documento sin que constase haberse inscrito el documento de que resultasen. En otro lugar hemos expuesto los gravísimos inconvenientes de esta disposición y la alarma que produjo (...) venía en último resultado a imposibilitar la enajenación de la propiedad en la mayor parte de la Monarquía, a hacer de hecho inalienables fincas cuyo dominio por descuido, trastornos políticos, incendios, robos, vicisitudes políticas o del mismo transcurso de los siglos no podía probarse escriturariamente (...) lo que decidió al Gobierno algunos meses después, en 19 de agosto de 1853, a dejar en suspenso por entonces el citado artículo 16, aplazando el examen de la cuestión para resolverla en la Ley Hipotecaria»: LA SERNA, *cit.*, p. 549. Sabido es, que antes de empezar a regir la Ley Hipotecaria se tomaba razón en las contadurías (...) sin tener en cuenta (la) validez o nulidad y sin exigir que constase registrador a favor del que transfería o gravaba, como el artículo 20 de aquella previno: GALINDO, *cit.*, p. 369.

⁵³ El Tribunal Supremo comprende en el 1473 a, todo contrato con finalidad traslativa a título oneroso: RUBIO, *La doble venta y la doble disposición* (1994), pp. 187 y sigs. Cfr. Sentencia 17 de diciembre de 1984.

⁵⁴ Leyes hipotecarias 1 *cit.*, p. 249: conviene repetir el párrafo de la Exposición de Motivos que hace esta decisiva afirmación: Las innovaciones que con este motivo ha introducido la

Comisión se refieren a (...) a las rescisiones (...) POR HABERSE VENDIDO Y ENTREGADO A UN SEGUNDO COMPRADOR LO VENDIDO ANTES A OTRO. Es decir, compete al primer comprador una rescisoria contra el segundo comprador que compra aunque haya tomado posesión. Esa rescisoria efectivamente existía en el Derecho tradicional, esto es, en el Derecho de Partidas y se limitaba según Gregorio López al caso de que el segundo comprador conociese la compraventa del primero: *sed limitare potest, quod propter scientiam remptoris de prima venditione, competat primo emptori actio revocatoria ad revocandum alienata in fraudem ut dixit sigulariter Bald. in rubr. C. de revocand. his quae in fraud. credit. alien. sunt, in princ. et probari videtur in Gloss. in verbo iure, in dict. 1. quotiens, ubi Alberic. et Jaso. 9. opposit., quod intelligerem, quando constaret de scientia emptoris secundi de prima venditione tempore secundae venditionis*. V. GREGORIO LÓPEZ, Comentario a Partidas, 5,5,50, en Los Códigos españoles, *cit.*, 3 p. 618. Cfr. también nota 29 y 102.

⁵⁵ El artículo 23 (hoy 32) no protege contra la nulidad del propio título: tanto es así que si la venta anterior no inscrita produjese en caso de doble venta la anulación o resolución de la inscrita, con arreglo al 33 y el 34.1 a contrario no pertenecería nunca al segundo comprador por mucho que inscriba su título (e incluso hubiese adquirido de titular inscrito: causante común de ambos compradores). Lo único que interesa, para que pueda imponerse con arreglo al 23 y 1473.2 es que el título inscrito del segundo comprador sea válido Y por ello poco importa que se alegue que en la doble venta el que compra en segundo lugar pero inscribe adquiere válidamente *a domino* como que se diga que es un comprador de cosa ajena ya que la venta de cosa ajena se entiende de modo abrumadoramente mayoritario que es válida. Solo si se entendiese nula no podría ser protegida por el 23 (1473.2) por qué lo vedaría el 33. Pero en ese caso tampoco podría servir el 34 que protege contra la nulidad del título del otorgante (causante), pero no del propio. Es por ello completamente lógico que, cuando el Tribunal Supremo, en una interpretación correctora del 1473, tachaba de nula, por falta de objeto, la segunda compra, caso de que hubiese un lapso temporal significativo entre ambas; no concediese amparo al titular inscrito ni por el 23 ni por el 34 y aplicase en cambio el 33.

⁵⁶ En este caso el titular no inscrito no pretende anular o resolver el título del otorgante (requisito imprescindible para que opere el 34.1) sino el de su rival: ¿Cómo iba a querer anular o resolver el del otorgante (causante común) si para fundamentar su pretensión y triunfe su reivindicación debe apoyarse precisamente en él? Se entiende que por esta razón Hermida, que es monista, y exige doble inscripción para ganar protección del registro, mantenga el 32 y 13 como autónomos frente al 34 en estos casos. Existe inscripción constitutiva en su opinión no solo cual la ley lo dice como por ejemplo en el 145 (para el caso de hipoteca) o en el del 34 (una a domino y otra a non domino) sino en el del 32, 13 de la ley y 1473 y 606 del Código en que, al contrario que en el 34, la impugnación del titular no inscrito no se dirige contra el título del causante o *auctor* del titular inscrito (34.1), sino contra el de este último.

⁵⁷ Es coherente con su propia posición HERMIDA LINARES cuando sostiene que: A) existe inscripción constitutiva no solo en el caso de la hipoteca sino también en los del 34 (ahora bien en la primera *a domino* y la segunda *a non domino*) (la primera no expropia; segunda, si). B) Es constitutiva también la inscripción del 32 (hay que entender *a domino*) cuando se da prevalencia al que inscribe primero, en caso de transmisión de usufructo de finca gravada con servidumbre no inscrita (y, por extensión, habría que concluir también en caso de doble venta o transmisión de un mismo derecho). M. HERMIDA LINARES, El Derecho inmobiliario español. Los modos de adquirir y el Registro de la Propiedad en RCDI 280 (1951) pp. 648 y 729-730.

⁵⁸ Leyes hipotecarias 1 *cit.*, pp. 237-238.

⁵⁹ *Ibidem*, *cit.*, pp. 341-342.

⁶⁰ *Ibidem*, *cit.*, p. 253. El artículo 1473 del Código Civil vigente en caso de doble venta de un mismo inmueble a diferentes personas establece que *la propiedad pertenecerá al adquirente* que antes haya inscrito en el registro. *Es un precepto atributivo de propiedad*. La inscripción es en este caso modo de adquirir el dominio (por ley, art. 609) *in loco traditione*. NÚÑEZ LAGOS, *El registro*, *cit.*, p. 159.

⁶¹ Se sorprende A. MONSERRAT VALERO, *En defensa de la tesis monista del tercero hipotecario* en RDP 6 (2001) 513 de que, con arreglo al 34, cuando se trata de segunda inscripción, los dualistas exijan sin remordimiento alguno, para enervar las acciones de anulación o resolución, el cumplimiento de requisitos que dispensan cuando se trata de la inscripción primera de inmatriculación. Pero, primero, ninguna inscripción ni siquiera de inmatriculación sana los vicios del propio título; proceda la anulación o resolución por razón de este mismo (vicios intrínsecos) o por razón o «en virtud» (así resulta en la ley actual del terminante mandato del 33; *al contrario que la ley de 1861 durante el periodo de suspensión a la vista del 309 de su Reglamento*) de títulos sujetos a inscripción y no inscritos (revocación testamento anterior; derechos de preferente adquisición, sentencia incapacidad, etc.). Segundo, en el caso del inmatriculante, cuando la acción de impugnación se ejercita en el plazo de dos años de suspensión durante el periodo transitorio y se dirige ya no contra él (por supuesto, los posteriores) sino contra cualquiera de sus causantes por vicios de los títulos de estos. No hay duda por lo que a este último caso respecta que el procedimiento de inmatriculación (incluso del 205 vigente) es mucho más riguroso que el ordinario. A lo que parece la suspensión de los principios de prioridad, tracto, cierre y oponibilidad durante un plazo prolongado no parece importar nada. El titular inscrito vence en este caso porque su oponente, pudiendo, ha dejado pasar dos años sin hacer valer su derecho a pesar del asiento efectuado, y la publicación de la ley (hoy de los edictos oportunos). Su desidia por tanto le hace doblemente culpable.

⁶² Dice HERMIDA que en el Derecho inmobiliario español existen dos formas de adquirir la propiedad: una forma superior (la fe pública registral) y otra inferior (la tradición) porque es vencida por la primera caso de enfrentarse a ella. HERMIDA, *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles en RCDI 457 (1966) pp. 1487 y sigs.* En realidad, por tanto, lo que viene a decir es que la inmatriculación es un acto clave porque saca a la finca del mundo civil y la introduce en el registral. Ahora bien para valorar la eficacia del asiento de inmatriculación hay que valorar el rigor del procedimiento que la produce en consonancia con el principio de teoría de la organización que condiciona la fortaleza del efecto de un acto al rigor del procedimiento de que surge.

⁶³ Lo que habría que explicar más bien es que el 23 no opere cuando estamos ante un caso de nulidad y por tanto, a pesar de no constar inscrito el título, en cuya virtud, procede anular el inscrito, prospere la acción entablada. Dejando de lado este caso —en que como sabemos la solución de 1861 fue distinta— es obvio, sin embargo, que con arreglo a los conceptos generales no es lo mismo la compra nula de cosa propia (del transmitente) que la venta válida de cosa ajena (que no le pertenece). El Derecho civil no trata del mismo modo la venta nula y la venta de cosa ajena que, como demuestra el caso de evicción, es algo perfectamente posible e incluso, en muchos casos, inevitable (por muy buena voluntad le echen las partes). Sobre la venta de cosa ajena tenemos ahora el magnífico estudio histórico-jurídico, ya citado, de MÉNDEZ APENELA, *La venta de cosa ajena, cit.*

⁶⁴ Al respetarse íntegramente durante el plazo del año los derechos adquiridos, constasen o no inscritos en las Contadurías, las dobles, triples, múltiples cadenas causales que podían salir de semejante «sopa» jurídica hicieron inevitable, para clasificarlas y decidir cuál era mejor en derecho, recurrir al principio de prioridad y explica que se mande estar a aquella cadena cuyo título/origen fuese más antiguo: v. artículo 391 en nota 18. Pero si vencía el título con inscripción que, por efecto retroactivo, debe tenerse por más antigua, cuando fueron varios los inscritos durante el periodo transitorio, con más razón vencerá, agotado este, en caso de doble venta, el único inscrito o inscrito a secas: artículo 38.4. Entra solo uno ya que, pasado el año, como vimos más arriba (cfr. nota) rige el principio de cierre (art. 35 del reglamento).

⁶⁵ *Leyes hipotecarias cit.*, p. 249. V. nota 54.

⁶⁶ Cfr. transcripción del original latino en nota 54.

⁶⁷ Contra E. LALAGUNA, *La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil*, en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 1 (2009) p. 400. A. PAU, *Comentario al artículo 606*, en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del*

Código Civil, 1 (1991), p. 1536, reduce el valor del asiento, en el caso del 1473 del Código, al de conflicto entre ventas no traditorias; en otro caso entra el 34 de la Ley.

^{67 bis} Conviene recordar que el hecho de que el Registro proteja al adquirente a título lucrativo o de mala fe (que tanto escandaliza aquí) es efecto perfectamente normal en Italia o Francia. V., por ejemplo, artículo 2544 del *Codice civile*. Es por ello ridículo argumentar que el conocimiento del segundo comprador, que inscribe primero, de la compra anterior vuelve ilícita forzosamente la causa de la suya: franceses e italianos tienen precepto equivalente al 1275 de nuestro Código y no ven la causa ilícita y no la ven porque tienen precisamente un precepto equivalente a nuestro 32. La adquisición del segundo comprador que inscribe es derivativa, el segundo adquirente que ha transcrito antes es adquirente a domino y esto explica precisamente la irrelevancia de su buena o mala fe: MENGONI, *L'acquisto a, non domino*, 1949, pp. 131 y sigs.

⁶⁸ Aunque no tenga siempre la misma firmeza, son insistentes —solo por citar su comentario al 34— los pronunciamientos en este sentido de LA SERNA, *cit.*, p. 622: no pudo conocer por los libros; en esto se sigue que el espíritu de la ley y su base capital, según la cual, sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado; enterarse de lo que hay en el Registro; el que engañado por el silencio del Registro, no pudo tener conocimiento por el Registro.

^{68 bis} Sirva de ejemplo su exposición sobre la legislación hipotecaria comparada: Pero se dice ahora por el Sr. LUZURIAAGA que siendo el objeto de esta ley materia de uno de los títulos del Código Civil, debería haberse aguardado a la publicación de este y no traerse sola. Yo respeto mucho la opinión de SS, tanto más respetable en esta cuestión, cuanto que con gran honra suya es el autor de los títulos XIX y XX del proyectado Código Civil; y por nadie más autorizado que SS para emitir parece en esta materia. Pero esta materia (...) ¿no es la que con mayor facilidad puede desprenderse del Código Civil como se ha desprendido en efecto en muchas naciones? Y a continuación cita por su nombre y fecha las leyes hipotecarias 11 Brumario, año 7 de la república francesa; 1 de junio de 1822 de Baviera; 1 de mayo d 1934 en Bremen; 10 de enero de 1834 en los estados romanos; Sajonia de 1843; Friburgo de 1 de julio de 1834; Grecia de 11 de agosto de 1836; Lübeck en 1818; Francia en 1855; Bélgica en 1851; y continúa con Milán, la legislación prusiana, que es base de todas las legislaciones posteriores alemanas y por consiguiente de la legislación universal: «¿no cuenta con las Ordenanzas hipotecarias dadas por Federico II en 1783?; para rematar con una enumeración de proyectos de reforma hipotecaria pendientes en otros países: *Leyes 1.1 cit.*, 20. No menos elogiable es su disertación sobre la historia de la publicidad inmobiliaria, con un examen detallado de la contrarreforma francesa de 1851: *Leyes hipotecarias cit.*, pp. 379 y sigs. (esp. 384-385).

⁶⁹ *Leyes hipotecarias 1.1 cit.*, p. 387.

⁷⁰ *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 388.

⁷¹ La intervención esclarecedora del Sr. CIRILO ÁLVAREZ, en *Leyes 1.1 cit.*, p. 123. La calificación que hacía la ley, que provocó por ejemplo las críticas de Oliver (nota siguiente), se ajusta completamente, como vemos, al pensamiento del legislador. Decía el epígrafe al título 14 de la ley: de la inscripción de OBLIGACIONES contraídas y NO INSCRITAS antes de la publicación de la ley: *Leyes hipotecarias 1 cit.*, p. 389.

⁷² OLIVER, *cit.*, p. 367 habla de epígrafe algo impropio. Manifiesta claramente (la ley) que sus autores tuvieron también presente el sistema francés con arreglo al cual, en los registros que se designan con el nombre de *Hipotecas* (no de la *propiedad*) solo se inscriben *obligaciones*, es decir, el contenido de los actos o contratos otorgados sobre inmuebles, pero no el dominio de las fincas y los derechos reales constituidos sobre ellas, de cuya inscripción, sin embargo, se trata principalmente en el título de la ley: *ibidem*, p. 538.

⁷³ Censuró esta modificación Francisco DE CÁRDENAS (uno de sus más ilustres autores y desde luego el más competente, palabra de OLIVER, *cit.*, p. 351) que hizo notar en la memoria que escribió en 1870, sobre los trabajos de la Comisión Codificadora, que la liberación introducida en el 34 estaba en pugna con el sistema de publicidad de adoptado por la ley: si todo derecho real para ser efectivo contra tercero ha de constar en el Registro

¿para qué notificar y anunciar su constitución cada vez que se transmite o modifica (mediante notificaciones)? Y si el derecho real no ha de ser efectivo contra tercero sino cuando se haga saber por la notificación y el edicto ¿Qué vale su inscripción ni para qué los requisitos y solemnidades con que se verifica? Por eso si la Comisión redactora de la ley de 1861 admitió aquel procedimiento (de liberación de cargas y gravámenes, equivalente a la purga francesa), fue en tanto que subsistieran algunos derechos que podrían no estar registrados y para precaverse contra ellos o para inscribir por primera vez inmuebles que carecían de título inscrito, y no dudó en preferir como sistema permanente la publicidad del Registro a la de la liberación; porque si la primera envuelve hasta cierto punto una ficción legal, la de que todos pueden enterarse de los asientos del Registro, la segunda se apoya en otra ficción de la misma especie, la de que todos pueden leer los edictos que se fijan en la Casa Consistorial, o se insertan en el Boletín de la provincia aunque se hallen ausentes a mucha distancia y sin tiempo material para ejercitar su derecho». Por su parte OLIVER, *cit.*, pp. 684 y sigs., después de contar el origen del movimiento crítico antecedente de la Ley de Reforma de 1869 —que contaba con diputados importantes que propugnaban el cambio total de la de 1861— añade: y esta reforma no debía limitarse a detalles o accidentes ni a disposiciones que comprende la parte transitoria de la ley, sino que afectaba a la médula y sustancia de la misma, pues según uno de los diputados que a la vez ejercía el cargo de Director general (don Severo Catalina, catedrático de lengua hebrea de la Universidad de Madrid), la primera de las cuestiones que urgía era resolver la relativa a (...) si debe prevalecer la inscripción sobre el título, o el título sobre la inscripción. Más como (...) no le eran familiares los estudios de esta parte difícilísima de la moderna ciencia jurídica, incurrió en el gran error de afirmar que (...) como no afectaba a las dos bases esenciales de la ley (...) podía resolverse libremente (...) (lo que) equivalía aplicar la piqueta a los cimientos de la misma (...). Para el juicio de SANZ, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria* (1945), p. 498: el expediente de liberación (sea el expediente en sí, hipertrofiado en la reforma de 1869, sea la especie de, mini expediente, que supuso el juego de notificaciones del 34, introducido en la misma fecha) era una consecuencia de la desviación introducida por los legisladores de 1869 en el desarrollo de la fé pública registral (...).

⁷⁴ La primera premisa del razonamiento del texto es el paralelo entre los párrafos finales de los artículos 35 y 409 de la Ley Hipotecaria. El primero dice: en cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil. Por su parte el segundo dispone: *entre las partes* surtirá su efecto la posesión, desde que deba producirlo, conforme al Derecho común. V. Leyes hipotecarias I *cit.*, pp. 341 y 392 respectivamente. Lo esencial, aquí, es que en la posesión hay, partes, al contrario de lo que afirman GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 1 p. 403. Fue por negar este principio y con el propósito de sortear la antinomia que en otro caso se producía «entre los tres primeros párrafos y el último del 35, argumentaban sobre la redacción de 1869), por lo que esos dos autores interpretarán que cuando el 35.1 (1861) usaba la palabra, tercero, no comprendía al dueño de la finca (como siempre pasaba en la Ley y se venía entendiendo), sino precisamente, al que no lo era (dueño del inmueble), es decir, solo a terceros titulares de derechos reales (!). Cfr. en cambio LA SERNA, *cit.*, p. 646: La Ley Hipotecaria solo tiene por objeto consultar el interés del tercero (...); consecuencia de esto es que el dueño verdadero de la finca quede dentro de las condiciones que se hallaba antes de la publicación de la reforma.

⁷⁵ La segunda premisa del razonamiento es el paralelo entre el 35.1 (y 2) y el artículo 408. Según el primero: la prescripción no perjudicará tercero (...) si requiriendo justo título no se haya inscrito, (...) desde la fecha (del asiento). Según el segundo: la inscripción (de posesión) (...) perjudicará (...) a tercero desde su fecha (...).

⁷⁶ Por su parte el artículo 409.1 de la Ley dispone que la inscripción de posesión (en lo que se refiere a la posesión en sí, no claro a la *ad usupationem*) no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho al inmueble aunque su título no haya sido inscrito. En «ningún caso» son palabras perturbadoras pero se refieren solo a que no hay en ningún perjuicio del derecho, porque la posesión no es igual que un título de los del artículo 2 de la Ley. La

inscripción de posesión, como dice el 408 de la Ley, solo produce, los efectos que las leyes atribuyen a la mera posesión: cfr. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 4 p. 629.

⁷⁷ Inscrito el título del tercero que adquiere de la persona contra la que se inició la prescripción (parte), no cabe ya más que la usucapión extraordinaria. Entre tanto no lo haga, el que está usucapiendo podrá inscribir el suyo y así iniciar la ordinaria a contar desde la fecha del asiento (cmpr. art. 35.2). Pero una vez el tercer adquirente inscriba su propio título, eso se vuelve imposible. El cierre impide la inscripción del título del poseedor (art. 17) y el 23 que los títulos no inscritos perjudiquen a tercero. De ahí que no quepa más que la extraordinaria: *vid.*, GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2 p. 406.

⁷⁸ El que lee sin perjuicios el 36 de la primera Ley Hipotecaria, advierte, primero, que no exige —ni él ni los 37 y 38 que lo desarrollan— para proteger al tercero, que conste *inscrito con carácter previo* el título del transmitente, ni, segundo, que inscriba su título conforme al artículo 34 sino, y la redacción es significativa, CONFORME A LO PREVENIDO EN ESTA LEY. Convince por ello la explicación de que los autores de la ley puesto que el 34 se introdujo a última hora y por sorpresa, tuvieron el 36 como una aplicación del 23: NÚÑEZ LAGOS, *Tercero y fraude en el Registro de la Propiedad* (1950), pp. 373 y sigs. En la revisión que hizo CÁRDENAS no aparecen todavía ni el 33 ni el 34 PERO SÍ YA ESTABAN los precedentes del 23 (en el art. 13 del Proyecto elaborado) y del 36 (en el 16 del mismo Proyecto) relativo a las rescisorias que tenían entonces eficacia real *parte rei*, no *parte actoris*. De ser así, el 34 no sería más que una concreción del principio general recogido en el 36 para el caso que el título anterior (el del otorgante) constase inscrito y por tanto únicamente una aplicación singular (ya que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos) de la citada regla del 36, que pasaría así a ser la regla general y no la del 34. Conviene no olvidar que los títulos rescindibles son válidos. Cfr. nota 5. El 33 se refiere solo a títulos nulos. De ser así no bastaría en este caso —para protegerse contra las acciones resolutorias de terceros no inscritos con eficacia anulatoria— con ser terceros inscritos sino que debe adquirirse de titular inscrito. La razón es que la nulidad exige mayor protección y por eso se exige, para su ineficacia frente a tercero, que haya asiento previo (y por tanto calificación previa del registrador por lo que la apariencia de validez del título —legitimación— protege al tercero inscrito frente a ellas). Para las rescisorias de «origen legal» del 36 y 38 —que precisamente porque no producen nulidad, no protegen intereses tan fundamentales— siendo además imposible el control del registrador, basta con que el tercero inscriba su título aunque no adquiera de «persona que aparezca en el registro con derecho a transmitir». Nótese que el 38 después de la palabra «contratos» no dice «inscritos, al contrario que el 34 (y de lo que se exige en ese 38 para los terceros protegidos, que menciona a continuación, respecto de los cuales se impone solo «que hayan inscrito su derecho con arreglo a las disposiciones de esta ley». Para los secuaces de la teoría «monista», en cambio, el 36, como el 23, no sería más que repetición del 34 (que los absorbe) lo que hace de la Ley Hipotecaria, la ley presuntamente más técnica de nuestro admirable, legislativamente hablando, siglo XIX (y eso nadie lo puede poner en duda leyendo su Exposición de Motivos) un rosario, en su núcleo fundamental, de preceptos inútiles. Todo ello aparte de hacer inexplicable el caso de venta de finca ya vendida o gravada por el vendedor puesto que en esos casos no hay resolución o anulación del título del otorgante de que nos habla el 34.1: cfr. notas 55 y 56. Sobre la legitimación que produce el asiento: J. GÓMEZ-GÁLLIGO, *Acciones registrales en el proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil* en BCERC 83 (1999) 380. Sobre el respeto al Código Civil (art. 606) como causa de la recuperación del 32 (antiguo 23) en el texto refundido de 1946, suprimido por la Ley de Reforma del 44, J. L. GIMENO, *El principio de inoponibilidad* (art. 606), en COLEGIO DE REGISTRADORES, *Centenario de la Ley de Bases del Código Civil* (1989) p. 108.

⁷⁹ La referencia que hacía el 23 a los títulos de los artículos 2 y 5 (*numerus clausus*) obligaba a mantener el absurdo de que los demás —los no enumerados en esos artículos— en la medida que, según la legislación antigua, tuvieran eficacia real, la conservarían, aunque no se inscribiesen. De ser así se explica la previsión extralegal del artículo 1 del Reglamento de 1861 que, para cubrir ese hueco —desbordando la letra del 2 de la Ley Hipotecaria, al optar

por un sistema de *numerus apertus* — abra la inscripción, después de mencionar mayorazgos, concesiones, caminos de hierro, aguas pastos y otros semejantes, a «cualquier acto o contrato legítimo que, sin tener nombre conocido en derecho, modifique desde luego o en el futuro, alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales». Con lo que dada la redacción (amplia) del precepto, no habría ya ninguna posibilidad de que pudiesen quedar o haber títulos con posible eficacia real frente a terceros sin asiento.

⁸⁰ El artículo 23 no califica al tercero al que no perjudica el título no inscrito: dice solo tercero. Tampoco el 25 respecto al tercero a quien perjudica el título inscrito. El artículo 23 se limita a decir que los títulos mencionados en los artículos 2 y 5 que no estén inscritos no podrán perjudicar a tercero. El artículo 25 que los títulos no surtirán sus efectos (oponibilidad) en cuanto a tercero sino desde la fecha de la inscripción. No califican al tercero, el 77, 83, 114, 120. Por su parte la ley siempre que exige que el tercero para quedar protegido inscriba, lo dice expresamente (arts. 36 y 38). También cuando además debe adquirir de titular inscrito (arts. 31, 34, 69, 97, 99). Hablan de tercer poseedor los artículos 112, 127, 128, 129, que el 131 equipara al comprador, 132, 133. Especial el caso del 115 y 121 que hablan del que adquirió derecho real. En texto y notas se comentan las menciones de terceros que hace la que la Exposición llama, ley separada e independiente, (es decir, la parte que regula el Derecho transitorio).

⁸¹ La discusión sobre si la venta produce o no interrupción de la posesión no inscrita, está relacionada con la de si cabe inscripción de posesión estando inscrita el dominio y, a la inversa, inscripción de dominio constando inscrita la posesión. V. en GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, pp. 632 y sigs., su discusión con CALDERÓN NEIRA. Por lo que al primer caso se refiere, el 407 no decía ni que sí ni que no, dependía de lo que el juez decidiese. La solución del segundo estaba implícita en el 35.2, porque si el legislador estimula al poseedor (en la ordinaria) a inscribir su título (con el fin de impedir que el dueño no inscrito inscriba el suyo), era obviamente porque partía de que podía hacerlo este en cualquier momento aunque estuviese inscrita la posesión. Finalmente la RO de 28.8.1883 se inclinó por la imposibilidad en ambos casos. *Ibidem*, p. 639. El problema estaba en que la posesión producía efectos frente a tercero no inscrito o civil (*a fortiori*, tras 1883) no desde el día que se inició sino desde la fecha del asiento. Luego *a contrario* frente a ese tercero nada valía la posesión anterior no inscrita. Por tanto la transmisión de la finca a tercero civil producía su interrupción. En la discusión sin embargo acabó terciando el artículo 403 de la ley de reforma de 1869 cuando dispuso que «el tiempo de posesión que se haga constar como transcurrido, cuando se verifique la inscripción, se cuente para la prescripción que no requiere justo título (o sea la extraordinaria) a menos que aquel a quien perjudique, lo contradiga en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo con arreglo al Derecho común». Con lo que la posesión, incluso no inscrita, pasó a perjudicar a tercero (también no inscrito) desde la fecha de inicio con arreglo al Derecho civil. Vulneración clara, otra vez en 1869, de los principios de 1861: la posesión no inscrita no perjudica a tercero.

⁸² Cfr. GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 2, p. 405: criticando la posición de CANALES dice: afirmar otra cosa sería sostener que los contratos que otorgase el dueño eran por su propia virtud interrupciones de la posesión y que esta sin ningún acto externo del dueño que la turbase y a pesar de seguir pacífica y tranquila en el poseedor, perdía todos sus efectos legales, lo que repugnan a los principios que la generan. Viene a la memoria la redacción del actual artículo 36 (reformado en 1944) de la vigente Ley Hipotecaria.

⁸³ Para JIMÉNEZ, *cit.*, p. 498 ya que, según el 32 (redacción actual), el asiento de título indebidamente inscrito —cuyo asiento sea nulo— no produce efectos frente a terceros (sin especificar cuáles); y según el 31, el asiento indebidamente inscrito no perjudica tampoco a tercero (en este caso que siempre que cumpla con los requisitos del 34), exige concluir que uno y otro artículo, hacen referencia al mismo tercero: esto es, al del 34. Tendrá que reconocer, sin embargo, que en el caso del 32 la frase, que no estén debidamente inscritos, comprende tanto el caso del título no inscrito (que era al que tradicionalmente se entendía, refería el precepto), como el de mal (indebidamente) inscrito (que la citada autora incluye

ahora). Ahora bien si es así, nunca puede entenderse que el 32 y el 31 se refieren al mismo tercero (el del 34). No es lo mismo el caso de falta de asiento de un título que de inscripción defectuosa del mismo. En el primero falta el asiento, al contrario que en el segundo, por lo que mal podría darse el supuesto de tercero que adquiera basándose en un asiento. Ahora bien, si falta el asiento, no podrá ningún tercero apoyarse en él. Hay aquí sin embargo un grave problema que merece atención pero cuya complejidad exige dejar su análisis para mejor ocasión. Como anticipo basta leer el primer epígrafe del comentario de LA SERNA, *cit.*, p. 615 al artículo 31; a primera vista desenfocado pero quizás no tanto.

⁸⁴ En la Ley Hipotecaria de 1861 la primera inscripción no purgaba las acciones procedentes por razón de títulos *anteriores* no inscritos hasta pasado un año (plazo que luego se prorrogó muchos años más). Durante ese plazo el principio de inscripción no regía y los terceros no inscritos (no las partes que con arreglo al 33 tendrán esa posibilidad siempre abierta incluso después de la entrada en vigor de la ley mientras no aparezca un 34) podían libremente combatir el asiento y el título inscrito. Cara al efecto «purgatorio» de esas acciones, el año funcionaba así, solo para la primera inscripción y por tanto con carácter excepcional, pero equivalente al juego que producían juntos los artículos 32 y 34 en sus supuestos respectivos. Lo confirma que en la citada ley no se extiende el efecto purga del expediente de liberación de cargas (arts. 365 y sigs.) a los derechos no inscritos porque salvo en los casos del 354 (353 y 358, si se constituye hipoteca) no sobreviven, pasado el plazo del año, a la primera inscripción. Esto es, transcurrido este, no se precisa la purga del expediente de liberación porque, fuera de los casos de esos artículos, la «purga» la produjo el asiento de primera inscripción. La primera inscripción tiene más fuerza jurídico-real que las posteriores. Por eso, al menos para la ley de 1861, no pueden aceptarse en este caso los escrúpulos de GARCÍA *cit.*, p. 617 ni tampoco la crítica de JIMÉNEZ, *cit.*, p. 505. Cfr. notas 27, 29 y 46.

^{84 bis} Nótese que ningún otro derecho no inscrito salvo los del 353 y 358 cabe convertirlos en hipoteca y así conseguir que puedan sobrevivir al año. Nótese también que el 365, para el supuesto del 358, habla no solo de las acciones sino de los derechos «procedentes» de ellas (es decir, hipotecas especiales constituidas en garantía durante el año de suspensión). Solo exceptúa de la liberación (en aplicación de la doctrina de los actos propios) a las hipotecas del 353 y 354, que fueron constituidas a instancia del propietario en uso «del derecho que le corresponde con arreglo al 356 (conversión de la hipoteca tácita en especial).

⁸⁵ GALINDO-ESCOSURA, *cit.*, 1 p. 403: para sortear la antinomia que, según ellos, en otro caso se produciría, entre los tres primeros párrafos y el último del 35, (argumentan sobre la redacción de 1869), interpretan que cuando el 35.1 (1861) emplea la palabra «tercero» no comprende al dueño de la finca, como siempre, sino se refiere solo, al que no lo es, es decir, a terceros titulares de derechos reales.

⁸⁶ Según GARCÍA, *Derecho cit.*, p. 113, la idea de tercero, es decir, que sin inscripción el título no perjudica a terceros, surge como fruto de la transacción entre la postura de GARCÍA GOYENA, partidario del sistema francés, y LUZURIAGA, de tradición e inscripción, que logra el esforzado BRAVO MURILLO en cuya virtud —por su intervención— se llega a la conclusión de que la tradición —sistema antiguo— produce efectos entre partes; y en cambio para la adquisición del dominio y demás derechos reales frente a todos es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, lo que luego se ha llamado sistema de inscripción constitutiva frente a terceros, no en la relación entre partes. Crítica en JIMÉNEZ, *cit.*, pp. 338-340. En ese sentido, VILLARES PICO, *La inscripción en nuestro sistema es constitutiva a efectos de tercero en RCDDI* 252 (1949) 299. Remontan también el 23 al Derecho tradicional J. M. CHICO y F. BONILLA, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral* 1 (1967) p. 266.

⁸⁷ Todos los textos que siguen entrecomillados están tomados de COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias* 1, pp. 236-238.

⁸⁸ De nuevo la lógica juega en contra de quienes absorben el 23 (hoy 32) en el 34. Porque si nada añadía ¿por qué se suspendió también la vigencia del 23?: razona al contrario JIMÉNEZ, *cit.*, p. 387.

⁸⁹ Pues qué ¿tenemos en nuestras recopilaciones muchas cosas que no sean copiadas? Nuestro registro de hoy ¿no es alemán? ¿No lo trajo Carlos V de sus estados de Flandes? (...). Yo reto a SS a que señale el origen de esta ley: de seguro que no acepta SS el reto. ¿Cuál es el origen de la ley? ¿Es francés? No: esto tiene nada de francés (...) ¿Es alemán? ¿Cuál es la ley alemana? En Alemania hay 21 leyes hipotecarias (...). No hay esa copia, ese plagio (...) teniendo en cuenta los sistemas que dominan el mundo lo que hace es acoger lo más a propósito para satisfacer las necesidades del pueblo español (...) está muy lejos de eso (copia) el proyecto que ha presentado la comisión. *Leyes hipotecarias* I.1., pp. 65 y sigs. Califica al sistema francés de mixto (romano-germánico), OLIVER, *Derecho inmobiliario español* I, p. 164. Todos los documentos —dice Núñez Lagos— que he visto en los archivos de la Comisión general de Codificación (...) permiten afirmar que, presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista, Gómez de la Serna, y un historiador, Cárdenas. Es claro que por ello el éxito del trasplante de un sistema germánico a suelo latino, se debió a, un *tupido filtro* a través de un FUERTE ESPÍRITU TRADICIONAL: L. Díez-PICAZO, Los principios de inspiración y los precedentes de las leyes hipotecarias españolas, en *Ensayos jurídicos*, 3, (2011) p. 3332.

⁹⁰ SANZ, *Instituciones* 1 cit., p. 294.

⁹¹ JIMÉNEZ, cit., pp. 132-133.

⁹² Recuerda este párrafo de GÓMEZ DE LA SERNA, para defender su tesis de la inscripción constitutiva respecto de tercero hipotecario, VILLARES, La posesión y el registro en *RCDI* 230-231, (1947), pp. 438 y sigs. Más claro todavía el pensamiento de LA SERNA en palabras que recoge GORDILLO, ¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema en el *Libro homenaje al profesor Luis Díez-PICAZO*, 3, (2003): no sería justo que el *omiso* en *inscribir* por su parte el derecho que hubiese adquirido sobre un inmueble pudiera *echar en cara* su negligencia a *otro* que *no inscribió y prevalecerse de la falta que el mismo había cometido*. La ley solo protege al que la respeta ajustándose a sus preceptos: v. LA SERNA, p. 647. El título no inscrito no perjudica a tercero, tenga este inscrito o no el suyo. En esto se sigue el espíritu de la ley y su base capital (se refiere al 34, que como se ve sigue la base, no la es) según la cual sin publicidad el tercero nunca puede ser perjudicado: *Ibidem*, p. 622. En la actualidad, para la idea de que la oponibilidad es efecto de la publicidad registral (y no solo la inoponibilidad), esencial M. AMORÓS, Los registros jurídicos de bienes en el Derecho español, en CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL, *Principios y desarrollo legislativo de los Registros Jurídicos de Bienes* (1975), p. 185; y M. AMORÓS, Comentario a la Resolución de 7 de diciembre de 1978, en T. CARRETERO, E. FERNÁNDEZ y M. AMORÓS, *Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado* (1987), p. 1177. Fundamental PAU, *La prioridad registral: un nuevo enfoque* (2004), pp. 35 y sigs.; especialmente, pp. 41 y 45-46.

⁹³ V. COLEGIO DE REGISTRADORES, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*. 2.1 (1974) pp. 385-387.

⁹⁴ *Leyes Hipotecarias*, cit., 1.2, p. 387.

⁹⁵ GALINDO-ESCOSURA, cit., 4, pp. 556-557. También especialmente importante sentencia de 6 de noviembre de 1866.

⁹⁶ La necesidad de presentar los documentos (...) (dentro de plazo) quedó limitada a los que se autorizaran con posterioridad a la promulgación de la pragmática. Respecto de los anteriores, que, según la antigua ley recopilada tenían señalado plazo de seis días, la referida Pragmática suprimió este plazo, quedando por consiguiente en libertad los interesados de registrarlos cuando tuviesen por conveniente, siempre que, si se trataba de perseguir judicialmente las fincas gravadas, cumpliesen dicho requisito antes de presentar el documento en juicio. Así se declaró por RO dictada de conformidad con lo propuesto por el Tribunal Supremo (RO de 11 de abril de 1848): OLIVER, cit., p. 284. Como sabemos los plazos para inscribir sin sanción fueron continuamente prorrogados. Un análisis ejemplar del proceso de deterioro de las Contadurías en LA SERNA cit., pp. 93 y sigs. No podemos resistirnos a transcribir la valoración que la precede: «no fuera tan eficaz la

ley (la legislación de Contadurías) como debía desearse y como hubiera convenido porque (...) los tribunales que en aquellos tiempos juzgaban con una latitud hoy desconocida, que se sobreponían al texto de la ley invocando la equidad, y que se creían autorizados para ir borrando con el derecho consuetudinario el derecho escrito en lo que les parecía injusto o inacomodable a las circunstancias de su época, se consideraban facultados para juzgar, ya que no con arreglo a las escrituras, al menos con sujeción a los actos y contratos que con las escrituras se probaban (sobre esto v. sentencia de 14 de junio de 1860 en LA SERNA, *cit.*, p. 564), interpretación farisaica, pero muy conforme con las opiniones entonces dominantes, con la irresponsabilidad casi absoluta de los que ejercían cargos públicos (...). El legislador mandaba y el juez con interpretaciones arbitrarias, se encargaba de anular la obra del legislador (...). Para la continuación en una minuciosa y pormenorizada exposición de los sucesivas ordenaciones precedentes de la ley de 1861 explicar los fundamentos de juicio tan negativo.

⁹⁷ Cfr. también el pormenorizado relato de LA SERNA, *cit.*, pp. 126 y sigs. Para las sucesivas prórrogas, siempre amenazando con que, después de la última concedida, no habría más: *Ibidem*, p. 129.

⁹⁸ Sobre este asunto, GARCÍA, *Comentario al artículo 32 de la Ley Hipotecaria* 1 (1991), p. 356, que sigue en este punto a FUNAIOLI, La cosiddetta proprietà relativa» en *Studi in onore de Antonio Cicu* (1951), p. 377. La idea de propiedad «relativa» es tan vieja al menos como lo es el dualismo de Derecho romano clásico entre propiedad quiritaria y bonitaria y sus sucesivos vaivenes: cfr. el magnífico BUCKLAND-MCNAIR, *Derecho romano y Common Law* (1994), pp. 77 y sigs. En España y con aplicación a la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya en LACRUZ-SANCHO, *Lecciones de derecho inmobiliario registral* (1957), p. 294. Crítica en J. M. MIQUEL, El registro inmobiliario y la adquisición de la propiedad» en *Revista de Derecho Patrimonial* 1 (1998), p. 57. La duda sobre la habilidad del concepto tiene sentido solo si niega la *acción real entre partes*. Para la distinción entre la acción personal y la acción real inter partes en el caso de la hipoteca, cfr. 126 y 127 de la Ley Hipotecaria que distingue tajantemente entre la acción *ejecutiva* ordinaria entre partes y acción ejecutiva real entre esas mismas partes. Esta última no se suspende al contrario que la primera ni por la muerte del deudor o tercer poseedor ni la interposición de tercerías (que no se basen en títulos previamente inscritos); sí pero solo temporalmente por la declaración de concurso (56 y 57 de la Ley Concursal); e no permite su acumulación con ejecutivos ordinarios (555 de la ley de Enjuiciamiento Civil). Clama, con la lógica en la mano, contra la propiedad relativa, L. MARTÍN-BALLESTEROS, La legitimación registral en la dinámica de las adquisiciones inmobiliarias, *a non domino*, en *RCDI* 603 (1991) 643-644. Pero el Derecho en su conjunto no es un entramado de disposiciones puramente lógico: hay *ratios* generales y especiales, incluso excepcionales, en parte contradictorias entre sí. Bien que lo saben los analistas, hoy muy en boga, que han incorporado a la teoría del Derecho la distinción entre reglas y, principios y, entre estos, para coordinarlos, el superior principio de ponderación, o proporcionalidad (armonizador de todos). Sobre el carácter multidimensional, de las disciplinas jurídicas: R. ALEXY, *Teoría de los Derechos fundamentales* (2002) p. 44.

⁹⁹ El título por excelencia de propiedad absoluta (que vence a todos) era en Derecho romano la usucapción extraordinaria BUCKLAND-MCNAIR, *cit.*, p. 83. En España con la Ley del 61 solo la extraordinaria *secundum tabulas*. Decía el último apartado de su 34: «a menos que la *prescripción* haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiere dicho título». Sobre los derechos inscritos, protegido por el 34, reforzado por el 38, como derechos cuasi-inviolables: PEÑA, *cit.*, p. 561.

¹⁰⁰ Cfr. LA SERNA, *cit.*, p. 622, dice que cuando los título no están inscritos, quedan los actos y contratos dentro de sus *condiciones naturales* (!). Sobre el proceso de evicción, y los problemas de legitimación y calificación de la intervención del *auctor* en el procedimiento, M. SERRA, Intervención del vendedor en el proceso de evicción, en *Estudios de Derecho Procesal* (1969), pp. 251 y sigs.

¹⁰¹ Leyes hipotecarias *cit.*, p. 248.

¹⁰² Para la fortaleza de la posesión y por tanto la tradición en Derecho tradicional que después se hará sentir en la interpretación jurisprudencial de la Ley Hipotecaria: cfr. *Par.* 5,5,50: Otro sí decimos que si el postrimero comprador pasase a la tenencia e la posesión e pagase el precio, que él la debe tener y no el primero. Esencial también *Par.* 5,5,51 para el caso de que, cuando vendió la cosa no fuese todavía del vendedor pero si cuando la entrega. Indispensable el comentario a los precedentes de Derecho romano de MENDEZ APENELA, *La venta, cit.*, pp. 536 y sigs. En contra de lo que mantiene la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria (cfr. nota 54), según GREGORIO LÓPEZ, *Comentario a Partidas*, 5,5,50, aunque el segundo comprador conozca la primera venta al tiempo de la tradición, si no sabía de ella cuando contrató, prevalecerá frente al primero que descuidó la posesión: toda vez que el comprador no participó en el fraude, respecto de lo cual y por lo que mira a la acción revocatoria, se atiende al tiempo del contrato (...) a más de que toda *la fuerza de la enajenación está en la entrega*, de la cual y no de la venta, dimana la traslación del dominio, según la l. 20 de *C. de pact.* V. Los códigos españoles, *cit.*

*(Trabajo recibido el 26-10-2014 y aceptado
para su publicación el 15-11-2014)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Acceso al Registro de la ejecución judicial de la hipoteca*

Access to Registry of foreclosure

por

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ

Profesora Contratada Doctora acreditada a Titular de Universidad

RESUMEN: La existencia de un procedimiento de ejecución especial es lo que hace plenamente eficiente a la hipoteca en España, ya que para proceder a la realización forzosa del bien no es necesaria una sentencia declarativa sino que se pasa directamente a la fase de apremio, con un procedimiento basado en trámites rápidos, con causas de oposición muy limitadas. Partiendo de los requisitos previos que la Ley establece para la aplicación del procedimiento especial de ejecución, en este trabajo se estudian los requisitos necesarios para que los documentos en los que se recogen la adjudicación con la que culmina la ejecución hipotecaria puedan tener acceso al Registro de la Propiedad. Para ello se analizan tales exigencias desde la perspectiva de los diferentes aspectos que el Registrador debe calificar.

ABSTRACT: *The existence of a special foreclosure procedures is what it makes fully efficient the mortgage in Spain, since to proceed with the forced sale of mortgaged property a declaratory judgment is not required but is passed directly to the enforced collection procedure based on rapid steps, with very limited opposition causes. Based on the prerequisites established by law for the*

* Este artículo es resultado del trabajo realizado por la autora dentro del proyecto de investigación: Mercado hipotecario y vivienda. Propuesta de reforma, DER 2012-32742.

Premio «Decanato Territorial de Registradores de Andalucía Oriental» de la Convocatoria 2014 concedido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada.

application of the special foreclosure procedures, in this paper the requirements are studied so that documents that are collected the award that culminates the foreclose can have access to the land registry. So these demands are analyzed from the perspective of the different aspects that the Property Registrar must qualify.

PALABRAS CLAVES: Procedimiento de ejecución especial. Hipoteca. Registro de la Propiedad. Venta forzosa. Fase de apremio.

KEY WORDS: *Special foreclosure procedures. Mortgage. Land registry. The forced sale. The enforced collection procedure.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PREVIOS: EL PACTO DE EJECUCIÓN DIRECTA: 1. LA TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA. 2. EL DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES.—III. TÍTULO INSCRIBIBLE.—IV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS ADJUDICACIONES Y CANCELACIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN: 1. COMPETENCIA DEL PROCEDIMIENTO. 2. DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO: *A. Supuesto especial: el tercer poseedor de bienes hipotecados.* 3. NOTIFICACIONES A TITULARES DE DERECHOS POSTERIORES. 4. DESGLOSE Y SOBRANTE. 5. OBSTÁCULOS QUE SURJAN DEL REGISTRO: *A. Tracto sucesivo. B. Requisitos establecidos en la ley para la inscripción y cancelación.* a) Circunstancias personales. b) Descripción de la finca. c) La situación arrendaticia. d) Especificación de las cargas a cancelar. 6. FIRMEZA DEL DECRETO DE ADJUDICACIÓN. 7. ADJUDICACIONES AL ACREEDOR EJECUTANTE (ART. 671 LEC).—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de crisis económica, ha adquirido plena actualidad la cuestión de los denominados popularmente «desahucios». Esta expresión en realidad hace referencia al último paso de un procedimiento consistente en la ejecución de la garantía real que es el derecho accesorio de hipoteca cuando no se cumplen debidamente las obligaciones derivadas de los respectivos contratos principales de préstamo o crédito. Así, esta situación económica actual ha derivado en frecuentes situaciones de impago de dichas obligaciones, generando gran alarma social las repetidas situaciones de pérdida de la vivienda habitual a causa de la ejecución, y en especial en los casos en los que tal pérdida no conlleva la liquidación total de las deudas preexistentes, como consecuencia

de las graves alteraciones a la baja que ha sufrido el precio de la vivienda. Debe destacarse que el préstamo hipotecario se ha convertido en el modo más extendido en el mundo occidental para acceder a la vivienda, de modo que casi se puede afirmar que es el modo natural de financiar su adquisición¹.

El radical cambio experimentado en el panorama inmobiliario ha motivado la adopción de diversas medidas encaminadas especialmente a la protección de los deudores hipotecarios cuando la garantía recae sobre la vivienda habitual. En este sentido el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos o la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Esto no obstante, no debe perderse de vista que la existencia de normas que fomenten el cumplimiento voluntario de las obligaciones del consumidor garantiza un auténtico libre mercado, fortalecen las empresas y crece la economía nacional. Incluso es beneficioso para el consumidor que cumple, en la medida que no repercutirá sobre él las consecuencias (en términos de elevación de la carestía del crédito) derivada del incumplimiento por parte del consumidor moroso². Por ello las medidas tuitivas adoptadas tienen que ponderar todos los intereses en juego, por lo que no pueden introducirse en el sistema medidas que puedan poner en riesgo el crédito territorial como la liquidación total de la deuda con la entrega del bien, prescindiendo del valor que este tenga (la denominada «dación en pago»).

La hipoteca implica un *ius distrahendi* del patrimonio del deudor sin que pueda anteponerse ningún derecho de crédito por muy privilegiado que sea³. La facultad del acreedor de proceder directamente contra los bienes hipotecados es la más enérgica proyección práctica del principio consagrado en el artículo 104 LH conforme al cual la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida⁴.

Todos los ordenamientos jurídicos europeos poseen normas sobre el proceso de ejecución de una garantía inmobiliaria, normalmente como parte integral de normas generales de ejecución⁵. A pesar de la enorme importancia que tiene en la actualidad esta modalidad de garantía, su estudio jurídico ha estado centrado fundamentalmente en el aspecto estático o latente de su existencia⁶, siendo objeto de nuestro estudio su aspecto dinámico que afecta a su efectivo ejercicio y ejecución⁷.

La existencia de un procedimiento de ejecución sumario es lo que hace plenamente eficiente a la hipoteca en España, ya que para proceder a la realización forzosa del bien no es necesaria una sentencia declarativa sino que se pasa directamente a la fase de apremio, con un procedimiento basado en trámites rápidos, con causas de oposición muy limitadas, lo que hace que sea un instrumento muy eficaz de recuperación de garantías (GÓMEZ GÁLLIGO,

2008, pp. 18-19). Se trata de un procedimiento en el que la actuación del derecho de hipoteca puede desenvolverse sin enfrentamiento entre partes y, por tanto, sin verdadero proceso⁸.

Las modalidades de ejecución de hipoteca se regulan en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual la acción hipotecaria puede ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V (arts. 681 a 698) o mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada. A estas vías de ejecución podrían sumarse el procedimiento ejecutivo ordinario y el juicio declarativo ordinario. La lentitud de este último no compensa la posible ventaja de poder dirigirse contra todo el patrimonio del deudor. Y respecto al procedimiento ejecutivo ordinario, la nueva LEC no parece imponer con preferencia el procedimiento especial, aunque sí lo favorece notablemente⁹.

La denominada ejecución judicial o ejecución directa es el anteriormente denominado procedimiento judicial sumario, cuyas especialidades se regulaban en el artículo 131 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con la regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se realiza un esfuerzo unificador y refundidor digno de loa, pues supone la «normalización» del Derecho hipotecario, dentro del Derecho procesal general. O dicho de otra forma; el Derecho procesal incorpora con normalidad dentro de su ámbito, las especialidades derivadas de los principios hipotecarios¹⁰. Esta incorporación a la legislación procesal ha liberado a nuestro Ordenamiento de algunas regulaciones dobles que seguían criterios diferentes, como la que existía en torno al régimen de liquidación y subsistencia de cargas, que queda decantado por el implantado en la LH¹¹.

II. REQUISITOS PREVIOS: EL PACTO DE EJECUCIÓN DIRECTA

Para que las especialidades de la ejecución directa puedan aplicarse es preciso que en la escritura de constitución de la hipoteca se cumplan dos requisitos: la determinación del precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta y que conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

La omisión de estos requisitos no es defecto para la inscripción de la hipoteca pero sí impide la inscripción de la cláusula en la que se pacte este procedimiento de ejecución¹². Considerando que en el contenido del derecho de hipoteca parece fundamental la posibilidad de ejecución fulminante¹³, estas

cláusulas constituyen un elemento delimitador esencial de este derecho real, por lo que es necesario que se solicite de forma expresa la inscripción parcial de la misma sin tal cláusula (RRDGRN 18 de febrero y 19 de septiembre de 2014).

1. LA TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA

La fijación de un valor de tasación a efectos de subasta se prevé en el artículo 682.2.1.º y deberá hacerse constar en el asiento de inscripción (art. 682.3 LEC y art. 8.2 Real Decreto 716/2009). Además, en caso de existir varias fincas hipotecadas, deberá quedar determinado el correspondiente a cada una de ellas (art. 246 Ley Hipotecaria).

El valor a efectos de subasta debe quedar perfectamente determinado sin que sean admisibles expresiones imprecisas que puedan inducir a confusión (RDGRN 26 de julio 2012). Esta determinación (así como la distribución entre fincas señalada) es manifestación del principio de especialidad, que además de ser uno de los pilares básicos de nuestro ordenamiento inmobiliario¹⁴, tiene especial importancia en el derecho de hipoteca, ya que surge ligado a este derecho y tiene más matices que en otros derechos¹⁵.

En este sentido, la DGRN también rechaza la posibilidad de fijar en la escritura dos valores a efectos de subasta, en previsión de que el inmueble actualmente en construcción alcance su finalización. Y ello, además de por el tenor del artículo 682 LEC, porque la valoración de la obra terminada no es más que una hipótesis sujeta a concreción que no puede pretender el amparo de los pronunciamientos registrales, pues dicha valoración es distinta de lo que se define en la norma aplicable como valor de tasación a efectos de subasta (resolución de 4 de junio de 2014). Siguiendo este criterio, será defecto para la inscripción de la hipoteca si únicamente consta como «tipo de subasta» el referido a la obra terminada, ya que el valor puramente estimado o de futuro no cumple los requisitos de adecuación a la tasación real que impone el artículo 682 LEC¹⁶.

En relación a estas fluctuaciones del valor de la finca por diferentes motivos, la doctrina ha puesto de manifiesto que la simplificación procesal que supone la fijación de antemano de un valor a efectos de subasta (evitando el avalúo durante el procedimiento ejecutivo) conlleva el inconveniente de producir desfases en relación al valor real que puede perjudicar al deudor, pero que en todo caso quedarán corregidos por la dinámica de la subasta que será la que fije el valor real (DÍAZ FRAILE, 2008, 87).

La Ley 1/2013 ha introducido como requisito adicional que el valor a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

La finalidad de esta nueva exigencia es proteger al consumidor impidiendo valores de tasación demasiado bajos, en especial cuando se trata de préstamos de escaso importe en los que la equiparación de la tasación con el principal prestado puede llevar a situaciones en las que resulta ínfimo el valor final de adjudicación de la finca por aplicación de los porcentajes previstos en las normas de la subasta de bienes inmuebles.

No obstante la buena intención del legislador, lo cierto es que la nueva norma supone una importante limitación para los préstamos que son concertados entre particulares, sin intervención de entidades financieras, ya que la obtención de un certificado de tasación conforme a la normativa del mercado hipotecario supondrá un sobrecoste para las partes. A pesar de que la remisión del precepto a la normativa sobre el Mercado Hipotecario pudiera permitir la interpretación de que solamente los préstamos que caen en su ámbito deben cumplir este nuevo requisito, la DGRN en resolución de 22 de enero de 2014 considera que la nueva norma del artículo 682.2.1.º impone como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria la tasación para toda hipoteca ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, siendo esta normativa aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado. Tampoco se considera admisible, la tasación realizada por técnico que carece del carácter oficial que prevé la Ley 2/1981.

Se puede plantear la cuestión de la exigibilidad de aportar una nueva tasación para la inscripción en los supuestos de novación de hipoteca o en las ampliaciones de responsabilidad de las mismas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado la existencia de una novación simplemente modificativa y que la alteración del plazo, del tipo de interés o la reforma de las formas de pago no conllevan más que modificaciones de la obligación sin que quepa hablar de novación extintiva¹⁷. Esto no obstante, en las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad, la DGRN plantea la inscripción de tal ampliación desde la perspectiva de la preferencia de créditos en lugar de la perspectiva de los derechos reales¹⁸: considera que aunque entre las partes contratantes se produce la unificación del pago de dos obligaciones, frente a terceros habrá de entenderse que existen dos obligaciones; lo que en definitiva, supone que es como si existieran dos hipotecas, cada una con su rango, y no una sola con dos responsabilidades (resolución de 12 de mayo de 2011).

A pesar de dicha concepción, la DGRN considera que constando ya el valor de tasación para subasta en la escritura de constitución y en la inscripción constitutiva determinante del nacimiento del derecho real de hipoteca y no habiéndose modificado dicho valor en la escritura de novación y ampliación del préstamo hipotecario, procede considerar que no es exigible el certificado de tasación. Señala la DGRN que su doctrina no equipara a todos los efectos legales la ampliación de responsabilidad hipotecaria con la constitución de una segunda hipoteca, equiparación que se ha realizado principalmente a efectos

del rango o preferencia de la ampliación cuando existan acreedores o titulares intermedios, pero sin haber llegado a extender dicha equiparación respecto a los requisitos de la ejecución procesal. La hipoteca en cuanto que derecho real que atribuye a su titular el *ius distrahendi* o derecho a provocar la enajenación forzosa sobre la cosa dada en garantía, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, procesalmente actuará, en vía de principios, de forma unitaria, lo que implica una tasación igualmente única (resolución de 29 de octubre de 2013)¹⁹.

La tasación está regulada en el artículo 8 del Real Decreto 716/2009 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Su apartado 3 dispone que *la certificación habrá de basarse en un informe de tasación en el que se recogerán los aspectos jurídicos y técnicos que influyan en la valoración del bien y que constituyen las características básicas definitorias del mismo, así como el conjunto de cálculos técnico-económicos conducentes a determinar el valor final de la tasación. El informe técnico de tasación, así como el certificado en el que podrá sintetizarse el mismo, habrá de ser firmado necesariamente por un Arquitecto, Aparejador o Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico de la especialidad correspondiente según el régimen competencial profesional marcado por la naturaleza del objeto de la tasación. Este informe no tendrá que ser visado por el Colegio Oficial respectivo y caducará a los seis meses de la fecha de su firma*. Resulta también necesaria una tasación para emitir la oferta vinculante a la que alude el artículo 23 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

En cuanto al mínimo del 75 por ciento del valor de tasación, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, en el caso de que la hipoteca pretenda titulizarse el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca será necesariamente, como mínimo, la valoración resultante del certificado de tasación de los servicios correspondientes. En otro caso, la entidad acreedora no podrá utilizar la operación en el mercado hipotecario. Asimismo, también deberá tenerse en cuenta la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, que dicta normas sobre valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.

2. EL DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

El artículo 682.2.2.º establece como segundo requisito para el ejercicio de la acción hipotecaria por este procedimiento que en la escritura de constitución de hipoteca conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

La posibilidad de modificar el domicilio indicado se contempla en el artículo 683, conforme al cual el deudor y el hipotecante no deudor pueden cambiar el domicilio que hubieren designado para la práctica de requerimientos y notificaciones, sin necesidad de consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado. Para cambiar ese domicilio a punto diferente de los expresados será necesaria la conformidad del acreedor. Estos cambios de domicilio se hacen constar en acta notarial y por nota al margen de la inscripción de la hipoteca o bien, en caso de terceros adquirentes de bienes hipotecados será el que aparezca designado en la inscripción de su adquisición.

El requisito de la designación de domicilio tiene una relevancia crucial y no meramente formal pues de ello dependerá que los requerimientos y notificaciones se efectúen correctamente y no se incurra en indefensión. Se trata de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que lo integran, no solo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino también a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores (STS de 5 de mayo de 2005).

Como afirma DÍAZ FRAILE (2000, 158), la fijación del domicilio trata de prevenir que la defensa de los derechos del deudor se funde en su propia torpeza y mala fe, dotando de certeza a la actuación del acreedor y del Juzgado y de fuerza jurídica las notificaciones y requerimientos que se dirijan al domicilio señalado. Se trata, por tanto, de garantizar que los requerimientos y notificaciones van a llegar a conocimiento del deudor, a la vez que se simplifica la tramitación de la ejecución desde la perspectiva del acreedor, evitando dilaciones y entorpecimientos que por razón de los cambios de residencia o por mala fe del deudor sufrirían los trámites procesales²⁰.

Este domicilio no tiene por qué coincidir con el domicilio legal o real, ni determina la competencia judicial territorial del artículo 684 de la LEC, ya que es un domicilio a los solos efectos de requerimientos y notificaciones²¹: se trata de un domicilio electivo, que designa libremente el deudor²².

La DGRN admite que la fijación como domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones lo que en el Registro figura como solar. Señala el Centro Directivo que en tal caso la fijación de domicilio debe ser reflejada en la inscripción, remitiendo cualesquiera dificultades para la efectividad de tales comunicaciones por razón del lugar señalado, al proceso que en su día pueda entablarse para la ejecución de la hipoteca (resolución de 26 de enero de 2004).

En referencia a la eficacia de la fijación de domicilio por el tercer poseedor, ha señalado la DGRN (resolución de 29 de mayo de 2013) que dicha manifestación no supone un reconocimiento de la deuda, sino la aportación al Registro

de un dato decisivo para la eventual fase de ejecución de la hipoteca. Para que se considere que el adquirente de una finca hipotecada se convierte en deudor es preciso que así lo manifieste expresamente y que tal asunción de deuda sea aceptada expresa o tácitamente por el acreedor (art. 118 LH).

III. TÍTULO INSCRIBIBLE

El decreto de adjudicación es un título atributivo del dominio en el que se une el título obligacional de aprobación del remate con la eficacia propia de la tradición instrumental (art. 609 del Código Civil)²³. Hasta la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, el comprador judicial tenía que pedir el otorgamiento de escritura pública de compraventa que otorgaba el deudor ejecutado o el juez, siendo esta escritura y no el testimonio de la resolución aprobatoria del remate la que constituía el título inscribible²⁴.

El artículo 133 LH regula cuál debe ser el título inscribible una vez finalizado el procedimiento de ejecución. Debemos partir de la base de que como resultado de este se produce tanto la adjudicación de la finca como purga de las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta. Ello da lugar a una duplicidad de operaciones registrales simultáneas, como son la inscripción de la adjudicación y cancelación de las cargas, las cuales han de venir sustentadas por el correspondiente título público (principio de legalidad en su vertiente de titulación pública, art. 3 LH).

El citado artículo considera como título para tales operaciones por una parte, el testimonio expedido por el secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación (del que resulte la consignación, en su caso, del precio), que será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario; y por otra parte, el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se puede plantear la cuestión de si, existiendo defecto que impida la cancelación de cargas podría inscribirse la adjudicación de la finca y suspenderse la cancelación, dejando, por tanto, las cargas subsistentes. Esta posibilidad fue admitida por la DGRN en resolución de 6 de julio de 2001 para supuestos anteriores a la LEC 2000. Tras la reforma operada por dicha Ley, la redacción del artículo 133 LH es clara al señalar que el testimonio de la adjudicación será título bastante para practicar la inscripción siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas. Así lo interpreta la DGRN con una doctrina ya consolidada en diversas resoluciones como las de 7 de marzo y 13 de septiembre de 2012 o la de 11 de marzo de 2014 (entre otras) en las que afirma que no puede inscribirse el testimonio del auto²⁵ de adjudicación separadamente del mandamiento de cancelación de cargas en el procedimiento de

ejecución directa. Es conveniente y razonable tal exigencia, pero contrasta con el carácter voluntario que el artículo 674 de la nueva Ley de Enjuiciamiento da a la expedición del mandamiento de cancelación, que se produce solo a instancia del adquirente. Es claro que la voluntariedad desaparecerá si el adquirente desea inscribir su derecho, pues en tal caso se verá obligado a obtener y presentar en el Registro el oportuno mandamiento²⁶.

El párrafo 2.º del artículo 133 LH prevé, además, como posible título inscribible un solo documento en el que conste al propio tiempo el mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación. Resulta difícil la aplicación práctica de este supuesto al no encajar este híbrido (testimonio más mandamiento) en la documentación de las actuaciones judiciales prevista por la LEC (cfr. arts. 149.5.º y 206 LEC). La única explicación que encontramos para esta extraña previsión legal es el intento de dar virtualidad como título inscribible de la adjudicación a aquellos mandamientos cancelatorios en los que se inserta íntegro el contenido del decreto de adjudicación. Sin embargo, no parece que ello sea admisible ya que se trata de títulos distintos, que sirven de base a operaciones registrales diferentes, con destinatarios distintos (el testimonio es el título del propietario y el mandamiento es una orden de cancelación dirigida al Registrador) que incluso deben tener un tratamiento fiscal diferenciado.

IV. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LAS ADJUDICACIONES Y CANCELACIONES DERIVADAS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

El principio de legalidad que impera en el Registro español implica, además de la exigencia de titulación pública, la calificación o examen de la validez interna y externa del título presentado que realiza el Registrador²⁷. La calificación se consagra en el artículo 18 LH conforme al cual *«los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro»*. Considerando que los documentos presentados para practicar las inscripciones y cancelaciones son expedidos por la autoridad judicial, debemos partir de la regla específica del artículo 100 RH que dispone que *«la calificación por los Registradores de los documentos expedidos por la autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro»*. Además, se han establecido unas reglas especiales de calificación en el artículo 132 LH que prescribe que *«a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den*

lugar los procedimientos de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a los extremos siguientes:

1.º Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

2.º Que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

3.º Que lo entregado al acreedor en pago del principal del crédito, de los intereses devengados y de las costas causadas, no exceden del límite de la respectiva cobertura hipotecaria.

4.º Que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor, o en caso de haberlo superado, que se consignó el exceso en establecimiento público destinado al efecto a disposición de los acreedores posteriores».

Pasamos a analizar las diferentes cuestiones que pueden ser objeto de calificación conforme a los preceptos citados.

1. COMPETENCIA DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 684 LEC regula la competencia en los procedimientos de ejecución hipotecaria, correspondiendo en el caso de hipoteca sobre inmuebles al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si esta radicare en más de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante, prohibiendo de manera expresa la institución modificativa de la competencia por sumisión expresa o tácita²⁸.

A efectos registrales, la competencia del procedimiento es una de las cuestiones que se permite calificar al registrador respecto de las operaciones a practicar en virtud de documentos judiciales (art. 100 RH). Generalmente esta cuestión se planteará al tiempo de solicitar al Registro la expedición de certificación de dominio y cargas, que implica la publicidad registral del comienzo del procedimiento. Posiblemente por ello no aparece esta materia entre las que están sujetas a calificación respecto de los autos de adjudicación y mandamientos de cancelación (art. 132 LH).

Los pactos por los que se establezca la remisión a un juzgado no competente por razón del lugar de la finca, estableciendo la sumisión a un determinado Tri-

bunal en caso de ejecución (RDGRN 10 abril de 2000), no son inscribibles por ser contrarios a las normas imperativas que rigen el procedimiento de ejecución, que no pueden modificarse por voluntad de las partes²⁹, pues son normas de orden público (GUILARTE ZAPATERO, 1996, 162).

Los pactos de sumisión expresa a un fuero distinto del previsto en el artículo 684 LEC han de considerarse abusivos, al encuadrarse en contratos de adhesión, en los que la negociación bilateral es mínima, imponiendo el Banco sus condiciones y privilegios (STS de 14 de noviembre de 1996), por ir en contra del artículo 90-2 del TRLGDCU y del artículo 684 de la LEC³⁰.

La DGRN ha confirmado expresamente la extensión de la calificación a la competencia del Juzgado en la resolución de 9 de mayo de 2014. Considera el Centro Directivo que al ser el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil una norma imperativa, apreciable de oficio, sin que quepa alteración por sumisión expresa o tácita, y afectar el respecto a esta regla de fuero a la defensa de los intereses no solo de las partes personadas en el procedimiento sino también a los derechos e intereses de otros terceros (terceros poseedores que adquirieron con posterioridad a la interposición de la demanda, titulares de cargas posteriores a la hipoteca ejecutada, etc.) debe considerarse susceptible de calificación por parte del registrador (art. 100 RH). Es más, reitera la Dirección General su doctrina de que la calificación registral de los documentos judiciales no puede afectar a la fundamentación del fallo pero sí a la competencia del juez o tribunal, calificación cuyo ejercicio no es solo una facultad sino también una obligación del registrador (resoluciones de 31 de diciembre de 1981 y 17 de julio de 1989). No afecta el hecho de que el tribunal deba revisar de oficio de su propia competencia y que pueda interponerse declinatoria (art. 546 y 547 LEC), ya que estas cuestiones procesales no pueden extrapolarse a un ámbito, como es el registral, en que a través de los correspondientes asientos de inscripciones y cancelaciones hace oponible *erga omnes* la eficacia subjetivamente limitada de la resolución judicial.

Una cuestión de competencia interesante es la que se plantea en caso de concurso del deudor. El artículo 56 LC dispone que los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Añadiendo que las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Solo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la

continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. El concepto de bien afecto y bien necesario para la actividad del concursado constituye el presupuesto procesal para determinar la continuidad de las ejecuciones hipotecarias y, además, tiene alcance a la hora de determinar la competencia objetiva e incluso puede vedar el acceso al Registro de la Propiedad de la adquisición consecuencia de la enajenación forzosa³¹.

La última redacción de este precepto dada por la Ley 38/2011 de 10 de octubre ha dejado claro que corresponde al Juez del concurso pronunciarse acerca de si el bien está o no afecto o es o no necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Sin embargo queda sin resolver la cuestión de si, una vez afirmado por dicho Juez que el bien no está afecto o no es necesario para la actividad, la competencia del procedimiento corresponde al Juez del Concurso o al competente por aplicación del artículo 684 LEC. La polémica cuestión es reconocida por la DGRN que no entra en el fondo de este asunto en la resolución de 20 de febrero de 2012. No obstante, en la resolución de 8 de noviembre de 2012 se afirma que si se sigue mediante pieza separada en el Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso, no es preciso siquiera hacer constar en el decreto de adjudicación que la finca no está afectada a la actividad del concursado, ya que, con tal proceder, el juez de lo mercantil está ejercitando la competencia universal que le atribuyen los artículos 8 y 57 LC. Tampoco resuelve la Ley cuándo ha de entenderse que existe afectación de bienes a la actividad empresarial del concursado ni cuándo han de estimarse aquellos imprescindibles para el desarrollo de la actividad, quedando tales cuestiones a la libre apreciación del Juez³². A falta de una definición clara, en la jurisprudencia menor se encuentran numerosos pronunciamientos³³.

2. DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO

Como hemos visto anteriormente el artículo 132 LH prevé en su número 1.º que la calificación del Registrador se debe extender a comprobar que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscritos su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento.

Los extremos a los que se refiere el precepto citado se regulan en los artículos 685 y 686 LEC. En primer lugar, respecto de las personas que deben ser requeridas, el artículo 685.1 LEC establece que la demanda ejecutiva debe dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes. A estos mismos demandados y en el domicilio que resulte vigente en el Registro, debe mandarse requerir de pago en el auto por el que se autorice y despache la ejecución. Esta

demanda y requerimiento de pago es un aspecto esencial del procedimiento, ya que garantiza la intervención en el procedimiento del titular registral, dando cumplimiento al principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) que es manifestación del principio constitucional de proscripción de la indefensión (art. 24 CE), por lo que ineludiblemente ha de quedar sujeto a calificación del Registrador³⁴.

Una peculiaridad especial se producirá en la modalidad de hipoteca inversa, ya que en tales casos el préstamo garantizado con la misma vence con el fallecimiento del solicitante y es entonces cuando deviene exigible³⁵, por lo que, fallecido el deudor, la demanda deberá dirigirse frente a los herederos (acompañando a la misma los documentos que acrediten tal cualidad) y si no existe certeza de quiénes sean, frente a la herencia yacente. En estos casos solo queda afecto al pago de la deuda el patrimonio hereditario³⁶.

En el caso del deudor no hipotecante (que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria), el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta elevando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar. De ahí que la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la Ley³⁷.

En cuanto al hipotecante no deudor, la DGRN en resolución de 27 de junio de 2011, estima insuficiente la mera notificación del procedimiento una vez iniciado. En primer lugar en base a los artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria que exigen con carácter general para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales, el consentimiento del titular o sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra él. En segundo lugar, cita la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2004, que dictaminó que la falta de requerimiento de pago determina la nulidad del procedimiento, sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al trámite, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Respecto a la forma del requerimiento, se permite que se efectúe extrajudicialmente mediante acta notarial que acredite haberse requerido de pago al ejecutado con al menos diez días de antelación (art. 581.2 LEC), en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Se flexibiliza la necesidad de intervención directa del ejecutado, ya que el requerimiento puede realizarse personalmente si se encontrase en el domicilio, pero también se admite que lo reciba el pariente más próximo, familiar o dependiente, mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido y si no se encontrase a nadie en ella, al portero o al vecino más próximo. Intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 LEC. Si bien es cierto que deben conjugarse todos los intereses en juego en la ejecución, evitando maniobras dilatorias por el deudor que trata de rehuir el requerimiento, también lo es que para garantizar la intervención del ejecutado debería haberse previsto al menos un segundo intento de requerimiento, antes de acudir a la publicación de edictos. Así se regula con carácter general para los procedimientos administrativos en el artículo 59.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

En todo caso se hace referencia al domicilio que resulte del Registro, que será el fijado a estos efectos en el pacto de ejecución judicial en la escritura de constitución de hipoteca (art. 682 LEC) o el que el adquirente del bien hipotecado haya hecho constar a estos efectos al tiempo de su adquisición (art. 683 LEC), tal y como se ha visto *supra*.

A) *Supuesto especial: el tercer poseedor de bienes hipotecados*

Se entiende por tercer poseedor de bienes hipotecados la persona que adquiere el dominio o derecho real de goce de la finca con el gravamen hipotecario y, considerando la preferencia que tal carga goza sobre su adquisición, debe soportar las consecuencias de la ejecución, no obstante lo cual, la Ley le dispensa un tratamiento especial para que quede garantizada su intervención en el procedimiento y pueda así evitar si lo desea la enajenación en pública subasta del bien adquirido. En la definición legal del artículo 662 LEC no se hace referencia al dominio de forma explícita pues su primer apartado solo habla de pasar el bien a poder de un tercer poseedor. En el segundo apartado sí se refiere a otros derechos de goce: usufructo o dominio útil o bien la nuda propiedad o dominio directo. En todo caso quedan excluidos del concepto los adquirentes de un derecho real limitado sobre la finca, debiendo tratarse de una adquisición derivativo-traslativo³⁸.

Para BAENA RUIZ (1999, 58) la denominación «tercer poseedor» no es totalmente correcta pues puede llevar al equívoco de que se trate de un simple poseedor cuando en realidad es un adquirente del dominio o de una titularidad asimilada.

La doctrina ha planteado la cuestión de si para que pueda considerarse tercer poseedor debe ser este tercero a los efectos previstos en el artículo 34 LH. CHICO ORTIZ (2000, 256) considera que la única analogía con el tercero del artículo 34 LH es que se trata de un tercer adquirente, siendo todo lo demás diferencias. ROCA SASTRE (1998, p. 282) o GARCÍA GARCÍA (1994, p. 124) consideran, por el contrario, que es indiferente el carácter gratuito u oneroso de la adquisición, y que la buena fe tampoco debe tomarse en consideración, ya que conoce la existencia de la hipoteca, pues resulta del Registro. En la misma línea, BAENA RUIZ (1999, 61) tampoco consideran aplicable el artículo 34 LH al tercer poseedor.

Los efectos que el procedimiento de ejecución produce respecto de los terceros poseedores son los de tener que sufrir, tolerar o soportar el procedimiento con la consiguiente realización de la finca. La posibilidad de pagar la deuda y rescatar la finca de la afección hipotecaria es un derecho pero no una obligación³⁹.

Como hemos visto, la Ley prevé que el tercer poseedor debe ser demandado y requerido de pago siempre que hubiese acreditado al acreedor la adquisición de la finca (art. 685.1 LEC) y que tenga inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento (art. 132.1.º LH)⁴⁰.

Conforme al artículo 689.1 LEC, en el caso de aparecer en la certificación registral que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio no ha sido requerido de pago se le debe notificar la existencia del procedimiento a aquella persona, en el domicilio que conste en el Registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca.

Se ha planteado en la práctica la cuestión de si es necesario en todo caso demandar al tercer poseedor que ha inscrito su derecho antes de expedirse la certificación, ya que así parece exigirlo el artículo 132.1.º LH, o si es suficiente la notificación al mismo, tal y como prevé el artículo 689.1. La evolución de la doctrina de la DGRN en este punto puede esquematizarse en los siguientes momentos:

1. Debe demandarse al tercer poseedor si ha acreditado la adquisición al acreedor

En el caso de la RDGRN de 23 de julio de 2011 en la escritura de venta realizada por la deudora a favor del tercer poseedor se pactó (constando además en el Registro) la subrogación pasiva y asunción de deuda por parte de la compradora sin que mediase consentimiento expreso o tácito a la misma por el acreedor, y sin que dicho tercer poseedor acreditase al acreedor la adquisición

del bien. En esta situación considera el Centro Directivo que no hay obligación (aunque sí potestad para el acreedor, conforme al artículo 126 de la Ley Hipotecaria) de requerir de pago al tercer poseedor actual titular registral de la finca hipotecada, de manera que es suficiente la notificación —y no el requerimiento de pago— al tercer poseedor que aparece en la certificación registral.

Respecto a si debió ser el juzgado el que notificara la existencia del procedimiento al actual titular registral de la finca hipotecada, la DGRN estima que la notificación de la existencia del procedimiento al tercer poseedor debe realizarse por el Registrador —en la forma recogida por el artículo 659— y no por el juez. Nos parece rechazable la consideración de que la notificación al tercer poseedor en caso de falta de requerimiento de pago se equipare a las notificaciones a acreedores y titulares de derechos posteriores, ya que el tratamiento en el artículo 689 resulta diferenciado en su párrafo primero (que habla de «dominio») respecto del segundo (que se refiere a «cargas o derechos resales»), siendo claro a nuestro entender que, conforme al párrafo 1.º, la notificación al tercer poseedor no requerido debe realizarla el Juzgado, ya que dicha norma no se remite al artículo 659 LEC.

2. Debe demandarse al tercer poseedor en todo caso si ha inscrito su derecho antes de la expedición de certificación

En la RDGRN de 13 de septiembre de 2012 (reiterada por la de 22 de mayo de 2013) cambia totalmente el criterio y se considera que 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, y entendiendo que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. La comunicación efectuada por el Registrador al amparo del artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago, y tiene solo el efecto de avisar de la iniciación de la ejecución y permitir a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la ejecución de la hipoteca el pagar y subrogarse en lugar del acreedor, pero no sustituye los trámites procesales más rigurosos y con distinta finalidad contemplados en la Ley.

La posible contradicción entre el artículo 132 LH y el artículo 689 LEC la resuelve la DGRN a favor de la prevalencia del primero de ellos, considerando que una vez inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho del tercer poseedor antes de la expedición de certificación, este debe ser demandado en todo caso, no bastando la mera notificación. Esta posición lleva a extender a toda adquisición inscrita hasta el momento de la expedición de la certificación la obligación de demandar, lo cual es imposible en la práctica ya que requeriría retrotraer el procedimiento a su inicio (cuando lo cierto es que se estableció la

relación procesal correctamente en su momento), por un hecho posterior como es el cambio de titular de la finca.

3. Debe demandarse al tercer poseedor solo si ha inscrito su derecho antes de la interposición de la demanda.

En las RRDGRN de 10 de julio de 2013 y 18 de septiembre de 2013 se hace una importante matización⁴¹ a la doctrina expuesta en las dos anteriores al admitir que en los casos en que no se hubiere acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados —ni se hubiera inscrito— en el momento de formular la demanda sino que hubiera inscrito su derecho posteriormente de modo que aparezca en la certificación registral, debe ser entonces (tras la expedición de dicha certificación para el proceso) cuando se le deberá notificar la existencia del procedimiento. Por tanto, en caso en que se haya inscrito su derecho en el Registro con anterioridad a la interposición de la demanda de ejecución es necesario que esta se haya dirigido contra tales terceros poseedores⁴². Con la doctrina de estas resoluciones, podemos distinguir tres momentos:

- Tercer poseedor inscrito antes de la interposición de la demanda: debe demandarse en todo caso.
- Tercer poseedor inscrito después de la interposición de la demanda y antes de expedirse la certificación de cargas: debe ser notificado conforme al artículo 689.1 LEC, sin que sea preciso demandarle.
- Tercer poseedor inscrito después de la expedición de certificación: la publicidad registral de esta expedición sirve de notificación.

Para los casos en los que exista un tercer poseedor no inscrito, la DGRN, en resolución de 20 de diciembre de 2010, considera defecto que impide la inscripción la falta de intervención del titular inscrito, aun cuando las actuaciones se entendieron con dicho tercer poseedor, ya que es necesario ajustarse claramente a los pronunciamientos registrales en el desenvolvimiento de la ejecución hipotecaria. Y ello porque la ejecución directa sobre bienes hipotecados solo puede ejecutarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo (art. 130 LH); por el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca (arts. 1875 del Código Civil y 145 LH); y por el juego de los principios de inoponibilidad y fe pública a favor de los adquirentes en el remate (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria), aplicables como en cualquier otro derecho real inscrito, además de estar esta circunstancia expresamente prevista en el ámbito de la calificación registral determinado por el artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

Finalmente, en cuanto a los terceros poseedores posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, dicha nota hace las veces de

notificación, por lo que la inscripción de la adjudicación en estos casos conlleva la situación anómala de no cumplirse el tracto sucesivo, al efectuarse un acto de transferencia del dominio teniendo en cuenta a quien no es titular actual según el Registro ya que no figura en el propio decreto de adjudicación⁴³. En estos casos puede considerarse que esta inscripción posterior del derecho del tercer poseedor debe cancelarse⁴⁴, aunque ROCA SASTRE (1998, 416), rechazando esta afirmación, defiende que existe una especial modalidad en el principio de tracto sucesivo.

3. NOTIFICACIONES A TITULARES DE DERECHOS POSTERIORES

Otra de las cuestiones que debe calificarse conforme al artículo 132.2.º LH es que se ha notificado la existencia del procedimiento a los acreedores y terceros cuyo derecho ha sido anotado o inscrito con posterioridad a la hipoteca, a excepción de los que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, respecto de los cuales la nota marginal surtirá los efectos de la notificación.

Procesalmente esta cuestión se regula en los artículos 688 y 689 LEC. El primero de ellos prevé la expedición por el Registrador de certificación en la que consten los extremos a que se refiere el apartado 1 del artículo 656 y en la que se exprese, asimismo, que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieran en el Registro, haciendo constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido dicha certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. Conforme al artículo 689.2 en relación con el artículo 659, cuando existan cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del actor, el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a los titulares de derechos que figuren en la certificación de cargas y que aparezcan en asientos posteriores al del derecho del ejecutante, en el domicilio que conste en el Registro o por medio de edicto publicado por 15 días en el tablón de anuncios del Registro (art. 660 LEC). Como vemos, la previsión del artículo 132.2.º LH obliga al Registrador a calificar que se ha realizado un trámite (el de las comunicaciones) que corresponde efectuar a él mismo.

Esta regulación pone de manifiesto la coordinación del Registro y el proceso desde un punto de vista formal. Aunque estas notificaciones deberían ser ejecutadas por el órgano ante el que se tramita la ejecución, ya en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 30 de abril de 1992 se desplazó la obligación de realizarlas del juez al Registrador. La LEC utiliza el término comunicación en lugar de notificación ya que estas últimas son un acto procesal por el que se da conocimiento a un interesado de una actuación judicial, y

dado que el Registrador carece de facultades procesales, no puede «notificar» en sentido estricto⁴⁵.

Los efectos de la omisión de la notificación o de sus defectos de forma son distintos en el procedimiento ordinario (art. 660 LEC: no serán obstáculo a la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble) y en el hipotecario⁴⁶. En base al artículo 132.2.º LH debemos entender que la omisión de las comunicaciones debe ser defecto que impida la inscripción de la adjudicación, habida cuenta, además, de que estamos ante un trámite esencial del procedimiento. La DGRN así lo consideró en resolución de 20 de diciembre de 2010, en un supuesto en el que, además, la omisión conllevó la falta de conocimiento del procedimiento al titular registral⁴⁷.

Resulta innegable la relevancia de la nota marginal publicando la expedición de certificación ya que sirve de notificación para los posteriores adquirentes de dominio o derechos reales sobre la finca. A estos adquirentes posteriores no se les realiza notificación alguna (art. 659.2 LEC). Téngase en cuenta que en la nota de despacho de su título constará la existencia de expedición de certificación haciendo relación circunstanciada del procedimiento correspondiente (art. 434 parr. 3.º RH), constando asimismo en la publicidad que se expida de la finca (art. 222.5 LH).

La importancia de la nota marginal de expedición es aún mayor en el caso de la ejecución hipotecaria frente a la ordinaria, ya que gracias a dicha nota se puede tener noticia de la ejecución de la hipoteca, mientras que la propia anotación de embargo ya publicita una ejecución. De hecho, la DGRN considera que la omisión de la expedición de certificación en una ejecución ordinaria no puede considerarse trámite imprescindible, pues su omisión no causa indefensión, ya que, cuando los titulares posteriores adquirieron su derecho, pudieron conocer perfectamente, por el contenido del Registro, la concreta situación jurídico-real del bien adquirido, y es a ellos a quienes incumbe estar alerta para intervenir en las actuaciones de ejecución⁴⁸. La nota marginal de expedición de certificación puesta al margen de una anotación de embargo, en un procedimiento de ejecución de esta, constituye una información a mayor abundamiento, pues la publicidad registral de la propia anotación de embargo ya revela a los titulares posteriores que se trata de un procedimiento de ejecución en marcha. En cambio, cuando se trata de hipoteca, como la inscripción de esta antes de la nota marginal solo publica la constitución de esta y su fase de garantía, es fundamental la publicidad resultante de la nota marginal de expedición de cargas, ya que avisa a los posteriores adquirentes de la finca o de derechos reales, mediante la nota que queda en el Registro sobre la expedición, que se está ejecutando la hipoteca⁴⁹. Es la forma en que la hipoteca revela a los terceros que se encuentra en fase dinámica o de ejecución y de ahí la mayor trascendencia que tiene su falta o su constancia errónea respecto a otros procedimientos distintos⁵⁰. Respecto de estos titulares, su única notificación consiste en la nota al margen de la hipoteca y en la nota de despacho de su título⁵¹.

4. DESGLOSE Y SOBRANTE

Analizaremos en este punto las previsiones que sobre la calificación contiene el artículo 132.3.º y 4.º LH. En primer lugar el artículo 132.3.º se refiere a que lo entregado al acreedor en pago de los distintos conceptos (principal, intereses y costas), no exceden del límite de cobertura hipotecaria pactada para dichos conceptos. Y en segundo lugar, el artículo 132.4.º señala que deberá calificarse la existencia o no de sobrante, y la consignación del mismo en caso de haberlo. Ambos apartados concuerdan con lo dispuesto en el artículo 692 LEC, conforme al cual *«el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al actor el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria; el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado. Satisfechos, en su caso, los acreedores posteriores, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado»*. El precepto también prevé el pago de lo debido al acreedor aun superando el límite de cobertura hipotecaria una vez satisfechos acreedores posteriores (podría añadirse el caso en que no los hubiera) si el hipotecante es el mismo deudor. En cuanto al destino del sobrante, se establece un criterio de distribución basado en el principio de prioridad registral⁵².

En la resolución de 8 de noviembre de 2012 confirma la DGRN que, conforme al artículo 132.3.º, cuando al actor se le entregan en pago de sus pretensiones cantidades no cubiertas con la hipoteca (por no constar registrada su cobertura o por exceder de la inscrita) el Registrador debe rechazar la inscripción aun cuando no existan terceros pues el exceso es un sobrante que debe entregarse al dueño de la finca. Recuerda además la DGRN que el límite de cobertura hipotecaria opera como límite a las pretensiones del actor, con la excepción del caso previsto en el párrafo 2.º del artículo 692.1 LEC. Asimismo la actuación del Registrador debe acomodarse a las circunstancias del caso concreto de modo que cuando no exista interés protegible (acreedores posteriores) no es preciso depositar el sobrante, al igual que cuando los acreedores son posteriores a la nota marginal de expedición de certificación y no se han personado en el procedimiento (resoluciones de 12 de abril de 2000, 20 de febrero y 23 de septiembre de 2002, citadas por la de 8 de noviembre de 2012).

De otro lado, en caso de reclamarse un concepto no garantizado con la hipoteca y existiendo terceros con cargas inscritas con posterioridad, la cobertura hipotecaria actúa como límite, por lo que las cantidades percibidas por el acreedor por dicho concepto deben consignarse a favor de los acreedores posteriores. Ello es así aun cuando lo pagado sea inferior no solo a la deuda reclamada sino al importe que por principal garantiza la hipoteca, pues en este caso no se trata de un exceso cuantitativo del límite de cobertura, sino de que

el concepto en cuestión no está asegurado con la hipoteca (resolución de 31 de julio de 2014). En esta línea, en las resoluciones de 11 de marzo y 24 de junio de 2014 se rechaza la posibilidad de utilizar el exceso de la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, ya que, existiendo acreedores posteriores, en ninguno de los conceptos se puede sobrepasar la cantidad asegurada. En todo caso, para que el Registrador pueda calificar que se ha respetado el límite de cobertura hipotecaria, deberán desglosarse las cantidades reclamadas por los distintos conceptos (RDGRN de 6 de julio de 2001).

5. OBSTÁCULOS QUE SURJAN DEL REGISTRO

A) *Tracto sucesivo*

La formulación de este principio se encuentra en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria conforme al cual para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Por tanto, cada titularidad registral debe apoyarse sobre otra anterior vigente y suficiente para servirle de base⁵³.

El principio de tracto sucesivo puede enfocarse desde la doble perspectiva del propietario de la finca que transmite la finca en la enajenación forzosa y del acreedor titular de la hipoteca que se ejecuta.

Desde el punto de vista del propietario, es precisa su intervención en el procedimiento, ya sea como deudor hipotecante, hipotecante no deudor o tercer poseedor en los términos que hemos analizado *supra*.

Respecto al acreedor, es preciso que la hipoteca se encuentre inscrita a su favor y vigente la inscripción. La Ley adopta cautelas para que estos extremos queden verificados a lo largo del procedimiento. En primer lugar, el artículo 685.2 LEC prevé en su párrafo 2.º que con la demanda debe presentarse el título inscrito o acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. En segundo lugar, un trámite esencial del procedimiento es reclamar del Registrador certificación con los extremos del artículo 656 LEC en la que debe expresarse que la hipoteca en favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro (art. 688 LEC).

Un supuesto muy frecuente en la práctica registral es el cambio en la titularidad del crédito hipotecario por fusión en la entidad acreedora. La DGRN en resoluciones de 5 de julio o 10 de octubre de 2013 considera que es necesario para inscribir la adjudicación proceder a la previa inscripción de la hipoteca a

favor de la nueva entidad absorbente, presentado para ello los documentos oportunos (basta el testimonio de la escritura de fusión). Razona el Centro Directivo que no está previsto en la legislación hipotecaria ningún asiento específico para recoger la sustitución procesal como sustitutivo de la previa inscripción del derecho de hipoteca a favor del que ejercita el mismo. Esta previa inscripción resulta necesaria por aplicación de los artículos 16, 20, 38 y 130 de la Ley Hipotecaria, en que se proyectan los principios hipotecarios de tracto sucesivo, siquiera sea en su modalidad de abreviado, y de legitimación. No obstante, no es precisa esta previa inscripción para expedir la certificación de dominio y cargas y extender la correspondiente nota marginal según resoluciones de 8 de julio, 28 de agosto, 2 y 11 de octubre de 2013 y 5 de mayo de 2014⁵⁴.

B) Requisitos establecidos en la ley para la inscripción y cancelación

De los artículos 133 de la Ley Hipotecaria y 674 de la Ley de Enjuiciamiento civil resulta que deben consignarse en el decreto de adjudicación todas las circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación. Se trata de una reiteración de la norma general del artículo 21 de la Ley Hipotecaria conforme al cual *«los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos»*.

a) Circunstancias personales

Los artículos 9.4 y 9.5 de la Ley Hipotecaria y 51.9 de su Reglamento exigen la constancia de las circunstancias personales de la persona a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien proceda el bien o derecho que se inscriba, diferenciando:

- Personas físicas: se expresarán el nombre y apellidos; el documento nacional de identidad; si es mayor de edad o, en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de ser casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre y apellidos y domicilio del otro cónyuge; la nacionalidad y la vecindad civil del sujeto si se acreditan o manifiestan; y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.
- Personas jurídicas: se consignará su clase; su denominación; el número de identificación fiscal; la inscripción, en su caso, en el Registro corres-

pondiente; la nacionalidad, si fuere una entidad extranjera, y el domicilio con las circunstancias que lo concreten.

Además de estas reglas generales, la constancia del número de identificación fiscal es preceptiva conforme al artículo 254.2 LH (redactado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal) que establece la necesidad de que consten los números de identificación fiscal de los que intervengan en los títulos inscribibles (cfr. resolución DGRN de 21 de abril de 2010).

b) Descripción de la finca

Los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento establecen la forma en la que han de describirse los inmuebles, debiendo detallarse naturaleza, situación, superficie y linderos con las circunstancias que se expresan en los citados preceptos.

Un supuesto especial se produce cuando la finca hipotecada pasa a formar parte de un proyecto de equidistribución. En estos casos la finca hipotecada se encuentra sujeta a las modificaciones objetivas impuestas por el proceso equidistributivo, de manera que la finca queda transformada en una finca de reemplazo o de destino, procediendo el traslado de la carga hipotecaria desde la finca de origen a la de resultado a través del juego de la subrogación real⁵⁵. En tales casos, como señaló la STS de 24 de julio de 2006, la sustitución de la finca de origen inicialmente hipotecada por las fincas de resultado, como consecuencia de una reparcelación, no afecta al procedimiento de ejecución hipotecario, aunque este se refiera solo a la finca de origen (y solo esta figure en el anuncio de la subasta). Razona el Alto Tribunal que el acreedor no intervino en el proyecto urbanístico y aprobación de la reparcelación, constituyendo tales operaciones divisorias «*res inter alios acta*» y por tanto, en nada afecta esta a su derecho. Una vez que queda suficientemente constatada la correspondencia de titularidades entre la finca originaria hipotecada y las resultantes del proceso urbanístico que tuvo lugar, la adjudicación discutida se proyecta necesariamente sobre estas, tanto por los principios de seguridad del tráfico, economía y flexibilidad del sistema, como por la situación de subrogación con plena eficacia real de la anterior finca por las nuevas resultantes (art. 122 del Reglamento de Gestión Urbanística, concordante con el 123 de la Ley Hipotecaria, y en relación al 167 de la Ley del Suelo).

c) La situación arrendaticia

Los artículos 25 y 31 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre regulan las notificaciones a efectos de ejercitar los derechos de tanteo y retracto del arren-

datario, exigiendo el primero de ellos en su apartado 5 que *«para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas en los apartados anteriores, con los requisitos en ellos exigidos. Cuando la vivienda vendida no estuviese arrendada, para que sea inscribible la adquisición deberá el vendedor declararlo así en la escritura, bajo la pena de falsedad en documento público.»* El artículo 22 de la Ley 49/2003 de 26 de noviembre de arrendamientos rústicos se pronuncia en términos similares. La notificación (o en su defecto, la manifestación de no estar arrendada) se convierte en presupuesto para que transmisión tenga acceso al Registro, de manera que así se fuerza al adquirente a notificar su adquisición al arrendatario⁵⁶.

La LEC contiene normas, antes inexistentes, sobre comunicación de la ejecución a ocupantes de hecho y arrendatario, expresión en los anuncios de la subasta de la situación posesoria del inmueble entrega de posesión y lanzamiento de ocupantes (arts. 661 y 675). Como afirma RIVAS TORRALBA, estas previsiones legales no eliminan la necesidad de manifestar la inexistencia de arrendatarios o de acreditar, en su caso, la notificación a efectos del retracto⁵⁷.

Aunque las citadas normas exigen que la situación arrendaticia se acredite mediante manifestación del enajenante en el título que documente la transmisión, la DGRN ha flexibilizado esta exigencia, buscando la compatibilidad de la garantía del arrendatario al ejercicio de su derecho de adquisición preferente con el derecho del adjudicatario a obtener la inscripción sin obstáculos insalvables⁵⁸. De este modo, como señala la Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1993 y 20 de octubre de 2005, puede exigirse al rematante como adquirente que es de la finca, o bien la notificación de la transmisión al arrendatario o una declaración de que la notificación no procede por no existir arrendatarios. Y la necesidad de esta declaración no cabe suplirla por la puesta en posesión judicial de la finca al adjudicatario. En cuanto a la forma de hacer esta manifestación, sentada en la doctrina de la Dirección General la procedencia del tanteo y retracto en las ventas judiciales, así como que la declaración de no estar arrendada la finca puede ser hecha por el adjudicatario de la finca, afirma reiteradamente el Centro Directivo que tal declaración puede hacerse en las propias actuaciones judiciales, ante Notario, o mediante instancia firmada o ratificada ante el Registrador (resoluciones de 20 de noviembre de 1987 y 6 de febrero de 2001).

d) Especificación de las cargas a cancelar

Conforme al artículo 233 RH (referido al antiguo art. 131 LH), en el decreto de adjudicación se determinarán las inscripciones y anotaciones posteriores y las anteriores pospuestas al crédito del actor que hayan de cancelarse, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde consten, sin que sea

suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor. Se exceptúan las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota prevenida en el párrafo cuarto de la regla cuarta del artículo citado, para cuya cancelación bastará la referida expresión genérica.

Sin embargo, se ha planteado la posible derogación tácita de este precepto en base a que el artículo 134 LH redactado por la LEC 2000 se refiere a la cancelación de todas las cargas posteriores sin excepción⁵⁹. Puede resultar dudoso que a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC sea necesaria su reseña individualizada, máxime cuando es el propio Registrador quien asume la obligación de efectuar las notificaciones a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantizaba el crédito del actor⁶⁰.

En todo caso, hay que recordar que es doctrina de la DGRN que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos judiciales cancelatorios (resoluciones de 28 de febrero de 1977, 7 de noviembre de 1990, 3 de junio de 1992, 21 de noviembre de 2012); por ello en supuestos en los que el Registrador tenga dudas sobre los asientos a cancelar podría pedir aclaración al Juzgado sobre este particular. Piénsese en asientos de los que resulte en litigio la vigencia misma de la hipoteca o que afecten a procedimiento de ejecución universal (concurso de acreedores).

Como señala ÁLVAREZ CAPEROCHIPI (2002, 1509), dado que el Registro de la Propiedad no es un archivo u ordenación de documentos por orden de prioridad, sino que también es un sistema de ordenación de preferencias, el juez debe valorar en la cancelación de los asientos posteriores, si estos se refieren a créditos o gravámenes que sean preferentes, según el Registro o de los que conste fehacientemente su preferencia, que deben en principio subsistir. Y deben también subsistir las inscripciones posteriores de derechos constituidos públicamente con anterioridad si su realidad no ofrece dudas al juez de la ejecución, o aquellas anotaciones que cuestionen el derecho del titular registral o la identidad del bien embargado⁶¹.

6. FIRMEZA DEL DECRETO DE ADJUDICACIÓN

Para que sea inscribible el decreto de adjudicación y pueda practicarse la cancelación de cargas debe resultar la firmeza del testimonio del mismo, según doctrina de la DGRN (resoluciones 14 diciembre de 2001 y 7 de agosto de 2014). Esta exigencia resulta de la norma general del artículo 524.4 LEC, conforme al cual las sentencias no firmes solo pueden ser objeto de anotación preventiva. Además el artículo 174 RH en su último párrafo así dispone que *«las inscripciones o anotaciones preventivas hechas en virtud de mandamiento judicial y las practicadas en virtud de escritura pública, cuando procediere*

la cancelación y no consintiere en ella aquel a quien esta perjudique, no se cancelarán sino en virtud de resolución judicial que sea firme, por no admitir recurso alguno o por haber sido desestimado o haber expirado el plazo legal para promoverlo». Argumenta el Centro Directivo que, aunque las resoluciones judiciales relativas al procedimiento de ejecución no son propiamente sentencias, por su índole afectan a derechos reales inscritos que son llamados a finalizar en un asiento principal en los libros del Registro.

La firmeza, aunque no sea expresa, puede resultar de expresiones tales como *«firme que sea la presente resolución, expídase testimonio literal de la misma»* cuando efectivamente el testimonio esté expedido en una fecha en la que haya transcurrido el plazo para recurrir (resoluciones DGRN de 8 de junio y 11 de julio de 2009 y 29 de enero de 2014).

Una cuestión especial sobre la firmeza se planteó con el incidente extraordinario de oposición previsto en la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Dicha norma concede un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia del carácter abusivo de la cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que haya determinado la cantidad exigible (art. 695.1.4 LEC) para todo procedimiento ejecutivo que a la entrada en vigor de dicha Ley (15 de mayo de 2013) no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 LEC.

Afirma la DGRN (resoluciones 11 de octubre y 18 de diciembre de 2013, 9 de enero y 22 de julio de 2014), que, dado que la puesta en posesión es posterior en cualquier caso a la adjudicación (art. 675 LEC), el mero testimonio del decreto de adjudicación no será por sí mismo suficiente para acreditar que a fecha 15 de mayo de 2013 ya se había producido aquella. En consecuencia, fuera de los supuestos en que el testimonio del decreto de adjudicación recoja efectivamente dicha circunstancia, por haberse emitido con posterioridad a la diligencia de entrega de posesión, deberá acompañarse de escrito del secretario judicial del que resulte que ha sido entregada la posesión antes de la repetida fecha como requisito para obtener la inscripción del inmueble a favor del adjudicatario y proceder, en su caso, a las cancelaciones pertinentes (art. 671 LEC). Cuando se trate de procedimientos en curso en fecha 15 de mayo de 2013 respecto de los que no se haya entregado la posesión al adjudicatario, se requiere que junto al testimonio del decreto de adjudicación se acompañe escrito del secretario judicial del que resulte que transcurrido el plazo de un mes previsto en la disposición transitoria (plazo que finalizó el día 16 de junio de 2013), no se ejercitó por el ejecutado su derecho a instar el incidente de oposición. Por el contrario si efectivamente se ejerció el derecho de oposición habrá que estar a la resulta del mismo.

7. ADJUDICACIONES AL ACREEDOR EJECUTANTE (ART. 671 LEC)

La adjudicación a favor del ejecutante constituye un medio subsidiario y potestativo para el acreedor de extinguir el crédito que presenta ciertas analogías con la adjudicación en pago, aunque también se distingue de esta en que no extingue el crédito sino hasta donde alcance el valor que se realiza en la ejecución (salvo que se adjudique por la cantidad que se deba por todos los conceptos⁶²).

El artículo 671 LEC prevé el supuesto de subasta desierta por no haber ningún postor. En estos casos pueden diferenciarse dos supuestos:

- 1) Si no se trata de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por ciento del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.
- 2) Si se tratase de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por ciento 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 el 60 por ciento.

La calificación del Registrador se extiende a verificar el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, ya que la tasación a efectos de subasta es uno de los elementos esenciales para la aplicación del procedimiento de ejecución directa (art. 682 LEC), debiendo constar en la inscripción que es la base para ejecución (art. 130 LH) confiriendo distintos derechos al postor, al ejecutado y al ejecutante en función del porcentaje que la postura obtenida en la puja represente respecto del valor, en los términos recogidos por los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo determinante dicho precio para la evaluación acerca de si el valor de lo adjudicado ha sido igual o inferior al importe total del crédito del actor y de la existencia y eventual destino del sobrante, extremos estos expresamente calificables por el registrador al amparo de lo dispuesto en el artículo 132.4 de la Ley Hipotecaria, además de tratarse de una cuestión relacionada con la intervención prevista por la ley en el procedimiento de los titulares registrales que pueden ser afectados y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal (RDGRN de 16 de junio de 2014).

La redacción del artículo 671 LEC ha sufrido diversas modificaciones en los últimos años, lo que determina, a efectos de derecho transitorio, una diversa aplicación según la fecha de la adjudicación:

- 1) Redacción originaria de la LEC: el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

- 2) Redacción Real Decreto-ley 8/2011 de 1 de julio (en vigor 7 de julio de 2011): el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al sesenta por ciento de su valor de tasación
- 3) Redacción Ley 37/2011, de 10 de octubre (en vigor 31 de octubre de 2011): en caso de adjudicaciones distintas a la vivienda habitual se retoma la anterior posibilidad de pedir la adjudicación por cantidad igual o superior al cincuenta por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.
- 4) Redacción Ley 1/2013 de 14 de mayo (en vigor 15 de mayo de 2013): redacción actual antes vista en la que se diferencia según se trate o no de la vivienda habitual. Con esta Ley se ha elevado el porcentaje mínimo de adjudicación para vivienda habitual, del 60 al 70 por ciento del valor de tasación, con la salvedad de que de que la deuda sea inferior al 70 por ciento podrá solicitarse la adjudicación por el 60 por ciento⁶³. En este último caso, para Juan GÓMEZ (2013, p. 3141) lo que la norma refleja es que si la deuda es inferior al 70 por ciento solo podrá interesarse la adjudicación por el 60 por ciento⁶⁴. Frente a esta posición, GARCÍA GARCÍA considera aplicable por identidad de razón el artículo 670.4 párr. 2 LEC de manera que el 60 por ciento será límite mínimo de adjudicación en caso de vivienda habitual y no una cantidad fija⁶⁵.

En cuanto a la fecha determinante para la aplicación de una u otra norma, parece que habrá que estar a la fecha de la adjudicación, considerando lo dispuesto en la DT 6.^a LEC y la DT 4.^a de la Ley 1/2013, que consideran aplicables las nuevas normas respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

Esta sucesión de reformas obedece a la necesidad de dar respuesta legislativa a situaciones injustas que se pueden producir en estos casos, como ocurre cuando el acreedor se adjudica el bien por un precio inferior a su valor real, posteriormente enajena el bien a un tercero a precio de mercado y, además, el acreedor conserva el derecho a ejercitar una acción personal contra el deudor para reclamar el pago del resto de la deuda⁶⁶, lo que llevó a PÉREZ GARCÍA (2007, 168-169) a plantearse la posibilidad de un enriquecimiento injusto o un abuso de derecho, si bien esto es rechazado por la jurisprudencia. Como señala la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, se adoptan medidas que contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios en atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones. Para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, supone un drama social la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual.

En consonancia con la reforma del artículo 671 que diferencia según la finca adjudicada se trate o no de vivienda, se ha modificado igualmente el artículo 21 LH, introduciendo un apartado 3 conforme al cual, en las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda debe constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Además, se establece la presunción *iuris tantum* de que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución, de este modo se dispensa de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Para la DGRN, esta presunción es congruente con el artículo 130 LH y además es preciso que para que la escritura de constitución de hipoteca sea inscribible se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, con independencia de la que la finalidad del préstamo sea o no la adquisición de la vivienda habitual (RDGRN de 19 de diciembre de 2013).

La aplicación de esta norma plantea el problema de fijar qué se entiende por «vivienda habitual» ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado que puede ser interpretado de diversa forma: desde una perspectiva fiscal, de arrendamientos urbanos, viviendas de protección pública, derecho de uso en situaciones de crisis matrimonial, etc.⁶⁷. En todo caso, deberán reunirse los caracteres de ocupación, que supone un componente de hecho u objetivo; y la vocación o intención de permanencia (componente intencional o subjetivo)⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

I. El procedimiento especial de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene capital importancia para el correcto funcionamiento del sistema hipotecario español, caracterizado por la ser la garantía hipotecaria la más cotidiana en la financiación de las adquisiciones de inmuebles. Este procedimiento permite la realización forzosa de la garantía a través de un procedimiento rápido, lo que concede al acreedor certidumbre y seguridad ante un eventual incumplimiento. A su vez se han introducido ciertas reformas protectoras de los derechos básicos del deudor, atendiendo al derecho constitucional a la vivienda y a las necesidades de colectivos más vulnerables.

II. Son requisitos previos para su aplicación la fijación de un valor a efectos de subasta y de un domicilio a efectos de notificaciones. La fijación de un valor a efectos de subasta ha cobrado un mayor protagonismo desde que la reforma de la Ley 1/2013 ha introducido como requisito adicional que el valor a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

III. Como resultado del procedimiento se produce tanto la adjudicación de la finca como purga de las cargas posteriores a la hipoteca que se ejecuta. Ello da lugar a una duplicidad de operaciones registrales simultáneas, como son la inscripción de la adjudicación y cancelación de las cargas, las cuales han de venir sustentadas por el correspondiente título público. Los documentos que, como título inscribible tendrán acceso al registro (aspecto formal) serán el testimonio del decreto y el mandamiento de cancelación de cargas.

IV. La calificación del Registrador de tales documentos se encuentra limitada con carácter general por el artículo 100 RH y de forma especial por el artículo 132 LH. Esto no obstante, los documentos que pretendan acceder al Registro deben reunir todas las circunstancias que exige la Ley para la inscripción y cancelación, lo que supone ampliar el ámbito de la calificación a otras cuestiones, de carácter más bien formal, como las circunstancias personales, la correcta descripción de la finca o el respeto a las normas sobre retractos arrendaticios.

V. Aunque no se recoge expresamente entre las circunstancias objeto de calificación según el artículo 132 LH, deberá verificarse por el Registrador que en el procedimiento se han respetado las normas específicas de adjudicación del acreedor en caso de subasta sin postor, ya que guarda relación directa con la existencia y eventual destino del sobrante y con la intervención en el procedimiento de los titulares registrales que pueden ser afectados a fin de garantizar que no sufran indefensión.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TS

- STS de 14 de noviembre de 1996
- STS de 3 de diciembre de 2004
- STS de 5 de mayo de 2005
- STS de 24 de julio de 2006

RESOLUCIONES DGRN

- RDGRN de 28 de febrero de 1977
- RDGRN de 31 de diciembre de 1981
- RDGRN de 20 de noviembre de 1987
- RDGRN de 17 de julio de 1989
- RDGRN de 7 de noviembre de 1990

- RDGRN de 3 de junio de 1992
- RDGRN de 5 de noviembre de 1993
- RDGRN de 1 de julio de 1997
- RDGRN de 10 de diciembre de 1999
- RDGRN de 22 de marzo de 2000
- RDGRN de 30 de marzo de 2000
- RDGRN de 12 de abril de 2000
- RDGRN de 26 de abril de 2000
- RDGRN de 4 de mayo de 2000
- RDGRN de 19 de julio de 2000
- RDGRN de 6 de febrero de 2001
- RDGRN de 2 de abril de 2001
- RDGRN de 4 de abril de 2001
- RDGRN de 20 de junio de 2001
- RDGRN de 6 de julio de 2001
- RDGRN de 14 de diciembre de 2001
- RDGRN de 20 de febrero de 2002
- RDGRN de 23 de septiembre de 2002
- RDGRN de 19 de octubre de 2002
- RDGRN de 25 de noviembre de 2002
- RDGRN de 28 de noviembre de 2002
- RDGRN de 26 de enero de 2004
- RDGRN de 20 de octubre de 2005
- RDGRN de 8 de junio de 2009
- RDGRN de 11 de julio de 2009
- RDGRN de 10 de abril de 2010
- RDGRN de 21 de abril de 2010
- RDGRN de 20 de diciembre de 2010
- RDGRN de 12 de mayo de 2011
- RDGRN de 27 de junio de 2011
- RDGRN de 6 de julio de 2011
- RDGRN de 23 de julio de 2011
- RDGRN de 20 de febrero de 2012
- RDGRN de 7 de marzo de 2012
- RDGRN de 26 de julio de 2012
- RDGRN de 7 de septiembre de 2012
- RDGRN de 13 de septiembre de 2012
- RDGRN de 8 de noviembre de 2012
- RDGRN de 21 de noviembre de 2012
- RDGRN de 29 de noviembre de 2012
- RDGRN de 7 de marzo de 2013
- RDGRN de 19 de marzo de 2013

- RDGRN de 21 de marzo de 2013
- RDGRN de 25 de abril de 2013
- RDGRN de 22 de mayo de 2013
- RDGRN de 29 de mayo de 2013
- RDGRN de 5 de julio de 2013
- RDGRN de 8 de julio de 2013
- RDGRN de 10 de julio de 2013
- RDGRN de 12 de julio de 2013
- RDGRN de 5 de agosto de 2013
- RDGRN de 28 de agosto de 2013
- RDGRN de 18 de septiembre de 2013
- RDGRN de 19 de septiembre de 2013
- RDGRN de 2 de octubre de 2013
- RDGRN de 10 de octubre de 2013
- RDGRN de 11 de octubre de 2013
- RDGRN de 29 de octubre de 2013
- RDGRN de 18 de diciembre de 2013
- RDGRN de 19 de diciembre de 2013
- RDGRN de 9 de enero de 2014
- RDGRN de 22 de enero de 2014
- RDGRN de 29 de enero de 2014
- RDGRN de 18 de febrero de 2014
- RDGRN de 11 de marzo de 2014
- RDGRN de 12 de marzo de 2014
- RDGRN de 5 de mayo de 2014
- RDGRN de 9 de mayo de 2014
- RDGRN de 19 de mayo de 2014
- RDGRN de 4 de junio de 2014
- RDGRN de 16 de junio de 2014
- RDGRN de 24 de junio de 2014
- RDGRN de 22 de julio de 2014
- RDGRN de 31 de julio de 2014
- RDGRN de 2 de agosto de 2014
- RDGRN de 7 de agosto de 2014
- RDGRN de 19 de septiembre de 2014
- RDGRN de 23 de octubre de 2014

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO SÁNCHEZ, B. (1999). *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid: Edersa.

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2004). El domicilio del deudor en la ejecución hipotecaria, en *RCDI*, núm. 684, 1635-1709.
- ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2002). La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles, en *RCDI*, núm. 672, 1485-1510.
- ÁVILA NAVARRO, P. (2000). La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, en *RCDI*, núm. 657, 643-663.
- BAENA RUIZ, E. (1999). Las partes en el proceso del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Especial referencia al ejecutado y a su régimen jurídico. Intervención de terceros. En: *Cuestiones procesales y registrales en la ejecución hipotecaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 19-154.
- CANALS BRAGE, F. (2008). La accesoriedad de la hipoteca en la Ley 41/2007. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 61-94.
- CASASOLA DÍAZ, J. M. (2013). *La ejecución hipotecaria en el concurso de acreedores*, Málaga: Ley 57.
- CHICO ORTIZ, J. M. (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.
- CURIEL LORENTE, F. (2000). Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la Legislación Hipotecaria, en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 56, pp. 11-26.
- (2004). *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F. (2010). *Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)*, Valladolid: Lex Nova.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2000). *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2008). *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2012). Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca, en SALAS CARCELLER (coord.) *Ejecución hipotecaria, solución en tiempos de conflicto*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 749-758.
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). *Los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1994). *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*. Madrid: Civitas.
- (2014). *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Pamplona: Aranzadi.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1994). El principio de especialidad registral. *RCDI*, núm. 625, 2389-2436.
- (2000). La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. *RCDI*, núm. 659, 1857-1926.
- (2008). Principios de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y

- financiero. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 15-60.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2005). *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2006). *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1996). Pactos en la hipoteca inmobiliaria. En: Miguel Muñoz Cervera (coord.) y Ubaldo Nieto Carol (coord.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. 2, T.II, Madrid: Civitas, pp. 113-184.
- HANZA NAVARRO, E. (2013). Interpretación correctora de determinados artículos de la ley de protección de los deudores hipotecarios [en línea] disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm>
- JUAN GÓMEZ, M. C. (2012). La competencia judicial en los casos de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, en SALAS CARCELLER (coord.) *Ejecución hipotecaria, solución en tiempos de conflicto*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 675-703.
- JUAN GÓMEZ, M. (2013). Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios. *RCDI*, núm. 739, 3125-3150.
- JURADO JURADO, J. J. (2000) El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades, en *RCDI*, núm. 662, 3143-3324.
- LACRUZ BERDEJO J. L. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2009). Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa, *RCDI*, núm. 711, 215-260.
- (2012). *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MANZANO SOLANO, A. (2004). Certificación registral: Valor probatorio en el proceso, en *RCDI*, núm. 683, 1255-1283.
- MÉNDEZ SERRANO, M. (2000). *El contrato de arrendamiento urbano y su protección registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MONDÉJAR PEÑA, I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- MONTERO AROCA, J. (2000) *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NADAL GÓMEZ, I. (2001). *La transmisión a terceros de inmuebles en el proceso de ejecución*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- PARGA LÓPEZ, M. (2013). Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo [en línea] disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrinal/ARTICULOS/2013-ley1-2013-novedades-manuel-parga.htm>.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2009). Comentario al Decreto de Competencia de 9 de octubre de 1952. En: *Derecho Civil: estudios, comentarios y notas*, Tomo II. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 1503-1505.

- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007). *El valor de los bienes en la ejecución*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- RIVAS TORRALBA, R. (2000), Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 61, 1261-1216.
- ROCA SASTRE, R. M. (1998), *Derecho Hipotecario Tomo VII*, Barcelona: Bosch.
- (1998), *Derecho Hipotecario Tomo IX*, Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (1999), *La hipoteca de bienes sujetos a procesos de urbanización*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho Español*, Pamplona: Civitas.
- STÖCKER, O. (2008). La eurohipoteca: ¿la accesoriedad como dogma? En: *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 221-263.
- VALERO FERNANDEZ REYES, A. (2008). La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 185-224.
- (2013). Hipoteca. Apremio. Ejecución. ¿Es necesario reseñar las cargas posteriores que deben ser canceladas? *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 207, p. 3831.
- VILLAPLANA GARCÍA, C. (2014). *Fichero registral inmobiliario*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F. (2010), *Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)*, Valladolid: Lex Nova, p. 33.

² GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, *RCDI*, núm. 659, p. 1859.

³ GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2008). Principios de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 18.

⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1996). Pactos en la hipoteca inmobiliaria. En: Miguel Muñoz Cervera (coord.) y Ubaldo Nieto Carol (coord.) *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, vol. 2, T.II, Madrid: Civitas, p. 121.

⁵ STÖCKER, O. (2008). La eurohipoteca: ¿la accesoriedad como dogma? En: *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 247.

⁶ DÍAZ FRAILE, J. M. (2008). *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 26.

⁷ *Idem*.

⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1999). *Derechos reales. Derecho Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 164.

⁹ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2012), Comentario al artículo 681 de la LECiv. Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca, en Salas Carceller (coord.) *Ejecución hipotecaria, solución en tiempos de conflicto*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 752.

¹⁰ GÓMEZ GALLIGO, J. (2000). La normalización..., *cit.*, p. 1926.

¹¹ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2012), *op. cit.*, p. 754.

¹² No compartimos la opinión de ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2004, 1638), que considera que se establece un mandato legal al Registrador, el cual debe hacer constar tales datos en la inscripción, y debe denegarla si la escritura adolece de tales requisitos. Como señala JURADO JURADO (2000, 3181) lo que ocurre es que la ejecución de la hipoteca deberá efectuarse, en su caso, por otros cauces procesales. No obstante ello, dada la consecuencia que acarrearía la omisión de uno o de ambos de dichos dos requisitos en la escritura de constitución de hipoteca, se debería notificar al presentante o al interesado o interesados dicha circunstancia para que se subsane dicha omisión, si así se desea, y se pueda acudir, en su caso y en su día, al procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados regulados en la nueva LEC.

¹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2009). Comentario al Decreto de Competencia de 9 de octubre de 1952. En: *Derecho Civil: estudios, comentarios y notas*, Tomo II. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 1505.

¹⁴ GÓMEZ GALLIGO, F. J. (1994). El principio de especialidad registral. *RCDI*, núm. 625, p. 2401.

¹⁵ GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2005), *El principio de especialidad registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 61.

¹⁶ Así lo afirma el Informe de 15 de diciembre de 2014 de la Comisión de Consultas Doctrinales del Colegio de Registradores de España sobre *la forma de hacer constar en el Registro de la Propiedad el tipo de subasta en sede de procedimientos de ejecución hipotecaria directa y venta extrajudicial cuando sobre finca hipotecada se está llevando a cabo una obra nueva*. Dicho informe considera la posibilidad de reflejar en la escritura el valor de subasta de la obra terminada sujetándolo a la condición suspensiva de que quede acreditada en el Registro la terminación de la obra y sea coincidente con la tasación final efectuada en tal momento de la terminación.

¹⁷ VALERO FERNÁNDEZ REYES, A. (2008). La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 190.

¹⁸ CANALS BRAGE, F. (2008). La accesoriadad de la hipoteca en la Ley 41/2007. En: *Jornadas de Regulación del Mercado Hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 81.

¹⁹ En sentido contrario se manifiesta PARGA LÓPEZ, M. (2013). Modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo [en línea] disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-novedades-manuel-parga.htm>. También HANZA NAVARRO, E. (2013). Interpretación correctora de determinados artículos de la ley de protección de los deudores hipotecarios [en línea] disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-ley1-2013-hanza.htm>.

²⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2004), *op. cit.*, p. 1639.

²¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2004), *idem*.

²² MONTERO AROCA, J. (2000) *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 882.

²³ DÍAZ FRAILE, J. M. (2000). *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. p. 543.

²⁴ MONDEJAR PEÑA, I. (2008). *Las subastas judiciales forzosas*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 306.

²⁵ Actualmente, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la resolución por

la que se adjudica la finca reviste la forma de decreto del secretario judicial, en lugar de auto del juez, como ocurría antes de dicha reforma.

²⁶ CURIEL LORENTE, F. (2000). Ley de Enjuiciamiento Civil: referencia y breve comentario de las modificaciones de la Legislación Hipotecaria, en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 56, p. 21.

²⁷ LACRUZ BERDEJO J. L. (1984), *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch, p. 305.

²⁸ JUAN GÓMEZ, M. C. (2012), La competencia judicial en los casos de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, en SALAS CARCELLER (coord.) *Ejecución hipotecaria, solución en tiempos de conflicto*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 676.

²⁹ GONÍ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2006). *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 27.

³⁰ Así se estima en el Informe de la Comisión Nacional de Calificación —Sección de Hipotecas— del Colegio de Registradores sobre la calificación e inscripción del derecho real de hipoteca tras la reforma introducida por la ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

³¹ CASASOLA DÍAZ, J. M. (2013), *La ejecución hipotecaria en el concurso de acreedores*, Málaga: Ley 57, p. 20.

³² CURIEL LORENTE, F. (2004). *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 115.

³³ CASASOLA DÍAZ, J. M. (2013), *idem*.

³⁴ La DGRN se ha manifestado reiteradamente en este sentido señalando que el principio de tracto sucesivo es manifestación del principio constitucional de proscripción de la indefensión y prevalece sobre la necesaria colaboración en el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Debe rechazarse la inscripción de resoluciones judiciales si no consta que en el respectivo procedimiento los titulares de derechos inscritos que resulten afectados han tenido la intervención prevista por las leyes para su defensa, evitando así que sufran en el mismo Registro las consecuencias de su indefensión procesal (resoluciones 10 de diciembre de 1999, 22 de marzo de 2000, 30 de marzo de 2000, 4 de mayo de 2000, 26 de abril de 2000, 4 de mayo de 2000, 19 de julio de 2000, 2 de abril de 2001, 4 de abril de 2001, 20 de junio de 2001, 19 de octubre de 2002, 28 de noviembre de 2002, o las más recientes de 25 de abril de 2013, 12 de julio de 2013, 5 de agosto de 2013, 12 de marzo de 2014, 19 de mayo de 2014, 2 de agosto de 2014, 23 de octubre de 2014, entre otras)

³⁵ LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2009) Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa, *RCDI*, núm. 711, p. 234.

³⁶ SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2013). *La hipoteca inversa en el Derecho Español*. Pamplona: Civitas, pp. 302-324.

³⁷ RDGRN 29 de noviembre de 2012 y 7 de marzo de 2013.

³⁸ ROCA SASTRE, R. M. (1998), *Derecho Hipotecario Tomo VII*, Barcelona: Bosch, p. 279.

³⁹ ROCA SASTRE, R. M. (1998), *Derecho Hipotecario Tomo IX*, Barcelona: Bosch, p. 411.

⁴⁰ Sobre la expedición de certificación de cargas, véase *infra* apartado 4.3.

⁴¹ VILLAPLANA GARCÍA, C. (2014). *Fichero registral inmobiliario*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2610.

⁴² En la resolución de 19 de septiembre de 2013 ni siquiera admite la DGRN que se haya demandado como persona física al administrador único del tercer poseedor sociedad mercantil, pues se trata de personalidades jurídicas diferentes, y los derechos de la sociedad mercantil han de ser respetados mientras judicialmente no se verifique el levantamiento del velo.

⁴³ ROCA SASTRE, R. M. (1998), *op. cit.*, p. 416.

⁴⁴ Según NADAL GÓMEZ (2001, 302) el artículo 674 LEC incluye la cancelación de todas las inscripciones posteriores, entre las que se incluyen las de dominio. MONDEJAR

PEÑA (2008, 298) afirma que deben cancelarse las inscripciones posteriores de dominio antes de la inscripción de adjudicación para poderse cumplir con el tracto sucesivo.

⁴⁵ CHICO ORTIZ, J.M. (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons. P.693.

⁴⁶ MANZANO SOLANO, A. (2004), Certificación registral: Valor probatorio en el proceso, en *RCDI*, núm. 683, p. 1272.

⁴⁷ Para VILLAPLANA GARCÍA, *op. cit.*, p. 1323, cabe plantear si en el caso de que, aun faltando la certificación, el procedimiento se hubiese seguido con el titular registral y además no hubiese titulares posteriores cuyo derecho habría de ser cancelado, la decisión de la Dirección General sería la de inscribir la adjudicación.

⁴⁸ Resoluciones DGRN de 1 de julio de 1997 y de 25 de noviembre de 2002.

⁴⁹ ÁVILA NAVARRO, P. (2000), La certificación de cargas y el mandamiento de cancelación en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, en *RCDI*, núm. 657, pp. 643-663.

⁵⁰ Así lo afirma la DGRN en el FJ 6.º de la resolución de 7 de septiembre de 2012, en un caso en el que se rechazó la inscripción de la adjudicación por haberse extendido erróneamente la nota marginal de expedición de certificación al margen de una hipoteca distinta a la que era objeto del procedimiento, por error en el mandamiento judicial que ordenaba la expedición.

⁵¹ MANZANO SOLANO (2004), *op. cit.*, p. 1272.

⁵² DÍAZ FRAILE, J. M. (2000), *op. cit.*, p. 528.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984), *op. cit.*, p.56.

⁵⁴ Sin embargo, en el procedimiento de ejecución extrajudicial la DGRN sostiene la posición contraria, siendo precisa la previa inscripción de la hipoteca a favor de la entidad que inicia la ejecución, según las resoluciones de 19 y 21 de marzo de 2013.

⁵⁵ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (1999), *La hipoteca de bienes sujetos a procesos de urbanización*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 126.

⁵⁶ FLORES GONZÁLEZ, B. (2011). *Los derechos de adquisición preferente del arrendatario rústico*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. pp. 332-333. Para MÉNDEZ SERRANO, M. (2000, p. 306) estos derechos de adquisición preferente tenían justificación bajo la legislación arrendaticia precedente cuando existía una prórroga con carácter forzoso, una congelación de las rentas y, en definitiva, una perpetuidad de los arrendamientos, por lo que, desaparecidas esas condiciones en la actualidad no tiene sentido conservar tales derechos.

⁵⁷ RIVAS TORRALBA, R. (2000), Notas sobre el proceso de ejecución en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 61, p. 1204.

⁵⁸ DÍAZ FRAILE, J. M. (2000), *op. cit.*, p. 563.

⁵⁹ VALERO FERNÁNDEZ REYES, A. (2013). Hipoteca. Apremio. Ejecución. ¿Es necesario reseñar las cargas posteriores que deben ser canceladas? *Boletín Colegio de Registradores*, núm. 207, p. 3831.

⁶⁰ JURADO JURADO, J. J. (2000) El procedimiento de ejecución directa sobre bienes inmuebles hipotecados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: una primera aproximación a sus particularidades, en *RCDI*, núm. 662, p. 3217.

⁶¹ ALVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2002). La cancelación de cargas por mandamiento judicial en la ejecución de bienes inmuebles, en *RCDI*, núm. 672, p. 1509.

⁶² MONDEJAR PEÑA, I. (2008), *op. cit.*, p. 224. Véase también ALONSO SÁNCHEZ, B. (1999). *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*, Madrid: Edersa, p. 153.

⁶³ JUAN GÓMEZ, M., (2013). Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios. *RCDI*, núm. 739, p. 3141.

⁶⁴ JUAN GÓMEZ, M., *idem*. De esta forma, si la deuda equivale al 65 por 100 del valor de tasación, el acreedor podrá interesar la adjudicación por el 60 por 100, existiendo un remanente del 5 por 100.

⁶⁵ GARCÍA GARCÍA, J. M., *op. cit.*, p. 1500.

⁶⁶ PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007). *El valor de los bienes en la ejecución*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 167.

⁶⁷ DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y TORIBIOS FUENTES, F. (2010), *op. cit.*, p. 121.

⁶⁸ LUQUE JIMÉNEZ, M. C. (2012), *La atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 29.

*(Trabajo recibido el 10-4-2015 y aceptado
para su publicación el 15-4-2015)*

DERECHO COMPARADO

Comienza la apuesta europea por la armonización en las sucesiones transfronterizas

The firme commitment of the European Union to the harmonization of crossborder sucessions

por

M.^a TERESA BENDITO CAÑIZARES

RESUMEN: La apuesta europea de hace 12 años por regular de forma omnicomprendensiva las sucesiones transfronterizas, a fin de armonizar ese ámbito del Espacio Europeo tan ligado a las personas, se pondrá a prueba a partir del próximo 17 de agosto, cuando entre en vigor el Reglamento 650/2012.

Una única ley aplicable (elegida o no) al conjunto de la Sucesión (testamentaria o ab intestato) por una única autoridad, junto a un procedimiento «light» de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, y el certificado sucesorio europeo que se crea *ex novo*, son las llaves que utiliza el instrumento para proporcionar a los causantes y demás interesados en la sucesión un ecosistema legal universal en el que puedan confiar, facilitando así la libre circulación de personas en el Espacio Europeo.

ABSTRACT: The bet that the European Union made twelve years ago for a comprehensive regulation of successions with cross-border implications, in order to harmonize this area of the European area of justice with so close

ties to persons, will be put to the test as of 17 August 2015, when Regulation 650/2012 comes into force.

One only law (either chosen by the individual or not) applicable to the whole of the succession (either testamentary or intestate), by one only competent authority, together with toned-down proceedings for the recognition and enforcement of decisions, authentic instruments and court settlements, and a brand new European Certificate of Succession, are the elements used by the Regulation to provide the deceased and parties concerned with a trustable comprehensive legal framework, in this way facilitating the free movement of persons throughout the European area.

PALABRAS CLAVE: Sucesión transfronteriza. Tribunal. Registradores. Notarios. Nacionalidad. Residencia habitual. *Professio iuris*. Disposición *mortis causa*. Testamento. Pactos sucesorios. Testamento mancomunado. *Exequátur light*. Resolución judicial. Documento público. Transacción judicial. Fuerza ejecutiva. Certificado sucesorio europeo. Sistema de interconexión de registros de testamentos.

KEY WORDS: *Succession having cross-border implications. Court. Land Registers. Notaries. Nationality. Habitual residence. Professio iuris. Disposition of property upon death. Will. Agreements as to succession joint will. Recognition proceedings decisions. Authentic instrument. Court settlement. Enforceability. European Certificate of Succession. Scheme of interconnection of will's registers.*

SUMARIO: I. *STATUS QUO* DE LAS SUCESIONES INTERNACIONALES.—II. LA TENDENCIAL OMNICOMPRESIVIDAD DEL REGLAMENTO «BRUSELAS IV»: 1. DEL POSTERGADO ANILLO DE LA LEY APLICABLE AL CONFLICTO DE LEYES EN LAS SUCESIONES INTERNACIONALES: EL INICIO DE UNA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EFICAZ: A. *La residencia habitual del difunto como factor de conexión à la mode y la posibilidad de elección de la ley de la nacionalidad aplicable a la sucesión*. B. *La Professio iuris controlada y limitada*. C. *Herencia con administrador preceptivo*. 2. EL ANILLO INICIAL DE LA COMPETENCIA A SU JUSTO PUESTO. 3. RÉGIMEN NO UNIFORME EN EL ANILLO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE ACTOS EXTRANJEROS EN MATERIA SUCESORIA: A. *Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales*. B. *Reconocimiento y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales*.—III. PARTICULARIDADES DE LA SUCESIÓN EUROPEA: 1. MECANISMOS PARA UNA MÁS DEPURADA APLICACIÓN DE SU CONTENIDO: LAS FICHAS INFORMATIVAS, LAS GUÍAS Y LOS FORMULARIOS. 2. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO. 3. IDEA DEL REGISTRO DE TESTAMENTOS: EVOLUCIÓN DESDE EL REGISTRO CENTRAL EUROPEO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES AL SISTEMA DE INTERCONEXIÓN DE REGISTROS.

INTRODUCCIÓN

Quedan escasamente unos días para que el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, se aplique en toda su extensión¹ (en adelante, RB-IV²).

Es el momento de recordar de dónde veníamos y los beneficios de la armonización alcanzada con la aplicación del nuevo instrumento.

I. *STATUS QUO* DE LAS SUCESIONES INTERNACIONALES

Si quisiera resumir el contexto en que se gesta el RB-IV debería decir que había déficit o desuso de los instrumentos internacionales por ineficacia y que comenzaba una época de superproducción normativa comunitaria internacional, el de la cooperación judicial civil, que facilitó su entrada como instrumento global, no solo por todos los palillos que regula sino porque, a pesar de ello, alcanza con relativa facilidad la acostumbrada unanimidad³ en su adopción.

En efecto, los instrumentos internacionales existentes sobre sucesiones o materias relacionadas con el ámbito sucesorio, cuando se comienza a preparar el nuevo instrumento por la Comisión Europea allá por los años noventa, datan de los años 60 y 70 y resultaban claramente insuficientes. Los Convenios de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de disposiciones testamentarias, y de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de sucesiones, aunque habían entrado en vigor (el 5 de enero de 1964 y el 1 de julio de 1993, respectivamente) no representaban ni el consenso de los países veteranos en Europa ni los de nueva incorporación. Situación que no se arregla en los años ochenta pues el Convenio de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al trust y su reconocimiento, aunque en vigor desde 1 de enero de 1992, se ratificó solo por algunos países anglosajones europeos y el Convenio de 1 agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, solo fue ratificado por los Países Bajos y firmado por Luxemburgo, por lo que no entró ni ha entrado en vigor.

El esfuerzo en los años setenta del Consejo de Europa con el Convenio Europeo de Basilea de 16 de mayo de 1972 relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, (entrada en vigor el 20 de marzo de 1976), y del Convenio de Washington sobre la ley uniforme de un testamento internacional, de 26 de octubre de 1976, cuya entrada en vigor se produjo el 9 de febrero de 1978, quedaban a un posterior planteamiento de armonización cuando los ámbitos de la ley aplicable al conflicto de leyes y la competencia se resolvieran⁴.

Por su parte, los instrumentos comunitarios que avanzan en la cooperación judicial civil y que por ello regulan la materia desde el nivel del Derecho Internacional Privado (en adelante, DIP), se puede decir que ayudan a la Comisión a tener una buena posición de partida para poder afrontar con eficacia el nuevo reto de la regulación, a nivel europeo, de las sucesiones transfronterizas. Solo hay que pensar en estas dos razones:

Primero, que esos instrumentos ya estaban comenzando a completar sus regulaciones constreñidas en su nacimiento al ámbito de los conflictos de competencia internacional con regulaciones catalizadoras del régimen de la ley aplicable al conflicto de leyes⁵. Obviamente, el Programa de medidas 2000 hizo avanzar antes el conflicto de competencia porque su piedra angular era el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y no judiciales. Pero no es exacto como parece indicar el CDO (6) que sea con el Programa de Estocolmo cuando se decide ampliar el ámbito del reconocimiento mutuo a otros ámbitos fundamentales en la vida diaria como la sucesión y los testamentos. Pues si con el Programa de medidas se ve la necesidad de dotar de reconocimiento mutuo a las decisiones en dicho ámbito, será el Programa de La Haya en el que se exprese que se aborde en especial la materia de conflicto de leyes y, por supuesto el certificado sucesorio europeo⁶. Bajo los paraguas de Tampere I y del Programa de La Haya 2005 puede decirse que la producción legislativa relativa a la cooperación judicial civil ha sido cuantiosa y, en su mayor parte, de carácter procesal y reglamentario. Los actuales 13 instrumentos⁷ legislativos en vigor se gestan en este periodo, adoptándose 11 de ellos y la mayor parte son Reglamentos⁸ que comunitarizan principalmente aspectos procesales. Vendrá, sin embargo, en el periodo Post-Estocolmo que iniciamos, el final de este Reglamento, lo que quedará pendiente desde el Programa de La Haya: el mecanismo que nos informe fiablemente de que el testamento o acto de última voluntad es el único o el último del causante, porque el Reglamento (UE) 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 que estableció el Programa «Justicia» para el periodo de 2014 a 2020, financiará los dos proyectos que sobre interconexión de testamentos y sobre el Certificado sucesorio europeo electrónico determinó el Consejo en su Plan de Acción Plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en Red Europea del Consejo (2014/C 182/02), de 14 de junio 2014, pues son acciones que tienen valor añadido europeo.

Segundo, que ya se había experimentado la dificultad de conseguir la unanimidad en el *iter* de adopción legislativa de las materias incardinadas en el llamado Derecho de Familia que exigía el Tratado (por entonces, el TCEE). Por ello, la opción de la Comisión fue considerar que la sucesoria y testamentaria, no era parte del denominado Derecho de familia. Línea escapistas del procedimiento de codecisión que ya se había intentado, por ejemplo, con ocasión de la adopción del Reglamento de alimentos, en el que llegó incluso a defenderse, sin éxito por cierto, que el derecho de alimentos entre cónyuges o en favor de

los menores, era un simple «derecho de crédito» y, por tanto, quedaba fuera del yugo de la exigencia de unanimidad.

De hecho el apoyo de la tesis de que el ámbito sucesorio no pertenece al Derecho de Familia, (que reconozco fue al principio un poco extraña a la española que suscribe estas páginas), fue la que triunfa porque en muchos EEMM esa unión del derecho sucesorio con el familiar no se entendía ni a nivel de planes de estudio de la carrera de Derecho ni a nivel de la estructura de los Códigos reguladores de dichas materias⁹.

No obstante el *status quo* del que partimos cuando iniciamos la andadura por la Comisión de nuestra iniciativa legislativa relativa a sucesiones, esto es, la ineficacia de cuantiosos instrumentos internacionales sobre la materia, la inercia a nacer de forma que pudiera contener regulación de todas las ramas del DIP y la inexistencia de dificultad en considerar que es una materia colocada extramuros del Derecho de Familia, no remedia primero, que la preparación del instrumento fuera larga y compleja y segundo, que tras su entrada en vigor, la postergación de su aplicación fuera necesaria y no se vea desmedida si la comparamos con otros instrumentos.

En efecto, el 27 de julio 2012, tras doce años de gestación, contados desde el Programa de Medidas del año 2000 o tras cinco años desde que la Comisión en 2007¹⁰ prima a los dosieres de sucesiones y de e-justice para darles el último empujón hacia la propuesta legislativa pertinente, llegó al espacio europeo el Reglamento Bruselas IV¹¹. Largo lapsus de tiempo que si bien se justifica por lo revolucionario tanto de su estructura como de su contenido, no se entiende bien por la simple razón que lo justifica finalmente, a diferencia de anteriores instrumentos internacionales.

Cuatro de esos 12 años (de 2004 a 2008), colaboré en su gestación¹². Y ya entonces puse de manifiesto dos reflexiones: una, que la justificación de la intervención de la Unión Europea no dejaba de ser la general de propiciar la movilidad del ciudadano europeo en el espacio europeo y dos, que la primera característica del futuro instrumento comunitario era que nacería tratando los tres anillos que conforman su alcance internacional: la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de sucesiones internacionales¹³.

La primera reflexión es que la justificación de la iniciativa legislativa en materia de sucesiones transfronterizas hay que buscarla, esencialmente, en una razón de carácter general que pudiera parecer más una excusa y no una verdadera razón que anteponer al principio europeo de subsidiariedad, a causa de su empleo desmedido o su reiteración en cada área de acción de la Comisión Europea: la movilidad del ciudadano europeo en el espacio europeo.

Ciertamente, no deja de ser irónico que finalmente se haya tenido que recurrir, en el área de sucesiones, a una razón tan general para justificar la intervención legislativa comunitaria. Pero lo cierto es que, aunque resulte ma-

nida la frase de que es el movimiento de las personas en el espacio europeo creando a su paso cualquier tipo de situaciones más o menos estables de carácter internacional, lo que propicia la intervención comunitaria, en esas relaciones se hace difícil identificar otro núcleo común que no comience o acabe con el nombre «Europa» o con el adjetivo «europeo» (por contraposición a terceros Estados ajenos a dicho espacio), de modo que las soluciones jurídicas nacionales se superponen y enlazan de tal manera que conforman un ovillo difícilmente desenmarañable, aunque intervengan manos expertas en la materia. Por ello, debe ser una Europa coherente la que dé una oportunidad verdadera a la libertad de movimiento proclamada desde el Tratado de la Unión Europea o Tratado de Amsterdam, no solo permitiendo dicho flujo de personas sino incentivándolo a través de la eliminación de obstáculos constatables y sufridos ya por el ciudadano. De lo contrario, Europa con su espacio común de personas podría resultar una quimera.

Se ha alegado, no sin razón, que el mercado interior no quiere verse alterado por la aplicación de reglas de sucesión que podrían permitir la desaparición por desmembramiento, de las empresas que constituyen la base de su riqueza. Yo no dudo de que esta constituya una buena razón para permitir la intervención comunitaria en el ámbito de sucesiones. Pero, visto que el espacio de solo mercancías ha sido afortunadamente completado por el «espacio común de personas», la razón económica alegada solo debería constituir un plus y no la base de la justificación de dicha intervención. Ahora, el ciudadano europeo no solo se siente libre de morar en cualquier parte de Europa, sino que siente que en dicho espacio sus derechos estarán igualmente protegidos¹⁴, de forma que el mercado sin fronteras debe estar al servicio de las personas y no al contrario.

En definitiva, será el «espacio de personas» el que merezca por sí mismo la intervención comunitaria, pues son esos ciudadanos europeos los que necesitan saber que ocurra donde ocurra su muerte, sus expectativas en este terreno no van a desatenderse. Se reñan los expertos del PRM III/IV de la Comisión cuando yo les recordaba la simplicidad académica de que la muerte es un hecho jurídico cierto aunque *incertus quandum* para convencerles de que no eran necesarias más estadísticas sobre el número de sucesiones internacionales que se abrían en el espacio europeo para probar la necesidad de que se confeccionara un instrumento sobre la materia. Por cierto, en aquella época la única cifra que se manejaba del número de procedimientos de liquidación de sucesiones internacionales (dévolutions successorales), provenía de *El estudio de Derecho Comparado sobre las reglas de conflicto de jurisdicciones y conflicto de leyes relativas a testamentos y sucesiones en los Estados miembros de la Unión Europea* del Instituto Notarial Alemán o Deutsches Notarinstitut¹⁵ (en adelante, El Estudio DNotI) del año 2000 (I.4), que fijaba la horquilla de 50.000 a 100.000 deduciéndola de datos que sí podía obtener con más¹⁶ o menos¹⁷ esfuerzo como el número de ciudadanos que vivían, morían o tenían patrimonio en EEMM distintos de sus países de

origen. A estas sucesiones hereditarias de nacionales comunitarios habría que añadir, como apunta con acierto IGLESIAS BUHIGUES¹⁸, el número no testado de las originadas por inmigrantes que convierten a Europa desde mitad del siglo XX en tierra de promisión y por tanto, multicultural, que entrañarán su problemática particular.

Al final la simple posibilidad de movimiento y defunción como hecho cierto por inevitable pero incierto por el momento en que acontece en cualquier parte del espacio europeo, es lo que determinó ver el fenómeno sucesorio y testamentario como hecho o acto inevitable a afrontar para los entonces casi 500 millones de ciudadanos que habrían de pasar por el suceso de su muerte; lo que, a mi modo de ver, debe llevar a alejarnos de cualquier posición que ligue la intervención comunitaria al número de sucesiones internacionales¹⁹.

Motivos de otro orden pueden colorear la verdadera razón que se ha expuesto. Así, se puede afirmar que hay que ir completando los campos de acción que quedaron en su día excluidos de instrumentos que conforman actualmente la base de la cooperación judicial civil en la Unión Europea, como los Reglamentos Bruselas I y II, o que los instrumentos internacionales existentes en la materia, como los originados en los marcos de la Conferencia de La Haya y del Consejo de Europa, no son suficientes, tanto por el número exiguo de ratificaciones como por sus campos de aplicación acotados.

En definitiva, a mi modo de ver la propia evolución del espacio europeo exigía que se abandonasen cuanto antes aquellas posturas que aluden al número de sucesiones internacionales abiertas por año y país para justificar o abandonar la idea de regular sobre la materia. Creo que este tipo de razonamiento no constituye sino un ancla utilizada en ocasiones para ralentizar la evolución imparable de este nuestro espacio europeo.

II. LA TENDENCIAL OMNICOMPRESIVIDAD DEL REGLAMENTO «BRUSELAS IV»

Consecuencia de la simple justificación de facilitar el flujo de personas en el espacio europeo y, en particular, sus sucesiones con repercusiones transfronterizas, se diseña un instrumento legislativo con un carácter tendencialmente omnicomprensivo en todos sus ámbitos: subjetivo, objetivo y técnico.

Ligado, como siempre, al buen funcionamiento del mercado interior, la intención del legislador europeo fue suprimir aquellos obstáculos que encuentran «aquellas personas que actualmente encuentran dificultades a la hora de ejercer sus derechos en situaciones de sucesión *mortis causa* con repercusiones transfronterizas» [CDO (7)] y, por tanto, no solo los ciudadanos europeos (que «va de sois»). Se extendería a cualquiera en contacto con una sucesión europea, testamentaria o ab intestato, y la forma de saltar los obstáculos debería de

afrontar al unísono las tres grandes líneas de DIP [CDOs (5) y (8)], líneas que acogerían todos los problemas concernientes a una sucesión desde su nacimiento hasta —si se me permite— su muerte y con todos los bienes de la herencia. Así se hizo y desde este punto de vista, sí podemos afirmar que el instrumento tiende a ser omnicompreensivo o global.

Aunque el ámbito de aplicación subjetivo se encuentra patente —a diferencia de su campo de aplicación y el de la ley aplicable en el conflicto de leyes o material— de forma tenue en el Reglamento puesto que no se menciona ni siquiera en su CDO (7) entrecomillado *ut supra* que el Reglamento en general se aplica, además de a los ciudadanos europeos a los no comunitarios pero residentes en el espacio europeo, sin embargo solo el fin último del Reglamento, a saber, facilitar la apertura de cualquier sucesión transfronteriza en el sentido de que tenga algún punto de conexión europea, lleva a concluir que se aplica a cualquier residente en la UE (sea causante, beneficiario o simple interesado en la sucesión). Es verdad que ni en el Libro Verde de Sucesiones y Testamentos²⁰ (en adelante, LV) ni en *El Estudio DNotI* del año 2000 que le precedió, se hace mención a la aplicación del futuro instrumento a los no ciudadanos de la UE aunque residentes en ella. Sin embargo, sí podía desde la introducción de las dos primeras cuestiones al LV atisbarse que el futuro instrumento no debería detenerse en aquellas sucesiones intracomunitarias de forma que excluyese aquellas sucesiones que implicaran órdenes jurídicos de terceros países, lo que viene a significar a la postre que podría ser que la muerte de un no ciudadano europeo pero residente en suelo europeo diera lugar a la apertura de una sucesión europea a la que se aplicase el futuro Reglamento. Quizás bastara para apoyar la idea de que el instrumento europeo se aplica a cualquier persona que resida en el espacio europeo, con recordar que el Cap. III sobre la ley aplicable al conflicto de leyes abre con el artículo 20 intitulado «aplicación «universal» y en él se afirma que «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un EM»); pues dicha expresión, fue aclarada desde 2006 en una Recomendación por el Parlamento Europeo (Resolución P6_TA (2006) 0496, Recomendación 6), momento de plena vorágine de discusión de los extremos del futuro instrumento, en el sentido de que debería de aplicarse en aquellas situaciones en las que la ley aplicable fuera la de un tercer país, léase un Estado no miembro²¹. Piénsese como detalle que incluso se brinda por el Reglamento un *forum necessitatis* a las propias autoridades europeas para que puedan resolver con vis atractiva aquella sucesión extracomunitaria que no tenga visos de tratarse con criterio de justicia en terceros estados con los que el asunto tuviera «vinculación suficiente» o «vinculación estrecha» [CDO (31) y art. 11]. Si se ofrece esta vis atractiva es porque mínimamente la sucesión extracomunitaria tenía algún actor en la sucesión no ciudadano con conexión comunitaria y muy probablemente esta sería la residencia habitual en el espacio europeo²².

La regulación de los tres aspectos de DIP a la vez en un mismo instrumento vinculante se defendió desde el principio en nuestras reuniones del Grupo de expertos denominado PRM III/IV²³ constituido por la Comisión para comenzar la discusión del LV. Con una regulación global se pretendía cohesionar los intereses de todos los partícipes en una sucesión transfronteriza: los del causante, quien legítimamente quiere organizar su sucesión, los de los herederos, legatarios o personas cercanas al causante, quienes quieren heredar sin obstáculos y el máximo montante posible y, finalmente, los de los acreedores de la herencia, que necesitan que la muerte del deudor no convierta la realización de sus créditos en un acto inalcanzable. Lo que se quería era y es, en la medida de lo posible, aliviar los obstáculos que inevitablemente se presentan cuando se abre una sucesión con elementos transfronterizos para facilitar el buen funcionamiento del mercado²⁴. En consecuencia, esto no es sino el corolario de la anterior reflexión: no se pretenderá que haya movilidad en el espacio europeo si luego, el ciudadano no está seguro de qué pasará con su legítima expectativa de que a su muerte su voluntad respecto de sus bienes no será desvirtuada precisamente por la movilidad que propició el ser ciudadano de la Unión Europea.

Mentiría si apuntara que fue solo mérito del PRM III/IV considerar más apropiado legislar al unísono los tres aspectos de DIP en esta materia. Nuestra Unidad C—1 perteneciente a la Dirección General de Cooperación Judicial Civil (antigua JAI²⁵) debía seguir las directrices del recién aprobado «Programa de La Haya» de 1 de marzo de 2005²⁶, que imponía, siguiendo el programa de medidas 2000²⁷, comenzar con la elaboración del LV que versaría sobre la regulación del conflicto de leyes en materia de sucesiones, «*traitant notamment de la question de la compétence judiciaire, de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution des décisions dans ce domaine, d'un certificat d'hérédité européen et d'un mécanisme permettant de savoir avec précision si un résident de l'Union européenne a laissé des dernières volontés ou un testament*»; esa labor gigante que asumimos efectivamente dio lugar al LV²⁸ más largo lanzado (39 preguntas) por la Comisión de los hasta entonces elaborados²⁹.

En definitiva, no se concibió nunca un instrumento relativo a las sucesiones internacionales regulando exclusivamente o comenzando su regulación con la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales o no judiciales y ampliándolo posteriormente con la regulación de la ley aplicable al conflicto de leyes. Debía abarcar el aspecto de la ley aplicable al conflicto de leyes postergado en otros instrumentos a ediciones siguientes. Inclusive, si me apuran les diré que precisamente la discusión del Libro Verde y de los documentos resúmenes del mismo en el PRM III/IV comenzó por este postergado anillo de la ley aplicable al conflicto de leyes. Sabíamos dentro del PRM III/IV que era una línea de pensamiento que se apartaba de la línea legislativa que había estado funcionando hasta dicho momento en los instrumentos de cooperación judicial civil³⁰, en los que en principio bastaba regular primero el conflicto de

competencia y, posteriormente, el conflicto de ley aplicable para conseguir el propósito común a estas legislaciones: que se llegara a un reconocimiento y ejecución mutuo de resoluciones judiciales y no judiciales. La necesidad de que ahora, en el instrumento europeo de sucesiones se regulase al unísono el conflicto de leyes se debía a las grandes fallas existentes entre los EEMM, de forma que los encontrados principios informadores de esta materia influían de tal modo en el conflicto de leyes que por mucha unificación de competencia, no se podría resolver satisfactoriamente ni reconocimiento mutuo de decisiones ni su ejecución³¹. Pero, insisto, esta necesidad de empezar a regular el conflicto de leyes no apartó nunca el anillo de la competencia; se tuvo en mente la ineficacia del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a la sucesión por causa de muerte (en adelante, CH 1989)³².

Si como se afirmó *ut supra* el RB-IV es global por abarcar todos los aspectos de DIP a la vez, sin embargo no lo es tanto cuando vemos la acotación de su campo de aplicación, cuando se permite que ciertos bienes especiales de la sucesión queden sometidos a la ley que les hace especiales aunque no sea la ley aplicable a la sucesión y cuando se excepciona dicho tratamiento unitario de la sucesión en la regulación de la sucesión contractual.

En efecto, la lectura de su largo artículo 1, con más de la mitad del abecedario empleado para señalar en concreto las cuestiones que no siendo ni fiscales³³, ni aduaneras ni administrativas quedan excluidas de su ámbito de aplicación, nos lo evidencia y —como se ha afirmado— realiza un importante esfuerzo de delimitación negativa³⁴. Si tuviera sin embargo que resumirlas para su más fácil recuerdo académico, podría decir que las hay que escapan a la regulación del Reglamento bien porque:

— Atañen a cuestiones previas algunas subsumidas y resueltas, como cuestiones no dependientes de la ley aplicable a la sucesión, como la determinación de la filiación respecto de un supuesto hijo no matrimonial o del régimen económico matrimonial, no encuentran solución en el Reglamento y en opinión de solvente doctrina³⁵ la solución más lógica sería la de aplicar la ley de conflicto del foro. En cambio, se incluyen la capacidad para suceder dentro del ámbito de la ley aplicable al conflicto de leyes [art. 23.c) RB-IV] o el de aceptar una herencia o para realizar un acto de última voluntad sea o no un pacto sucesorio, cuya validez material se regirá por la ley que, en virtud del Reglamento habría sido aplicable a la sucesión si el causante hubiere fallecido en la fecha de la disposición o de conclusión del pacto (*ex. arts. 26, 24 y 25 RB-IV*).

— Se solucionan de forma material o sustantiva y no con normas de DIP; este es el caso de la desaparición, ausencia o muerte de una persona física, cuyo tratamiento no es fijar la ley por la que se ha de regir esa desaparición, ausencia o muerte (como por ejemplo, decir que sería aplicable en estos casos la ley del lugar en que dichas personas desaparecieron o la de la nacionalidad

de la persona más adulta), sino dar la solución directa de la conmorienencia o muerte al mismo tiempo para que entre ellas no se produzca la sucesión (art. 32), en el bien entendido de que las personas cuyo orden de sucesión no puede ser determinada se rigieran por leyes que regulasen de forma diferente ese orden de sucesión o simplemente una de dichas leyes no lo regulase³⁶. A juicio de la doctrina³⁷, otro ejemplo de regulación de derecho sustantivo es el propio Certificado Europeo de Sucesiones.

— Están ya reguladas por normativa anterior, sea esta otro Reglamento comunitario (es el caso del derecho de alimentos³⁸ o de la liberalidades³⁹), sea esta una Convención internacional como el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento 1985⁴⁰. En este último caso, como expresa el CDO (13) la exclusión general de las cuestiones relativas a la creación, administración y disolución de trust no significa que sea general ya que si se creara un *trust*⁴¹ por testamento o por ley en una sucesión intestada, la ley aplicable a la sucesión determinada con arreglo al RB-IV regularía la cesión de los bienes y la determinación de los beneficiarios.

— Algunos efectos que nacen con el Reglamento como por ejemplo, el que el certificado sucesorio europeo sea un título válido para inscribir el inmueble a nombre de quien figure como heredero tras la partición de la herencia, aunque muy próximos a la ley de la sucesión, se excluyen de su campo de aplicación, porque, se sitúan en la naturaleza o en la inscripción de los derechos reales, [ex. art. 1.k) y l)] y, por tanto, resultan excluidos y deben de regularse por el Derecho del EM en el que esté situado el Registro [CDOs (18) y (19)]. No obstante su genérica declaración de exclusión del campo de aplicación, como el Reglamento es consciente de la inevitable conexión entre la ley aplicable a la sucesión y la *lex rei sitae* aplicable al régimen de derechos reales en lo relativo al proceso de transmisión de estos derechos a los interesados en la sucesión (herederos, legatarios y efectos frente a terceros de esa transmisión)⁴², incluye la oportunidad de cohonestar o adaptar la diversidad de derechos reales existentes en cada EEMM [art. 31 y CDO (16)]⁴³ con el fin de poder llegar hasta las últimas consecuencias la partición de la herencia. Y,

— Podrían conducir a la desaparición de tejido empresarial necesario en el espacio europeo. Es la razón de apartar de este ámbito de aplicación a las cuestiones del derecho de sociedades, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas que precisan la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros [ex. art. 1.h) y g)]⁴⁴ y de preservar de la sucesión a aquellas disposiciones especiales que recaigan sobre determinados bienes especiales (y por supuesto los empresariales) por razones económica, familiar o social (art. 30).

Aunque este resumen de materias que quedan excluidas del Reglamento hagan desinflar su afirmada «globalidad», sin embargo el fenómeno de lo que

llama su artículo 1 «sucesiones por causa de muerte» vuelve a hincharse ya que la ley prevista tanto en conflicto de competencia como en el de leyes abarcará la «totalidad» de la sucesión (arts. 4 y 21), entendida esta como el completo fenómeno sucesorio, el total de los bienes y derechos que puedan integrarla (principalmente, tanto los bienes muebles como los inmuebles), en no importe qué tipo de sucesión (si testamentaria-contractual o *ab intestato*). De ahí la neutralidad con que aparece el concepto «sucesión» que ofrece en primer término el Reglamento en su artículo 3 relativo a las definiciones. Pues sin decirlo, las leyes que se prevean para el conflicto de competencia cubrirán tanto en la sucesión testada como en la intestada, el conjunto o totalidad de los bienes de la herencia que serán tenidos en cuenta en todas y cada una de las fases del fenómeno sucesorio y por tanto, desde su nacimiento o apertura de la sucesión hasta su muerte o liquidación o partición del haber hereditario (art. 21 RB-IV) o hasta su transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia [CDO (42)]. Fases que quedarán reflejadas en el Certificado Sucesorio Europeo, como documento que resume el esfuerzo del consenso alcanzado en sucesiones de ámbito transfronterizo.

No hay sin embargo que olvidar, ya lo mencioné, que el RB-IV contempla (*ex. art.* 30), la posibilidad de que se excluyan de la ley aplicable a la sucesión determinada categoría de bienes (en especial inmuebles o empresas), cuando el EM donde estén situados restrinja la sucesión de los mismos respecto de la ley que rija la sucesión. Aunque el precepto no coadyuve aparentemente a la unidad en la sucesión⁴⁵, sin embargo, está en la misma línea de cuando excluye del campo de aplicación del instrumento por diversos motivos ciertas materias, por ejemplo, los bienes que forman parte de un *trust* inter vivos. Su no enumeración en el artículo 1 relativo al campo de aplicación del instrumento se debe a que no se puede indicar de forma general el caso en que los EEMM someten a normas especiales dichos bienes (pues obedecen a consideraciones de diversa índole: económica, social o familiar), de forma que para hacer compatible estas restricciones a la aplicación general de la ley aplicable a la sucesión, el RB-IV explica que esas excepciones a la ley aplicable a la sucesión han de interpretarse en sentido estricto. De este modo, no serían excepciones amparables en el artículo 30 RB-IV ni las disposiciones que prevén una legítima superior a la que podría llegarse con la ley aplicable a la sucesión ni la norma de conflicto de leyes que prevé distintas leyes aplicables según si se trata de bienes muebles o inmuebles [CDO (54)].

Nos recuerda RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ que el tratamiento unitario de la sucesión quiebra en el propio RB-IV cuando contempla el hecho de que disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios o los mismos pactos sucesorios puedan producir a la postre que parte de los bienes que conciernan a dichos actos de última voluntad se rijan por una ley distinta a la ley aplicable al conjunto de bienes que integran la sucesión.

En mi opinión, cuando el Reglamento afirma en su artículo 24 que hay que enjuiciar la admisibilidad y la validez material del acto de última voluntad por la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición, no hay que entender que puede producirse una fragmentación de la sucesión; al contrario, si atendemos a la explicación del propio Reglamento en su CDO (51) nos damos cuenta que su intención es precisamente que dichas cuestiones se entiendan regidas por la ley más cercana al causante, cual es la ley de su residencia habitual o la elegida por el causante-disponente y ello no quiebra la sucesión sino que iguala los requisitos previos a la misma y su contenido. Así, la admisión de un testamento mancomunado realizado en Galicia por un gallego residente en Bélgica, no se enjuiciaría por el Derecho civil de Galicia —que por cierto admite este tipo testamentario, *ex. artículos 187-195 LDCG*— sino por la ley belga que es la de su residencia habitual, la misma ley que regirá la sucesión en su conjunto, por lo que se igualan o unifican en una misma ley, la belga, la admisión del acto de última voluntad y la ley aplicable a la sucesión de dicho español.

Para que se dé como posibilidad que el haber hereditario se rija por una ley distinta de la que admite el acto de disposición *mortis causa* o su validez material, debería interpretarse de forma distinta el artículo 24 RB-IV; por ejemplo, que la admisión de un testamento mancomunado realizado en Galicia por un gallego residente en Bélgica, se enjuiciaría por el Derecho civil de Galicia —que lo admite— mientras que la ley aplicable a la sucesión de dicho español, sería la ley belga; pero aun así, las distintas leyes que aparecen, la española para la admisibilidad del testamento y la belga para regir la sucesión, no fragmentan realmente la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que la componen, quedan sometidos a una única ley, inclusive en el caso de que no se admitiera el tipo de testamento mancomunado, (imagínese a un español de derecho común en el que está prohibido, pues la ley de la residencia habitual del mismo, en nuestro ejemplo, la belga, sería la que regiría la sucesión en su totalidad).

Si fuera esta interpretación y no la que da el RB-IV en su CDO (51), habría que añadir que el propio RB-IV palía esta potencial fragmentación cuando ofrece la posibilidad de elegir que la admisibilidad y la validez material del acto de última voluntad se rijan (*ex. art. 24.2 RB-IV*), por la misma ley que puede ser elegida conforme al artículo 22 RB-IV. Ejemplo: belga residente en Galicia que otorga un testamento mancomunado en Galicia y que señala como ley aplicable a la sucesión la ley de su nacionalidad y que por la posibilidad que le brinda el artículo 24.2 RB-IV puede como disponente escoger la misma ley belga para que rija la admisibilidad y validez material de dicho acto.

La misma posibilidad de igualar (unificar), la ley aplicable a la sucesión y la ley que rija la admisibilidad, validez material y efectos vinculantes inter-partes, a través de la elección de la ley aplicable conforme al artículo 22 RB-IV, ofrece

el legislador respecto de los pactos sucesorios (*ex. art. 25.3 RB-IV*) tanto si son relativos a la sucesión de una sola persona como a la sucesión de varias. Y aquí estaría más justificado ese ofrecimiento que cuando estuviéramos ante una disposición *mortis causa* distinta de los pactos sucesorios, ya que respecto de ellos el Reglamento no explicita [CDO (51)], a diferencia del caso de disposiciones *mortis causa* distintas de los pactos sucesorios, la interpretación que hay que dar a la expresión de que un pacto sucesorio «...se regirá, ... por la ley que, en virtud del presente Reglamento, fuese aplicable a su sucesión si aquella [la persona a la que se refiere la sucesión], hubiere fallecido en la fecha de conclusión del pacto». Por lo que puede deducirse que el Reglamento está aceptando la posible fragmentación de la sucesión. Por ejemplo, un gallego residente en Bélgica que realiza un pacto sucesorio con otra persona a favor de una sola persona belga (puede hacerlo porque en el Código Civil gallego permite los pactos sucesorios⁴⁶), puede dar lugar a que se rija por la ley belga, la admisibilidad del pacto, su validez material (por ejemplo su capacidad para realizar el pacto sucesorio) y sus efectos vinculantes (por ejemplo que un bien determinado pase a nombre de la persona belga) de forma que el resto de los bienes hereditarios que no son objeto de pacto sucesorio se rijan por la ley española.

No obstante, hay que señalar también que la intención del legislador respecto de los pactos sucesorios es paliar por una parte, los distintos requisitos de admisibilidad y aceptación de los mismos previstos en los EEMM [CDO (49)] y por otra, evitar que los efectos vinculantes entre las partes en dichos pactos entrañen un fraude respecto de los derechos de los legitimarios o de otras personas que se preservan por la ley aplicable a la sucesión [CDO (59)]. No es otra la finalidad del contenido del artículo 25, por lo que la fórmula empleada para ello es unificar no solo la validez material y la admisibilidad del pacto sucesorio sino los efectos vinculantes entre las partes en la misma ley aplicable al conjunto de la sucesión. Así, el pacto en principio no debería estar regido potencialmente por una ley distinta de la sucesión⁴⁷.

Otra cosa sería la interpretación que habría que dar a la autonomía de la voluntad presente en el artículo 22 RB-IV y que se reafirma en el artículo 24.2 RB-IV, ya que si la elección de la ley aplicable a la sucesión (*professio iuris*) puede deducirse («habrá de resultar» dice el art. 22) de los términos de la obligada disposición *mortis causa* y en ella no se dispone de todos los bienes, se entiende por aplicación del artículo 23, que se extiende a cualquier bien no dispuesto pues debe atañer a la «totalidad de la sucesión».

La globalidad del tratamiento del fenómeno sucesorio se materializa en que no habrá sino una y única ley aplicable a la sucesión, a todas y cada una de sus fases, a todos y cada uno de sus bienes, sea esta elegida por el causante o sea esta aplicable en defecto de elección. Se ponderó y valoró más positivo tratar como un todo la sucesión para evitar las dificultades que nacían y se habían

comprobado en aquellos sistemas escisionistas que admitían un fraccionamiento o desmembración de la sucesión al utilizar distintas leyes en distintas fases o bienes de la misma.

En consecuencia, es global el Reglamento porque es omnicompreensivo de los sujetos participantes en la sucesión, en el desarrollo de su regulación de DIP y en el tratamiento unitario tanto de las fases del fenómeno sucesorio como de sus elementos o bienes integrantes. Ha ganado el principio de universalidad frente al principio de fragmentación⁴⁸.

1. DEL POSTERGADO ANILLO DE LA LEY APLICABLE AL CONFLICTO DE LEYES EN LAS SUCESIONES INTERNACIONALES: EL INICIO DE UNA PLANIFICACIÓN SUCESORIA EFICAZ

Tras la salida en 2012 del instrumento jurídico que se analiza no es inusual leer valoraciones positivas del mismo y, entre ellas, el que la norma pone orden y abre la posibilidad de iniciar una planificación sucesoria. En efecto, la impresión que el nuevo instrumento da a los profesionales del ramo consagrados a intervenir en las cuestiones de las sucesiones transfronterizas parece ser en principio buena y coincide con la intención que tuvo la Comisión Europea cuando estábamos discutiendo en el PRM III/IV las posibilidades que, a nivel de conflicto de leyes, el instrumento ofrecería: facilitar e incentivar la planificación de la sucesión que sin el instrumento se veía normalmente abocada al fracaso por el sinfín de normas nacionales coexistentes en el conflicto. Hoy esa intención queda positivizada en el CDO (38) del RB-IV. Pero, ¿por qué facilita la planificación de la sucesión?

Primero, porque con el RB-IV se tiene en cuenta por primera vez en el ámbito de la cooperación judicial civil que lo importante para cualquier interesado en la sucesión es la ley que finalmente será aplicada a la Sucesión al ser la más cercana culturalmente hablando a los interesados y no la autoridad que la aplique [CDO (37)]. Además, ya se ha explicado que se tuvo en cuenta que no se podría conseguir el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales o no judiciales si no se puenteaban las fallas de los distintos sistemas jurídicos existentes en el espacio europeo⁴⁹.

Segundo, porque con el instrumento se evita —ya se apuntó al hablar de globalización— el usual caso del desmembramiento o fragmentación de la sucesión en partes⁵⁰, justificada por la diferente naturaleza de los bienes y derechos de la herencia [CDO (37)] o por las distintas fases del fenómeno sucesorio, que eran jurídicamente vinculadas a distintas leyes; es decir, a partir del consenso en considerar como un todo global la sucesión y concebir una única ley aplicable a su totalidad (art. 23), se instaura la seguridad⁵¹ de la sucesión por la previsibilidad de la ley aplicable y por la planificación de la misma. Por eso, tomando lógicamente como punto de partida y discusión el artículo 7.2 de la Convención

de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte, de 1 de agosto de 1989⁵², cae «en particular» bajo el paraguas de «la totalidad de la sucesión» o ámbito de la ley aplicable, todas las fases del fenómeno hereditario, desde la delación y vocación de la herencia, pasando por su administración⁵³, hasta su partición y todos los bienes, derechos y obligaciones o en particular la responsabilidad por deudas y carga de la misma [art. 23 y CDO (42)]. Se evita con ello la posibilidad de «zona gris»⁵⁴ que la CH 1989 autorizaba en el apartado 3.º⁵⁵ del mismo precepto cuando permitía a los Estados contratantes aumentar las cuestiones que el apartado 2.º del precepto enumeraba como lista «positiva» pues reconocía que la armonización realmente conseguida se limitaba severamente al incluir cuestiones perteneciente esencialmente a la fase de la sucesión denominada «dévolution»⁵⁶.

A. *La residencia habitual del difunto como factor de conexión à la mode y la posibilidad de elección de la ley de la nacionalidad aplicable a la sucesión*

Se ha llegado a afirmar que la «principal novedad del reglamento» es el abandono del factor de conexión de la nacionalidad que prevalecía sobre cualquier otro factor de conexión en el ámbito interno de los EEMM para la solución del conflicto de leyes y su sustitución por el factor calificado entonces «à la mode»⁵⁷, de la residencia habitual del difunto en el momento de su muerte; factor, por cierto que habrá de aplicarse como regla general para determinar la única ley aplicable al conjunto de la sucesión, salvo si no se contradice por el causante optando previamente por otra Ley y en presencia de fedatario público.

No sé si es la principal novedad o no del RB-IV pero lo que sí sé es que, a pesar de que la adopción de la residencia habitual del difunto, abandonando el tradicional de la nacionalidad del causante (en el caso español supone la modificación del art. 9.1 del Código Civil) como factor de conexión es una llamativa cesión de la soberanía de los estados, sin embargo no desbanca la nacionalidad como factor de conexión ni en el conflicto de leyes aplicables ni en el de competencia, sino que incluso, la prioriza cuando por encima de la regla general de configurar la ley aplicable a la sucesión sobre la residencia habitual del difunto en el momento de su fallecimiento, se introduce la autonomía de la voluntad sobre la base de su nacionalidad que se extiende incluso en el ámbito de competencia a otras partes interesadas en la herencia.

En principio supone una revolución en sí misma que este anillo del conflicto de leyes se desligue de la nacionalidad del difunto como tradicional punto de conexión en todos los textos jurídicos de corte continental, y acoja sin pestañeo ninguno, el de la residencia habitual, criterio adoptado —como queda afirmado— en los Reglamentos que descansaban en el Programa de medidas 2000 por ser acorde, en general, —como recuerda el CDO (23)— con la noción del espacio europeo.

Cuando analizábamos las respuestas al Libro Verde de sucesiones y El Estudio del Dnotl, se veía claramente que la mayoría de los EEMM encuadrables en lo que se denomina «sistemas unitarios» por aquello de tratar la sucesión de forma global con una sola ley aplicable, basaban la resolución del conflicto de leyes en el factor de la nacionalidad del difunto en el momento de su muerte (II.2, p. 44)⁵⁸.

Durante la discusión del Libro Verde sobre sucesiones y testamentos y los documentos de trabajo en el PRM III/IV la residencia habitual del difunto suscitó serias dudas respecto no solo de su alcance y similitud o inclusión en el mismo de lo que Reino Unido e Irlanda entendían por «domicile of origine» sino de, incluso, la conveniencia de utilizarla como factor de conexión por la mayor inseguridad que produciría su variabilidad a lo largo de la vida de una persona.

Qué se entiende por «residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento», era la cuestión principal que surgía cuando analizábamos los casos en que los desplazamientos esencialmente de los ciudadanos⁵⁹ en el espacio europeo comenzaban a ser muy frecuentes y duraban mucho o poco tiempo dependiendo de ciertos factores pero esencialmente, del trabajo. Se pensaba, por ejemplo, en el funcionario nacional típico que iba a trabajar a las instituciones europeas por un tiempo y que alargaba su estancia [caso hoy reflejado esencialmente en el CDO (24), o en el ciudadano que verdaderamente ya se había afincado en otro sitio por cuestiones de trabajo, de salud o por decisión propia para vivir justo el final de su vida y adviniera en poco tiempo su óbito (reflejado hoy en el CDO (25))].

Los criterios para determinar en estos y en otros casos la residencia habitual tienen reflejo no en el articulado del RB-IV sino en sus CDOs (23), (24) y (25), conforme a los cuales, la autoridad que sustancie la sucesión debe llegar al convencimiento de que pese a la apariencia de una residencia habitual del difunto, esa residencia habitual constituye «un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate, teniendo en cuenta los objetivos específicos del Reglamento». Así, de forma general, la autoridad deberá apreciar las circunstancias de la vida del causante durante los años previos y coetáneos a su fallecimiento y en particular, la duración, regularidad y condiciones y motivos de su presencia en determinado EM (CDO 23); y en casos más complejos (CDOs 24 y 25), como el del causante que pasaba largas temporadas en un Estado distinto del de su origen o en varios por motivos esencialmente de trabajo, o en el caso de que casi inmediatamente de mudarse a un EM acaezca su fallecimiento, destruir esas aparentes residencias habituales ponderando el centro de interés familiar y su vida social, la nacionalidad o el lugar en que se localizasen los principales bienes del causante. En definitiva, como dice el Prof. BALDUS⁶⁰, hay que leer los preceptos sobre la conexión de la residencia habitual con la idea de que hay que fijar en la medida de lo posible el derecho aplicable y la competencia en el mismo lugar, en aquel en que se encuentran los bienes y el tribunal conoce el derecho.

Parece mentira, dada su escasa representatividad para los EEMM⁶¹, que la CH 1989, haya sido siempre el punto de partida para iniciar la discusión sobre la conveniencia de utilizar el factor de conexión de la residencia habitual. Pero la verdad es que aunque los tres números⁶² en que se estructura el artículo 3 preveían diferentes soluciones a las tres distintas situaciones en las que podría encontrarse el *de cuius*⁶³ (residencia obligatoria no excepcional, residencia temporal excepcionable de manera limitada y residencia atemporal u ordinaria excepcionable de manera ilimitada), y fueron de nuevo analizados por en el PRM III/IV, las tres proposiciones que llegaron a la Comisión europea para su adopción tanto en el Proyecto de Propuesta de Reglamento como para la Propuesta en sí, no se inspiraron en dicho precepto sino en el Reglamento de 29 de mayo de 2000 relativo a los procedimientos de insolvencia, en el que se utilizaba la expresión más general de «centro de intereses principales del deudor» que era definido por la propia Exposición de Motivos del instrumento en su parágrafo 13 así: «Le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers». De hecho, —como ya se ha apuntado— los CDOs 23 y 24 RB-IV cuando anuncian los criterios que la autoridad debe tener en cuenta para poder apreciar el criterio de la residencia habitual del difunto en el momento de su fallecimiento afirma que «determinada así (se entiende la residencia habitual con esos criterios), debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento».

En efecto, la expresión «centro de intereses principales del deudor» inspiró la de «centro de intereses principales del difunto», bien para sustituir al factor de la «residencia habitual del difunto» (propuesta del Prof. LAGARDE⁶⁴), bien para concretizar el concepto de residencia habitual (propuesta del Prof. IGLESIAS BUHIGUES⁶⁵). Pero finalmente no se utilizó ni para uno ni para otro propósito y se prefirió el artículo 19⁶⁶ del Anteproyecto del Notario Damascelli que apuntaba, sin aclaración ni definición alguna⁶⁷, como primer factor objetivo de conexión, la residencia habitual del difunto en el momento de su fallecimiento⁶⁸.

El «domicile» en su acepción de «domicile of origin⁶⁹» era un concepto que aunque no tenía buena prensa en el propio CH 1989⁷⁰ ya que en el Informe Explicativo del convenio al hilo del comentario al número 1 del artículo 3 se llega a afirmar «que était déjà en cette époque préférable parler de «résidence habituelle» et non de domicile puisque ce dernier était entaché d'indubitables bizarreries, telles que la réapparition du domicile d'origine», se había estado respetando en la génesis de los demás instrumentos de cooperación judicial civil. Fue, claro está, objeto de aclaración dentro del PRM III/IV principalmente por el experto GALLARDO PIQUERAS quien dio una nota de calificación registral de un documento presentado ante sí como Registrador de la Propiedad núm. 2 de Mijas (Málaga) para su calificación, en la que se argüía que el «domicile of origine» se acercaba más al concepto de «vecindad civil» o incluso

de «nacionalidad» que al de «residencia habitual» aunque se distinguiera de la nacionalidad por el simple hecho de que solo se podría tener un *domicile*⁷¹ y por el Prof. PAUL MATTHEW⁷², también experto del PRM III/IV, quien aportó una nota aclaratoria sobre el significado de «domicile of origin», resaltando estas tres ideas: que es el primer domicilio del individuo (afirmaba en su nota: «The first domicile (and for many people, the only domicile that they ever have)»), que se adquiere por herencia (afirmaba: «this is the domicile of the father or the mother at the birth of the de cuius. It is the father's domicile if the de cuius is born in wedlock during his father's lifetime, and the mother's domicile if not»), que la permanencia está tanto en su concepto (diría: «in the common law systems is the idea of the 'permanent home'»), que revive cuando se adoptó otro domicilio por elección y se pierde luego o no se demuestra la intención de morar en dicho lugar elegido [lo expresaba así: «Under English law, he can lose a domicile of choice by ceasing to reside there and ceasing to have the requisite intention, without necessarily acquiring a domicile of choice in another place. In that case, unless and until a further domicile of choice is acquired the domicile of origin revives. (But this no longer applies in the USA, Australia or New Zealand. So even amongst common law states, domicile does not always mean the same thing)»].

Se discutió, evidentemente, la conveniencia o no de mantener la residencia habitual del difunto como factor de conexión variable a pesar de los tres tipos de situaciones no deseadas a las que podría conducir. Así, en primer lugar, se discutió si compensaba o no la situación de sorpresa que causaría «hipotéticamente» al causante que vivió y murió sin plantearse que el cambio de residencia cambiase la ley de la sucesión y llevara a la aplicación de una ley distinta de la que él culturalmente estaba ligado; en segundo lugar, se sopesó si valía la pena la situación de inseguridad que vivirían, con o sin disposición de última voluntad del causante, los beneficiarios de la sucesión (especialmente los herederos forzosos de ciertos países), que con el cambio de residencia podrían ver frustradas sus legítimas expectativas; y, finalmente, si compensaba asumir o no la maniobra de fraude a los herederos forzosos cambiando de residencia al cambiar la ley aplicable a la sucesión.

50) Los resultados de dichas discusiones están ya expresadas en el instrumento: la residencia habitual del difunto en el momento de su muerte puede llevar a las situaciones no deseadas y descritas más arriba pero como todas pertenecen al ámbito nacional de los EEMM que se intenta superar con el RB-IV, este no puede pretender sino ofrecer un punto de conexión que sea acorde con el nuevo espacio europeo de las personas que se inicia con Amsterdam y arbitrar los mecanismos para evitar el cambio cultural que supone el cambio de ley aplicable, esencialmente a través de la elección de la ley de la nacionalidad del difunto. Coadyuva a la seguridad de la sucesión que plantea el Reglamento el hecho de que se excepcione la ley aplicable a la sucesión la residencia habi-

tual del difunto en el momento de su fallecimiento, con la aplicación de ley del Estado con la que el causante guarde un «vínculo manifiestamente más estrecho (art. 21.2 RB-IV) puesto que como afirma RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ⁷³, se augura en buena parte de los casos, la potencial ley más estrechamente vinculada al causante será la de su nacionalidad.

B. *La Professio iuris controlada y limitada*

Aun cuando la importancia dada al anillo de la ley aplicable al conflicto de leyes fuera grande y se impusiera como regla general el factor de conexión de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento, ello no llegó a desvirtuar, como hemos afirmado, la importancia del factor de conexión de la nacionalidad pues esta —así se decidió— podrá ser siempre elegida por el causante, de forma expresa y en disposición de última voluntad (*ex. art. 22*), pudiendo tener reflejo incluso en el nuevo certificado sucesorio europeo (art. 68.i).

Estamos ante lo que la doctrina llama «*professio iuris* controlada» tanto material como formalmente a la que podría calificarse o no de «limitada»⁷⁴ en función de si puede ejercerse por aquel nacional residente en un Estado europeo en el que coexistan diversos sistemas sucesorios.

En efecto, la *professio iuris* queda finalmente controlada en un «o lo tomas o lo dejas»; es decir, por un único factor de conexión a elegir⁷⁵ y una única forma de hacerlo, esto es, la ley de la nacionalidad del difunto será el único factor de conexión que deberá elegirse en una disposición de última voluntad bien referida al momento de realizar la elección o al momento de su fallecimiento (art. 22.1 y 2); solo así, se argumentó, se dota de seguridad a la elección y solo así se puede afirmar que no cabría el reenvío amplio que admite el artículo 34.1 RB-IV, es decir, que la técnica del reenvío no puede desvirtuar la voluntad del testador al designar la ley aplicable a su sucesión, como podría pasar si sin elección de la ley aplicable a la sucesión por el testador que reside en un país en el que se admita la sucesión fragmentada (por ejemplo, EEUU o UK), y designar la *lex loci* para los bienes situados en territorio europeo, pues en ese caso, para dichos bienes, gracias al reenvío, la ley aplicable será la de un EM, desvirtuándose el principio de unidad de la sucesión del que parte el RB-IV⁷⁶.

Es verdad que se discutió en el seno del grupo de expertos la posibilidad de ofrecer una *professio iuris* de la residencia habitual del difunto al tiempo del fallecimiento del mismo modo que la ofrece la CH 1989 (*ex. art. 5.1*); pero lógicamente se abandona la idea tras la toma de decisión primera, esto es, de considerar que la residencia habitual del difunto en ese momento debía ser la regla general, por lo que se asumía la falta de dominio incluso del propio causante del cambio o mutabilidad de norma que supondría la residencia habitual⁷⁷ y por supuesto, se reafirma el pensamiento de que la elección de la ley de la

nacionalidad tutela la idea de *enraizamiento* del causante pues será quien con el hecho de la elección demuestre su conexión con su cultura nacional a pesar sus cambios de residencia y la apariencia de «asimilación» de otras culturas⁷⁸.

Que la *professio iuris* ha de hacerse en «forma de disposición *mortis causa*», también dota de seguridad a la elección, entendiendo por tal forma el RB-IV, ex. artículo 3.d) no solo un testamento sino un testamento mancomunado e incluso un pacto sucesorio (conceptos que a su vez se definen antes en el propio precepto en sus letras c)⁷⁹ y b)⁸⁰, respectivamente⁸¹), pudiéndose enjuiciar su admisibilidad y validez material conforme a la ley de la nacionalidad del difunto por ser la elegida.

Ahora bien, dos cuestiones se plantean en cuanto a la elección por el causante de la ley aplicable de su nacionalidad: si la disposición *mortis causa* no contiene la elección de la ley aplicable a la sucesión o la nominación de la misma no se expresa de forma inequívoca y si el causante tiene varias nacionalidades o puede llegar a tenerlas, qué oportunidades de elección permite el Reglamento.

La designación imprecisa de la ley de la nacionalidad está presente en el Reglamento, en tanto que dicha elección podría «resultar» (deducirse), de los términos de una disposición *mortis causa* (art. 22.2). Se incluye en el último momento la posibilidad de lo que se ha denominado «elección tácita⁸²» de la ley aplicable⁸³, para mitigar algo la rigidez con que la Doctrina calificaba el hecho de que la elección de la ley aplicable estuviera limitada a la nacionalidad del difunto y no se extendiera, como en otros instrumentos, a la *lex rei sitae* o a la ley del régimen económico matrimonio o incluso, a la de la residencia habitual del causante.

Acorde con admitir la elección tácita que propone el Reglamento, estoy de acuerdo con PRATS ALBENTOSA⁸⁴, cuando afirma que conforme al artículo 22.1.2.º sería válida tanto la elección de la ley de la nacionalidad o de alguna de las nacionalidades que tenga en el momento de hacer la elección como la elección de las que ostente en el momento del fallecimiento, aunque su argumento para interpretar teleológicamente dicho precepto sea que la certidumbre de la ley que se elija para regir la sucesión es en el momento de la apertura de la sucesión. ÁLVAREZ GONZÁLEZ⁸⁵, recordando los ejemplos de elección que el Informe Explicativo del CH 1989 recoge y que declara que el Convenio no obliga al causante a elegir la ley citando expresamente el nombre del Estado aunque resulta preferible a una designación del tipo «mi sucesión se regirá por la ley de mi residencia habitual en el momento de la designación», considera que sería «interesante» nombrar la ley que sea si se opta en el momento de la elección, mientras que cuando la elección se refiera al momento del fallecimiento, no encuentra razones para preferir un nombramiento directo de dicha ley (ley equis o ley zeta) sino que cabe un nombramiento indirecto (ley nacional en el momento del fallecimiento).

¿Cómo se enjuiciaría tanto la validez material como la formal de dicha disposición de última voluntad?

Obviamente, la residencia habitual del difunto en el momento de disponer por testamento o de concluir el pacto sucesorio será el punto de conexión determinante tanto de la validez material⁸⁶ [CDO (26)] como de la validez formal [CDO (27)], salvo que, en este último caso, el EM forme parte, como es el caso de España⁸⁷, del Convenio de La Haya, sobre el conflicto de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias de 5 de octubre de 1961⁸⁸, pues se aplicaría este y conforme a su artículo 1, la validez formal del testamento viene determinada por una amplia cascada de diferentes tipos de factores de conexión⁸⁹ que lo que intentan es facilitar la validez formal del testamento ante situaciones claudicantes, ahora bien, está limitado si la aplicación del CH 1961 es manifiestamente incompatible con el orden público, en este caso, del estado español⁹⁰.

Algún autor⁹¹ sigue afirmando que la *professio iuris* es un acto independiente de la validez de la disposición *mortis causa*, de tal forma que cabe la posibilidad de mantener la validez de la misma aunque el testamento o el pacto sucesorio sean inválidos. Sin tener que ahondar en las razones que han llevado a imponer una forma solemne al testamento, hago mía la razón fundamental que apunta JORDANO BAREA⁹², para mantener que el testamento es un acto formal o solemne: hay que proteger incluso al testador de sí mismo, es decir, de su voluntad precipitada y espontánea, pues hay que dar certeza de su existencia y de su contenido. No cabe duda que para la mayoría de la doctrina es un acto formal y solemne (art. 687 CC) de manera que «en él la voluntad solo es eficaz en cuanto se ajusta en su manifestación a los requisitos de forma prescritos por la Ley, de suerte que el testamento será nulo —aunque no haya duda acerca de la verdadera voluntad del testador— si en su otorgamiento no se han observado las formalidades [o solemnidades⁹³] establecidas en el Código»⁹⁴.

La coherencia con respecto a que la *professio iuris* de la nacionalidad que se ofrece, nazca controlada, es que sea inmutable en el caso de que acaezca posteriormente un cambio de la nacionalidad elegida, la cual, recordemos, solo puede ser la que se posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento del declarante (art. 22.1 RB-IV); es decir, ante un conflicto móvil por cambio de nacionalidad (por pérdida de la elegida o por adquisición de otra distinta con posterioridad a la elección y con o sin pérdida de la anterior), la ley de la nacionalidad del difunto elegida formalmente en acto de última voluntad, no debería ser mutada. La razón principal en cada conflicto móvil es la misma: el Reglamento ha primado la seguridad en la elección en base a ofrecer la nacionalidad del difunto, como único factor de conexión elegible aunque pueda referirse a momentos diferentes, el de la elección o el del fallecimiento y con la misma exigencia formal (las formalidades del acto de última voluntad) para expresarla.

Creo que todos los argumentos que apunta RUIZ RIVAS⁹⁵ para primar la inmutabilidad del conflicto móvil debido a la nacionalidad respecto de los que podrían sostener su mutabilidad son, aunque de corte formal, absolutamente atendibles para primar lo elegido frente a actos posteriores del disponente; así tanto el argumento literal que apunta el artículo 22.4 RH de que cualquier modificación o revocación de la elección deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o revocación de las disposiciones *mortis causa* (art. 22.4), el de que la adquisición de la nacionalidad siempre entraña actos formales y que si no expresó formalmente su voluntad de cambio de ley a la nueva nacionalidad es porque su voluntad permanece inmutable y hay que darle preeminencia, como también el de que el propio Reglamento considera el momento de la disposición *mortis causa* del causante como criterio para valorar su admisibilidad y validez material y no cualquier cambio posterior, no se empañan por el general de nuestro sistema de que hay que buscar la voluntad del causante más allá de sus palabras que, en alguna medida, está presente en la excepción a la regla general de la ley aplicable (*ex. art. 21.2*).

Finalmente, el argumento de si el Reglamento permite la elección de la nacionalidad del difunto al tiempo de su otorgamiento es porque «indirectamente» está contemplando la posibilidad de que el testador pueda fallecer ostentando otra nacionalidad adquirida con posterioridad, no tiene contraargumento porque precisamente lo que está haciendo el precepto es resolver el conflicto.

Si ciertamente acepto de buen grado todos los argumentos que apoyan la inmutabilidad en el conflicto móvil debido al cambio de nacionalidad, sin embargo, me cuesta calificar siquiera de conflicto móvil a aquel que, apunta la misma doctrina, existe por el cambio de residencia del causante tras la mención de una residencia habitual en un documento de últimas voluntades. Por una parte, porque mencionar no es elegir la ley de la residencia habitual si lo que se menciona es aquella residencia habitual que se tenga en el momento del fallecimiento, pues ello, con o sin mención o con o sin acto de última voluntad viene dado por la regla general del artículo 21.1 RB-IV⁹⁶. Sería elegir solo si se mencionara una residencia habitual actual o la que se tuviera en el momento de la elección en el acto de última voluntad. Pero creo que el instrumento europeo, preocupado por primar la residencia habitual del difunto en el momento de su muerte como regla general (art. 21.1) y dejar solo la *professio iuris* constreñida a la nacionalidad del difunto en dos posibles momentos, en el de la elección o disposición y en el del fallecimiento del causante, no permite que se pueda hacer aunque sea de forma indirecta (solo mencionando la residencia actual y no la ley que correspondiera a la misma), una elección de ley aplicable; si no cabe elección alguna distinta de la residencia habitual que establece como regla general el artículo 21.1 RB-IV, da igual que se cambie o no la residencia posteriormente y en ella se muera, porque se aplicará dicho precepto y no habrá que considerar que hay un conflicto móvil.

La limitación de la *professio iuris* cuando estamos hablando de Estados plurilegislativos en lo que el conflicto territorial de leyes se resuelve con puntos de conexión, por ejemplo, con la vecindad civil en España, no es imperativa. El artículo 38 RB-IV debe interpretarse de forma que la aplicación *erga omnes* del Reglamento en este ámbito del conflicto interregional depende de la voluntad de los EEMM, por lo que se necesitará un pronunciamiento expreso del Estado español antes de que entre en vigor el Reglamento⁹⁷. Si ello no ocurre, habrá que respetar las reglas que solucionan el conflicto interno de los EEMM conforme al artículo 36 RB-IV y por tanto, obviamente no podría elegirse otra ley que la que viniera dada por la vecindad civil, salvo que se renuncie a ella primero manifestando la voluntad de acogerse a la que durante dos años de residencia continuada se tuviera derecho (*ex. art. 14.5.1.º CC*). Respeto profundamente los argumentos que resume RIVAS RUIZ⁹⁸ cuando se decanta por la admisibilidad de la *professio iuris* dentro del ámbito interno de nuestro Estado, a saber, que no se puede hacer de peor condición a un nacional español que a un nacional de la UE, que se desvirtúa el principio de identidad de soluciones en DIP y que ya hay ejemplos en los que Convenios internacionales en este sector aplican sus soluciones internacionales al ámbito interregional, como el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflicto de leyes sobre forma de disposiciones testamentarias que uniformizaban la solución internacional y la extendían en el conflicto interregional de los Estados para evitar su incertidumbre⁹⁹. Sin embargo, por una parte, creo que la propia existencia y conjunción de los preceptos mencionados empaña de alguna manera dichos argumentos, (de forma que si el legislador comunitario no se hubiera pronunciado al respecto simplemente hubiera habido cauce para la aplicación obligatoria del Reglamento y con ella, de poder ejercer la *professio iuris*) y de otra parte, la aplicación que se dice «*erga omnes*» está condicionada a la existencia de elementos que hagan que la sucesión de dichos nacionales sea transfronteriza en el sentido europeo, por lo que me aproximo más a la posición doctrinal de que la *professio iuris* que permite el Reglamento solo será posible cuando el Estado expresamente afirme la obligatoriedad del artículo 22 para sus nacionales. En consecuencia, creo acertado que el RB-IV adopte una solución indirecta a la cuestión de los Estados con pluralidad legislativa y que en este caso no siga la senda de otros instrumentos europeos como Roma I y Roma II en los que la solución está basada en una remisión directa que en principio parecía presente en la Propuesta de Reglamento¹⁰⁰, convirtiéndolos en precedentes para el presente Reglamento¹⁰¹.

C. Herencia con administrador preceptivo

52) La herencia con administrador preceptivo se da tanto en el supuesto en que la ley que aplique la autoridad judicial de un Estado miembro no sea la

propia (art. 21 RB-IV), como la de un tercer Estado, lo que como ya se explicó es posible dada la aplicación universal de la ley designada por el Reglamento (art. 20 RB-IV).

En una excepción no deseada de falta de correspondencia entre la ley aplicable al conflicto de leyes y la ley aplicable al conflicto de competencia, pero posible [(CDO (43))] cuando la aplicación de la regla general de la competencia basada en la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 4 RB-IV) hace autoridad competente para sustanciar la sucesión a dicha autoridad y no a la autoridad correspondiente a la ley que el causante eligió correspondiente a su nacionalidad (art. 22 RB-IV), se ubica el caso de herencia con administrador preceptivo. Es así como hay que leer la expresión «ley extranjera» que el artículo 29.1 RB-IV emplea para describir la situación en que una autoridad judicial de un EEMM debe sustanciar la sucesión con la ley de otro Estado miembro porque no se ha abstenido [art. 6.a) RB-IV] o no tuvo que abstenerse [arts. 5 y 6.b) RB-IV] a favor del tribunal del Estado miembro cuya ley fue elegida; y, a pesar de la no participación en el RB-IV de ciertos países anglosajones, la huella de sus sistemas en los que la presencia obligada de tercera persona controlada judicialmente para la administración y liquidación de la herencia (administrador y ejecutor), está patente en las tres normas especiales que se concitan en el artículo 29 RB-IV, y que tratan de su nombramiento, [por quién y a quién (núm. 1)] y de sus facultades (núms. 2 y 3) y que se explican en los CDOs (43) y (44).

Lo que en definitiva se recoge en el instrumento son los llamados *grants* propios de los sistemas anglosajones, que como explica RODRÍGUEZ BENOT¹⁰², son actos de aquella autoridad judicial encargada de controlar la administración de la herencia porque o bien designa al administrador directamente en ella, el propiamente denominado administrador a través del *grant of administration*, u homologa el previamente designado en testamento por el *de cuius* denominado *executor*, a través de un *grant of probate*.

Se respetan pues los sistemas en los que el nombramiento del administrador/ejecutor es preceptivo según el procedimiento nacional de sucesión, pero partiendo de la regla general de que la autoridad del Estado en que sea preceptivo el nombramiento del administrador, nombrará a quien esté legitimado para ejecutar el testamento del causante o para administrar la herencia según la ley aplicable a la sucesión.

Solo se romperá esta regla y, por tanto, se aplicará la ley del foro en el nombramiento del administrador cuando no solo la ley de la sucesión únicamente prevea que pueda nombrarse como administrador a un beneficiario y al mismo tiempo la ley del foro solo admita el nombramiento de un tercero como administrador, sino cuando se den alguna de las tres circunstancias que nombra el precepto y son: una, que haya conflicto de intereses entre los posibles beneficiarios de la sucesión o entre estos y los acreedores o quienes haya garantizado

las deudas del causante; dos, que haya desacuerdo entre los beneficiarios sobre la administración de la herencia; y tres, que la administración fuera compleja a causa de los bienes que integran la herencia.

Las facultades del administrador de la sucesión vendrán determinadas por la misma ley que rija la sucesión; por tanto, aún en el caso de nombramiento de administrador conforme a la ley del foro, las facultades del nombrado serán las que determine la ley de la sucesión, las cuales en principio podrán potenciarse con las condiciones específicas para el ejercicio de las mismas que el tribunal que efectúe el nombramiento imponga siempre de acuerdo a la ley aplicable a la sucesión (art. 29.2.1.º RB-IV).

No obstante, se prevé que el administrador pueda ejercer de forma residual las facultades previstas en la ley del foro siempre que las correspondientes a la ley aplicable a la sucesión no sean suficientes para preservar los derechos de los acreedores o de quienes hayan garantizado las deudas del causante (art. 29.2.2.º RB-IV) y siempre, claro está que en el ejercicio de dichas facultades residuales respete la ley aplicable a la sucesión en lo relativo a la transmisión de los bienes de la herencia, la responsabilidad por deudas de la herencia, los derechos de los beneficiarios y las facultades del ejecutor testamentario, si lo hubiere. En este caso, al igual que en el anterior y con mayor razón, el tribunal que sustancie la sucesión podrá imponer condiciones específicas para el ejercicio de tales facultades (art. 29.2.3.º RB-IV).

Solo hay un supuesto en que la autoridad competente para nombrar al administrador conforme a la ley aplicable a la sucesión, le puede atribuir excepcionalmente, las facultades previstas en su foro y es cuando la ley que rija la sucesión sea la de un tercer Estado. Ahora bien, dicha atribución no puede mermar la determinación ni los derechos sucesorios de los beneficiarios, incluyendo sus derechos legitimarios o las reclamaciones contra la herencia o contra los herederos (art. 29.3 RB-IV).

2. EL ANILLO INICIAL DE LA COMPETENCIA A SU JUSTO PUESTO

Al igual que hemos visto en el anillo de la ley aplicable al conflicto de leyes, se puede afirmar que en el anillo de la ley aplicable al conflicto de competencia, el valor de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento como factor de conexión general (art. 4), tampoco desbanca el factor de conexión del lugar de la nacionalidad del difunto acordada expresamente por las partes interesadas en la sucesión una vez que el difunto haya elegido su propia nacionalidad como factor de conexión en el ámbito del conflicto de ley aplicable conforme al artículo 22 RB-IV (*ex. art. 6*). Se puede decir que si se deja a la iniciativa de las partes interesadas en la sucesión (no a la sola iniciativa del difunto eligiendo su ley aplicable a su sucesión), derivar la com-

petencia de la ley aplicable al conflicto de leyes, se ha implantado una especie de *forum legis* aunque sea más propio esta técnica en el ámbito administrativo que en el privado¹⁰³.

Durante la discusión acerca del factor de conexión apropiado para resolver el conflicto de competencia, es verdad que no ganó el denominado *forum legis*, esto es, derivar la competencia de la ley aplicable al conflicto de leyes. La conveniencia de adoptar este foro fue en más de una ocasión analizada y fue apuntado en el seno del PRM III/IV como la vía adecuada para conseguir que finalmente tuviera la competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión, el tribunal que conociera por sí la ley nacional aplicable, pues de ello se trataba (dado que este anillo del conflicto de leyes había pasado a priorizarse¹⁰⁴). Sin embargo, finalmente el *forum legis* de hecho se adopta porque se fija una competencia exclusiva con la elección del foro para las partes interesadas (art. 5) basada o limitada a la ley de la nacionalidad elegida por el difunto en el conflicto de leyes (art. 22), que consigue reducir en un gran tanto por ciento el riesgo que siempre supone la aplicación de la ley aplicable por autoridad que en principio no tiene obligación de conocer. Riesgo que por otra parte, corren solo las partes interesadas y no desdice la voluntad de difunto porque ella ya pudo quedar plasmada en una disposición de última voluntad (en un testamento o en un pacto sucesorio).

En definitiva, el RB-IV se decanta, primero, por un único órgano competente¹⁰⁵, que será el juez, autoridad o profesional del Derecho con competencia en esta materia que sea fiable (art. 3.2), como por ejemplo un notario español o u «solicitor» inglés; y segundo, por el tribunal del lugar de residencia habitual del fallecido en el momento del óbito pero, eso sí, moldeable a elección de las partes interesadas que si les conviene, seguirán la ley de la nacionalidad elegida por el difunto aplicable a la sucesión, lo que determinará otra autoridad competente.

En consecuencia, si limitamos la elección del causante en el conflicto de ley aplicable a la ley de su nacionalidad y solo en el caso de que se haya elegido por él pueden elegir los demás interesados en la sucesión, no estamos desbancando sin más el tradicional factor de conexión de la nacionalidad sino posicionándolo en su lugar adecuado a un espacio de ciudadanos que han de fluir con miradas más allá de sus lugares de nacimiento y residencia. El supuesto normal será por tanto que la sucesión de un español residente en Bélgica que había elegido la ley española para regir la sucesión, se sustancie ante la autoridad judicial belga porque así se establece como competencia general en el artículo 4 RB-IV. Por tanto, se prima la autonomía de la voluntad porque elegida la ley por el causante, esta será ley aplicable con independencia de quién la aplique. La única forma de que coincidan en el caso de elección de ley aplicable a la sucesión, la ley aplicable y la autoridad, es cuando las partes interesadas acuerden dar importancia a que sea la misma autoridad que conoce «par cœur» la ley, la aplique. Y para eso habrá de consensuarse entre todas, lo que obligará a la autoridad de la

residencia habitual a abstenerse de conocer la sucesión, o de solicitarse por una de ellas, pues en este caso aunque no la obligará a abstenerse [art. 6.b) RB-IV], sí le hará pensar en su posibilidad de abstenerse valorando las circunstancias prácticas de la sucesión como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes [art. 6.a) RB-IV].

Tras este comentario me parece que así podrá entenderse mejor el funcionamiento de los foros que utiliza el Reglamento y que explico a continuación:

El punto de partida es que se abrirá la sucesión por el Tribunal del EEMM del lugar en el que el causante tuviera su residencia habitual, salvo que por voluntad de los beneficiarios en la sucesión se decida seguir la ley de la nacionalidad del difunto elegida por él para reglar su sucesión.

Estos dos factores de conexión deben completarse con otros dos más: el *forum locis* y el *forum necessitatis*.

El *forum locis* operará cuando el difunto no tenga la residencia habitual en el espacio europeo en el momento de su fallecimiento pero aún posea en dicho momento la nacionalidad en dicho espacio. La nacionalidad aquí no opera como factor de conexión sino como elemento internacional que, añadido al de la localización de los bienes, justifica la aplicación del Reglamento, porque tras la comprobación de dicha nacionalidad, la competencia la tendrá la autoridad del lugar europeo en el que se localicen los bienes.

El *forum necessitatis* se empleará cuando la sucesión no pueda resolverse razonablemente en el tercer estado al que en principio correspondería. En efecto, el Reglamento no se desentiende cuando no puede sumar al lugar europeo en el que se encuentren los bienes, otros elementos internacionales porque aun cuando ni el causante ni las partes interesadas en la sucesión tengan conexión con el espacio europeo, reclama su aplicación cuando los bienes de la sucesión se encuentren en dicho espacio; será, por tanto, el tribunal del lugar en el que se localicen los bienes el que se hará cargo de resolver la sucesión¹⁰⁶.

3. RÉGIMEN NO UNIFORME EN EL ANILLO DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE ACTOS EXTRANJEROS EN MATERIA SUCESORIA

A pesar de la globalidad característica del nuevo instrumento, a su entrada en vigor, el régimen de reconocimiento y ejecución de actos extranjeros en materia sucesoria continuará siendo no uniforme, primero, porque aún se codeará con cada procedimiento de exequátur nacional de cada uno de los EEMM, el cual, en el caso del Estado español, está claro que no se puede aplicar a actos de jurisdicción voluntaria y segundo, porque dicho régimen establece diferencias de reconocimiento y ejecución de lo que se denomina por el RB-IV «resoluciones» y «documentos públicos».

A. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales

Al igual que en otros instrumentos de cooperación judicial civil en los que Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda y Dinamarca han quedado fuera del sistema por no ejercer su derecho *opting-in*, en el presente RB-IV estos países también están fuera y, por tanto, las decisiones de sus autoridades serán tratadas de diferente forma a la que estatuye el RB-IV y, por lo que respecta a España, con régimen distinto en función de si la decisión extranjera emana de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria.

Aquellas resoluciones judiciales que emanen de jurisdicción contenciosa en esta materia serán tratadas de la misma manera que las de aquellos Estados no miembros de la Unión Europea, por lo que se aplicará el anciano procedimiento español de *exequatur* de la LEC 1881 (arts. 951 a 958¹⁰⁷), que dejó vigente la Disp. Derogatoria única, núm. 3 de la vigente LEC 1/2000 hasta que se aprobara la anunciada Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

Cuando se trate de hacer valer en España actos (resoluciones judiciales) de jurisdicción voluntaria, el procedimiento de *exequatur* no servirá pues así lo dice la ley¹⁰⁸ y corrobora tanto doctrina de las audiencias como la propia Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁰⁹, por lo que se aplicarán analógicamente los preceptos que regulan la práctica de los asientos o forma de acceso a los registros públicos españoles, Civil y de la Propiedad, de los documentos extranjeros, básicamente, los artículos 81-84 RRC y el artículo 4 LH y el artículo 36 RH.

Según dichos preceptos, solo podrá inscribirse en el Registro Civil (*ex*. art. 81 RRC), el llamado documento auténtico extranjero con fuerza ejecutiva en España con arreglo a las leyes o los Tratados internacionales y solo podrán acceder al Registro de la Propiedad (*ex*. art. 36 RH), los documentos que reúnan los requisitos exigidos por las normas de DIP, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

En consecuencia, antes de la inscripción de dichos documentos extranjeros, el órgano español ante quien se presenten deberá llevar a cabo un doble control: el control de la autenticidad del documento y el control de su validez material.

El control de su validez formal implica no solo comprobar la legalización del mismo o apostilla (art. 323.2.2 LEC)¹¹⁰ junto con su traducción al castellano o en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate (arts. 144 LEC, 86 RRC y 37 RH) sino la comprobación de si se adoptó la forma que debía revestir en el país de su libramiento (art. 323.2.1 LEC y 36 RH).

Pese a ello, en materia sucesoria, habrá que ver mitigadas estas exigencias generales de autenticidad y de forma con los dos Convenios de La Haya de fecha idéntica, 5 de octubre de 1961, sobre la apostilla¹¹¹ y sobre el conflicto de leyes aplicable en materia de forma de disposiciones testamentarias, del que

es parte no solo España sino prácticamente todos los actuales EEMM y que seguirán vigentes entre ellos porque el RB-IV, por un lado, no exigirá legalización ni formalidad análoga alguna para los documentos expedidos en un EM en su marco de aplicación y por otro, prima este último Convenio sobre su artículo 27 que relata la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizada por escrito (*ex. art. 75*).

Otro cantar será el control de la validez sustancial de aquellas declaraciones de voluntad que incorpore el acto (art. 323.2.3 LEC y 36 RH), que se llevará a cabo *ex officio* (*ex. art. 12.6 del Código Civil*), siguiendo las normas extranjeras o españolas que deban de aplicarse, tras la resolución del conflicto de leyes por las normas de conflicto españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos (art. 323.3 LEC y 36 RH). Es decir, se exige, a diferencia del procedimiento de reconocimiento de *exequatur* mencionado en el que no se sigue el control de la ley aplicable sino el sistema de reciprocidad en el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales que si negativo, emergerá el sistema de condiciones¹¹², un control de la ley que se aplicó por la autoridad extranjera, lo que supondrá que si esta ley no es la misma que la ley que nuestra autoridad hubiere aplicado, lo normal es que no se produzca la eficacia extraterritorial del acto extranjero¹¹³.

Y todo lo expresado anteriormente respecto de los países que no ejercieron el *opting-in* en la adopción del instrumento es una pena, porque como es patente, nuestro país tendrá que homologar, por ejemplo, muchas decisiones judiciales inglesas o muchos actos ingleses de multitud de sucesiones transfronterizas debidas al habitual afincamiento hasta su muerte de ciudadanos europeos de nacionalidad británica en inmuebles de su propiedad sitios sobre todo, en nuestra costa mediterránea. Por lo que cuando acaezcan sus óbitos, el reconocimiento y ejecución de cualquier acto inglés (sentencia o documento), deberá seguir bien el pesado camino del *exequatur* de la LEC 1881, bien el examen de la ley aplicada visto, lo que no es acorde con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, sobre todo porque la residencia habitual de dichos ciudadanos les podría servir para determinar la ley aplicable al conflicto de leyes y al conflicto de competencia.

En relación con el resto de los EEMM, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva (que no ejecución porque esta se dará por el procedimiento nacional previsto para dicho menester por cada EM después de la conversión de la resolución extranjera en título ejecutivo), ya sean declaraciones dictadas en procedimientos contenciosos o no contenciosos [CDO (59)], esto es, de jurisdicción voluntaria, se articulan por el RB-IV a través de la evaluación de los llamados «motivos de denegación del reconocimiento» del artículo 40. Cosa distinta es que los motivos hayan de examinarse siempre en los casos de reconocimiento automático o de reconocimiento incidental y que puedan o no evaluarse también en los casos de solicitud de declaración de reconocimiento y declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones al Estado miembro de ejecución.

Tanto para el reconocimiento automático (art. 39.1) como para el reconocimiento incidental (art. 39.3), es necesario que la autoridad competente a quien se soliciten dichos reconocimientos examine, previamente a su concesión, que la resolución se dictó no solo conforme al campo de aplicación del RB-IV y por el tribunal del EM concernido por el RB-IV, (son los presupuestos del reconocimiento), sino que no concurre ninguno de los cuatro motivos de denegación del reconocimiento (art. 40). Solo así concederá el reconocimiento automático o el incidental.

Cuando lo que se solicita al EM de ejecución es la declaración de reconocimiento de una resolución a título principal (esto se hará si la parte interesada alberga dudas¹¹⁴, *ex. art. 39.2*), o la declaración de fuerza ejecutiva de una resolución dictada en otro EM (art. 43), puede no ser necesario entrar en el examen de los motivos de denegación del reconocimiento. Ello dependerá de si la parte interesada recurre la resolución de declaración de reconocimiento o de fuerza ejecutiva de dicha resolución pues es en la apelación en donde se permite discutirlo alegando los motivos tasados del artículo 40 y no en primera instancia. Se dice por ello que se ha invertido el contencioso o que se ha suprimido porque la conversión en título ejecutivo de la resolución sucesoria se va a producir «*inaudita parte debitoris*» o sin audiencia de parte¹¹⁵ (art. 48). Por supuesto, que se podrían incluso seguir alegando dichos motivos de no reconocimiento si cupiese recurso contra la resolución que en apelación no los estimara, cosa que dependerá simplemente de que los EEMM comuniquen a la Comisión siguiendo el artículo 78 qué recursos cabría.

A pesar de que se posponga el examen de los motivos de denegación de reconocimiento o de no ejecución al momento de la apelación, lo que sí hay hasta llegar a estas dos declaraciones es un proceso mínimo relatado en el RB-IV que, sin embargo, no existe en los dos tipos de reconocimiento (automático e incidental), en los que hemos apuntado es necesario siempre el examen de dichos motivos. Este iter procedimental es el único que conduce al efecto de cosa juzgada *erga omnes* de la Resolución que se quiere hacer reconocer o finalmente ejecutar.

En consecuencia, el examen obligado de dichos motivos de no reconocimiento no es lo que produce un efecto de cosa juzgada *erga omnes* o que no lo produzca. Es el tipo de reconocimiento que pretenda el solicitante. Así, si lo que se solicita es el reconocimiento de un efecto concreto¹¹⁶ invocando directamente la resolución ante la autoridad competente para que sea concedido o si se invoca el reconocimiento como cuestión incidental para evitar otro efecto, (alegando en este caso la excepción de cosa juzgada de la resolución que en España, se articula en un incidente de especial pronunciamiento, *ex. arts. 389 y 416.1.2.º LEC*), lo único que se conseguirá será el efecto pretendido o el hacer valer el efecto de cosa juzgada solo entre las partes o ante la autoridad en que se ha solicitado el reconocimiento automático o el reconocimiento incidental.

Por el contrario, si estamos en presencia de una solicitud de reconocimiento como cuestión principal o de declaración de fuerza ejecutiva de una resolución emitida en otro EM distinto del que ha de reconocer o ejecutar, el efecto que se consigue es la cosa juzgada material por lógica ya que a las declaraciones de reconocimiento o de fuerza juzgada de la resolución se llega con un procedimiento que el Reglamento condensa en los artículos 45 a 58.

Dicho procedimiento de homologación no es nuevo. El RB-IV lo copia o hereda casi en su literalidad, del Reglamento Bruselas I y no del Reglamento Bruselas I bis¹¹⁷, y se denomina «*exequatur light*» o «*exequatur* abreviado» precisamente porque, aunque se dice que el reconocimiento no es automático y que es necesario un procedimiento nacional para instar la ejecución de cualquier resolución de otro Estado miembro, sin embargo, el que cada EM de ejecución solo pueda examinar los mismos cuatro motivos de no reconocimiento o de no declaración de la fuerza ejecutiva de la resolución que se trate y además en el trámite del recurso de apelación que cabe tras las declaraciones de su reconocimiento y de su fuerza ejecutiva, supone ya en sí un avance espectacular: significa sencillamente que el reconocimiento en el EM de ejecución se ha suprimido realmente y que la ejecución nacional deberá de seguirse pero con el límite visto de que la fuerza ejecutiva alcanzada tan solo será atacable en recurso invocando los motivos mencionados, pues si no, las declaraciones de reconocimiento y de fuerza ejecutiva son «automáticas» en el sentido de que se deben emitir después del examen de la solicitud correspondiente acompañada de los documentos que establece el artículo 46, conforme a los artículos 45 a 58.

Si no hay dudas sobre el reconocimiento de la resolución a título principal (art. 39.2), el reconocimiento de la resolución dictada en un EM podrá ser invocada y será reconocida y cobrará su efecto ejecutivo, (que no fuerza ejecutiva), en el Estado miembro de ejecución, «sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno» porque aunque en principio el artículo 39.1 se refiere con su expresión entrecomillada a que no es necesario seguir el *exequatur* nacional vigente en cada uno de los EEMM, a la postre, si no hay discusión sobre el reconocimiento de la resolución, la declaración de fuerza ejecutiva necesaria para convertir en título ejecutivo la resolución dictada por un EM distinto del que va a ejecutarla (arts. 43 y 48), se va a producir con la sola presentación por la parte interesada de solicitud conforme a la ley del Estado miembro de ejecución acompañada de la copia auténtica de la resolución a ejecutar y la certificación del Tribunal de origen de la resolución en formulario, (ex. art. 46), lo que en definitiva no es realmente un procedimiento¹¹⁸ o lo hace muy muy «light». Con la demanda como modalidad de solicitud debe acompañarse inexcusablemente la copia auténtica (que no apostillada), de la Resolución pues será esta la que nos acredite no solo los presupuestos de reconocimiento anteriormente expresados sino que la resolución tiene en el Estado miembro de origen (en adelante, EMO) «fuerza ejecutoria» o que es

«ejecutoria» aunque ello no suponga que sea «firme». La certificación expedida por el Tribunal del Estado miembro de origen (en adelante, TEMO) mediante formulario que expresa el artículo 46.3.b¹¹⁹ y que ha sido recientemente adoptado por la Comisión como Anexo I en el reciente Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014¹²⁰, puede ser sustituida por documentos que a juicio del Tribunal del Estado miembro de Ejecución (en adelante, TEME), sean equivalentes e incluso puede ser dispensada su presentación. Queda igualmente a criterio del Tribunal o de la autoridad competente exigir la traducción de los documentos que han de acompañar la demanda (*ex. art. 47*).

Por tanto, lo que le hace llamarse procedimiento «light» a este mínimo trámite es, dejando aparte el insalvable procedimiento de ejecución nacional que queda intacto siempre, el escaso procedimiento que sí se inicia cuando, declarada con fuerza ejecutiva una resolución, hay oposición a la misma y se pueden invocar para su examen, las causas o motivos de no reconocimiento o no ejecución del artículo 40 que, por supuesto, son las tasadas y habituales en los Reglamentos de cooperación judicial civil, como no podía ser de otra forma: la manifiesta contradicción al orden público del Estado requerido, la cual no significa, claro está, que quepa la revisión en cuanto al fondo (*ex. art. 41*) ni que se pueda utilizar sino en casos muy concretos y con la lógica limitación de que no sea ese descarte de la ley aplicable contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDO (58)]¹²¹; la rebeldía en que puede haberse dictado la resolución; y la posibilidad de ser inconciliable la resolución a reconocer y ejecutar tanto con respecto a otra resolución existente en el Estado miembro requerido como en relación con otra resolución de un tercer Estado.

Apuntar por último que en el procedimiento abreviado de los artículos 45 a 58 (Cap. IV del RB-IV), se siguen las mismas inercias que en los demás instrumentos de cooperación judicial civil. Así, por una parte, caben la ejecución parcial (art. 55), la asistencia jurídica gratuita (art. 56), el recurso contra la resolución del recurso contra la declaración de fuerza ejecutiva (art. 51), y la propia suspensión del procedimiento; y por otra, que no caben ni la caución o depósito por ser extranjero o no ser residente o no estar domiciliado ni la percepción de impuestos, derechos o tasas en proporción al valor del litigio (art. 57).

B. Reconocimiento y ejecución de documentos públicos y transacciones judiciales

Debe estar bien claro el juego del reconocimiento y de la declaración de fuerza ejecutiva de las resoluciones judiciales que plantea el RB-IV y de los motivos de denegación del reconocimiento que también juegan en la denegación de las declaraciones de reconocimiento o de fuerza ejecutiva, cuando de los 83

considerandos que justifican su adopción, dedica solo para su anuncio y sin comentario ninguno el CDO (58) y el CDO (59), y en cambio dedica nada menos que siete considerandos [del (60) al (66)], al comentario del reconocimiento de documentos públicos y de transacciones judiciales.

Y tiene su razón de ser porque, aunque es este procedimiento abreviado previsto para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales el que se aplicará también cuando queramos obtener la fuerza ejecutiva y no la fuerza probatoria de los «documentos públicos» y de las «transacciones judiciales» reguladas en el Cap. V (arts. 60 y 61), (por supuesto, en los términos en que quedan definidos en el art. 3), no obstante, en estos casos, solo será necesario aportar por la parte interesada con la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva, la certificación del documento público o de la transacción judicial en los formularios estándar previstos (Anexos II y III¹²²) en el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 y solo será posible enjuiciar dichos instrumentos en el trámite de los recursos examinando solo si son acordes con el orden público del Estado requerido y no respecto del resto de los motivos del artículo 40.

En consecuencia, puede afirmarse que debido a esta denominada por la doctrina «remisión cortada»¹²³ en realidad el RB-IV está estableciendo un doble sistema de eficacia extraterritorial de los títulos sucesorios que emanen de autoridades extranjeras: uno, para las resoluciones que pueden emitir los Tribunales (también con el concepto de tribunal del art. 3.2) y otro, para los documentos públicos y las transacciones judiciales. Sin embargo, en opinión de la doctrina¹²⁴, las consecuencias prácticas de esta dualidad de regímenes no serán especialmente relevantes no solo porque se han unificado las normas de conflicto de leyes y de competencia en el RB-IV sino por el propio reconocimiento automático de resoluciones judiciales que en materia sucesoria el RB-IV ofrece y que se asemeja a la «aceptación» (que no reconocimiento) del valor probatorio del documento por parte del TEME (art. 59). Dicho valor probatorio, por cierto, solo cederá cuando se discuta su autenticidad (la resolución sobre la misma deberá darla el TEMA en el procedimiento y conforme al Derecho de este, *ex. art. 59.2*) y cuando se recurra su contenido (aquí las relaciones jurídicas o los actos jurídicos habrán de discutirse, ante los Tribunales competentes según el Reglamento y conforme al Derecho que sea aplicable según el Cap. III del RB-IV, *ex. art. 59.3*).

Son claras, como se han visto, las ventajas que proporciona el procedimiento de *exequatur light* respecto del *exequatur* nacional y de los procedimientos de acceso de los actos a los Registros públicos correspondientes: un «anti-procedimiento» o rápido procedimiento en el que nunca se va a poder hacer una valoración del fondo del asunto, en el que se suprime la apostilla para la legalización de los documentos, incluido el certificado sucesorio europeo, y en el que se permitirá, esencialmente, inscribir en el Registro correspondiente aunque sin efecto de cosa juzgada *erga omnes*.

III. PARTICULARIDADES DE LA SUCESIÓN EUROPEA

Desde que nace la iniciativa legislativa de la Comisión Europea en el ámbito objetivo de sucesiones transfronterizas estuvo claro que el futuro instrumento legislativo debería contener un tipo especial de documento que fue denominado en el Programa de Medidas como «Certificado Europeo de Herederos». Pero junto a él, resultaba también claro que debería acompañar al mismo lo que se denominó «mécanisme permettant de savoir avec précision si un résident de l'Union européenne a laissé des dernières volontés ou un testament».

83) El certificado de herederos y el mecanismo que permitiera conocer los testamentos de los ciudadanos europeos se enmarcan en principio como particularidades de la llamada Sucesión testamentaria. Pero, como veremos en el comentario del contenido del certificado al que se llega y que por ello es denominado «Certificado sucesorio europeo» (en adelante, CSE o «certificado»¹²⁵), este no solo debe enmarcarse en la sucesión testamentaria, sino en la sucesión *ab intestato*.

1. MECANISMOS PARA UNA MÁS DEPURADA APLICACIÓN DE SU CONTENIDO: LAS FICHAS INFORMATIVAS, LAS GUÍAS Y LOS FORMULARIOS

Antes de centrarnos en el CSE y del mecanismo que nos mostrará la existencia de disposiciones de última voluntad, conviene insistir en que precisamente la aplicación de cualquier Reglamento comunitario se basa en un mejor conocimiento de los instrumentos comunitarios a aplicar por cualquier autoridad implicada en dichos Reglamentos, sea esta una autoridad judicial o no. Y ello por la sencilla razón de que seguir los cánones «iusprivatistas» de confección del DIP supone siempre empezar por determinar la autoridad competente para dirimir el conflicto internacional planteado y continuar regulando la aceptación del fruto del ejercicio de dicha competencia, esto es, su resolución o, en sentido más general, su decisión.

Pues bien, si al principio de los procesos legislativos iniciados por la Comisión Europea, determinar la autoridad competente era lo importante¹²⁶, quedando a un segundo plano la ley que finalmente fuera aplicable al conflicto de leyes que se produce en cualquier asunto transfronterizo sin unificar qué autoridad debe de ser la única que pueda intervenir para dirimir el conflicto, es justo que ya desde el inicio de las regulaciones se facilite a dicha autoridad, al menos el Derecho que no conoce del conflicto que han de dirimir y que las partes estén mínimamente informadas no solo de la autoridad que va a ventilar su asunto y que pueden o no aportarles durante el proceso, obligadas más o menos por el ordenamiento de sus estados de origen.

Las fórmulas que se emplean para coadyuvar a dicha información son los sistemas de fichas informativas y de Guías.

Con el nombre de «fichas informativas» el artículo 77 RB-IV solo menciona las relativas a los documentos y datos que habitualmente son exigidos para registrar los bienes inmuebles situados en el territorio de los EEMM o derechos sobre los mismos y además parece enmarcar dichas fichas en lo que el título del precepto menciona «Información facilitada al público». De hecho, el artículo 78 RB-IV, estableció con el título «Información sobre datos de contacto y procedimientos» y con una fecha tope (el 16 de enero de 2014), la obligación de los EEMM de comunicar no solo los datos de contacto y nombre de los tribunales o autoridades competentes para conocer las solicitudes de declaración de fuerza ejecutiva y los recursos que quepan contra las resoluciones que emanen de dichas solicitudes, sino las autoridades que deban expedir el CSE. Pero en realidad, las fichas informativas no solo se refieren a los datos y requisitos para registrar los inmuebles sino para ofrecer un breve resumen de la legislación y procedimiento en materia de sucesiones y no solo para el público sino para las propias autoridades competentes, aunque es verdad que dicha legislación material aplicable a la sucesión no sea el modo adecuado de indagar el derecho aplicable a la sucesión que deban resolver. Aunque, como hemos visto, son muy reducidos los casos en los que la autoridad que resuelva la sucesión no sea la que conozca la ley aplicable a la misma, en estos casos seguirá vigente la alegación y prueba del Derecho vigente por la parte que lo alegue.

El CDO (75) dice que «conviene imponer a los Estados miembros la obligación de comunicar ciertos datos relativos a su legislación y sus procedimientos en materia de sucesiones en el marco de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, establecida por la Decisión 2001/470/CE del Consejo (1)¹²⁷. Con miras a garantizar la publicación a tiempo en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de toda la información pertinente para la aplicación práctica del presente Reglamento, los Estados miembros deben comunicar también esa información a la Comisión antes de que el presente Reglamento empiece a aplicarse».

¿Lo ha hecho ya España? Para ello hay que ver la Red Judicial Civil Europea y en concreto, el portal denominado e-justice¹²⁸.

En general, los países miembros de la UE y entre ellos, España han cumplido en parte con lo expresado en el Programa, confeccionando su ficha sobre su derecho interno e internacional de sucesiones y testamentos para ser integrada en las denominadas fichas «de legislación nacional» que recoge el portal e-justice¹²⁹.

Actualmente, hay dos pestañas del mencionado portal concernientes al ámbito que cubre el Reglamento de sucesiones: «sucesiones» y «testamentos». La primera contiene las fichas de legislación de cada uno de los EEMM sobre sucesiones (testadas e intestadas) y la responsable de su mantenimiento y actualización es la Conferencia de Notarios de la Unión Europea (CNUE); la segunda, contiene también información sobre todo del sistema de interconexión electrónica de testamentos que se impulsa desde la Comisión Europea y que implementa la Asociación de la Red Europea de Registros Testamentarios

(ARERT). Esta asociación que es la que mantiene esta pestaña de la página web del portal e-justice, aún no ha logrado conectar sino a diez EEMM¹³⁰; España, pese a su decidida participación en la Asociación, aún no ha conectado su sistema de Registro de últimas voluntades en dicha Red, cuyo objetivo es que paulatinamente todos los EEMM pertenezcan a la misma.

Las Guías de aplicación que ya es el *modus operandi* de la Comisión para brindar una mejor información y aplicación de sus instrumentos y que comienzan en 2005 con los instrumentos relativos al Derecho de Familia¹³¹, también se producirán en este instrumento, pero aún no tenemos ninguna. Suelen aparecer cuando ya se lleva por lo menos el tiempo que luego obliga a la Comisión a evaluar el instrumento y a proponer sus modificaciones.

De momento, el Reglamento (UE) N ° 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 por el que se establece el programa «Justicia» para el periodo de 2014 a 2020, (OJ L 354, 28 de diciembre de 2013, pp. 73-83) está obviamente pujando para que se mejore la formación de lo que llama «jueces y profesionales o personal al servicio de la administración de justicia» se entiende que incluyen a jueces, fiscales y secretarios judiciales, así como a los miembros de otras profesiones relacionadas con la administración de justicia, como abogados, procuradores, notarios, agentes judiciales, agentes de libertad vigilada, mediadores e intérpretes de juzgados [CDO (4)]. La formación judicial es fundamental para impulsar la confianza mutua y la cooperación entre las autoridades judiciales y los profesionales del ámbito de la justicia en los diferentes Estados miembros. La formación judicial debe considerarse como un elemento esencial de la promoción de una genuina cultura judicial europea en el contexto de la comunicación de la Comisión de 13 de septiembre de 2011 titulada «Crear confianza en una justicia europea. Nueva dimensión de la formación judicial europea», la Resolución del Consejo relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, las Conclusiones del Consejo de 27 y 28 de octubre de 2011 sobre la Red Europea de Formación Judicial, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2012, sobre la formación judicial [CDO (5)].

2. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (CSE)

Los formularios estándar no son una novedad en este Reglamento porque en la serie de Reglamentos que nacen en estos años, son, contrariamente, el *modus operandi* del proceso hacia la desaparición del procedimiento de *exequatur*. Si nos fijamos, la adopción consensuada de documentos uniformados, incluso¹³², en el ámbito de familia fortalece el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y no judiciales, pues ellos son parte del clima de confianza necesaria en las autoridades que los llevan a cabo. De hecho hoy no podemos concebir

una armonización del DIP sin dichos documentos que, por cierto, están presentes en todos los Organismos Internacionales que se dedican a armonizar a su nivel el derecho de los Estados que son parte en el mismo¹³³.

Al igual que otros instrumentos públicos los formularios anunciados en el RB-IV dotarán pues de uniformidad a las ejecuciones que se pretendan (CDO 78) pero, a diferencia de dichos instrumentos comunitarios en los que se anejan formando parte del cuerpo legislativo¹³⁴, su nacimiento y posterior modificación no es al unísono del Reglamento (por lo que el Reglamento se limita a detallar por ejemplo, en el caso del certificado sucesorio, su contenido), quedando postergados en cuanto a su creación y posterior modificación al proceso consultivo que narra el Reglamento 182/2011 y que dota a la Comisión europea de competencias de ejecución. Cinco formularios adopta la Comisión en el Reglamento de Ejecución del instrumento BR-IV¹³⁵ a finales de 2014: tres para certificar la resolución, el documento público o la transacción judicial concluida del que se solicita la fuerza ejecutiva (Anexos I, II y III), uno para solicitar el CSE (Anexo IV)¹³⁶ aunque no sea obligatorio [art. 65.2 RB-IV] y finalmente otro para expedir el CSE (Anexo V) conforme al art. 67 RB-IV].

El Reglamento de sucesiones adopta dichos documentos estándar no solo como necesarios para solicitar la fuerza ejecutiva de las resoluciones, de los documentos públicos y de las transacciones judiciales sino para dar forma tanto a la solicitud del certificado sucesorio europeo como al propio certificado sucesorio [CDO (76)].

Dedica el Reglamento Bruselas IV su título V al CSE. Nada menos que once preceptos (arts. 62 al 73), para exponer su creación, contenido, efectos y sus posibles modificaciones.

Aunque no lo define el CSE sí da las claves para llegar a su concepto. Propongo el siguiente:

«Es un documento oficial europeo (que no un documento público) que, instado de forma voluntaria a través de un formulario estándar (art. 65.2) por el llamado «solicitante» (arts. 65.1 y 63.1), es expedido sin demora en otro formulario estándar por el Tribunal en la acepción ofrecida por el artículo 3.2 o por la autoridad competente para el Derecho nacional de los EEMM una vez verificada la información, las declaraciones y los documentos y pruebas que aporte el «solicitante» (art. 66), para conseguir por el solicitante de forma ágil o sin procedimiento alguno, ante las autoridades de otros EEMM los tres efectos legales europeos (art. 69) que derivan de la presunción europea de veracidad de su contenido (tanto de las personas que menciona como de sus derechos o facultades): la liberación de deudas por los pagos o la entrega de bienes realizados a las personas que figuran en el certificado y la inscripción en el registro del que aparece como legítimo titular del bien hereditario».

Decir que es un «documento oficial europeo» es más ajustado, desde mi punto de vista, que afirmar que es un «documento público» pues por una parte, podría entenderse no solo el concepto genérico que ofrece el artículo 3.1.i), sino el específico de «documento público con fuerza ejecutiva en el EMO» que destaca el artículo 60 que es el que puede llegar a ser declarado ejecutivo en el EME, eficacia extraterritorial que, como veremos a continuación, no podrá alcanzar el CES y por otro, aseguraría la verdadera interpretación de que el efecto/os buscado/os por dicho certificado es en otro EM y no dentro del propio Estado que lo emite, como acertadamente apunta DÍAZ FRAILE¹³⁷. Por ello, prefiero la definición de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ¹³⁸ cuando lo califica de «nueva especie en el mundo de los títulos jurídicos con efectos extraterritoriales en el Derecho internacional privado europeo»¹³⁹, aun cuando reconozca con DÍAZ FRAILE¹⁴⁰ que se aproxima a día de hoy (ya veremos en el futuro), más a un documento público que a una resolución judicial ya que de él ni es predicable la cosa juzgada, es revisable y tiene validez temporal. En efecto, es un nuevo título o documento «legal» europeo —dice CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁴¹— pues su eficacia particular está delimitada por el propio Reglamento y la «profundidad de control jurídico sobre el fondo», además de su forma y contenido, es uniforme para todos los países participantes del RB-IV.

Con todo, su expedición no es obligatoria para la autoridad competente en la sucesión *mortis causa* pues no solo quedará a iniciativa del llamado «solicitante», sino que podrá solicitarse utilizando o no el formulario que anuncia el artículo 65.2 RB-IV. Al no ser obligatorio el CES, se dota al solicitante de libertad no solo para valerse del formulario en su solicitud de CSE sino para elegir entre la expedición del nuevo título europeo o de una resolución judicial, de un documento público o de una transacción judicial. Sin embargo, sí es obligatorio para la autoridad emisora del mismo no solo concederlo tras el examen pertinente de los documentos aportados, en breve plazo y en el formulario previsto en el artículo 81.2 del RB-IV (art. 67) y para la autoridad o persona ante quien se presente el CSE de abstenerse de requerir al interesado en su lugar la presentación de los nombrados documentos pues es esa la interpretación que del artículo 62.3 RB-IV, hace el CDO (69).

Como verdadero interesado en la producción de sus limitados pero ágiles y rápidos efectos¹⁴², el solicitante preferirá el CSE porque, aunque la expedición de una resolución judicial, de un documento público o de una transacción judicial podrá afianzarle su eficacia, no olvidemos que el coste será el seguir el procedimiento del *exequatur* abreviado¹⁴³. Es claro que la rapidez y agilidad de emisión del CSE serán las ventajas que valorará el solicitante para optar por dicho certificado y prescindir incluso de similares documentos internos que pudieran existir en determinados EEMM (por ejemplo, el Certificado de Herederos alemán (*Erbschein*), o el Acta de Notoriedad francesa (*L'acte de notoriété*), con los que el CSE convivirá (de hecho, no los sustituye) y competirá en tanto

en cuanto producirá de inmediato los efectos previstos una vez expedido (art. 62.3). A eso es a lo que se refiere el RB-IV cuando dice que «el CSE surtirá sus efectos en todos los EEMM sin necesidad de ningún procedimiento especial» [artículo 69.1 y CDO (71)], pues hay que entender por «todos los EEMM» no solo el Estado Miembro distinto del Estado miembro que por el Reglamento sus autoridades deban expedirlo sino el propio Estado miembro en donde se expide (EMO), presentándose así el CSE con preeminencia¹⁴⁴ respecto de los documentos nacionales, tanto en la Propuesta de Reglamento (art. 36.2¹⁴⁵) como en el Reglamento (art. 62.1 y 3). Por otra parte, DÍAZ FRAILE¹⁴⁶, apunta que esa configuración no excluyente del CSE respecto de los títulos internos, que puede agravarse en la hipótesis posible (dada las reglas de competencia de autoridades que pueden emitirlo) de la existencia de varios CSEs, podría solucionarse con la propuesta de Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España manifestada en 2011 en el Documento «Comentarios a la propuesta de Reglamento de Sucesiones UE. Texto de junio 2011» relativa a la centralización de la información de dichos extremos a través de la Red Judicial Europea.

Para entender —como vaticinan algunos autores¹⁴⁷— que su uso será muy frecuente hay que ir a la simple y necesaria finalidad que el CES cumple, la cual no es otra que servir de prueba de la condición de los que podrán estar expresados en él y de sus intereses: derechos y facultades; esto es: hará prueba en distinto EM en el que se expide, de los derechos que otorga la cualidad de heredero o de la de legatario y de los roles de los llamados ejecutores testamentarios y administradores, porque de lo que se trata es de que la tramitación de cualquier sucesión con repercusión transfronteriza en la Unión sea rápida, ágil y eficiente [CDO (67) y estatuye el art. 63.1]. Y claro está, para cumplir los tres adjetivos de dicha transmisión sucesoria se hacía preciso armonizar, en la medida de lo posible, los distintos documentos de acreditación del carácter de heredero, legatario o administrador de la herencia, que coexisten en el espacio europeo y que son fruto de distintos sistemas de adquisición de la herencia; así, nacen de sistemas de adquisición inmediata de la herencia, el testamento, el acta de notoriedad, el acta judicial de declaración de herederos o el certificado de heredero del derecho alemán y de sistemas de adquisición diferida de la herencia, los *grant of probate* y las *letters of administration*¹⁴⁸.

Con todo, costó ver las ventajas que suponía el CSE para las autoridades concernidas en su recepción puesto que el certificado era visto como un instrumento que les restaba competencia¹⁴⁹. Sin embargo, primero se ha de puntualizar que el CSE no es el responsable (recuérdese que va a convivir con otros documentos oficiales internos), sino el simple reflejo de las soluciones de DIP que se acogen en el RB-IV (principalmente en el área del conflicto de leyes), lo que es parte justamente del juego de pérdida de soberanía de los Estados cuando regulan a nivel de DIP; y segundo, que otras autoridades de otros

EEMM han visto no solo merma en sus posibilidades de actuación sino ventajas en la eficacia de sus actos más allá de sus países respectivos y respeto a sus propias profesiones porque por una parte, el CSE aleja el riesgo del «*rush to authority*» que hubiera conllevado la admisión de cualquier certificado sucesorio nacional válido pero de diferente rigor en su expedición, en los EEMM y por otra, porque el gremio de los notarios representado por el Notariado Europeo ve que las actuaciones de sus profesionales no quedan relegadas ni minusvaloradas en el ámbito de sucesiones internacionales, antes al contrario, se afianzan sus posiciones incluso respecto de otros profesionales.

Aunque hubiere duda¹⁵⁰ de si dichos profesionales se encontraban en la letra b) del artículo 64 por aquello de que en la mayoría de los casos los notarios ejercen funciones no jurisdiccionales, su posición respecto de la expedición del CSE queda reflejada en el propio CDO (71) y todos los EEMM tenían el límite noviembre para indicar a la Comisión las autoridades que podrán expedir CSE.

En efecto, los notarios intervienen en el procedimiento de jurisdicción voluntaria¹⁵¹ de la declaración de herederos ab intestato y solo cuando lo pidan los descendientes, ascendientes o el cónyuge del finado. Es decir, la intervención notarial en el procedimiento de declaración de herederos está limitada puesto que viene determinada por la línea recta de consanguinidad de los herederos *ab intestato* a la que hay que sumar, como es lógico, al cónyuge; es decir, solo los descendientes, ascendientes o el cónyuge del finado, son los únicos herederos *ab intestato* que podrán acudir al Notario para obtener mediante acta de notoriedad su declaración de herederos y no los demás herederos *ab intestato* quienes solo podrán obtener la declaración en vía judicial mediante auto.

Pero no es menos cierto que tanto en vía notarial como en vía judicial se han de justificar debidamente los mismos extremos: el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate y su parentesco con la misma y, con la certificación del Registro general de actos de última voluntad y con la información testifical, que dicha persona ha fallecido sin disposición de última voluntad, y que ellos solos, o en unión de los que designen, son sus únicos herederos.

En cualquier caso, esta acta de notoriedad ha de ser tramitada, conforme a la legislación notarial, por Notario hábil para actuar en el lugar en que hubiere tenido el causante su último domicilio en España y ante el cual se practicará la prueba testifical y documental precisa (*ex. art. 979 LEC*). El artículo 209 bis del Reglamento Notarial¹⁵², introducido por Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre¹⁵³, es el que añade reglas específicas a la tramitación del acta de notoriedad y en concreto, sobre la competencia notarial y el procedimiento a seguir. Por tanto, conforme a dicho precepto será notario hábil con competencia para conocer de un proceso de declaración de herederos [incluso si hay testamento *vid.,* regla 4.^a a)¹⁵⁴], aquel Notario del último domicilio del finado en España. Si nunca tuvo domicilio en España, la determinación de la competencia notarial vendrá determinada, de forma escalonada, por el lugar del fallecimiento

en España (primer criterio de determinación de la competencia) y por el lugar donde estuviere parte considerable de los bienes o de las cuentas bancarias (segundo criterio cuando no fallezca en España). Determinada la competencia queda excluida la de los demás.

Servir de prueba «uniforme» de lo contenido en un formulario que en el Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014 acaba de adoptar y que está inspirado, curioso por el ínfimo número de ratificaciones que recibió¹⁵⁵, en el Certificado contenido en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la Administración Internacional de las Sucesiones (que por cierto es el que Damascelli, notario italiano miembro del PRM III/IV utilizó cuando entregó en el Grupo de expertos su versión de Propuesta de Reglamento de Sucesiones), para todos los posibles terceros de la sucesión es, sin duda, un avance en materia sucesoria internacional para el ciudadano europeo porque, al menos, gran parte de la problemática que trae cualquier sucesión testada o intestada con tildes internacionales dentro del espacio europeo¹⁵⁶, es por una parte, reconocer a los posibles «interesados» en la sucesión y los posibles actos realizados no solo por ellos en torno a la misma sino por el propio causante y por sus inevitables o no, intervinientes (léase administradores en sentido general), y por otra, dejar diáfanas, en la medida de lo posible, las partes hereditarias y su adjudicación concreta que resultan de haber aplicado la ley de la sucesión o haber respetado la voluntad del causante expresada en su disposición de última voluntad.

No se dota a dicho Certificado como no podía ser de otro modo y pese a las grandes discusiones que se vertieron en cada una de las reuniones del PRM III/IV, de fuerza ejecutiva por sí mismo [CDO (71)] ni siquiera en el EM emisor, pero el alcance del valor que tiene es doble:

Primero, la fuerza probatoria con que se le dota es calificada. Con él no solo se prueba, con doble presunción *iuris tantum*, lo que su contenido expresa sino que se desbancan, cuando es presentado ante la autoridad correspondiente, otros documentos que podrían únicamente solicitarse por dicha autoridad como un documento público o el que refleje una transacción judicial, si dicho certificado no se presenta. Se habla de doble presunción *iuris tantum* porque con el CSE se invierte la carga de la prueba de quien contradiga tanto cualquier extremo acreditado conforme a la ley que rijan la sucesión o a cualquier otra ley aplicable como por ejemplo, la ley que se aplicó para la liquidación del régimen económico matrimonial¹⁵⁷, como la cualidad de las personas que se nombran y sus intereses o facultades (se tiene la cualidad de heredero, legatario, administrador de la herencia o executor testamentario en la medida y con las facultades que se mencionen en el CSE). La prueba de que estos extremos están acreditados conforme a la ley que se aplique a la sucesión o cualquier otra ley es que el interesado en hacerlo valer no tiene que acreditar el contenido de la ley que se aplica para acreditarlos, por lo que a juicio de la doctrina¹⁵⁸, el CSE integra el artículo 36 RH relativo a los medios de prueba del Derecho extranjero.

Segundo, la doble presunción de veracidad de los datos contenidos en el CSE, esto es, de las cualidades de los herederos y legatarios con sus concretos derechos y cuotas hereditarias y de las atribuciones de bienes concretos a los mismos y del nombramiento y facultades concretas de los ejecutores testamentarios y administradores, arroja no solo a los mencionados sino también a los terceros que han de confiar en dichas presunciones y actuar conforme a ellas. Es decir, el grado de protección que se brinda a este título de nueva creación es el esperado tanto por parte de los beneficiarios que quieren asir lo antes posible lo que les corresponde como por los administradores de la herencia y terceros que han de actuar conforme a dicho CSE.

Los números 3, 4 y 5 del artículo 69 explican los llamados efectos legales europeos de ejecución del contenido del CSE que son por cierto, los tres actos más ansiados por todos los concernidos en la herencia: efectuar pagos o entregar bienes a las personas que figuran en el certificado, disponer de los bienes por quien aparece legitimado para ello en la herencia e inscribir en el Registro de la Propiedad como legítimo titular del bien hereditario son actos que convienen al beneficiario, al *solvens*, al *tradens*, que quedan liberados, salvo que se demuestre su conocimiento acerca de que el contenido del certificado no responde a la realidad o que su desconocimiento sobre el contenido se debe a su negligencia grave, y a la autoridad encargada del registro del bien en cada EM.

Pero no nos nubla la dicción de los números destacados del artículo 69. El RB-IV no puede ir más allá de su campo de aplicación y la consecuencia es la limitación de los efectos legales *ut supra* descritos.

Respecto del primer efecto solutorio, esto es, el pago o la entrega de bienes a la persona que figure facultada en el certificado para recibirlos, matiza RENTERÍA AROCENA¹⁵⁹, que el *solvens* quedará liberado solo en la medida que el pago o la entrega del bien sean o pertenezcan a la herencia, cosa que en algunos casos es dudosa como aquellas indemnizaciones por seguros de vida para el caso de muerte que en algunos EEMM no forman parte del caudal hereditario y que, por ejemplo, en España, por aplicación de la Ley del Contrato de Seguro, el asegurador solo se libera si paga al beneficiario del seguro conforme al artículo 88 y la jurisprudencia¹⁶⁰.

La protección dispensada por el CSE al *accipiens* que adquiere del *tradens* aparente (legatario o heredero) o con capacidad de disposición según el certificado hay que matizarla también pues el actual RB-IV abandona la idea de crear un título de adquisición nuevo de dominio o de derecho personal y se limita a dar valor a la buena fe del adquirente, presumiéndola¹⁶¹. Deja, sin embargo, las consecuencias de dicha buena fe a la política legislativa de los EEMM quienes decidirán acerca de si se consuma o no la adquisición a *non domino*. En el primer caso parece estar el certificado alemán mientras que en el caso español, ni la interpretación del artículo 464 del Código Civil para bienes muebles ni los artículos 28 y 34 LH respecto de los inmuebles permiten

fácilmente la perpetuación en sus respectivas adquisiciones, al *accipiens*. Esas diferentes posiciones de los EEMM caben ya que recordemos que es materia excluida del ámbito de aplicación del Reglamento de «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo» [art. 1.2.1) RB-IV]. Y creo con sinceridad que es mejor dejar abierta la cuestión para que cada EM la resuelva conforme a sus domésticos sistemas de propiedad y registral que dotar de valor al CSE como título de adquisición de propiedad. En definitiva, prefiero que el CSE sea atacable y se impugne cuando se entienda que el que figura en el título no es *tradens* o que hay otro titular (caso de doble venta), por ejemplo, a maximizar el efecto de transmitir la propiedad que llevaría seguro a problemas de priorizar los títulos de propiedad para establecer su jerarquía, etc.

Finalmente, la limitación o matización de que el CSE es un título válido para inscribir en el Registro de la Propiedad el bien adquirido en la herencia es más clara que en los otros efectos porque se encuentra explícita en el propio núm. 5 cuando dice textualmente «el certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l), letras que dejan fuera del campo de aplicación del instrumento tanto la naturaleza de los derechos reales como el régimen de publicidad registral. En consecuencia, la emisión del CSE por la autoridad competente conforme al Reglamento no evita en lo que respecta al sistema de inscripción en el Registro de la Propiedad español, que el Registrador deba realizar su labor de calificación registral del contenido del CSE conforme a los artículos 18 LH y 98 y 100 RH y el control del tracto sucesivo como requisito registral, el cual de alguna manera está expresado en el CDO (18).

Pese a lo dicho, el acceso al Registro del CSE dependerá esencialmente de su contenido particular, el cual dependerá de la finalidad que persiga el solicitante del certificado, sea este heredero o legatario que tenga derechos directos en la herencia o sea ejecutor testamentario o administrador de la herencia (art. 63.1 RB-IV). Así, si lo que se solicita en el formulario [art. 65.3.f) RB-IV], es que el certificado pruebe la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero/os o, en su caso, al legatario/os mencionados en el certificado [art. 63.2.b) RB-IV], el contenido del certificado se deberá pronunciar no solo sobre la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado o de cada legatario determinado (art. 86.l y m RB-IV), sino sobre la aceptación y renuncia de la herencia de cada beneficiario [art. 86.k) RB-IV]. En este supuesto el CSE actúa como un cuaderno particional y será entonces cuando se podrán inscribir directamente en el Registro sus cuotas o derechos hereditarios¹⁶². Si el CSE no es «particional», su inscripción

se practicará la mayoría de las veces acompañada del documento particional o de entrega de bienes salvo que se refiera a heredero único, institución «ex re certa» o legatario de inmueble determinado y propio del testador, (ex. arts. 14 LH y 79 RH)¹⁶³.

Conseguida la inscripción por el CSE particional, su valor, si constitutivo o declarativo, variará del sistema registral de cada EEMM [CDO (19)] pues escapa del campo de aplicación del instrumento; así, como apunta DÍAZ FRAILE¹⁶⁴, en el nuestro, solo después de transcurridos dos años desde la inscripción del inmueble a favor de heredero o legatario aparentes, los adquirentes de buena fe podrán ser considerados terceros hipotecarios consolidando su adquisición *a non domino* (ex. arts. 28 y 34 LH).

En resumen, estos tres efectos europeos del CSE, como se ha visto, dependen del campo de aplicación del instrumento, pero también y con la misma importancia, del contenido particular del CSE.

3. IDEA DEL REGISTRO DE TESTAMENTOS: EVOLUCIÓN DESDE EL REGISTRO CENTRAL EUROPEO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES AL SISTEMA DE INTERCONEXIÓN DE REGISTROS

Nace la idea de la creación de un sistema de inscripción de últimas voluntades en Europa al mismo tiempo que la idea de resolver a nivel internacional la llamada sucesión por causa de muerte, en 1999, momento en el que comienza la andadura del Tratado de Ámsterdam. Porque no puede olvidarse que en el germen de la idea de regular la materia de sucesiones ya se atisbaba la puesta en marcha del «mecanismo que, —empleo palabras del propio Programa de La Haya¹⁶⁵ que desarrolla Ámsterdam—, permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión Europea». Es decir, cuando se da el concreto mandato a la Comisión de que presente un Libro Verde sobre la materia de sucesiones se entiende que ello no podrá realizarse sin dos útiles que lo hagan posible: el certificado europeo de herencia (o de herederos), hoy se denomina «Certificado sucesorio europeo»¹⁶⁶ y, aquel que facilite el conocimiento del último aliento de voluntad plasmado jurídicamente por un ciudadano europeo.

Es cierto que el conocimiento de la existencia misma de un testamento o documento que nos informe de los actos de última voluntad de un causante, no siempre es evidente por no decir que, a veces, se torna imposible a nivel internacional. El flujo no solo ininterrumpido sino creciente de ciudadanos en el espacio europeo comienza a poner de manifiesto las dificultades que, en el momento más difícil quizás familiarmente hablando, pueden llegar a aparecer, simplemente con la búsqueda infructuosa del último testamento del familiar fallecido. Por ello, y para que dicha búsqueda deje de convertirse muchas veces en azarosa, como aquella «del arca perdida», es por lo que en Europa en segui-

da se dan los primeros pasos destinados a investigar el sistema más adecuado para llegar al conocimiento fiable y no pesados del acto de última voluntad.

La cuestión 36 del Libro Verde sobre sucesiones y testamentos consultó en 2005 acerca de la oportunidad tanto de crear un sistema de registro de los testamentos en todos los EEMM como de un único Registro Centralizado, partiendo de la base que en algunos casos la búsqueda de un acto de última voluntad en el espacio europeo constituía un obstáculo insuperable. La razón de esta cuestión era lo informado por El Estudio DNotI que si bien no dedicó espacio significativo al futuro y posible camino de la creación de un Sistema central de registro europeo de últimas voluntades, sin embargo, decía de él, que dicho sistema agilizaría y facilitaría el encuentro de los testamentos a nivel internacional y la liquidación y administración de las sucesiones internacionales¹⁶⁷. Señalaba este informe, no obstante, el sistema de Registro de la Convención del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972 relativa al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos¹⁶⁸, que formada por 17 preceptos y firmada en Basilea (en adelante, Convención de Basilea), como buen método para superar el obstáculo, proponiendo su ratificación por todos los Estados miembros¹⁶⁹ y además, subrayaba que dicho sistema era la base sobre la que debía descansar el certificado de herederos que proponía porque antes de su emisión evidentemente se ha de estar seguros de la existencia o no de testamento válido¹⁷⁰.

Esa es la misma opinión que se barajaba al inicio de las discusiones en el PRM III/IV y en la puesta en común que supuso la audición del LV celebrada el 21 de noviembre de 2005. Por ejemplo, el Prof. LAGARDE, entonces experto en el Grupo y co-autor en el DNotI, explicaba en una nota que hizo llegar a dicha audición, la prudencia de la Convención de Basilea de renunciar a crear un registro internacional de testamentos y de impulsar tan solo un sistema de inscripción en cada Estado contratante, diciendo que «cette prudence peut s'expliquer par un souci de ne pas créer un organisme supranational de plus et aussi par un désir de protection de données personnelles». Por ello y porque la Convención de Basilea, a juicio del Prof. Lagarde, dejaba un gran margen de libertad a los Estados contratantes para adjuntar indicaciones complementarias para inscribir (por la forma de las inscripciones y su duración, *ex. art. 7*), además de estar abierto no solo a los testamentos sino a otras disposiciones (por ejemplo, la de elección de la ley o un pacto sucesorio), él prefería extender el sistema de Basilea a todos los EEMM antes que crear otro que se sumaría a aquel, pudiendo realizarse esa adhesión a la Convención de Basilea a través del reenvío que se establecería en el futuro Reglamento, reenvío que no se recoge finalmente.

En la época en que se realiza El Estudio DNotI la Convención de Basilea estaba ratificada ya por diez EEMM y firmado por otros tres¹⁷¹; desde 2004 en que Lituania lo ratifica ya no ha vuelto a ver más adhesiones a dicho Convenio, por lo que trece EEMM quedaban al margen de dicho Convenio y ello

también pesaba en la opinión del Grupo de expertos (hoy con la adhesión de Croacia a la UE, podríamos decir que son catorce los que no lo han ratificado). No obstante, el Estudio DNotI dejó entrever que el sistema de inscripción previsto en el Convenio de Basilea no parece haber tenido el éxito que se le auguraba por dos razones: porque su consulta está limitada a los Estados parte en el Convenio y porque aquellos Estados que tienen un registro de voluntades propios solo dejan inscribir los testamentos que hacen sus propias autoridades y no los hechos por autoridades extranjeras¹⁷².

Contestado el libro verde de sucesiones y testamentos por cerca de 50 contribuidores¹⁷³, de diverso signo, la mayor parte puso de manifiesto el interés que suscita la creación de un sistema de interconexión de registros como mejor alternativa a la creación *ex novo* de un Registro centralizado de testamentos europeo (que se concebía, si acaso, para una segunda fase¹⁷⁴), aunque en aquellos momentos no se decantaban ni por potenciar el sistema de Basilea ni por interconexión de registros del últimas voluntades existentes en cada país que comienza a ofrecer la Red Europea de Registros de Testamentos (RERT).

Esta posibilidad de interconexión de registros de la ARERT nace en 2001 a los auspicios de la Conferencia de Notarios de la Unión Europea (CNUE), hoy Consejo de los Notariados de la Unión Europea (en adelante con la misma nomenclatura, CNUE), en tanto que tiene como misión la interconexión de los Registros telemáticos existentes sobre sucesiones. Se presentó oficialmente al PRM III/IV de la Comisión en su reunión del 22 de junio 2007 consagrada a la discusión de esta parte del LV, por el Director entonces de la propia ARERT, el Sr. Caille, quien explicó la historia de este proyecto, sus resultados y sus técnicas de solución, insistiendo en el rol que juegan en el mismo los notarios, en que habría que incluir en dicha interconexión al Certificado Sucesorio Europeo y su conexión inevitable con el entonces proyecto e-justice y, en definitiva, se presenta como una alternativa muy económica y, por tanto, más fácil de poner en marcha.

Se explicó que los primeros Registros de últimas voluntades conexcionados fueron Francia y Bélgica en 2002¹⁷⁵ y curiosamente, esta propuesta no desbanca la idea de proseguir con la ratificación del Convenio de Basilea, porque piénsese que realmente esta interconexión a dos fue un proyecto del Consejo de Europa. Pero lo cierto es que tras esa prueba de cooperación, esa «Demo», entre dos EEMM en materia de Registro de testamentos, se abre la oportunidad de seguir el mismo ejemplo al resto de los EEMM a través de la creación en 2005 por Francia, Bélgica y Eslovenia, (país que se interconexiona posteriormente, de la Asociación de la Red Europea de Registros testamentarios (ARERT). 14 notariados actualmente son miembros de dicha Asociación, y algunos como España están como observador porque, como se deduce de la observación de GARCÍA MÁS, esta Asociación canalizará el conocimiento técnico de las posibilidades de intercambios en forma telemática entre los Notariados europeos y

las autoridades públicas sobre todo en aquellos países en los que, como España, la competencia del Registro Central de últimas voluntades es competencia del Estado y no del notariado en sí¹⁷⁶.

Si el apoyo a la idea de interconexión automatizada de Registros de última voluntad surge en el Consejo de Europa, será la Unión Europea la que dentro del Programa Justicia civil 2007-2013, comience a cofinanciar dos proyectos: en 2008 «Europe Testaments» cuyo objetivo fue analizar los distintos sistemas de registros de los EEMM para comenzar su interconexión, la cual llega con el siguiente proyecto bianual (2010-2012) denominado IRTE, que la ha propiciado entre 10 Registros europeos.

En los siguientes siete años que se prevé dure el siguiente Programa «Justicia» adoptado el Reglamento (UE) 1382/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013 que estableció el programa «Justicia» para el periodo de 2014 a 2020¹⁷⁷, se pretende la financiación de acciones que tengan «valor añadido europeo»¹⁷⁸ en orden a impulsar el desarrollo de un Espacio Europeo de Justicia, pues el objetivo general es contribuir a seguir desarrollando un Espacio Europeo de Justicia, basado en el reconocimiento y la confianza mutuos, en particular mediante el fomento de la cooperación judicial en materia civil y penal¹⁷⁹. Y se concreta en que el medio para lograr el objetivo específico de «facilitar y respaldar la cooperación judicial en materia civil y penal [art. 4.1.a)], será «respaldar una aplicación y ejecución efectivas, integrales y coherentes de los instrumentos de la Unión en los Estados miembros, así como su seguimiento y evaluación» [art. 4.1.c)]. Por ello no es de extrañar en lo que a nuestro instrumento afecta, que el Plan de Acción Plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en Red Europea del Consejo (2014/C 182/02) de 14 de junio 2014 recoja en la lista de los proyectos cuya ejecución se estudia para el periodo 2014-2018 y que se recogen en un anexo (con indicación de los participantes, medidas para su ejecución en la práctica) y un calendario indicativo a fin de permitir que el grupo «Derecho en Línea» (Justicia en red) haga un seguimiento efectivo del Plan de Acción), dos Proyectos que aseguran la continuidad del RB-IV: el núm. 17 denominado «Interconexión de registros de testamentos», que catalogado con primacía B, será encargado a un grupo informal bipartito entre los Estados miembros y Comisión aunque con la cooperación con los notarios pues al fin y a la postre se basa en el Proyecto piloto en curso de los notarios y; el número 18, Certificado sucesorio europeo electrónico, del que se encargará la Comisión comenzando con un estudio de viabilidad, pero calificado de primacía A.

No hay marcadores de tiempo asignados para conseguir los resultados de estas dos acciones (no aparecen fechadas), pero aunque la apariencia es que van en paralelo, sin embargo, puedo afirmar que en el PRM III/IV se concibió la oportunidad de incorporar el CSE en el mecanismo que finalmente publicara las últimas voluntades principalmente porque al igual que en estas con dicho mecanismo, se evitaría la circulación de varios CSE de la misma sucesión.

CONCLUSIÓN

Quince años de elaboración, tres años de *vacatio legis*, ochenta y cuatro artículos interpretados y explicados por otros ochenta y tres considerandos, han sido necesarios para armonizar los tres anillos de DIP de las sucesiones internacionales, a través de una única autoridad competente con una única ley aplicable y un «no procedimiento» como piedra angular del reconocimiento de sus resultados al que se añade un certificado uniformado de la herencia que facilitará su gestión y los efectos inmediatos queridos por los actores en ellas, sobre todo si este llega a incorporarse a la interconexión de Registros de últimas voluntades que implicará, cuando se lleve a término, que se ha cumplido el último de los mandatos del Programa de Medidas 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013). La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, De *conflictum legum*: Estudios de Derecho Internacional Privado núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela.
- ÁLVAREZ TORNÉ (2013). La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE, Pons.
- AÑOVEROS TERRADAS (2009). Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho Internacional Privado español, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons.
- BALDUS (2009). ¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo? *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. 49.
- BENDITO CAÑIZARES (2007a). Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses, *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 67, enero.
- (2007b). Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos de cooperación jurídica europea e internacional, *RGPJ* núm. 85, 1.º trimestre.
- (2011). Perspectivas de futuro en la cooperación judicial civil: del espacio real al digital de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos y usuarios de las nuevas tecnologías, Curso virtual: *El Juez en el Espacio Judicial Europeo civil y Mercantil*, Plan de Formación continua del CGPJ, Septiembre 2011, Cendoj.
- BLANCO-MORALES LIMONES, El ámbito de la ley aplicable, incluida la administración de la sucesión, Cross-border Successions within the European Union, Bruselas.15.8.2010, <http://www.successions-europe.eu/event-downloads/Blanco-Morales-ES.pdf>
- (2012). Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22.
- CALATAYUD SIERRA (2008). Ley aplicable y conflicto de leyes en Derecho de sucesiones, Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio, *Manuales de formación continuada*, núm. 47 Consejo General del Poder Judicial.
- CALÒ (2010). El Proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre el conflicto de sucesiones: lo que se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho Italiano, *InDret*, núm. 3, www.indret.com

- CARRASCOSA GONZÁLEZ (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada.
- DÍAZ FRAILE, (2013). El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson.
- DURÁN RIVACOBIA Y RODRÍGUEZ MATEOS (2012). *Conflicto interno e internacional en materia hereditaria*, Barcelona, Bosch.
- ESPIÑEIRA SOTO, *Tratados internacionales en materia sucesoria ratificados por España*.
- FERNÁNDEZ ROZAS Y SÁNCHEZ LORENZO (2004). *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed. Thomson-Civitas.
- FONT SEGURA (2009). Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons.
- FORNER DELAYGUA (2009). Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento Comunitario de DIPr relativo a las sucesiones por causa de muerte, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons.
- GARB y WOOD, (2010). *International Succession*, Third edition, Oxford University Press.
- GARCÍA MÁS (2013). El Registro de actos de última voluntad, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson.
- GOUEMET-TALLON (2002). *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n.º 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3^e édition (Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), París.
- HERRANZ BALLESTEROS (2012). Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *RDUE*, n.º 22.
- IGLESIAS BUHIGUES (2008). El desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de Sucesiones en la UE, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*.
- JORDANO BAREA (1999). *El testamento y su interpretación*, 1.^a Parte: Teoría general del testamento, Comares, Granada.
- LAGARDE (2005). Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid.
- LLEDÓ YAGÜE y VICANDI MARTÍNEZ, FLAMINI y LAROCCA (2014). El Certificado Sucesorio Europeo: una perspectiva unificadora (Resumen motivado en castellano del texto originario), en *El Patrimonio Sucesorio, Reflexiones para un debate reformista*, Tomo II, Dykinson.
- MONEDERO SAN MARTÍN (2013). Las sucesiones no hereditarias y el poder de disposición mortis-causa de su titular, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson.
- PRATS ALBENTOSA (2013). La sucesión *mortis causa* en la UE (Ley aplicable, competencia judicial y certificado sucesorio europeo, *Otrosí*, n.º 13, enero-marzo.

- REBOLLEDO VARELA (2008). Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, ISSN: 0213-5795, julio-diciembre.
- (2008). Los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, 14 junio de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, núm. 706.
- RENTERÍA AROCENA (2013). El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, Academia Vasca de Derecho. *Boletín JADO* (ISSN: 2173-9102), Año XII, núm. 25, Bilbao, diciembre 2013). file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-ElReconocimientoDeDecisionesExtranjerasYLasSucesio-4803847.pdf
- RIVAS RUIZ (2013). La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson.
- RODRÍGUEZ BENOT (2009). La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado de heredero, en *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Bosch.
- (2009). *La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo 19.
- (2011). *Approach to the proposal for a regulation of the European Union on succession, Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ (2013). Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE, *Cuadernos de Derecho Registral*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (2013). Derecho de sucesiones y derecho de la UE: el reglamento (UE) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (2013). La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, *Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión mortis causa, De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela.
- ZABALO ESCUDERO (2009). La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons.

NOTAS

¹ Su artículo 84 retrasaba su aplicación hasta el 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012.

² Dichas siglas no son sino la abreviatura de Reglamento Bruselas IV que prefiero mantener por añoranza (en el Grupo de expertos creado para la discusión del Libro Verde sobre sucesiones y testamentos nos referíamos muy constantemente al futuro instrumento como Bruselas IV), a pesar de que solvente doctrina como el Prof. BALDUS, ¿Hacia un nuevo Derecho sucesorio europeo? *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, p. 423, indique no sin razón que al mezclarse en este instrumento global normas de competencia y de ley aplicable ya no puede ser denominado ni Reglamento Bruselas ni Reglamen-

to Roma, nombres que corresponderían a estas materias. Y a pesar también de que pueda entenderse equívoco porque al principio de la elaboración del instrumento, alguna doctrina, como el Prof. LAGARDE, *Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions*, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1688 y 1706, hablara en general de Bruselas III para referirse al futuro Reglamento de regímenes matrimoniales y sucesiones, que recordemos, nacen juntos en su concepción.

³ Como es habitual en la adopción de los instrumentos legislativos de cooperación judicial civil Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participaron en la adopción por el Consejo del RB-IV haciendo uso del derecho a optar u *opting-in* que les permite el artículo 1 de los Protocolos núm. 21 (Sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia) y núm. 22 (Sobre la posición de Dinamarca), respectivamente, y que se anejan al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En efecto, la materia de sucesiones es una medida que se enmarca, entre otras, en lo que el Capítulo 3 del Título V de la parte tercera del TFUE Europea («Políticas y acciones internas»), denomina, Cooperación judicial en materia civil; y por tanto, dichos países pueden ejercer su derecho a adoptarla en el Consejo o no.

⁴ *Vid.* la descripción del conjunto del acervo europeo e internacional sobre Derecho de familia y sucesiones en BENDITO CAÑIZARES, Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos de cooperación jurídica europea e internacional, *RGPJ* núm. 85, 1.^o trimestre 2007, p. 37.

⁵ *Vid.* últimamente respecto del Reglamento llamado Bruselas II bis, HERRANZ BALLES-TEROS, Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el Reglamento (UE) núm. 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *RDUE*, núm. 22, 2012, pp. 43-66.

⁶ *Vid.* el avance de los instrumentos comunitarios de cooperación judicial civil en el periodo del Programa de Estocolmo, en BENDITO CAÑIZARES, Perspectivas de futuro en la cooperación judicial civil: del espacio real al digital de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos y usuarios de las nuevas tecnologías, Curso virtual: *El Juez en el Espacio Judicial Europeo civil y Mercantil*, Plan de Formación continua del CGPJ, Septiembre 2011, Cendoj, 2011.

⁷ 1) Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimiento de insolvencia (*DOCE*, L 160 de 30 julio 2000); 2) Reglamento 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo 2000 relativo a la notificación y al traslado de los EEMM de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* L 160, de 30 de junio de 2000); 3) Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los EEMM en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (*DOCE* L 174, de 27 de junio de 2001); 4) Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Bruselas II bis) (*DOCE* L 338, de 23 de diciembre de 2003); 5) Reglamento 805/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004 por el que se establece el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*DOCE* L 143, de 30 de abril de 2004); 6) Reglamento 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Entró en vigor el 31 de diciembre 2006 (*DOCE*, L 399 de 30 de diciembre de 2006); 7) Reglamento 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (*DOCE* L 199, de 31 de julio de 2007); 8) Reglamento 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). Entró en vigor el 20.8.2007 y se aplica desde el 11 de enero de 2009 (*DOCE* L 199 de 31 de julio de 2007); 9) Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales

(Roma I). Entró en vigor el 24 de julio de 2008 (*DOCE* L 177, de 4 de julio de 2008); 10) Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Bruselas III). Entró en vigor el 30 de enero de 2009 (*DOCE* L 7 de 10 de enero de 2009); 11) Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III). (*DOCE* L 343 de 29 de octubre 2010); 12) Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Bruselas IV); 13) Reglamento (UE) 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 (*DOCE* L 351, de 20 de diciembre de 2012), que acaba de derogar al Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, llamado Bruselas I (*DOCE* L 12, de 16 de enero de 2001), aunque entró en vigor, según su artículo 81 el 9 de enero de 2013, no se aplicará hasta el 10 de enero de 2015, con excepción de los artículos 75 y 76, que serán aplicables a partir del 10 de enero de 2014.

⁸ Solo dos Directivas, dejando aparte de las propias del área de consumo y contratación puesto que en aquella época se elaboran por la Dirección General SANCO: 1) Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Entró en vigor el 31 de enero 2003 y la fecha para su trasposición es de 30 de noviembre de 2004 (*DOCE* L 26 de 31 de enero de 2003). Decisión 2005/630/CE de la Comisión, de 26 de agosto de 2005, por la que se establece un formulario para la transmisión de las solicitudes de justicia gratuita en aplicación de la Directiva 2003/8/CE del Consejo [Diario Oficial L 225 de 31.8.2005]. Decisión 2004/844/CE de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, por la que se establece un formulario para la solicitud de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la Directiva 2003/8/CE del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (*DOCE* L 365 de 10 de diciembre de 2004). Y, 2) Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Entró en vigor el 12 de junio de 2008, otorgando como fecha máxima para su trasposición el 21 de mayo de 2011 (*DOCE* L 136 de 24 de mayo de 2008).

⁹ Una prueba actual en el territorio español, es el llamado Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, que nace por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, separado del Código de familia catalán que se crea por Ley 9/1998, de 15 de julio cuando su primera etapa de codificación sectorial. Hoy ambas materias quedan bajo el mismo paraguas del Código Civil catalán de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, donde se recogen ambos códigos en el libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia y en el libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. *vid.*, la explicación de las técnicas legislativas utilizadas hasta llegar al Código Civil catalán en VAQUER ALOY, *Revista Jurídica de Navarra*, ISSN: 0213-5795, julio-diciembre 2008, núm. 46, pp. 69-108.

¹⁰ Communication from the commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions commission legislative and work programme 2008, 23 october 2007 COM (2007) 640 final, establece el Programa de trabajo de la Comisión para el 2008 y ha resaltado en materia de cooperación judicial civil solo dos materias: e-justice y sucesiones y testamentos (p. 27).

¹¹ La Propuesta de Reglamento relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, [COM (2009) 154 final, 2009/157].

¹² Estuve, desde mi ingreso en 2004 como Experto Nacional en la Comisión Europea, encargada del dossier de las sucesiones internacionales. También trabajé el dossier muy próximo relativo a los regímenes económico-matrimoniales que actualmente está en Propuesta de Reglamento.

¹³ BENDITO CAÑIZARES, Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses, L'Observateur de Bruxelles, núm. 67, enero 2007, p. 24.

¹⁴ Ceci a une nouvelle fois été confirmé par le «flash Eurobaromètre Family Law» de juillet 2006. Ce sondage d'opinion démontre en effet que 80% des citoyens européens estiment nécessaire la reconnaissance des dernières volontés dans l'espace européen. Il est donc impératif que le droit communautaire facilite le règlement des successions internationales. Par ordre il faut mentionner: Lettons (92%), Allemands (92%), Hongrois (88%), et Italiens (88%).

¹⁵ Deutsches Notarinstitut-DNotI. Colaboraron como coordinadores científicos y autores de diferentes partes del trabajo el Profesor Heinrich Dörner, de la Universidad de Münster, Alemania (deuxième partie ainsi que les chapitres III-VIII et XI de la troisième partie), y el Profesor Lagarde, de la Universidad Paris I (Sorbonne Panthéon), Francia (première partie ainsi que les chapitres I-II et IX-X de la troisième partie). También Monsieur Hertel (introduction) y el Doctor Riering (quatrième et cinquième parties).

¹⁶ El estudio comenzaba honradamente la introducción de su documento intitulado su primer epígrafe «Tentativa de una evaluación cuantitativa», en este caso refiriéndose a la dificultosa labor de localización de los testamentos redactados en la UE o al número de liquidaciones de sucesiones internacionales o de certificados de herederos porque los propios Ministerios de los EEMM no poseían esos datos.

¹⁷ De Eurostat u Oficina Estadística de la Comunidad Europea.

¹⁸ El desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de Sucesiones en la UE, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 347 y 348.

¹⁹ No se está ante una acción de reparación (como si de apagar un fuego se tratara) en el área de sucesiones; debemos considerar que la mayor movilidad del ciudadano europeo no puede verse mermada por la inseguridad en función de donde moró o donde adquirió sus bienes, donde formó su patrimonio o donde murió. Sobre todo, en este aspecto de la muerte, en el que el factor tiempo es poco previsible. Estableciendo una comparación, es como si el comercio electrónico, nacido por exigencias de la técnica, actualmente imparable, viera su expansión disminuida porque al final nadie asegura esas transacciones comerciales.

²⁰ Libro Verde, Sucesiones y testamentos, COM (2005) 65 final, 01.03.2005.

²¹ ZABALO ESCUDERO, La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 138.

^{22, 23} Vid. otras muy válidas argumentaciones a favor de que el Reglamento se aplique a cualquier residente en el espacio europeo en RIVAS RUIZ, La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, pp. 97 y 98. Grupo de expertos sobre efectos patrimoniales del matrimonio y otras formas de unión, sucesiones y testamentos en la Unión Europea («PRM-III/IV»), (Diario Oficial de la Unión Europea, 2006/C 51/03).

Las siglas III hacen referencia al 3.º Programa que impulsaba el futuro Proyecto de Reglamento de Sucesiones (el primero fue el Programa de Medidas, el segundo fue Tampere I y el tercero fue Tampere II; el número IV hacía referencia a que sería el 4.º instrumento en materia de cooperación judicial civil que seguía la senda iniciada por el primer instrumento o Reglamento 44/2001, 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil denominado Bruselas I; los segundos fueron el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de hijos comunes denominado Bruselas II y su sucesor, el denominado Bruselas II bis o Reglamento (CE) núm. 2201/2003, relativo a

la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental. Bruselas III fue el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

²⁴ Hoy se encuentra positivizada la posición de los expertos pertenecientes al PRM III/IV, en los CDOS (7), (8) y (80) del Reglamento.

²⁵ JHA: Justice and Home Affairs.

²⁶ El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (Diario Oficial de la Unión Europea núm. C53 de 3/3/2005). En el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Diario Oficial de la Unión Europea núm. C 012 de 15/01/2001 pp. 0001-0009), se indicaba la necesidad de avanzar en el reconocimiento mutuo de esta materia y se indicaban las etapas que hasta la abolición del exequátur debería sufrir la materia de sucesiones.

²⁷ El Programa de medidas, común a la Comisión y al Consejo, para la aplicación del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil (*DO C 12* de 15 de enero de 2001), que fue el resultado del acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 sobre el Principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales que desde entonces fue considerado la piedra angular de la cooperación judicial civil.

²⁸ Trece de las 39 preguntas se sitúan en el anillo del conflicto de leyes (área por el que se inicia el LV), once preguntan sobre el conflicto de competencia y ocho versan sobre normas de reconocimiento y ejecución, tres cuestiones tratan la prueba de la condición de heredero a través del entonces llamado, Certificado Europeo de Heredero, y dos sobre el Registro de los testamentos y las dos últimas preguntas son de carácter general.

²⁹ El histórico del Libro Verde de sucesiones y testamento fue *grosso modo* el siguiente: 1. Adopción del LV el 1 de marzo de 2005 en procedimiento escrito con el núm. COM (2005) 65 y su anexo núm. SEC (2005) 270. 2. 30 de septiembre de 2005-30 de octubre de 2005 se fija el plazo para hacer llegar los comentarios y contribuciones a la Comisión. Un total de 57 contribuciones llegaron y están colgadas en la página web de la Comisión así como los documentos resúmenes de contribuciones. 3. El 30 de noviembre finalizó el plazo para la formación del Grupo de expertos según la llamada *manifestation d'intérêt* hecha por la Comisión. Llegaron 52 candidaturas y fueron seleccionados 30 candidatos. El grupo PRM-III-IV se forma en diciembre de 2005. La lista de sus miembros también se encuentra en la página web de la Comisión. 4. La agenda consistió básicamente en que antes de la Audición prevista para el 30 de noviembre de 2005, tuviéramos discutido el LV en el Grupo de Expertos; dos reuniones fueron posibles antes de la audición: 9/02 y el 3/10.

³⁰ Vid. IGLESIAS BUHIGUES, El desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D. I. Privado de Sucesiones en la UE, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, p. 340.

³¹ FONT SEGURA, Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 68.

³² FORNER DELAYGUA, Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento Comunitario de DIPr relativo a las sucesiones por causa de muerte, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 86.

³³ Las cuestiones fiscales de una sucesión transfronteriza tras el Reglamento siguen al albur de los Estados miembros, aunque se vio desde el inicio de nuestras conversaciones en el seno del Grupo de expertos que no tocar el tema podría dar lugar a casos en los que se podrían soportar dobles y hasta triples tributaciones cuando no existiera tratado de doble imposición en sucesiones. En España, además, cada autonomía tiene una tributación distinta dependiendo de si tiene o no bonificado el impuesto de sucesiones.

³⁴ PRATS ALBENTOSA, La sucesión *mortis causa* en la UE (Ley aplicable, competencia judicial y certificado sucesorio europeo, *Otrosí*, núm. 13, enero-marzo, 2013, p. 25.

³⁵ DÍAZ FRAILE, El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, pp. 109. En la misma línea RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Derecho de Sucesiones y derecho de la UE: El Reglamento (EU) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 51, pero apunta que, el CDO (12), intenta dar una solución a esta cuestión cuando expresa que ..., las autoridades que sustancien una sucesión con arreglo al presente Reglamento, deben tener en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de este y las cuotas hereditarias de los beneficiarios; BLANCO-MORALES LIMONES, Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22 (2012), p. 75, considera que, ante la falta de una Parte general de Derecho Internacional Privado en la UE y pese a la opinión del Parlamento Europeo (recomendación 6.^a de la Resolución de 16 de noviembre de 2006), la cuestión previa debe quedar sometida a conexión autónoma y quedar así sometida a la ley designada. Al contrario, FORNER DELAYGUA, Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento Comunitario de DIPr relativo a las sucesiones por causa de muerte, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 106, considera que es inadmisibles el tratamiento de las cuestiones previas de forma autónoma o independiente cuando, como es el caso, el instrumento es omnicompreensivo pues para el autor hay que sacrificar la autonomía en cuanto a la ley aplicable a la sucesión aunque ello suponga asumir el riesgo de que podamos tener una solución dispar no solo en distintos foros sino también en el foro de la sucesión.

³⁶ BLANCO-MORALES LIMONES, El ámbito de la ley aplicable, incluida la administración de la sucesión, Cross-border Successions within the European Union, Bruselas. 15 de agosto de 2010, considera que esta materia no puede ser competencia de la UE pues la extinción de la personalidad está ligada al estatuto personal. Últimamente, Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22 (2012), p. 9, considera que, ante la falta de una Parte general de Derecho Internacional Privado en la UE y pese a la opinión del Parlamento Europeo (recomendación 6.^a de la Resolución de 16 de noviembre de 2006), la cuestión previa debe quedar sometida a conexión autónoma y quedar así sometida a la ley designada.

³⁷ RODRÍGUEZ BENOT, *La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo 19, 2009, p. 26.

³⁸ Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Bruselas III). Entró en vigor el 30 de enero de 2009 (*DOCE* L 7 al 10 de enero de 2009).

³⁹ Se ocupa de esta materia el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (denominado Reglamento Roma I).

⁴⁰ Hecho el 1 de julio de 1985, entró en vigor el 1.º de enero de 1992.

⁴¹ Sobre el término me gustaría apuntar que no está definido ni incluido dentro de las definiciones ni del LV ni del RB-IV, aunque sí fue objeto de las preguntas, 11, 24, 31 y 32 del LV que como podrá observarse se distribuyen en los tres ámbitos de DIP: conflicto de leyes, conflicto de competencia y reconocimiento y ejecución de actos en materia de sucesión y además, en la versión española del LV, fue traducido por sustitución fideicomisaria. La verdad es que no fue traducido porque ya era un término conocido en Derecho Comunitario (en Bruselas I, en su art. 23.4 relativo a la prórroga de la competencia), en el Derecho de alguno de los EEMM (la Ley belga de DIP 2004, por ejemplo, da su propia definición en el art. 122) y por supuesto a nivel internacional, puesto que existe la Convención de La Haya

de 1985 en la que el trust aunque lo que incluye es un trust que se crea voluntariamente y se prueba por escrito, también puede considerarse que incluye a un trust que sea obligatorio en el ámbito de las sucesiones.

La definición que recoge la CH 1985, *ex* artículo 2 dice:

Aux fins de la présente Convention, le terme, trust, vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant —par acte entre vifs ou à cause de mort— lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Le trust présente les caractéristiques suivantes:

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee*;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee*.
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust.

Con las mismas características vistas que establece la CH 1985, el artículo 122 Loi belge 16 juillet 2004 define el trust así: Au sens de la présente loi, le terme «trust» vise une relation juridique créée par un acte du fondateur ou par une décision judiciaire, par lequel des biens sont placés sous le contrôle d'un *trustee* afin de les administrer dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé.

Sobre el origen de esta institución apuntar que nace de las jurisdicciones de equidad de los países de Common Law. Es uno de los Principios desarrollados por la Court of Chancery dans le moyen âge; ce Tribunal dont son président a été Lord Chancellor du Roi (fonctionnaire ecclésiastique et confesor du Roi) a élaboré un ensemble de règles de Equity pour résoudre —*ex aequo et bono*— les lacunes du Droit et, notamment, l'incapacité des mineurs et des femmes pour acquérir biens en propriété, de telle façon que le défunt... La solution: démembrement la propriété en, legal estate, et, equitable estate.

En cuanto a su reconocimiento solo decir que la Convención de La Haya de 1985, en vigor desde 1 de enero de 1992 ha sido poco ratificada porque solo 8 EEMM la adoptaron, a saber, Chipre, Francia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Reino Unido e Irlanda del Norte. Fuera del Espacio Europeo la ratificaron Australia, Canadá, China, EEUU, Liechtenstein San Marino.

⁴² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Derecho de Sucesiones y derecho de la UE: El Reglamento (UE) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, pp. 52, 53, 54 y 58, explica que el adaptador de los derechos reales sobre bienes inmuebles sujetos a inscripción es el Registrador de la Propiedad, por ser en España el competente para determinar la extensión y alcance de los derechos inscribibles, y también explica que la razón de la exclusión de la organización y funcionamiento de los sistemas de Registro de la Propiedad (incluido los poderes de sus encargados y los efectos de la inscripción), está en el distinto grado de seguridad frente a terceros que asegura cada sistema de registro (orden de preferencias crediticias y rango de los derechos).

⁴³ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 325, ilustra esta situación con el ejemplo de que el Código Civil español aplicable como ley sucesoria, contempla el usufructo del cónyuge viudo sobre un inmueble situado en Inglaterra, donde tal derecho no se reconoce.

⁴⁴ *Vid.* CALÒ, El Proyecto de Reglamento de la Unión europea sobre el conflicto de sucesiones: lo que se ha dicho. Reflexiones sobre el Derecho Italiano, *InDret*, núm. 3/2010, www.indret.com.

⁴⁵ Una disposición especial en España para RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley

aplicable a la sucesión *mortis causa*, De *conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 271, sería la troncalidad vizcaína en la que la STS núm. 111/2010, de 11 de marzo de 2010, aplica la ley vasca de Derecho civil como disposición especial al margen de la ley sucesoria aplicable.

⁴⁶ La Ley de Derecho Civil de Galicia, Título X, La sucesión por causa de muerte, regula dos tipos de pactos sucesorios: la apartación (arts. 224-227 LDCG) y la mejora (arts. 214-218). Recuerda REBOLLEDO VARELA, Derecho Civil de Galicia: presente y futuro, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, ISSN: 0213-5795, julio-diciembre de 2008, p. 37, que se admiten (*ex. arts. 181.2 y 209 LDCG*), aunque únicamente entre cónyuges y ascendientes y descendientes y no libremente con terceros, personas mayores de edad con plena capacidad de obrar (art. 210 LDCG) y que deben otorgarse con carácter constitutivo en escritura pública (art. 211 LDCG). La diferencia entre la apartación y el pacto de mejora está en que la apartación, implica renuncia a los derechos legitimarios (de modo irrevocable, *ex. art. 224 LDCG*), a cambio de ciertos bienes de la herencia que posteriormente pueden traerse a colación (art. 227 LDCG), mientras que en el pacto de mejora no existe esta renuncia, por lo que la Ley 2/2006 se limita a regular precisamente las consecuencias de la transmisión del dominio que se puede producir, o las facultades del ascendiente cuando la eficacia del pacto sea *mortis causa* (arts. 216 y 217 LDCG) y también las causas de ineficacia (art. 218 LDCG), en un régimen jurídico claramente diferente a los supuestos de transmisión de bienes a través de la donación. *vid.*, así mismo tipologías de pactos sucesorios y diferencias en AÑOVEROS TERRADAS, Tratamiento conflictual de los pactos sucesorios en Derecho Internacional Privado español, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, pp. 164 y 165.

⁴⁷ Se ha tomado una posición en este Reglamento respecto de la forma y de la validez material de esta disposición *mortis causa* a diferencia de la CH 1961 (*vid. Rapport Explicatif de M. Henri Batiffol, Bureau Permanent de la Conférence, Imprimerie nationale, La Haye 1961, p. 167*); la CH 1989 ya regulaba la materia de sucesiones contractuales en su artículo 6.

⁴⁸ *Vid.* ventajas e inconvenientes de los sistemas hereditarios universalistas o escisionistas en documento de trabajo anexo al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos de 1 de marzo de 2005 (*infra*), SEC (2005) 270, elaborado por la Comisión Europea, p. 910.

⁴⁹ *Vid.* la explicación suficiente de todos puntos de conexión (personal y territorial) y su evolución hacia la admisión de la *professio iuris* y la diversidad de soluciones de Derecho sustantivo en los EEMM en IGLESIAS BUHIGUES, El desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D.I. Privado de Sucesiones en la UE, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 342-344.

⁵⁰ La forma en que el sistema escisionista es desbancado por el sistema unitario es la injusticia que dicho sistema puede llegar a producir; lo describe el Prof. LAGARDE, Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1702, con el caso de los dos hijos de francés cuyos bienes inmuebles de igual valor se encuentran en Londres y en París respectivamente y que quiere atribuir a cada hijo, pues es injusto que la hija que vive en París pueda pedir la porción de reserva del inmueble situado en Londres mientras que el hijo francés no pueda pedirlo respecto del inmueble francés por no conocer el derecho inglés el concepto de reserva.

⁵¹ BENDITO CAÑIZARES, Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses, *L'Observateur de Bruxelles*, núm. 67, enero 2007, p. 23.

⁵² 2. Esta ley regirá:

- a) el llamamiento de los herederos y legatarios, la determinación de las porciones respectivas de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás derechos de sucesión que tengan su origen en el fallecimiento, incluidas las adjudicaciones con cargo al caudal relicto realizadas por una autoridad judicial o de otro carácter en beneficio de personas allegadas al difunto;
- b) la desheredación y la indignidad para suceder;

- c) la colación y la reducción de las liberalidades y su cómputo para determinar las porciones hereditarias;
- d) la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador no puede disponer y las demás restricciones sobre la libertad de disponer por causa de muerte;
- e) la validez en cuanto al fondo de las disposiciones testamentarias.

⁵³ Recordaba BALDUS, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, p. 433, la presión que sufrió la Comisión durante la elaboración del texto para excluir la administración y partición de la herencia.

⁵⁴ *Vid.* Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters, Edités par le Bureau Permanent de la Conférence, 1990, p. 562.

⁵⁵ 3. El apartado 2 no será obstáculo para la aplicación en un Estado contratante de la ley aplicable en virtud del presente Convenio a otras cuestiones que dicho Estado considere sometidas a la ley sucesoria.

⁵⁶ En efecto, el PRM-IV comenzó la discusión de las materias que entraban en el conflicto de leyes, analizando el artículo 7.2 CH 1989 ya que la razón de establecer una lista, positiva, de materias que caían en el término, sucesión, por dicha Convención fue superar los diferentes puntos de partida de los Estados de Derecho civil y los Estados anglosajones; para los primeros y Quebec, la ley aplicable a la sucesión abarca no solo la *dévolution*, la transmisión sino en algunos casos la administración mientras que para los segundos, incluidos Inglaterra y País de Gales, la transmisión y administración de la sucesión se rigen por la ley del foro, ley diferente a la que rige la devolución. Sin embargo, a sabiendas de que no se consigue el efecto deseado, se permite la ampliación de dicha lista con una «zona gris» formada por las cuestiones que cada Estado contratante, al tenor del apartado 3 del mismo artículo 7, decide deben estar sometidas a la ley sucesoria (*vid.* Rapport explicatif de M. Donovan W. M. Waters, Edités par le Bureau Permanent de la Conférence, 1990, p. 562).

⁵⁷ Expresión de la Introducción del LV Sucesiones.

⁵⁸ En esos momentos se contabilizaban dentro de dicho sistema unitario a Alemania, Austria, España, Grecia, Italia, Portugal y Suecia. Es decir, siete de los quince entonces examinados por El Estudio. Los países que desmembraban la sucesión en función del tipo de bienes, si muebles o inmuebles y dotaban para cada uno de dichos tipos la ley de la residencia habitual o el *domicile* o la ley de la situación de los bienes, eran Bélgica, Francia, Luxemburgo, Gran Bretaña e Irlanda.

⁵⁹ También de extranjeros cuyo movimiento migratorio propicia para la Doctrina la preferencia por la residencia habitual, *vid.*, BALDUS, ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?, *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, p. 433.

⁶⁰ ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? *Anales de la Academia matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, p. 430.

⁶¹ Solo Argentina, Luxemburgo y Suiza tenían y tienen firmado este Convenio. Los Países Bajos lo tienen además ratificado.

⁶² 1. La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado.

2. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado.

3. En los demás casos, la sucesión se regirá por la ley del Estado del que el difunto fuera nacional en el momento de su fallecimiento, salvo si en ese momento el difunto tuviera vínculos más estrechos con otro Estado, en cuyo caso se aplicará la ley de este último.

⁶³ Durante la discusión de dicho precepto yo preferí explicar las tres situaciones que trataba diciendo que los párrafos 1, 2 et 3 del artículo 3 presentan los siguientes tipos de

residencias: 1) Résidence obligatoire non exceptionnelle: Obligatoire parce qu'il n'est pas possible d'échapper d'elle malgré il y ait les liens plus étroits avec un Etat différent de celui de la résidence et de la nationalité; celle qui est prévue dans le premier paragraphe ; 2) Résidence temporelle exceptionnable de façon limitée: temporelle parce que elle a été fixé selon le délai de cinq ans; exceptionnable parce que, malgré le délai est rempli, est possible faire exception à cela et arriver à la loi de la nationalité du défunt si les liens sont plus étroits avec l'Etat de sa nationalité; finalement, elle est limitée par deux raisons: il faut que le cas soit exceptionnel, et parce que les seuls liens qui seront considérés sont celui de la nationalité. Ce cas est prévue dans le deuxième paragraphe; Y 3) Résidence atemporelle ou ordinaire exceptionnable de façon illimitée: atemporelle parce qu'elle ne peut se déterminer par le délai; exceptionnable parce que je peux faire exception à l'application du facteur de connexion (la nationalité du défunt), sans me limiter aux liens étroits avec l'Etat de la nationalité. Ce cas est prévu dans le troisième paragraphe.

⁶⁴ El artículo del Prof. Lagarde que transcribo nos lo propuso tras su comentario al factor de conexión objetivo en una nota que nos hizo llegar a propósito de la reunión del grupo de trabajo de 9 de febrero de 2006:

La loi applicable à la succession d'une personne est celle du lieu où cette personne avait fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre habituel de ses intérêts. Pour apprécier cette volonté, il est tenu compte, notamment: — de la durée effective ou envisagée de la résidence de cette personne en ce lieu ainsi que du caractère provisoire ou durable de son logement; — du lieu où cette personne percevait l'essentiel de ses revenus et les déclarait au fisc; — de ses propres déclarations ; La seule intention de revenir plus tard dans son pays d'origine ne suffit pas à caractériser l'intention d'une personne d'y fixer le centre habituel de ses intérêts.

⁶⁵ El artículo que propuso Iglesias Buhigues decía:

2. À défaut de choix, la succession est régie par la loi de la dernière résidence habituelle du défunt. Pour déterminer la résidence habituelle, il est tenu compte du: lieu où le défunt était établi au moment de son décès, caractère durable de la résidence et le temps effectivement écoulé, lieu de son travail ou des activités quotidiennes, centre de ses intérêts économiques, centre de ses intérêts familiaux.

3. Lorsque le lieu de la résidence habituelle ne peut pas être déterminé, la succession est régie par la loi nationale du défunt au moment de son décès. El valor añadido que para este autor tiene la residencia habitual es la Europa multicultural que se forma con los movimientos migratorios que debían ser integrados en ella, El desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo D. I. Privado de Sucesiones en la UE, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, p. 352.

⁶⁶ Decía: Faute de désignation de la loi applicable en vertu de l'article 20, la succession à cause de mort est régie par la loi de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès.

⁶⁷ En el comentario al artículo 3.1 del Informe Explicativo de la CH 1989 se dice que, ni la nationalité ni la résidence habituelle n'ont guère besoin de définition.

⁶⁸ ROGRÍGUEZ BENOT, *La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo 19, 2009, p. 28, ofrecía en 2009, la dicción de este artículo para resolver el conflicto de leyes: Al fondo de la sucesión por causa de muerte se aplicará:

- a) Si la sucesión es testada, el ordenamiento de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia habitual del causante en el momento del otorgamiento o en el de su fallecimiento, a elección de aquel realizada de manera fehaciente en testamento.
- b) Si la sucesión es intestada, o si el causante no ha elegido el ordenamiento aplicable conforme a la regla anterior, el ordenamiento de la última residencia habitual del causante salvo que del conjunto de circunstancias resultase que la sucesión se hallase más estrechamente vinculada con otro ordenamiento.

⁶⁹ Recuerda GALLARDO PIQUERAS, FD II, nota de calificación registral, que para determinar, en el orden interno, el derecho inglés o escocés aplicable, la jurisprudencia británica

utiliza tres conceptos distintos de *domicile*: el domicilio de origen (*domicile of origin*), el domicilio de elección (*domicile of choice*) y el domicilio de dependencia (*domicile of dependence*).

⁷⁰ P. 548.

⁷¹ Dice su FD III: En efecto, el *domicile* no equivale al mero domicilio, administrativo o civil, del derecho español. Constituye, por el contrario, el vínculo jurídico y general de la persona con la comunidad y su espacio legislativo, el elemento esencial de proyección comunitaria de la personalidad, sujeto a un régimen de especial determinación, semejante, aunque más amplio, a nuestra idea de vecindad civil. Un vínculo que, a diferencia de la nacionalidad, resulta único e imperativo: todas las personas tienen de modo necesario un solo *domicile*, sin que el ordenamiento permita situaciones de ausencia o duplicidad de *domiciles*.

El *domicile of origin* se acerca al concepto de nacionalidad porque se adquiere sin que sea necesario nacer o residir en territorio británico o escocés y se suele recuperar después de que se haya adquirido por elección otro domicilio. En definitiva, se hereda de los padres y se recupera en caso de que dicha elección se pierda pues posee lo que se llama, vis atractiva, o *adhesive quality* (vid. el precedente *Udny v. Udny*, 1986).

⁷² Vid. Nota de septiembre 2006. Su explicación coincide con la dada por GARB y WOOD, *International Succession*, Third edition, Oxford University Press, 2010, p. 245.

⁷³ La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, De *conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 281.

⁷⁴ Lo curioso de la *professio iuris* en el Grupo de Expertos fue que no fue sorpresiva su aceptación inmediata, a pesar de que como apuntaba dentro del Grupo y fuera de él, el Prof. LAGARDE, Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1704, esa autonomía de la voluntad solo estuviera presente al inicio de la discusión del instrumento en dos Alemania, Italia y Filandia y aun así de forma limitada. La Convención de La Haya de 1989 donde se contempla también la *professio iuris* solo estaba ratificada por Holanda.

⁷⁵ Para recordar otras formas de conformar la *professio iuris*, vid., últimamente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, De *conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 30-34. Se evidencia que la *professio iuris* se ha configurado de diversas formas en los países que analiza: desde la concepción restringida alemana (art. 25.II EGBGB) donde la elección del causante se reduce a la ley alemana para los inmuebles, a la más liberal finlandesa en la que el testador puede elegir no solo la ley que corresponda a su nacionalidad o a su residencia en cada uno de los momentos (si en el de la muerte o en el de la elección), sino incluso la correspondiente a su régimen económico matrimonial en el momento de la disposición. Luego el propio autor califica a la *professio* ofrecida el artículo 79 del Código belga de DIPr, p. 49.

⁷⁶ RIVAS RUIZ, La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 92, citando a CALVO VIDAL y DÍAZ FRAILE, El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 118. BLANCO-MORALES LIMONES, Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22 (2012), p. 85, aclara la oscuridad de la regulación del reenvío calificando al reenvío del artículo 34 como un «reenvío de retorno a la europea», es decir, que en realidad no hay reenvío entre EEMM porque es una remisión a su ley material y solo se puede hablar de reenvío entre EEMM y Terceros estados, produciéndose un reenvío de 1.º grado si es de un 3.º Estado al Estado del foro, o un reenvío de 2.º grado si se da del 3.º Estado a otro EM. vid., así mismo, CALATAYUD SIERRA, Ley aplicable y conflicto de leyes en Derecho de sucesiones, Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio,

Manuales de formación continuada, núm. 47 Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 91 y 92, quien recuerda los criterios que sobre el reenvío sienta la STS de 15 de noviembre de 1996 y siguen las de 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002.

⁷⁷ Si lo que se quería evitar era precisamente el *rush to court*, estableciendo una regla general cuando no se produzca esta elección, no vamos a alargar las posibilidades de elección para desvirtuarla. Ya es, sin embargo algo arriesgado que si la persona no designa, delante de fedatario público, con corrección o precisión (lo que se prefiera), la ley que elije, fuera válida la elección.

⁷⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *La professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado*, núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 28.

⁷⁹ El testamento otorgado en un mismo acto por dos o más personas.

⁸⁰ Todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o sucesiones futuras de una o más personas que sean parte de dicho acuerdo.

⁸¹ Un español de Derecho común puede testar en el extranjero conforme a la ley extranjera, incluido el ológrafo (art. 732 del Código Civil), salvo que haga un testamento mancomunado, porque lo prohíbe el artículo 669 del Código Civil. Si dicho español fuera gallego, navarro o aragonés podría hacerlo porque por sus respectivas leyes autonómicas así se lo permiten. Así la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, establece en su artículo 137 la posibilidad de que los cónyuges otorguen testamento mancomunado.

⁸² Ejemplo ilustrativo de elección tácita nos lo da RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, p. 275; un gallego residente en Francia que realizando un pacto sucesorio de labrar y poseer deja a su hijo primogénito la empresa familiar con la posibilidad de realizar las compensaciones necesarias para que el resto de los legitimarios no se sientan afectados. Solo el hecho de utilizar ese pacto sucesorio con el mecanismo de la compensación, podrían llevar a deducir que el causante ha hecho una elección de la ley civil gallega para su sucesión.

⁸³ No es sino una materialización de la necesaria interpretación del testamento que ha de hacer el juez que reconstruya la voluntad del difunto y se expresa según los países con distintos axiomas que recuerda JORDANO BAREA, *El testamento y su interpretación*, 1.^a Parte: Teoría general del testamento, Comares, Granada, 1999, p. 41; estos: place itself in the shoes of testator, resucitar el testador como a Lázaro, pp. 94 y 95.

⁸⁴ La sucesión *mortis causa* en la UE (Ley aplicable, competencia judicial y certificado sucesorio europeo, *Otrosí*, núm. 13, enero-marzo, 2013, p. 26.

⁸⁵ La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de derecho internacional privado* núm. 13, Universidade de Santiago de Compostela, 2013, pp. 50 y 51.

⁸⁶ Caen dentro del concepto de validez material, los siguientes elementos: las causas que impidan disponer y recibir bienes de la sucesión, la posible representación de una persona para realizar una disposición *mortis causa*, la interpretación de la disposición por causa de muerte y el fraude, coacción error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o la voluntad del disponente (art. 26).

⁸⁷ El texto entró en vigor para España el 10 de junio de 1988 pese a que lo había firmado mucho antes, el 21 de septiembre de 1976.

⁸⁸ Vid. BLANCO-MORALES LIMONES, Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22 (2012), p. 13.

⁸⁹ Dice así: Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si esta se ajusta a la ley interna: a) del lugar donde el testador hizo la disposición, o b) de una

nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o c) de un lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.

Si se fijan, son muy parecidas las fórmulas empleadas por la CH 1961 y el RB-IV *ex* artículo 27 para regular la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito.

⁹⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico, *RDUE*, núm. 22 (2012), p. 80, citando en su apoyo la STS de 8 de octubre de 2010, no considera que un testamento mancomunado que se prohíbe en Derecho común pero que se admite y regula en Aragón sea manifiestamente incompatible con el orden público del estado español.

⁹¹ RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ citando a BONOMI, La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado*, núm. 13, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, p. 276.

⁹² *El testamento y su interpretación*, 1.ª Parte: Teoría general del testamento, Comares, Granada, 1999, p. 41.

⁹³ TORRES GARCÍA, Comentario al artículo 687 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, Madrid, p. 1730, muestra como la jurisprudencia no hace diferencias entre formalidades y solemnidades propias de los testamentos, siendo sinónimos dichos términos.

⁹⁴ LACRUZ BERDEJO, *Nociones de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1987, p. 449.

⁹⁵ RIVAS RUIZ, La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 93.

⁹⁶ Simplemente choca hablar de que el Reglamento permite al testador elegir la ley de la residencia habitual en el momento de su fallecimiento (art. 21) ya que es la regla general y puede hacerlo en un acto de última voluntad.

⁹⁷ RIVAS RUIZ, La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 100, considera que el pronunciamiento de legislador español debe ser tanto en sentido positivo como en sentido negativo; en el primero, el legislador español deberá pronunciarse reconociendo la posibilidad de que sus nacionales elijan la ley correspondiente a su residencia habitual, lo que para este autor puede suponer la incorporación del artículo 22 RB-IV con alguna particularidad relacionada con el cambio de vecindad civil, o la introducción de una regla *ex novo* inspirada en el precepto reglamentario.

⁹⁸ RIVAS RUIZ, La *professio iuris* en la sucesión *mortis causa* dentro del ámbito del Derecho Internacional Privado. El Reglamento europeo de Sucesiones de 2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 102. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012, Estudios sobre la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, *De conflictum legum: Estudios de Derecho Internacional Privado*, núm. 13, Universidad de Santiago de Compostela, 2013, nota a pie de página número 45, p. 275, citando a ZABALO ESCUDERO, se muestra a favor de admitir la *professio iuris* a favor de un Derecho infraestatal en los casos de Estados plurilegislativos, es decir, que el causante designe para su sucesión la ley correspondiente a su vecindad civil tanto en el momento de la realización de la elección como en el momento de su fallecimiento con apoyo en la *professio iuris* que permite el Reglamento.

⁹⁹ En el III. del Rapport explicatif de M. Henri Battifol de la CH 1961 puede concretarse este argumento.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ MATEOS, *Conflicto interno e internacional en materia hereditaria*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 121.

¹⁰¹ ZABALO ESCUDERO, La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 139. *vid.*, además el comentario de esta autora a la solución de adoptar en principio la remisión indirecta del problema de la identificación de la ley sucesoria en los estados plurilegislativos por la CH 1989 y las diferentes opiniones que al respecto se vertieron por los contribuyentes al LV de sucesiones y testamentos aunque dicha problemática no se recogiera en el mismo, pp. 145 y sigs.

¹⁰² La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado de heredero, en *Perspectivas de Derecho sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 192, remite a la obra de D. HAYTON la explicación de los diferentes *grants of representation* existentes.

¹⁰³ FORNER DELAYGUA, Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento Comunitario de DIPr relativo a las sucesiones por causa de muerte, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 93, así lo afirma y hace también la comparación entre el *forum legis* y el *judicial approach* como posibles formas de alinear la ley aplicable y la competencia. El autor, pp. 98 y 99, considera factible el *forum legis* tanto en el caso de elección expresa de la ley aplicable con ejercicio de autonomía material como en elección expresa sin ejercicio de autonomía material, pero también considera que aunque se rompa algo la simplicidad que da esta fórmula, debería dejarse que los interesados en la sucesión acuerden que la sucesión se trate por una autoridad distinta de la derivada de la ley aplicable, asumiendo que dicha autoridad no está mejor preparada para ello.

¹⁰⁴ FONT SEGURA, Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial, *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, 2009, p. 69, señala que progresivamente la competencia judicial ha ganado en importancia principalmente por el principio de proximidad del que hablaba el Prof. Lagarde (a quien cita) o accesibilidad o inmediatez de la jurisdicción competente.

¹⁰⁵ *Vid.* la descripción sumaria de todos los tipos de conexión que existían en el conflicto de competencia en LAGARDE, Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1698 y 1699, el cual pone un ejemplo gráfico para arreglar con el futuro instrumento. Este: que en la sucesión de un italiano con domicilio en Holanda que posee inmueble en Bélgica y cuya hija adquirió la nacionalidad francesa, puede llegar a sentirse competentes: el tribunal de su domicilio de toda la herencia, el tribunal francés si fuera elegido por la hija para la sucesión mobiliaria, el tribunal belga respecto del inmueble y el tribunal italiano de la nacionalidad del difunto respecto de la totalidad de la sucesión (p. 1699). En opinión del autor, arreglada la multiplicidad de foros en el ámbito de la competencia y por tanto el *forum shopping*, no habría tanta prisa en arreglar el conflicto de leyes aunque sería aconsejable (p. 1701). Perteneciente al Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP), propone lógicamente el artículo 5 de la Propuesta de Convención relativa a la competencia judicial y a la ejecución de decisiones en materia familiar y sucesoral, llamada Propuesta Heildelberg en septiembre de 1993.

¹⁰⁶ *Vid.* últimamente sobre el comentario al criterio de proximidad o, vinculación suficiente (2.º del art. 11 RB-IV), ÁLVAREZ TORNÉ, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales: el nuevo Reglamento de la UE*, Pons, 2013, p. 181. Está conforme la autora con que se exija dicho requisito porque dice que de no exigirlo podría dar lugar a maniobras para evitar acudir a Estados Terceros y a tratar de atribuir competencia internacional de forma injustificada a EEMM totalmente desligados del supuesto de hecho y posiblemente próxima a los intereses de alguna de las partes; por lo que a mi juicio se resucitaría un *rusch to court*.

¹⁰⁷ Pertenecen dichos preceptos a la Sección II, *De las Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros*, del Título VIII, *De la ejecución de las Sentencias*, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

¹⁰⁸ A él se alude en el artículo 83 RRC cuando se quiera inscribir una sentencia extranjera en el Registro Civil pues deberá previamente obtener fuerza en España.

¹⁰⁹ Lo recuerda RENTERÍA AROCENA, El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, Academia Vasca de Derecho. *Boletín JADO* (ISSN: 2173-9102), Año XII, núm. 25, Bilbao, diciembre 2013, epígrafe 2.1.

¹¹⁰ Esta legalización que requiere el artículo 88 RRC a efectos del Registro Civil ha de hacerse por el Cónsul español del lugar en que se expidan los documentos o por el Cónsul del país en España (art. 90 RRC) no se requiere si el documento auténtico se expide por autoridad o funcionario español competente (*ex. art. 87 RRC*).

¹¹¹ Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros expedidos en los países signatarios de dicho Convenio (*BOE*. núm. 229, de 25.09.1978, núm. 248, de 17 de octubre de 1978 y núm. 226, de 20 de septiembre de 1984).

¹¹² RENTERÍA AROCENA, El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, epígrafes 2.1 y 1.1.1.

¹¹³ Porque como se sabe la Convención de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, jamás ha estado en vigor al haberse ratificado solo por Holanda y firmado solo por Luxemburgo y hubiera sido útil para evitar el control de la validez de la ley aplicada por la autoridad extranjera que, como apunta la doctrina, salvo que sea la misma que la que hubiera aplicado una autoridad española, el acto extranjero tiene muchas posibilidades de no surtir efectos legales en España. Control de validez que no será muy crudo en el caso de la apreciación de la validez de las declaraciones contenidas en una resolución de jurisdicción voluntaria británica por una autoridad española en lo concerniente a los bienes muebles del haber hereditario, por la coincidencia de que el conflicto de leyes español respecto de la sucesión se resuelve con la nacionalidad del causante y el de la ley británica también porque es eso prácticamente lo que quiere decir el factor de conexión llamado «*domicile of origin*». Respecto de los bienes inmuebles, la no coincidencia de soluciones al conflicto de leyes entre la ley española que sigue remitiendo a la ley de la nacionalidad del causante para toda la sucesión y la ley británica que envía a la ley del lugar de los inmuebles (en este caso, podría ser España), podría no llevar a buen puerto la apreciación de la validez de las declaraciones relativas a estos bienes.

¹¹⁴ Esa es la traducción correcta de la palabra, oposición, que la versión española del RB-IV utiliza en el núm. 2 del artículo 39, quizás siguiendo el falso amigo francés del término, contestation, como dice CARRASCOSA GONZALEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 306.

¹¹⁵ CARRASCOSA GONZALEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 307.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS Y SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed. Thomson-Civitas, 2004, p. 203.

¹¹⁷ GOUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement núm. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3 édition (Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), París, 2002, pp. 284 y 437, que Bruselas I introduce una innovación procesal importante con respecto a la Convención de Bruselas, porque la declaración de fuerza ejecutoria se hace después de un examen puramente formal de la decisión judicial y del certificado previsto en el anexo V (se habla de control puramente formal por parte del Estado requerido), y solo en el caso de que haya contradicción por impugnación de dicha declaración (la llamada segunda fase), la autoridad judicial entrará al examen de los motivos de no reconocimiento para descartar la ejecución. En la Convención de Bruselas y en Bruselas II bis el examen de dichos motivos deberá de hacerse desde el principio, de oficio, en la fase de declaración de ejecución. Responde al llamado por COESTER-WALTJEN, modelo

regulativo» denominado del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o Bruselas I, —recuerda CARRASCOSA GONZÁLEZ— en su monografía reciente *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 297. Justifica (p. 299), que el RB-IV siga la versión primera del RB-I, en que por una parte, el reconocimiento no solo puede ser rechazado tras practicar los controles descritos en sus artículos 34 y 35 sino que pueden utilizarse no solo por la parte interesada sino por el juez o autoridad que conozca de la solicitud de reconocimiento y, por otra, porque no cabe instar en un Estado miembro la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro sin ese previo exequátur, aunque en primera instancia debe otorgarse «de plano» (ex. art. 41). La segunda versión del RB-I se produce con el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre. Para la doctrina citada en el reconocimiento esta versión suprime que la autoridad judicial pueda de oficio entrar en el examen de los motivos de no reconocimiento, y en la ejecución, no estamos sino en una supresión engañosa del *exequatur* porque no solo las causas de no ejecución siguen estando presentes sino que pueden también oponerse aquellos motivos de denegación previstos en el EM requerido.

¹¹⁸ Para RENTERÍA AROCENA, El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, Academia Vasca de Derecho. *Boletín JADO* (ISSN: 2173-9102), Año XII, núm. 25, Bilbao, diciembre de 2013, epígrafe 1.1.2 se trata de un reconocimiento automático o, anti-reconocimiento.

¹¹⁹ El certificado del tribunal que ha de acompañar a la copia de la Resolución a ejecutar, debe expedirse, siguiendo el artículo 4 del Reglamento (UE) 182/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

¹²⁰ Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L359/30, de 16 de diciembre de 2014), que entra en vigor es el mismo día que el Reglamento, el 17 de agosto de 2015.

¹²¹ Recuerda DÍAZ FRAILE, El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 119, que excepto por la ya antigua STS de 23 de octubre de 1992, el Alto Tribunal en base a los distintos tipos de legítimas e incluso la inexistencia de ellas presentes en nuestro sistema plurilegislativo, ha considerado siempre que la protección del sistema de legítimas no es una cuestión de orden público. No obstante, él considera que en determinados casos como el tema de exclusión de legítimas de hijos no matrimoniales o adoptivos, podría discutirse el orden público. En la misma línea CALATAYUD SIERRA, Ley aplicable y conflicto de leyes en Derecho de sucesiones, Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio, *Manuales de formación continuada*, núm. 47 Consejo General del Poder Judicial, 2008, p. 94, criticaba la STS de 23 de octubre de 1992, alegrándose del cambio de parecer de dicho punto de vista con la cita de la STS de 15 de noviembre de 1996. RODRÍGUEZ MATEOS, *Conflicto interno e internacional en materia hereditaria*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 116, explicaba ya con sus comentarios a la Propuesta de Reglamento que, respecto de la cuestión de si las reservas constituyen o no materia de orden público, esta puede verse como un ejemplo de superación de la controversia entendiendo que no, pero ahora con el RB-IV y la desaparición del párr. 2.º del artículo 35 que remplace al artículo 27 de la Propuesta ya no es necesario que dicha autora se esfuerce por presentar el argumento de la falta de traducción del segundo párrafo del artículo 27 de dicha Propuesta para entender que las reservas en particular, no deberían considerarse, materia de orden público.

¹²² Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L359/30, de 16 de diciembre de 2014).

¹²³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 315 y 316.

¹²⁴ Vid. RENTERÍA AROCENA, El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, epígrafe 2.2.

¹²⁵ Así prefiere denominarlo el artículo 62 RB-IV.

¹²⁶ Véanse que desde 2001 Bruselas I y 2003 Bruselas II bis. Hay que esperar a 2006 para ver cómo se comienza a armonizar la Ley aplicable al conflicto de leyes.

¹²⁷ BENDITO CAÑIZARES, Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos de cooperación jurídica europea e internacional, *RGPI* núm. 85, 1.ª trimestre de 2007, epígrafe V. Mecanismos de cooperación judicial civil: la Red judicial civil y las autoridades centrales.

¹²⁸ El portal e-justice fue creado por impulso de la Comisión Europea y la Red Judicial Civil; esta última se crea por la Decisión 2001/470/CE del Consejo.

¹²⁹ Como se ha mencionado en el texto, una de las tareas principales de la RJEC es proporcionar la información necesaria a las autoridades implicadas en los instrumentos y al público, no solo de la legislación vigente en cada Estado miembro o la legislación comunitaria. Ello se hace principalmente con las llamadas fichas de información, *ex.* artículo 15.2, las cuales actualmente en red están estructuradas en 19 temas de derecho civil. Otra de las misiones principales de la RJEC es de proporcionar información de la forma de acceder a la justicia y se realiza principalmente a través del llamado ATLAS Judicial, que permite consultar la autoridad competente, entre otras actividades, para ejecutar las decisiones judiciales.

¹³⁰ Vid. epígrafe iii.3 del presente trabajo.

¹³¹ *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, que se refiere al luego denominado Reglamento Bruselas II bis o Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad parental, que derogó el Reglamento (CE) 1347/2000.

¹³² Por no nombrar que en otros ámbitos, como el procesal, en los que se desarrollan los Reglamentos sobre DIP, la adopción de ciertos formularios estándar que se extienden en los portales al uso de la UE, como e-justice, es la clave o piedra angular del reconocimiento.

¹³³ Véanse dentro de la Conferencia de La Haya de DIP particularmente por la materia el formulario que anexa el Convenio de La Haya sobre la administración internacional de las sucesiones de 2 de octubre de 1973 que aunque no esté en vigor sino para Portugal, Eslovaquia, y República Checa, es seguro fuente de inspiración para la Comisión cuando detalle el prometido y dentro del Consejo de Europa.

¹³⁴ Vid. los últimos formularios que ofrece el RB-I bis o segunda versión del Reglamento Bruselas I en 2012, Anexo I para el Certificado relativo a una resolución en materia civil y mercantil y el Anexo II relativo a un documento público/transacción judicial en materia civil y mercantil.

¹³⁵ Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1329/2014, de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L359/30, de 16 de diciembre de 2014), que entra en vigor es el mismo día que el Reglamento, el 17 de agosto de 2015.

¹³⁶ La solicitud de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial, del documento público y de la transacción judicial no tiene formulario. Las modalidades de presentación de la solicitud

de dichas decisiones se determinan con arreglo a la ley del Estado miembro de ejecución (art. 46 RB-IV).

¹³⁷ El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 135, cuando argumenta que aunque la literalidad del propio artículo 69.1 RB-IV, relativo a los efectos del certificado sucesorio, cuando dice «El certificado surtirá todos sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento especial», pueda llevar a la opinión de que el CSE también funciona como un documento de tráfico interno, el artículo 62.1 lo aclara cuando especifica diciendo que, se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro.

¹³⁸ Una introducción al Reglamento de Sucesiones de la UE, *Cuadernos de Derecho Registral*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2013, pp. 249-260.

¹³⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 67, explica que se acerca más a un documento público en cuanto su elaboración no es exclusiva de una autoridad judicial, no es un título con fuerza ejecutiva sino declarativo de derechos y puede ser rectificado.

¹⁴⁰ El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 135.

¹⁴¹ *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 320.

¹⁴² LAGARDE, Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, Pacis Artes, *Libro homenaje al Profesor Julio González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1705.

¹⁴³ Dice RODRIGUEZ BENOT, La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado de heredero, en *Perspectivas de Derecho sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 175-217, que precisamente la presencia del CSE es lo que descarta considerar que el reconocimiento de resoluciones judiciales sucesorias sea un, reconocimiento de plano.

¹⁴⁴ Vid. últimamente, DURÁN RIVACOBIA Y RODRIGUEZ MATEOS, *Conflicto interno e internacional en materia hereditaria*, Barcelona, Bosch, 2012, p. 140.

¹⁴⁵ La utilización del certificado sucesorio europeo no será obligatoria. El certificado no sustituirá a los procedimientos internos. No obstante, los efectos del certificado se reconocerán igualmente en el Estado miembro cuyas autoridades lo expidieron en virtud del presente capítulo.

¹⁴⁶ El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 129.

¹⁴⁷ Vid. la cita de DEVAUX, The European Regulations of Succession of July 2012: A Path Towards The End of the Succession Conflicts of Law in Europe, or not? en CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 320.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Derecho de sucesiones y derecho de la UE: el reglamento (UE) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 67.

¹⁴⁹ Recuerda CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 319, que una de las razones por las que se mantienen fuera de este Reglamento es precisamente el pensar que con él se abre la puerta a otros profesionales extranjeros como los notarios españoles a los que de forma inveterada se les negaba efecto cualquier certificado de herederos pues ahora con este instrumento tendrían que aceptar sus expediciones de CSE.

¹⁵⁰ Vid. las dos interpretaciones que respecto del artículo 64 resume CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012, Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, pp. 324 y 325: La Tesis de la competencia única y la Tesis de la competencia alternativa cuando se considere que los Notarios siguen la competencia

internacional de los Tribunales porque si se sigue la interpretación heterodoxa de que dicho gremio puede invocar su «competencia internacional universal», de alguna manera reflejada en el CDO (36), podría entenderse que los Notarios no serán limitados por los foros recogidos en el artículo 64. Por lo que dicho autor afirma que los Notarios podrán expedir CES en un número mayor de casos.

¹⁵¹ En la LEC 1881, solo podemos ver una intervención notarial en la llamada Declaración de herederos ab intestato (secc. 2.^a) que, aunque sigue enclavada en el libro II y no en el libro III LEC 1881 y, por tanto, fuera de la llamada, jurisdicción voluntaria, puede considerarse que es jurisdicción voluntaria también. Es verdad que tras la entrada en vigor de la LEC 2000 también quedaron vigentes los Títulos VI y VII del Libro III de la LEC 1881, pero en ellos la intervención notarial no será activa.

Como se ha apuntado, la sección 2.^a relativa a la Declaración de herederos ab intestato de la LEC 1881 que quedó vigente, es la que hay considerar respecto de la intervención notarial aunque hay que tener en cuenta que fue reformada en 1992, con la Ley 10/1992, 30 de abril (BOE de 5 de mayo), de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, la cual redujo su extensión a 10 artículos (fueron derogados los arts. 982, 983 y 985 a 995) y modificó casi todo (arts. 977 y 978 se mantienen con la misma dicción, mientras que cambian los arts. 979-981 y 996-1000). La intervención notarial también está presente dentro aún de la LEC 1881, en los títulos VI y VII. Ahora se trata de la elevación a escritura pública del testamento hecho de palabra y de la apertura de los testamentos cerrados y su protocolización, acciones ambas que realizará el órgano jurisdiccional y no el notario. En realidad, en el Título VI, la intervención notarial no es tal sino que asiste como testigo de un testamento hecho de palabra (art. 1945 LEC), pues puede haber concurrido a su otorgamiento y por cualquier causa no haberlo elevado a escritura pública. Bien es verdad que la protocolización del mismo una vez que el juez declare testamento y mande protocolizarlo con las resultas de las declaraciones de los testigos (art. 1953 LEC), se hará en los registros del Notario de la cabeza de partido y si hubiese más de uno, en el que designe el Juez (art. 1955 LEC). En el Título VII, la intervención notarial se ha producido antes cuando se otorga el testamento cerrado y por tanto, será el juez el que cite al Notario autorizante del mismo para iniciar el procedimiento de protocolización que describen los arts. 1956 a 1959 LEC).

En la LEC 2000 el Libro IV intitulado, Procedimientos especiales, dedica su Título II a lo que denomina, División judicial de patrimonios, por lo que se puede claramente deducir que los dos tipos de patrimonios cuya división se trata en sus dos únicos Capítulos (I o de la división de la herencia, arts. 782 a 805 y II o del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, arts. 806-811), son competencia de los órganos jurisdiccionales cayendo en el caso de la división de la herencia el peso específico en el Secretario judicial. Es a él a quien verdaderamente corresponde tanto la convocatoria de la Junta de herederos, legatarios de parte alícuota, al cónyuge sobreviviente y Ministerio Fiscal y acreedores en su caso (art. 783 LEC), para designar por sorteo contador entre los abogados ejercientes con especiales conocimientos sobre la materia y peritos para proceder a justipreciar los bienes (art. 784 LEC); será también el Secretario judicial quien dictará decreto aprobando las operaciones divisorias y quien mandará protocolizarlas (art. 787.2 LEC) así como quien entregará los bienes a cada heredero (art. 788 LEC) cuando no haya oposición pues solo en el caso de que la haya intervendrá el juez (art. 787.5 LEC).

Así, en las tres secciones del Cap. I dedicado a la División de la herencia, esto es; Del procedimiento para la división de herencia (arts. 782-789); De la intervención del causal hereditario (arts. 790-796); y De la administración del causal hereditario (arts. 797-805), no se cuenta con la intervención notarial. De hecho, la división judicial de la herencia podrá ser instada por el heredero o el legatario de parte alícuota siempre que no deba ser efectuada por un comisario o contador-partidor designado por el testador (art. 782 LEC); este contador-partidor es denominado, testamentario, porque el contador-partidor, dativo, es el nombrado por el Juez a solicitud de los herederos que representen al menos el cincuenta por ciento del haber hereditario (art. 1057.2.º del Código Civil). La partición de la herencia realizada por

el contador-partidor requerirá, una vez hecha, la aprobación del Juez) quien por acto entre vivos o por última voluntad, puede encomendar la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos (art. 1057.1.º del Código Civil), no existiendo dificultad alguna para que el Notario autorizante del testamento pueda ser designado contador-partidor, conforme al artículo 139 del Reglamento Notarial. Será en ese caso cuando intervenga en dicha cualidad o rol.

¹⁵² El actual Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, fue modificado por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, por el que se modifica el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (*BOE* núm. 25, lunes 29 de enero de 2007, 4021). Este Real Decreto introduce dos modificaciones: una, que crea, a continuación del artículo 208 del Reglamento, una Subsección 3.^a a la Sección 4.^a del Capítulo II del Título IV que se intitula: Subsección 3.^a. Actas de notoriedad (Ciento veintiuno) y dos, vuelve a retocar las reglas 5.^a y 6.^a del artículo 209 bis: 5.^a. En el acta habrá de constar necesariamente, al menos, la declaración de dos testigos que aseveren que de ciencia propia o por notoriedad les constan los hechos positivos y negativos cuya declaración de notoriedad se pretende. Dichos testigos podrán ser, en su caso, parientes del fallecido, sea por consanguinidad o afinidad, cuando no tengan interés directo en la declaración. Se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente así como las que se estimen oportunas, en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable.

6.^a Ultimadas las anteriores diligencias, y transcurrido el plazo previsto en la regla 3.^a, hará constar el Notario su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos en que se funda la declaración de herederos. En caso afirmativo declarará qué parientes del causante son los herederos «ab intestato», siempre que todos ellos sean de aquellos en que la declaración corresponde al notario. En la declaración se expresarán las circunstancias de identidad de cada uno y los derechos que por Ley le corresponden en la herencia.

¹⁵³ *BOE* de 18 de diciembre.

¹⁵⁴ Dice la regla que, el interesado habrá de aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta y acreditar documentalmente: ...en su caso, el documento auténtico del que resulte indubitadamente que a pesar del testamento o del contrato sucesorio procede la sucesión «ab intestato»).

¹⁵⁵ De este España no formaba parte. Tan solo Portugal, Eslovaquia y República Checa lo tenían en vigor desde el 1 de julio de 1993.

¹⁵⁶ Alguna voz como la de FLAMINI Y LARROCCA, LLEDÓ YAGÜE y VICANDI MARTÍNEZ, El Certificado Sucesorio Europeo: una perspectiva unificadora (Resumen motivado en castellano del texto originario), en *El Patrimonio Sucesorio, Reflexiones para un debate reformista*, Tomo II, Dykinson, 2014, hablan de presunción, relativa, p. 1706, expresa que sería un paso importante para el Derecho sucesorio europeo que la limitación a las sucesiones transfronterizas del CSE expresada en el artículo 62 RB-IV diciendo que, el CSE ...se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro, pueda ser superada por la decisión en cada Estado miembro de extenderlo a sus sucesiones internas.

¹⁵⁷ FLAMINI Y LARROCCA, LLEDÓ YAGÜE y VICANDI MARTÍNEZ, El Certificado Sucesorio Europeo: una perspectiva unificadora (Resumen motivado en castellano del texto originario), en *El Patrimonio Sucesorio, Reflexiones para un debate reformista*, Tomo II, Dykinson, 2014, hablan de presunción, relativa, p. 1707.

¹⁵⁸ DÍAZ FRAILE, El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 137.

¹⁵⁹ El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, Academia Vasca de Derecho. *Boletín JADO* (ISSN: 2173-9102), Año XII, núm. 25, Bilbao, diciembre de 2013, epígrafe 8.5.1.

¹⁶⁰ *Vid.* el comentario sobre la naturaleza jurídica del carácter transmisible del contrato de seguro, la posición jurídica del beneficiario en el mismo y el omnímodo poder dispositivo del tomador del contrato de seguro en MONEDERO SAN MARTÍN, Las sucesiones no heredi-

tarias y el poder de disposición *mortis causa* de su titular, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, epígrafe 2, pp. 34-39. En lo que aquí nos interesa, el autor se muestra partidario en considerar, primero, que se integraría en la masa hereditaria aquel contrato de seguro en el que el tomador fallecido es beneficiario por lo que se transmite a los herederos su posición en el contrato y ocuparían su lugar (el asegurado sería un tercero); y segundo, que el contrato de seguro tendría naturaleza *mortis causa* y no contractual en el caso de que el asegurado y el tomador son la misma persona pues normalmente la muerte en un contrato de seguro de vida la muerte es la *conditio iuris* para la efectividad de la prestación a cargo del asegurador.

¹⁶¹ Recuerda acertadamente RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Derecho de sucesiones y derecho de la UE: el reglamento (UE) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 71, que en la Propuesta de Reglamento, el artículo 42-4 optó por un efecto legitimador a favor de quien adquiere bienes del beneficiario del certificado, inatacable, ya que la utilización por el precepto del verbo, adquirir (expresaba que, «se considerará que cualquier persona que hubiera adquirido bienes sucesorios del titular de un certificado los ha adquirido de una persona que tiene poder para disponer de ellos,...»), no admitía dudas; pero como la redacción podría no solo chocar con los sistemas internos de adquisición de la propiedad y demás derechos reales así como los efectos en el sistema registral de cada EEMM sino que escapaban de las competencias legislativas de la UE, la versión actual del artículo 69.4 RB-IV, cambia el verbo por tratar.

¹⁶² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Derecho de sucesiones y derecho de la UE: el reglamento (UE) 650/2012, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 73.

¹⁶³ RENTERÍA AROCENA, El reconocimiento de decisiones extranjeras y las sucesiones *mortis causa*. El certificado sucesorio europeo, Academia Vasca de Derecho, *Boletín JADO* (ISSN: 2173-9102), Año XII, núm. 25, Bilbao, diciembre 2013, epígrafe 8.6.

¹⁶⁴ El certificado sucesorio europeo: los límites impuestos por la *Lex Rei Sitae*, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, pp. 141 y 142.

¹⁶⁵ El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C53 de 3/3/2005). En el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, (*Diario Oficial de la Unión Europea*, núm. C 012 de 15/01/2001 pp. 0001-0009), se indicaba la necesidad de avanzar en el reconocimiento mutuo de esta materia y se indicaban las etapas que hasta la abolición del exequátur debería sufrir la materia de sucesiones. Pero solo se hablará del Registro, en el Programa de La Haya.

¹⁶⁶ Artículos 62 y sigs. Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo...

¹⁶⁷ Dans une Europe en voie d'unification, un registre des testaments central faciliterait largement la liquidation des successions transfrontalières. Il serait possible d'obtenir et de fournir des informations relatives à la rédaction de testaments et de procéder à des inscriptions à l'échelon européen (*vid.* pp. 106 y 113).

¹⁶⁸ Convention on the Establishment of a Scheme of Registration of Wills, que entra en vigor el 20 de marzo de 1976 / Convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 1972, núm. 077 relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments.

¹⁶⁹ Dice (p. 2), textualmente: Un système unifié de registres nationaux de testaments en Europe (pouvant résulter p. e. de la ratification de la convention de Bâle), faciliterait la recherche des testaments dans le cas de successions transfrontalières.

¹⁷⁰ La recherche des testaments rédigés à l'étranger représente également une entrave à la liquidation des successions transfrontalières, parce que, avant de délivrer un certificat d'héritier ou de liquider la succession, il faut vérifier si le testateur a rédigé un testament dans l'Etat de sa résidence habituelle antérieure (*vid.* p. 14).

¹⁷¹ Es curioso que los miembros más antiguos en la Convención, Inglaterra, Alemania y Dinamarca, son los que solo la firman en 1972, el año de su apertura a la ratificación. Los otros diez EEMM la ratifican en el periodo que va desde 1973 (Chipre) hasta 2001 (Estonia), puesto que ya se ha apuntado que la última ratificación en 2004 se debe a Lituania; el orden cronológico de ratificación es: Francia (1976), Bélgica (1977), Holanda (1978), Italia (1981), Portugal y Luxemburgo (1982) y España (1985). Austria, Bulgaria, Croacia, República Checa, Finlandia, Grecia, Hungría, Irlanda, Latvia, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovaquia y Suecia, no la ratificaron.

El Estudio explicaba esta situación respecto de la Convención de Basilea diciendo que «les pays membres qui ont ratifié la convention relative à l'établissement d'un système d'inscription des testaments du 16 mai 1972 (convention de Bâle) ont un registre central des testaments. A part cela, un registre central des testaments a été créé en Autriche, au Danemark, et en Grèce. L'Allemagne, le Portugal et la Suède ne connaissent pourtant pas le registre central des testaments. Les testaments sont alors déposés chez le testateur lui-même, auprès d'un tribunal ou chez un notaire. De plus, en Angleterre, les testaments sont souvent déposés chez les avocats ou dans une banque».

¹⁷² Vid. p. 113.

¹⁷³ Solo tres contribuidores no contestan a esta cuestión y entre ellos se encontraba la REJUE (Réseau Judiciaire Espagnol) y el MJES (Ministerio de Justicia Español). La UPO (Universidad Pablo Olavide, representada por el Prof. Rodríguez Benot) y AVD (Academia Vasca de Derecho), sí que se pronuncian a favor de interconexiónarse.

¹⁷⁴ UPO, GMPE (Groupe Monnassier Patrimoine et Enterprise, como reagrupación de 24 études de notaires de France), CESE (Comité Economique et Social), JB-W (Justemini-terium Bdem-Wuttemberg), CNUE, ORAK (Osterreichische Rechtsanwaltsakmmertag), CCBE (Council of Bars and Law Societies Europe) y MJFi (Ministry of Justice of Finland).

¹⁷⁵ Informa GARCÍA MÁS, El Registro de actos de última voluntad, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, p. 549, que se firmó en Montpellier el 20 de mayo de 2001, una declaración de intenciones sobre la utilización de las nuevas tecnologías entre la Federación Real del Notariado Belga y el Consejo Superior del Notariado Francés, a través de una red electrónica notarial o intranet que abría la vía de nuevos métodos de comunicación.

¹⁷⁶ Explica dicho autor en El Registro de actos de última voluntad, *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*, Tomo I, Dykinson, 2013, pp. 551 y 552, que actualmente hay dos aplicaciones que permiten interconexionar la Red de Registros Europeos: la RERT y la RERT LIGHT, constituyendo esta última la que él llama primera etapa de este proceso de interconexión automatizada que sirve de instrumento eficaz cuando el Registro de testamentos no está informatizado o no es un Registro Centralizado. Funciona por intermediación de un «corresponsal» de la entidad que gestiona el Registro de testamentos, que a modo de punto de contacto, canaliza tanto la pregunta de sus Notarios como la respuesta de los Registros a quienes se ha dirigido dichas preguntas. Más avanzado y por tanto, segunda etapa es el RERT que suprime los intermediarios para realizar las consultas de los respectivos Registros gracias a que ya se han conexionado automáticamente los Registros nacionales de los distintos EEMM y los profesionales del derecho se comunican directamente con el Registro extranjero.

¹⁷⁷ OJ L 354, 28 de diciembre de 2013, pp. 73-83.

¹⁷⁸ El valor añadido europeo que será medido con criterios tales como su contribución a la aplicación sistemática y coherente del Derecho de la Unión y a la sensibilización de la población en su conjunto sobre los derechos que se derivan del mismo, las posibilidades que brindan de aumentar la confianza mutua entre los Estados miembros y de mejorar la cooperación transfronteriza, sus repercusiones transnacionales, su contribución a la definición y difusión de las prácticas más idóneas, y las posibilidades que ofrecen de crear herramientas y soluciones prácticas para afrontar desafíos que tengan carácter transfronterizo o que afecten a toda la Unión (art. 2).

¹⁷⁹ Está obviamente pujando para que se mejore la formación de lo que llama «jueces y profesionales o personal al servicio de la administración de justicia» entre los que se incluyen a jueces, fiscales y secretarios judiciales, así como a los miembros de otras profesiones relacionadas con la administración de justicia, como abogados, procuradores, notarios, agentes judiciales, agentes de libertad vigilada, mediadores e intérpretes de juzgados [CDO (4)].

*(Trabajo recibido el 10-4-2015 y aceptado
para su publicación el 25-4-2015)*

Responsabilidad de los administradores e insolvencia societaria. Reflexiones sobre la infracapitalización en el Derecho argentino

Liability of directors and corporate insolvency. Reflections on the undercapitalization in Argentine law

por

MAURICIO BORETTO*

RESUMEN: Para ser pasibles de responsabilidad por la «infracapitalización» societaria, tanto los administradores como los socios, deberán haber ejecutado una conducta antijurídica culpable o dolosa que —de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas (relación de causalidad adecuada)— haya provocado en el ente social una situación de infracapitalización que dañe a los acreedores sociales o a la sociedad misma. Dicha responsabilidad por la infracapitalización será informada por los principios del Código Civil, sin perjuicio de lo cual habrá que tener en cuenta las particularidades «societarias» o «concursales» del caso.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de Córdoba). Socio Estudio Jurídico «Asesores Cuyo». Profesor de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Cuyo. Miembro del Instituto de Derecho Empresario de la Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales de Buenos Aires. mboretto@asesorescuyo.com.ar

ABSTRACT: *Managers and partners to be responsible must have performed an unlawful guilty or willful misconduct that —according to the natural and ordinary course of things (causal relationship)— has resulted in a situation of commercial company that damages undercapitalization creditors of the company or society itself. The undercapitalization liability shall be informed by the principles of the Civil Code notwithstanding which should take into account the peculiarities of the «corporate law» or «bankruptcy law».*

PALABRAS CLAVES: Sociedades comerciales. Infracapitalización. Responsabilidad civil de los administradores y socios. Presupuestos de la responsabilidad civil.

KEY WORDS: *Commercial Companies. Undercapitalization. Liability of directors and partners. Estimates of liability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INFRACAPITALIZACIÓN: CONCEPTO. PRELIMINARES.—III. «CLASES» DE INFRACAPITALIZACIÓN: 1. SEGÚN EL MOMENTO EN QUE LA INFRACAPITALIZACIÓN SE PRODUCE. 2. SEGÚN LA PELIGROSIDAD DE LA INFRACAPITALIZACIÓN.—IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA: 1. ¿QUIÉN RESPONDE POR LA INFRACAPITALIZACIÓN? 2. ¿QUÉ GRADO DE SUBCAPITALIZACIÓN GENERA LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y, PARALELAMENTE, CUÁNDO EMPIEZA A ASOMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES? A. *La situación de los administradores sociales.* B. *La situación de los socios.* C. *¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?* D. *¿Ante quién/es deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?:* a) Caso en que los administradores son demandados. E. *¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil y los presupuestos del deber de resarcir el daño causado del Derecho común ante la reparación de los daños causados por la infracapitalización provocada por los administradores y/o socios?:* a) Preliminares. b) Argumentos en pro y en contra de la autonomía del régimen societario de reparación de los daños causados ante una situación de infracapitalización societaria. c) ¿Cuál es la importancia práctica de determinar si la ley 19.550 consagra un régimen específico de responsabilidad por daños, o bien, si es un capítulo más del régimen común u ordinario del Código Civil?

I. INTRODUCCIÓN

Inicialmente, el *capital social* se forma con los *aportes* de los socios y debe ser adecuado al objeto que la sociedad pretenda desarrollar¹. Se pretende

un equilibrio entre el capital que se asigna y las actividades que desarrolle la sociedad.

Como contrapeso por el excepcional beneficio de exclusión de la responsabilidad patrimonial personal de los socios, se reclama que el capital social sea adecuado a las actividades que la empresa realiza y que sea mantenido durante toda la vida societaria, so pena de frustrar los derechos de terceros contratantes a quienes pretende proteger el instituto. Asimismo, esta dimensión del capital social y su real adecuación al objeto societario como su necesario mantenimiento, rescata en gran parte no solo la función de garantía en relación a terceros, sino además la función de productividad que igualmente se le ha asignado². El capital debe apuntar también a otorgar los medios instrumentales suficientes para el desarrollo del objeto social, agregándose por ello la función empresarial del mismo como el sustento de fondos propios para financiar la infraestructura social³.

Sin vulnerar la libertad negocial de los socios y de la propia sociedad, el objetivo del legislador de la ley 19.550 es que la cifra del capital represente la realidad necesaria para el desarrollo de la actividad del ente y que no sea una «cortina de humo» de modo que, frente a daños sufridos por terceros, en el patrimonio social exista por lo menos lo que aquella representa, o bien, se disparen los remedios previstos para los casos de infracapitalización.

Recordemos que el capital social está constituido por el *conjunto de los aportes de los socios integrados en el acto constitutivo*. Por eso, en principio, el capital social es *fijo e invariable*, salvo las modificaciones dispuestas por los socios en virtud de resoluciones sociales de aumento o reducción.

Para la mejor comprensión del concepto de capital social cabe contraponerlo a la definición de patrimonio social.

El *patrimonio de la sociedad*, cuyo monto puede coincidir con el del capital social en el momento de la constitución de la sociedad, es esencialmente variable pues el patrimonio social va cambiando y modificándose permanente y automáticamente por el giro ordinario de los negocios.

En otras palabras, en el momento de la constitución de la sociedad, el patrimonio se corresponde con la cifra numérica (cifra nominal del capital social) representativa de los aportes de los socios; pero una vez iniciada la gestión de la empresa, mientras el patrimonio varía según la suerte de los negocios, el capital permanecerá invariable, convirtiéndose así en una cifra nominal que implica jurídicamente un compromiso para la sociedad en cuanto a mantener la equivalencia entre dicha cifra y el patrimonio.

En efecto, el capital como cifra nominal constituye un «tope» o «techo», desde que los socios solo pueden repartirse utilidades cuando se supera ese techo. Cuando el activo patrimonial supera la cifra de capital existen «ganancias» que pueden distribuirse; caso contrario, no podrá haber reparto de utilidades e, incluso, no puede haberlo respecto de eventuales utilidades de un ejercicio sin antes compensar las pérdidas de ejercicios anteriores.

De este modo, el capital social es una cifra que brinda una utilidad intra-societaria pues, de un lado constituye la delimitación de los derechos y obligaciones de los socios y, del otro, conforma el patrimonio útil para la actividad. Es un parámetro para medir matemáticamente la participación de cada socio en la sociedad.

El capital presta, a la vez, un servicio extra societario cual es de conformar una cifra de retención que constituye una garantía para los terceros que contratan o sufren daños por el accionar de la sociedad. Es decir, el capital procura que el patrimonio no descienda por debajo de su nivel y *constituye así un compromiso de patrimonialización mínima que los socios y los administradores sociales asumen frente a los terceros como contracara de la limitación de la responsabilidad*.

La ley societaria está plagada de normas que abonan este razonamiento y que protegen el capital o disparan consecuencias gravosas para socios o administradores cuando el mentado límite patrimonial es perforado.

Como puede apreciarse, el capital social es una elaboración técnico-jurídica cuya principal finalidad reside en la protección del interés de los acreedores.

Bien se ha dicho, entonces, que si el patrimonio es la garantía directa de los acreedores sociales (ya que los bienes que lo integran serán destinados a satisfacer las deudas de la sociedad en caso de que esta no cumpla con sus obligaciones), el capital es la garantía indirecta, al impedir el reparto de utilidades sin antes compensar las pérdidas (que en definitiva son deudas sociales correspondientes a ejercicios económicos anteriores).

La externalización de costos que es propio de todo ente con responsabilidad limitada es aceptable en la medida que se brinden mínimos resguardos, estos consisten en el compromiso de los socios —y también los administradores— expresado en el capital de que la sociedad al menos contará con un patrimonio equivalente a dicha suma.

Prueba de cuanto decimos respecto a la importancia del capital social es que la propia ley manda a la policía societaria a controlar con especial énfasis las cuestiones relacionadas con el capital de las sociedades sujetas a su control (art. 300 LSC) y, esto, no es casual sino que responde a la temprana advertencia que el legislador hizo sobre la relevancia de estas cuestiones por encima de otras. Repárese que el control estatal sobre el capital se aplica aún a aquellas sociedades cuyo capital no alcanza los montos que se fijan conforme el artículo 299 de la ley 19.550.

Por todo lo expuesto, se recalca sin inconveniente en la importancia del principio de «intangibilidad del capital social» que —en miras a la protección de terceros— informa la ley 19.550, que impone recaudos para su aumento o reducción (arts. 186-206).

II. LA INFRACAPITALIZACIÓN: CONCEPTO. PRELIMINARES

La infracapitalización ha sido definida modernamente «(...) como aquel fenómeno que se produce cuando la sociedad entre en un 'estado' patrimonial consistente en la manifiesta incongruencia del conjunto de los medios propios de esta (entendiendo por tales al capital de riesgo) en relación con las actividades efectivamente desarrolladas por dicha sociedad (...)»⁴.

Este concepto tiene la particularidad de mostrar a la infracapitalización como un *estado* de la sociedad —y, por lo tanto, dotado de cierta permanencia— caracterizado por el «quiebre relevante» de la relación de equilibrio que debe existir entre el capital de riesgo de la entidad y la actividad efectivamente desplegada por esta⁵.

En este sentido, se ha aclarado que la relación de adecuación o equilibrio debe establecerse tomando como base «el conjunto de los medios propios de la sociedad» y no únicamente el capital social, comprendiéndose:

- i) Las distintas cuentas del patrimonio neto de la sociedad (el capital social, sus eventuales ajustes, los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones, las reservas legales, especiales y facultativas y, en caso de existir, las utilidades no distribuidas).
- ii) Todo tipo de fondos que ingresen a la sociedad incluso si estos ingresaran a su pasivo, siempre y cuando la finalidad de dicho desembolso sea la de dotar a la sociedad de capital de riesgo (ej., préstamos otorgados a la sociedad por los socios o terceros en condiciones semejantes a las de un aporte de capital, reconociéndose como tales a aquellos que se otorgan sin interés; o aquellos respecto de los cuales no se establece fecha de devolución siendo en los hechos una obligación «a mejor fortuna», etc.).

En suma, para concluir si la sociedad está infracapitalizada no solo hay que ponderar el monto del capital social, sino el conjunto de bienes propios o capital de riesgo⁶.

Sin embargo, para determinar los contornos de la infracapitalización, no todo termina allí pues el «quiebre» del cual nos venimos haciendo eco, se traduce en una *transferencia* de los riesgos propios del negocio jurídico societario a *terceros*⁷ en forma «*contraria a los fines que la ley 19.550 tuvo en mira al reconocerlo o que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*» (arg. art. 1071 Código Civil); provocado ello por:

- i) el incumplimiento por parte de los socios con responsabilidad limitada⁸ de las obligaciones inherentes a su estado (arts., 37, 54, 96, 187, 188, 203, 204, 205 y 206 de ley 19.550, entre otras disposiciones), o bien,

- ii) por el incumplimiento de los administradores por su actuación contraria al cartabón del «buen hombre de negocios» (arg. arts. 59 y 274, ley 19.550).

En esta misma línea argumental, y para mejor comprensión de cuanto decimos respecto de la responsabilidad hacia terceros (y a la propia sociedad) de los socios y administradores en relación a la infracapitalización de la entidad que integran y/o administran, cabe recordar lo señalado por calificada doctrina⁹ en el sentido de que «(...) la pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes. Se trata de las causales de inmediato conocimiento que actúan de pleno derecho, generando la responsabilidad prevista por el artículo 99 LSC para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el artículo 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: 'En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si las socios acuerdan el reintegro total o parcial del mismo o su aumento'. Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social. La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida de capital social, proceden a presentar en concurso preventivo sin haber seguido aquel procedimiento (...)».

III. «CLASES» DE INFRACAPITALIZACIÓN

Podemos clasificar a la infracapitalización según distintos criterios.

1. SEGÚN EL MOMENTO EN QUE LA INFRACAPITALIZACIÓN SE PRODUCE

En función de este parámetro, la infracapitalización puede existir al *momento de la constitución de la sociedad*, en cuyo caso la llamamos *originaria*. Por el contrario, si la infracapitalización ocurre durante *la vida societaria* se la conoce como *derivada* o *sobreviniente*.

En la *infracapitalización originaria* adquieren relevancia dos aspectos.

Por un lado, el cumplimiento de los capitales mínimos exigidos por ley (es el caso de la sociedad anónima, por ejemplo, art. 186, ley 19.550). Por el otro, que el capital adoptado sea suficiente para el cumplimiento del objeto social propuesto, máxime si se tiene presente la índole de actividades que pueda comprender aquel. Ambos aspectos están bajo el control de las Policías societarias de cada jurisdicción.

Ya vimos como ejemplo —del segundo aspecto de los mencionados— lo regulado por la resolución número 2007 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza de 14 de octubre de 2009 en virtud de la cual, su Director, hizo saber que: «*la Dirección de Personas Jurídicas evaluará en cada sociedad la proporcionalidad entre el capital propuesto y el objeto que pretende desarrollarse*».

Desde esta óptica también, esto es, si la autoridad de contralor tiene facultades para *negar la inscripción de una sociedad o requerir su adecuación por considerar que el capital social no es congruente con el objeto o con las actividades que efectivamente va a desarrollar el ente*, plantea asimismo una interesante discusión en doctrina.

En efecto, cabe indagar:

- i) si el hecho de que se le reconozcan estas potestades de controlar al registrador lesiona la libertad negocial de las partes (arts. 14 y 17, Constitución Nacional), o bien,
- ii) en atención a la protección de terceros que pueden hallarse frente a una sociedad carente de bienes para responder por los daños que esta ha causado, si dichas facultades encuentran plena justificación pues la Policía societaria es quien debe velar por que la cifra que representa el capital sea la necesaria para el desarrollo de la actividad de la entidad y que no sea un mero «símbolo» de modo que —frente a daños sufridos por terceros— existan bienes suficientes en el patrimonio social que respalden la cifra del capital que ella representa o, en su caso, se disparen los remedios resarcitorios o sancionatorios por la infracapitalización.

La Provincia de Mendoza parece inclinarse por esta última postura en cuanto a la valoración de las potestades de la autoridad de control.

Finalmente, si la infracapitalización es derivada la sociedad —capitalizada inicialmente— puede perder dicha condición a lo largo de su vida por la falta de equilibrio entre el capital de riesgo y el volumen de negocios desarrollados por aquella. En estas condiciones, la sociedad —tarde o temprano— puede caer en insolvencia.

2. SEGÚN LA PELIGROSIDAD DE LA INFRACAPITALIZACIÓN

Desde este punto de vista, podemos distinguir la infracapitalización *material* o *nominal*.

En ambos casos, la sociedad carece de los medios necesarios y adecuados para cumplir el objeto social y, por lo tanto, para desplegar la actividad que el ente desarrolla¹⁰.

Sin embargo, en la infracapitalización *material* la sociedad carece de manera *absoluta*¹¹ de los medios adecuados para la consecución del objeto social. Los terceros que se vinculen con una sociedad infracapitalizada *materialmente* se encuentran, por lo tanto, ante el peligro *actual* de no ver satisfechas sus acreencias por carencia de bienes y/o fondos sociales suficientes para atender el volumen de actividades y negocios sociales desarrollados por el ente societario. Por lo demás, ante este escenario y con visos de permanencia, el riesgo de la «insolvencia societaria» está latente.

En la llamada subcapitalización *nominal*, si bien la sociedad no cuenta con un capital adecuado, los *socios o terceros proveen los medios necesarios* para el desarrollo de la actividad empresarial. No obstante, los fondos inyectados no lo son a través de la clásica figura de la *suscripción del capital* sino mediante préstamos (propios o de terceros garantizados) o a través de la constitución de reservas distintas de las legales (se encuentran en el patrimonio social como «préstamos de los socios o terceros» o «reservas sociales» o como «aportes irrevocables»). En este caso, existe un peligro *potencial* con respecto a los terceros de que estos vean insatisfechas sus acreencias pues, si bien la sociedad cuenta «prima facie» con fondos, como los mismos no responden a «aportes de capital», son fácilmente disponibles¹² por los socios o los terceros garantizados (que prestaron dinero o hicieron los «aportes irrevocables», por ej.); encubriéndose, de esta manera, la situación societaria de subcapitalización¹³.

Por ello, si bien la infracapitalización *material* se presenta como más grave en tanto la sociedad se encuentra imposibilitada materialmente para desarrollar sus actividades; no debe desmerecerse la importancia de la subcapitalización nominal o formal, por cuanto una sociedad dotada patrimonialmente puede —en cualquier momento ante la falta de rentabilidad gradual de la empresa— dejar de serlo mediante la sistemática distribución de ciertas reservas, o mediante la restitución de los aportes irrevocables, o de otros préstamos conferidos por los socios a la sociedad¹⁴.

De manera similar se ha dicho con respecto a esta temática que: «(...) *Dentro del tema hay que distinguir entre los supuestos de infracapitalización nominal (formal) y material (substancial). Esta última se produce cuando los socios no dotan a la sociedad de dichos recursos, ni por la vía de un capital de responsabilidad ni por la vía de créditos otorgados por ellos mismos. Faltan, de ese modo, tanto recursos propios como ajenos. Por el contrario, nos hallamos ante un caso de infracapitalización nominal cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios. Es necesario separar ambos supuestos por los diferentes efectos jurídicos a que deben dar lugar. Mientras la infracapitalización material puede justificar la exigencia de la responsabilidad civil (y en su caso incluso penal) de los administradores y el levantamiento del velo de la persona jurídica de*

la sociedad, haciendo responder personalmente a los socios, la infracapitalización nominal requiere más bien la recalificación por parte de la Ley o de los Tribunales, de los recursos aportados en concepto de créditos, como fondos o capital propios (...)»¹⁵.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR LA INFRACAPITALIZACIÓN SOCIETARIA

El fenómeno de la infracapitalización societaria —una vez instalado en el seno de la sociedad— plantea diversos interrogantes:

- ¿A quién se debe responsabilizar por tal cuestión?
 - ¿A los socios por el solo hecho que la sociedad se encuentre infracapitalizada, o porque sustituyan los aportes con prestaciones que no ingresen al capital de riesgo?, o bien,
 - ¿Se debe responsabilizar también a aquel que generó el riesgo al emprender actividades (*rectius*: los administradores), sin traer a la sociedad más que un sustento material irrelevante e inadecuado para la magnitud del riesgo encarado, o para los negocios que se emprendían?
- ¿Qué grado de subcapitalización genera la responsabilidad de los socios y, desde otro costado, cuando empieza a asomar la responsabilidad de los administradores?
- ¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?
- ¿Ante quién deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?
- ¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil consagrada en el Derecho común para reparar los daños causados por los administradores y/o socios por la infracapitalización de la sociedad que administran y de la que forman parte?

Intentaremos contestar las diversas incógnitas planteadas.

1. ¿QUIÉN RESPONDE POR LA INFRACAPITALIZACIÓN?

Por una cuestión lógica pareciera que, si la infracapitalización es originaria, responden todos los socios (básicamente los fundadores) y los administradores primigenios¹⁶.

Por el contrario, si la subcapitalización es sobreviniente responden quienes, pudiendo hacerlo, no corrigieron el defecto con nuevos aportes, así como quienes hayan emprendido una ampliación de actividades sin dotar a la sociedad de los medios necesarios para ello.

En el caso de los socios, pueden ser controlantes o no.

En el primer caso, puede que integren el órgano de administración o que formen parte de la mayoría del capital social y, por tanto, tienen la posibilidad de poner en movimiento los mecanismos legales para obtener el ingreso de los fondos necesarios para capitalizar a la sociedad¹⁷. *En el segundo caso*, en la medida que dentro del funcionamiento de la sociedad los socios no controlantes puedan y conozcan la situación económica y financiera de la sociedad; podrán ser responsabilizados. Habrá que ver la conducta del socio frente a la aprobación de los balances y a la solicitud de aumento de capital que pudo haber realizado el órgano de administración.

En cuanto a los administradores, siguiendo el razonamiento de Efraín RICHARD¹⁸, resulta que la organización o reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías como es la transformación o escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados. Por ello, concluye con claridad el jurista cordobés, que la reorganización concursal supone una crisis instalada, que ha llegado a generar un estado de cesación de pagos para la sociedad, que no han sabido o no han querido los administradores —y quizás los socios— afrontar en sede interna societaria, intentando que la misma sea soportada por los acreedores en una decisión mayoritaria frente a la propuesta de acuerdo que formule la sociedad. Las razones para elegir la segunda no son normalmente racionales en cuanto al principio de ‘conservación de la empresa’ ni al análisis económico de la solución más eficiente y de menos costes de transacción, sino que responden a la idea de que el sacrificio no sea afrontado por los socios sino por los acreedores, sin perder posición aquellos en la sociedad, incluso beneficiándose con el mayor valor del patrimonio social frente a la quita y espera que asuman los acreedores.

2. ¿QUÉ GRADO DE SUBCAPITALIZACIÓN GENERA LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS Y, PARALELAMENTE, CUÁNDO EMPIEZA A ASOMAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES?

La limitación de la responsabilidad se permite en algunos tipos societarios *con la condición de que se dote a la sociedad con un patrimonio propio de riesgo realista y adecuado a la actividad social*.

Por ello, con razón se ha dicho que la subcapitalización constituye un recurso para violar la buena fe y los derechos de terceros, pues en definitiva la «falta de capital de la sociedad» redundará en perjuicio de estos últimos; debiendo valorarse, a tal efecto, ciertos aspectos para su adecuada configuración, tales como:

- i) la existencia de un factor de atribución de la responsabilidad de los socios y administradores, de carácter subjetivo (dolo o culpa, arg. art. 54, primer párrafo, de la ley de sociedades y art. 1109 del Código Civil)
- ii) la precisión con que se debe entender el «capital propio de riesgo» (cuya ausencia define los «contornos» de la subcapitalización). Para ello habrá que considerar los aportes propiamente dichos del capital inicial o aumentos, prestaciones accesorias, retención de utilidades, formación de reservas, y la conducta de administradores y socios en la dinámica de la vida social en cuanto a la distribución de dividendos. En otras palabras, los riesgos de la infracapitalización no pasan por el patrimonio social, son otros los factores tenidos en cuenta como la estructura patrimonial de la sociedad, su índice de endeudamiento, el costo de su financiación, su generación de fondos propios, la política de inversiones, y su capital de trabajo que nada tiene que ver con el capital nominal.

El régimen de sociedades de socios con responsabilidad limitada tiene por objeto facilitar la inversión productiva al permitir al comerciante arriesgar en la empresa solo el capital designado, sin comprometer el resto de su patrimonio personal.

Esta facilidad, sin embargo, no puede convertirse en un medio para defraudar los intereses de terceros.

Es claro que una sociedad cuyos socios tengan responsabilidad limitada puede atravesar dificultades económicas. Para ese supuesto se ha previsto la responsabilidad limitada, de modo que puede ser ejecutada —y aún ser declarada en quiebra— sin que el resto del patrimonio de sus socios se vea afectado. Pero los artículos 54, 59, 157 y 274 de la Ley 19.550 establecen la responsabilidad solidaria de los socios y administradores en ciertos casos que deberían ser excepcionales: *cuando se utiliza la figura societaria como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.*

Todo este esquema institucional tiene como presupuesto que el capital con el que la sociedad con socios con responsabilidad limitada es dotada —límite normal de la responsabilidad de estos— sea suficiente para respaldar su giro.

Recordemos que existe un mínimo de capital para la constitución de una sociedad: si ese requisito se cumple, puede formarse el ente ya que no es dado a la autoridad administrativa predecir cuál ha de ser el giro futuro de la empresa. Sin embargo, es responsabilidad de los propios socios mantener una relación razonable entre el giro real de la sociedad y el capital con el que esta se halle

dotada. De otro modo, lo que se presenta en el mercado como una empresa sólida y próspera puede encubrir la ausencia casi total de solvencia para hacer frente a las obligaciones contraídas. Por ello, cuando los bienes sociales faltan, los acreedores encuentran que el límite de responsabilidad de los socios aparece desproporcionado, no ya solo con las deudas contraídas sino con el propio giro social en épocas normales.

A. La situación de los administradores sociales

Para emprender las actividades societarias se debe mantener un patrimonio social apto, o bien, que no sea groseramente impotente a tal fin.

Así las cosas, se debe responsabilizar a los administradores en la medida que hubieren realizado actividades para las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente. Dicha responsabilidad surge de los artículos 59, 274, 279 y ctes. de la ley de sociedades en virtud de la actuación contraria al cartabón del «buen hombre de negocios».

Más aún, les cabe también responsabilidad a los administradores por las obligaciones sociales contraídas en estado de cesación de pagos del ente que administran. En efecto, una dotación patrimonial insuficiente implica la existencia de una causal de disolución: «imposibilidad sobreviniente en el cumplimiento del objeto social», o sea, la «inviabilidad de la empresa», fundando una causal de responsabilidad de aquellos (arts. 59 y 99, ley 19.550), quienes por cualquier operación ajena a los fines disolutorios y liquidatorios los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios (sin perjuicio de la propia responsabilidad de estos).

B. La situación de los socios

Con respecto a la responsabilidad de los *socios* de una sociedad infracapitalizada, debemos distinguir dos supuestos.

El primero se da cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios y constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, imputándose a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Se debe aplicar el régimen del artículo 54 de la ley de sociedades comerciales en su apartado tercero que regula la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Este caso requiere el desvío de la causa fin del negocio societario. Existe un uso desviado de la personalidad societaria, es decir, la sociedad en su actuación ha sido interpuesta como «pantalla» para burlar la ley y desbaratar los derechos de terceros.

El segundo se verifica con respecto a aquellos socios que hubieren conocido y que hubieren tenido poder de decisión sobre la actividad social, y también aquellos que hubieren realizado y consentido los actos perjudiciales. De allí que el primer apartado del artículo 54 de la ley de sociedades establezca la obligación solidaria de los socios o controlantes de indemnizar todo daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa. Sin embargo, y a diferencia del supuesto anterior, no se verifica en este un uso desviado de la personalidad societaria. Tampoco existe una «manipulación» de la estructura societaria tendiente a desbaratar derechos de terceros.

C. *¿La responsabilidad de los socios y/o administradores es subjetiva u objetiva?*

Básicamente estamos en presencia de una responsabilidad subjetiva, por dolo o por culpa.

Tanto los administradores (por no activar los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» a la sociedad, arg. artículo 96 y ctes. ley 19.550, o por encarar actividades para las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente, arg. artículo 59 ley 19.550) cuanto los socios limitadamente responsables (por no haber efectuado los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresarial) serán pasibles de ser responsabilizados por la operatoria de la sociedad sin capital suficiente *al no haber tomado las medidas o cuidados del caso según las circunstancias de persona, tiempo y lugar* (arg. art. 512 Código Civil) a través de un aumento de capital, fusión, escisión, etc.; obteniendo el aporte de socios o terceros, o, inclusive, y en situación extrema, por no haberse concursado preventivamente «a tiempo»¹⁹.

Particularmente, y con la mirada puesta en los *administradores*, se ha recalado en que una actitud diligente por parte de estos ante la crisis pasa por formular un plan de negocios y someterlo a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicios de otras vías como es la transformación o escisión.²⁰

Generalmente, en el escenario de la infracapitalización, campea la idea de que el sacrificio —consecuencia de la despatrimonialización— no sea afrontado por los socios (quienes muchas veces administran también la sociedad) sino por los acreedores sociales, sin perder aquellos posición dentro de la misma sociedad.

Como puede observarse, se trata de una situación que está caracterizada por la negligencia de sus autores (administradores y/o socios) o, incluso, por la intención de los mismos de dañar a otros (los acreedores de la sociedad) como ocurre en los supuestos de dolo.

D. *¿Ante quién/es deben responder los socios y/o administradores: sociedad y/o terceros?*

La responsabilidad de los socios y/o administradores por la infracapitalización tiene como legitimados activos tanto a la sociedad cuanto a los terceros.

a) Caso en que los administradores son demandados

Si *no hay quiebra* declarada los mecanismos legales para efectivizar la responsabilidad están contenidos, básicamente, en la ley 19.550.

Los administradores no activaron los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» o «reorganizar» a la sociedad (arg. art. 96 y cctes. ley 19.550), o bien, encararon actividades para las cuales la sociedad no contaba con patrimonio suficiente.

Si es la *sociedad* la que reclama el resarcimiento de los daños injustamente sufridos contra los administradores cuenta con la acción social de responsabilidad (art. 276 y sigs. ley 19.550) para demandarlos por no haber actuado como «buen hombre de negocios» en el desempeño de su cargo (art. 59 y 274 ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan a las arcas del ente societario.

Si son los terceros (acreedores sociales y/o socios) los que reclaman la reparación del daño cuentan con la acción individual de responsabilidad (art. 279 ley 19.550) para accionar contra los administradores por el daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (arg. art. 274 ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan al peculio personal de los acreedores (vgr.: trabajadores contratados en «negro») y/o socios (v. gr., en el caso del art. 99, ley 19.550²¹).

Si *hay quiebra declarada* y es la sociedad fallida la que inicia el reclamo —a través de sindicatura (arg. art. 175 ley 24.522) aunque también la pueden iniciar los acreedores sociales individualmente (art. 278 ley 19.550)— cuenta con la acción *social de responsabilidad* (art. 276 y sigs. ley 19.550) contra los administradores por haberla conducido a la quiebra. La indemnización ingresará al patrimonio social (la acción societaria se deduce ante el juez concursal, arg. art. 175 ley 24.522).

Si, en cambio, la pretensión resarcitoria la inician los acreedores sociales —a través de sindicatura (art. 173 y 176 ley 24.522)— tienen a su disposición la acción *concursal* de responsabilidad contra los administradores que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia (art. 173, primer párrafo, ley 24.522). La indemnización está destinada a satisfacer el pasivo concursal.

b) Caso en que los socios son demandados

Si *no hay quiebra* declarada los mecanismos legales para efectivizar la responsabilidad también están contenidos, básicamente, en la ley 19.550.

Si es la *sociedad* la que reclama el resarcimiento de los daños injustamente sufridos contra los socios (controlantes o no) cuenta con la acción social de responsabilidad (art. 276 y sigs. ley 19.550) para demandarlos cuando, por su obrar doloso o culposo, dañaron al ente social (art. 54, primer párrafo, ley 19.550). Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan a las arcas del ente societario. Es más, el socio (controlante o no) que haya aplicado los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

Si son los *terceros* (*por ej., acreedores sociales*) los que reclaman la reparación del daño contra los socios (controlantes o no) cuentan con las acciones del artículo 54, ley 19.550.

En efecto, si hubo «manipulación» de la estructura societaria se aplica el artículo 54, segundo parte, de la ley 19.550 y hay que desestimar la personalidad jurídica del ente social para imputar directamente a los socios o a los controlantes la actuación de la sociedad de acuerdo a fines extrasocietarios; respondiendo aquellos solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Por el contrario, si no hubo «abuso» de la personalidad jurídica, se aplica la primera parte del artículo 54 ley 19.550. Los fondos obtenidos en concepto de indemnización ingresan al peculio de los acreedores.

Si *hay quiebra declarada* y es la sociedad fallida la que inicia el reclamo —a través de sindicatura (arg. art. 175 ley 24.522) o los acreedores sociales individualmente (art. 278 ley 19.550)— cuenta con la acción social de responsabilidad (arts. 276 y sigs. ley 19.550) contra los socios limitadamente responsables en los casos de abuso de control y abuso de la personalidad jurídica (art. 54, ley 19.550). La indemnización ingresará al patrimonio social (la acción societaria se deduce ante el juez concursal, arg. art. 175 ley 24.522).

En cambio, si la pretensión resarcitoria la inician los acreedores sociales —a través de sindicatura (arts. 173 y 176 ley 24.522)— tienen a su disposición la acción *concursal* de responsabilidad contra los socios en tanto y en cuanto hayan participado dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo, antes o después de la declaración de quiebra. Los socios, en este caso, además de reparar el daño causado, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder; no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso (art. 173, primer párrafo, ley 24.522). La indemnización está destinada a satisfacer el pasivo concursal.

E. *¿Cómo juega la teoría de la responsabilidad civil y los presupuestos del deber de resarcir el daño causado del Derecho común ante la reparación de los daños causados por la infracapitalización provocada por los administradores y/o socios?*

a) Preliminares

Nuestro interrogante como punto de partida es el siguiente: *¿El tratamiento de la reparación de los daños causados en la actividad comercial —especialmente en el ámbito del derecho societario y/o concursal— exige una normativa especial o, al menos, un estudio particular, de alguna manera separado de la teoría general de la responsabilidad civil; o bien, se le deben aplicar los principios generales de la responsabilidad por daños que fluyen del Derecho común?*

Tomaremos como punto de reflexión los artículos de la ley societaria que se erigen en «piedra de la discordia».

Nos referimos a los siguientes artículos de la ley 19.550:

- i) al artículo 54, primer párrafo, de la ley 19.550 expresa: *«Dolo o culpa del socio o controlante. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituyen a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de cuenta exclusiva»*
- ii) al artículo 59: *«Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión»*
- iii) el artículo 274: *«Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave»*

El «quid» de la cuestión consiste en tratar de hallar una respuesta a los siguientes interrogantes:

- 1. *¿Constituye, la normativa societaria transcrita, una ley especial con principios autónomos a los efectos de determinar la reparación de los*

- daños causados por los administradores y/o socios a la sociedad y/o sus acreedores en situación de infracapitalización?, o bien,
2. ¿El artículo referenciado se subsume y es absorbido por el régimen general de la reparación de los daños reglado por el Código Civil?
- b) Argumentos en pro y en contra de la autonomía del régimen societario de reparación de los daños causados ante una situación de infracapitalización societaria

En abstracto, creemos que existen razones que brindan apoyo a una y a otra postura.

— Argumentos para no distinguir: el régimen societario y/o concursal es absorbido por el régimen común.

- i) Hay una vocación «universal» de las reglas de la responsabilidad civil común u ordinaria.
- ii) Ante la duda que pueden generar las normas de los artículos 54, 59 y 274 LSC acerca de su «real» autonomía, hay que recurrir al Derecho común, es decir, al Código Civil y su normativa sobre la responsabilidad civil.
- iii) Si la ley no distingue claramente, el operador no debe distinguir y deberá recurrir y guiarse por los presupuestos de la responsabilidad civil común u ordinaria.
- iv) En el caso particular del artículo 54, primer párrafo, de la ley 19.550 la prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se ha aplicado fondos sociales tienen —en última instancia— naturaleza indemnizatoria, por lo que deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el quantum que los administradores y/o socios deberán pagar a la sociedad infracapitalizada por el daño que le han provocado por su obrar antijurídico causante de la infracapitalización; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa del ente societario, o, dicho en otros términos, para evitar que este saque provecho de un acto ilícito.
- v) La palabra sanción no solo es sinónimo de punición. Las sanciones pueden ser caracterizadas también como medidas que se imponen para reforzar la observancia de las normas del sistema y, eventualmente, para poner remedio a los efectos de su inobservancia. Aparece así la relación de responsabilidad civil mediante la cual el ordenamiento jurídico societario busca de alguna manera acordar una reparación al damnificado, sin que ello descarte el carácter de sanción que el deber de reparar significa para el opresor.

- vi) Por ello, para reparar los daños causados por los administradores y/o socios —con lo cual se persigue «resarcir» a la sociedad y/o sus acreedores de los efectos del daño sufrido por la infracapitalización— hay que echar mano al régimen común (arg. art. 1109 y cctes. Código Civil) en función de la normativa consagrada en los mentados artículos 54, 59 y 274, Ley 19.550
- Argumentos para distinguir: el régimen societario y/o concursal no es absorbido por el régimen común.
- i) En el caso particular del artículo 54, primera parte, ley 19.550 la prohibición de compensación y la obligación de llevar las ganancias personales a la sociedad permiten concluir, por contrapartida, en la existencia de un régimen específico *indemnizatorio* en la materia que se aparta del régimen común u ordinario. En efecto, dichas consecuencias jurídicas previstas en la norma parecen funcionar «a la manera» de los «daños punitivos»²²; con tinte sancionatorio y no indemnizatorio, por lo que no deben ser tenidas en cuenta a la hora de fijar el quantum que los administradores y/o socios deberán pagar a la sociedad infracapitalizada por el daño que le han provocado por su obrar antijurídico causante de la infracapitalización.
- ii) La prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se ha aplicado fondos sociales (art. 54, primera parte, de la ley 19.550) tienen el carácter de «sanciones» que persiguen la finalidad de evitar en el futuro una nueva «infracapitalización». No procuran —precisamente— reparar el daño causado por lo que deben interpretarse como un régimen específico.
- iii) Los efectos mencionados en el párrafo precedente tienen un doble objetivo: 1) afianzar la existencia de una *reparación* a la víctima, asegurándole a la sociedad y/o acreedores que los daños sufridos por la infracapitalización serán bien compensados; y 2) una *sanción* a los socios y/o administradores, para disuadir conductas antijurídicas en el futuro.
- iv) Así las cosas, se persigue *sancionar* y *disuadir* a los administradores y/o socios que han violado la «regla» que les impone —en última instancia— arbitrar los medios societarios necesarios para que el capital tenga una adecuada relación con el patrimonio social; obligándolos a restituir lo ilegítimamente ganado o prohibiéndole compensar el lucro obtenido con la obligación de indemnizar a la sociedad infracapitalizada.

- c) ¿Cuál es la importancia práctica de determinar si la ley 19.550 consagra un régimen específico de responsabilidad por daños, o bien, si es un capítulo más del régimen común u ordinario del Código Civil?

Creemos que existe una evidente importancia «práctica» en develar el interrogante acerca de *si la reparación de los daños causados por los administradores y/o socios a la sociedad y/o a los acreedores sociales por la infracapitalización societaria causada se rige por los mismos principios de la responsabilidad civil según los parámetros del Código Civil, o bien, se encuentra informada por principios propios del Derecho societario (o del Derecho concursal) que gozan de autonomía frente a aquellos otros y, por tanto, conducen a resultados diversos.*

La respuesta radica en que según tomemos partido por una u otra postura, para juzgar la responsabilidad de los socios y/o administradores, habrá que constatar la existencia de cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil regulados en el Derecho común (Código Civil), sin perjuicio de algunas particularidades propias del régimen societario o concursal. Tales son:

- Daño
- Autoría
- Antijuridicidad
- Factor de atribución
- Relación de causalidad

En nuestra opinión, creemos que la reparación de los daños causados por la infracapitalización societaria, debe ser juzgado a la luz de los principios generales de la responsabilidad civil que nacen del Derecho común.

Ni la ley de sociedades comerciales ni la ley concursal, salvo aspectos en particular, consagran principios propios o una regulación autónoma que impida o excluya la aplicación de aquellos presupuestos del Derecho común.

Por lo tanto, para ser pasibles de responsabilidad los administradores y/o socios deberán haber ejecutado una conducta antijurídica culpable o dolosa que —de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas (rectius: que tenga una relación de causalidad adecuada)— haya provocado en el ente social una situación de infracapitalización que dañe a los acreedores sociales (que no ven satisfechas sus acreencias) o a la sociedad misma (al despatrimonializarla pudiendo colocarla, incluso, en estado de insolvencia).

En conclusión: la responsabilidad por la infracapitalización será informada por los principios del Código Civil sin perjuicio de lo cual habrá que tener en cuenta las particularidades «societarias» o «concursoales» del caso.

i) Planteo en el ámbito societario

Una consecuencia de nuestra posición en materia societaria (art. 54, ley 19.550) es, por ejemplo, que en el caso del daño ocurrido a la sociedad por dolo

o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen, quedan constituidos en la calidad de autores de la obligación solidaria de indemnizar a la sociedad infracapitalizada de acuerdo a los presupuestos comunes (autoría, antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño según el Código Civil) aunque —a la hora de fijar el quantum indemnizatorio que deben afrontar los administradores y/o socios— deberá ponderarse la prohibición de compensación con el lucro proporcionado en otros negocios, o la obligación de traer a la sociedad las ganancias obtenidas en negocios personales en los cuales se han aplicado fondos sociales; todo ello para evitar un enriquecimiento sin causa del ente societario.

Va de suyo que, en caso de que los legitimados activos sean los acreedores sociales, la reparación de los daños también estará informada por los presupuestos generales del Código Civil.

ii) Planteo en el ámbito concursal

En materia concursal, de igual modo, para aquellos supuestos en los cuales los administradores o los socios han dañado a ciertos terceros —los acreedores sociales— en virtud de un obrar especialmente calificado por su gravedad: haber producido, facilitado o agravado la insolvencia del ente infracapitalizado, los administradores y, llegado el caso, los socios —en la medida que realicen las conductas descriptas en el artículo 173, primer y segundo párrafo, de la ley 24.522— incursionarán en una responsabilidad *patrimonial concursal* que estará regida por la misma ley 24.522 (art. 174) en cuanto a la extensión de la responsabilidad, trámite, prescripción, etc.; sin embargo, este tipo de responsabilidad no deja de ser «civil», toda vez que estará informada por los principios generales que sustentan la «Responsabilidad por Daños» reglada en el Código Civil:

- a. Autoría;
- b. Antijuridicidad;
- c. Imputabilidad;
- d. Factor de atribución;
- e. Daño y
- f. Relación de causalidad.

iii) Utilidad de práctica de la discusión. Conclusión

Ensayemos un ejemplo que demuestre la utilidad práctica de la discusión.

Por un lado, los administradores no activan los mecanismos societarios necesarios para intentar obtener los fondos indispensable para «capitalizar» a la sociedad (arg. art. 96 y ctes. ley 19.550), o bien encaran actividades para

las cuales la sociedad no cuenta con patrimonio suficiente (arg. art. 59 ley 19.550). Por otro lado, los socios no efectúan los desembolsos necesarios para el desarrollo de la concreta y real actividad empresarial.

Tales conductas conducen a la quiebra de la sociedad. Los administradores y/o socios:

- i) ¿Deben responder frente a la masa concursal por la diferencia entre el capital efectivamente aportado y aquel necesario para el desarrollo de la concreta actividad empresarial encarada?
- ii) ¿Deben responder por la diferencia existente entre el pasivo y el activo falencial?
- iii) ¿Deberían responder por todo el pasivo social del ente?

Nos preguntamos:

- a. ¿Qué postura se ajustaría a los postulados de la responsabilidad por daños, especialmente a la teoría de la relación de causalidad adecuada?
- b. ¿Si debieran responder por todo el pasivo social, se les está cargando injustamente a los socios y/o administradores consecuencias dañosas que no tuvieron su causa adecuada en la falta de aportes «razonables» o «acordes» con la concreta actividad empresarial desplegada por la sociedad, o por haber encarado actividades para las cuales la sociedad no contaba con patrimonio suficiente?
- c. ¿Esta última postura está tarifando el daño y, por tanto, excluyendo un análisis desde la óptica de la relación de causalidad adecuada en cuanto a la *extensión del daño resarcible* con el riesgo de alentar la indemnización de daños no causados por sus responsables?

Para intentar dar una respuesta a estos interrogantes echamos mano nuevamente al precedente ya citado autos «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor NORBERTO y otros sobre ordinario», resuelto el 4/02/2013, en el cual la mayoría de la Sala D, de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (con voto del Dr. Pablo HEREDIA) aplicó la tesis de la absorción del régimen societario y/o concursal por el régimen común, analizando correctamente la *responsabilidad concursal del sujeto controlante a la luz del artículo 173, 2.º párrafo, LCQ en función de los presupuestos de la responsabilidad civil regulada por el Código Civil*.

En tal sentido, tomamos algunos párrafos del fallo que por su elocuencia corroboran lo antes indicado, pudiendo citar los siguientes:

- i) «(...) Pues bien, partiendo entonces de la base de que los supuestos de infracapitalización societaria «material» pueden justificar la promoción de

acciones de responsabilidad concursal (esta Sala, «Conix S.A. s/ quiebra c/ Edixer S.A. y otro s/ ordinario», sentencia del 16/3/09, voto del suscripto) y de que, como se dijo, en los casos de control participacional —definido como tal en los términos del artículo 33, inc. 1.º, de la ley 19.550— el sujeto controlante puede ser sujeto pasivo de la acción pertinente pues, en cuanto tal, tuvo la posibilidad de tomar decisiones y de evitar conductas inadecuadas (conf. RAMÍREZ BOSCO, L., Responsabilidad por infracapitalización societaria, Buenos Aires, 2004, p. 108), juzgo en coincidencia con lo expuesto por la sentencia de primera instancia que están reunidos los presupuestos para condenar a Solfin S.A., esto es, la antijuridicidad, el factor de atribución, el daño y la relación causal (...).

ii) «(...) El factor de atribución exigido por el artículo 173, primer párrafo, de la ley 24.522 es el dolo. Imputado a un sujeto controlante, el dolo de que se trata consiste en la gestión desleal de la controlada, que le ha reportado un beneficio propio o a otra sociedad controlada del grupo (conf. OTAEGUI, J., Concentración Societaria, Buenos Aires, 1984, p. 452, núm. 283). Es una modalidad del dolo delictual referido por el artículo 1072 del Código Civil y que encierra, en sustancia, el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad de realizarlo (conf. TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., Tratado de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 663; en igual sentido: LLAMBÍAS, J., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, Buenos Aires, 1973, t. III, ps. 706/707, núm. 2279; SANTOS BRIZ, J., La responsabilidad civil, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1991, t. I, p. 40). Pues bien, con relación al caso, interpreto que la presencia de dicho conocimiento de la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo, se infiere con relación a Solfin S.A. claramente de lo expuesto en el párrafo anterior y, particularmente, de lo siguiente: a) asumió en forma incondicionada e irrevocable el compromiso de adquisición de las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. —lo que implicaba una erogación de U\$S 39.648.451,92 según lo antes dicho— en momentos en que ya era notorio su propio desequilibrio económico y financiero según lo explicó el peritaje contable rendido en autos, sin recibir críticas (fs. 597 vta./598); b) permitió que su controlada insistiera ante la autoridad de aplicación en la posibilidad de mantener las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. como aportes de capital, sabiendo de la difícil situación de insolvencia que aquejaba a esta última (reconocida por Sociedad Comercial del Plata S.A. al solicitar tiempo después su propio concurso preventivo), sumándole a ello la pretensión de que tales acciones fueran valoradas a una cotización que no era la real, en contraposición con lo previsto por el artículo 30.1. de la RSSN núm. 25.804/98); c) a través de su controlada impulsó todo lo anterior dentro de un tiempo próximo a la petición de disolución anticipada reglada por el artículo 50 de la ley 20.091, y de su propio concursamiento preventivo, lo que tuvo lugar en setiembre de 2000. En suma, todo indica que Solfin S.A., sea a través del control ejercido sobre

la aseguradora en las peticiones que ella hizo ante la autoridad de control, sea por actos propios, se condujo «a sabiendas» de que las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital mínimo oportunamente advertido en los términos del artículo 31 de la ley 20.091 no servirían a su controlada para superar, realmente, la infracapitalización material que padecía, sino solamente para lograr validaciones de excepción por parte de dicha autoridad de control que, en los hechos, la tolerancia de esta última siempre delimitó a periodos breves, vencidos los cuales se volvía a insistir con nuevas e ingeniosas medidas tendientes a lograr el mismo resultado engañoso. Tal actuar, obviamente, estuvo teñido de desprecio hacia lo que significa la constitución del capital mínimo de una aseguradora, el cual —como lo enseña HALPERÍN— lejos de tener una función secundaria, la tiene en suma importancia no solo al inicio de la actividad, sino también durante el ejercicio normal, ya que el capital mínimo está llamado a cubrir el déficit causado por los apartamientos de la hipótesis estadística, defectuosa selección de riesgos, etc. (conf. Halperín, I., Seguros-Exposición Crítica de la ley 17.418, Buenos Aires, 1970, pp. 703-704, núm. 33). Y aún si se negase como existente un dolo «directo» (es lo que hace Solfin S.A. al señalar que le fue imposible prever que no podría cumplir el «Contrato de Opción de Venta»; fs. 801 y vta.), considero que el contexto fáctico explicado por el peritaje contable, del que resulta que las empresas del grupo y la propia apelante entraron en estado de cesación de pagos el 22/6/98 (fs. 598), muestra, cuanto menos, la presencia de un dolo eventual, que se da cuando el sujeto se representa y no descarta la posibilidad de un resultado dañoso (conf. ALTERINI, A., Responsabilidad Civil, Buenos Aires, 1974, p. 97), lo cual es igualmente suficiente para tener por configurado el factor de atribución previsto en la ley (conf. CNCom. Sala D, 21/4/10, «Cresaltex S.R.L. s/ acción de responsabilidad»; Truffat, D., La acción concursal de responsabilidad y los directores abandonicos o groseramente irresponsables. Posibilidad del dolo eventual como factor de atribución, en la obra colectiva «La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades y los Concursos», Instituto Argentino de Derecho Comercial, Buenos Aires, 2009, pp. 429 y sigs.). Solo me importa agregar, para concluir este aspecto, que a la constatación de la existencia de dolo puede llegarse en esta como en otras materias por cualquier medio probatorio, incluso por presunciones (conf. CNCiv. Sala G, 27/7/84, «Montes, Alberto», JA 1985-I, p. 295; AGUIAR, H., Hechos y actos jurídicos, Buenos Aires, 1924, t. I, p. 203, núm. 70), valiendo también recurrir a indicios, conjeturas, argumentos indirectos o confrontaciones (conf. Busso, E., Código Civil Anotado, Buenos Aires, 1949, t. III, p. 243, núm. 45; TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M., *op. cit.*, t. I, p. 677); y que ha sido con tal inteligencia que, precisamente, he adquirido el convencimiento expuesto en este parágrafo (...).

(iii) «(...) Finalmente, en cuanto a la relación de causalidad, cabe referir a sus dos aspectos. El primero, en cuanto elemento que vincula la conducta del

responsable con el daño, toda vez que la autoría no puede concebirse aislada del perjuicio. En este sentido, la conducta ha de estar vinculada causalmente a la insolvencia o a la situación patrimonial del quebrado (conf. RIVERA, J., Instituciones de Derecho Concursal, cit., t. II, p. 326). Dicho de otro modo, desde esta perspectiva, la relación de causalidad se refiere al adecuado nexo en términos de causa-efecto que debe constatarse entre la conducta dolosa del sujeto involucrado y la causación del perjuicio, esto es, la disminución de la responsabilidad patrimonial o producción de la insolvencia (conf. ROITMAN, H., Responsabilidad de terceros en la quiebra, RDPC núm. 11 [Concursos y quiebras II], p. 39, cap. 5.4). El segundo, se refiere al modo en que la relación causal permite mensurar la extensión de la reparación, atribuyendo al autor responsabilidad por las consecuencias que son imputables a su conducta antijurídica. Aplicando esta segunda noción, han de atribuirse al sujeto los «perjuicios causados» como reza el artículo 173 de la ley 24.522. Estos perjuicios son las consecuencias inmediatas, que son siempre a cargo del autor de la conducta dañosa (art. 903 del Código Civil), y las consecuencias mediatas que él haya previsto o podido prever empleando la debida atención y conocimiento de la cosa (art. 904 del Código Civil). Pero como la responsabilidad concursal de que se trata se funda en el factor dolo, el agente puede también responder por las consecuencias objetivamente causales cuando las hubiese previsto (art. 905 del Código Civil; RIVERA, J., Instituciones de Derecho Concursal, cit., t. II, p. 326; ALTERINI, J., El dolo en la indemnización de daños: incrementos, limitaciones, atenuaciones, compensaciones, LL del 29/7/2009). Teniendo en cuenta lo anterior y por lo que toca al caso, corresponde señalar: I. Que la presencia de un nexo entre la conducta imputada al demandado (causa) y el perjuicio causado (efecto), examinada a la luz de la teoría de la causa adecuada (conf. BUSTAMANTE ALSINA, J., ob. cit., p. 219, núm. 590; ORGAZ, A., El daño resarcible, Buenos Aires, 1967, pp. 46-47, núm. 19), no es cuestión de la que pueda dudarse a partir de las consideraciones que expuse al tratar sobre el factor de atribución (...).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Cám. Nac. Com. Federal, sala D, «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor Norberto y otros sobre ordinario», del 4/02/2013 (Argentina)

BIBLIOGRAFIA

ALEGRÍA, H., *Nuevas reflexiones sobre «aportes a cuenta de futura emisión»* RDCO 1995-A-15.

- CASAL, M. A., *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social: actualización de aspectos legales, contables e impositivos*, p. 75, Enfoques, T. 2000
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *¿Conviene la introducción de los llamados, 'daños punitivos', en el Derecho argentino?*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXXVIII, segunda época, núm. 31.
- MÉNDEZ, J. J., Infracapitalización, en *Temas actuales de Derecho comercial, Homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty*, Universidad Austral, Editores Fondo Editorial, Bs. As., Bs. As., 2011, p. 246.
- PORTALE, G., y COSTA, C., Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei, en *Il diritto delle società per azioni, problema, esperienze, progetti*, a cargo de Pietro Abadesa y Ángel Rojo, Giuffrè, Milán, 1993, p. 98.
- PULIAFITO, G. J., La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, en *Derecho concursal aplicado*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 249.
- RICHARD, E. H., Pérdida del capital social y concurso, *Doctrina Societaria y Concursal, Errepar*, núm. 274, septiembre de 2010, p. 1009.
- VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., Barcelona de 1992, pp. 976 y sigs.

NOTAS

¹ Este aserto se ve reflejado en la importancia que las Policías societarias le dan a esta relación, capital-objeto. Citamos a modo de ejemplo la resolución núm. 2007 de la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza del 14 de octubre de 2009 en virtud de la cual: (...) Que la delegación legislativa contenida en el artículo 186 de la ley 19.550 no ha merecido por parte del Poder Ejecutivo Nacional ninguna actualización desde que se fijara el monto de pesos 12.000 a comienzos de la década pasada (decreto 2128/1991, arts. 1 y 2 ADLA-LI-3991) (...) que resulta evidente que las circunstancias macroeconómicas del país han mutado considerablemente y, en tal sentido, es necesario que esta dirección no cierre los ojos frente a la realidad que indica que el valor real de ese capital mínimo hoy se acerca a la cuarta parte del que tuvo al momento de ser fijado. Que no es dudoso que la legislación societaria argentina ha elegido para sí, de entre todos los sistemas posibles, el sistema del capital social y que en coherencia con ello, el cuerpo normativo de ley 19550 se encuentra provisto de una cantidad de normas tendientes a fijar y a proteger el capital. A modo de ejemplo se pueden señalar los artículos 11 inc. 4, 31, 37 y sigs. 94 inc. 5, 186 y sigs. 205 y 206 de la LSC. (...) Por todo lo expuesto y normas citadas EL DIRECTOR DE PERSONAS JURÍDICAS RESUELVE: HACER SABER QUE LA DIRECCIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS EVALUARÁ EN CADA SOCIEDAD LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL CAPITAL PROPUESTO Y EL OBJETO QUE PRETENDE DESARROLLARSE (...). Con posterioridad se dictó el decreto 1331/12 del Poder Ejecutivo Nacional que fijó el capital social exigido por el artículo 186 de la Ley de Sociedades Comerciales, núm. 19.550 en la suma de \$ 100.000.

² PULIAFITO, G. J., La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, en *Derecho concursal aplicado*, ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2003, p. 249.

³ PORTALE, G. y COSTA, C., Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzate: le nuove tendenze nei paesi europei, en *Il diritto delle società per azioni, problema, esperienze, progetti*, a cargo de Pietro Abadesa y Ángel Rojo, Giuffrè, Milán, 1993, p. 98.

⁴ MÉNDEZ, J. J., Infracapitalización, en *Temas actuales de Derecho comercial, Homenaje al Dr. Enrique Manuel Butty*, Universidad Austral, Editores Fondo Editorial, Bs. As., Bs. As., 2011, p. 246.

⁵ La doctrina señala la dificultad para determinar la «actividad» de la sociedad en los casos —como veremos— de infracapitalización originaria, lo que lleva a concluir en la necesidad de un adecuado control de mérito por parte de la policía societaria en relación con la razonabilidad o congruencia del capital al momento de la constitución del ente societario.

⁶ MÉNDEZ, J. J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 248.

⁷ La externalización de costos que es propio de todo ente con responsabilidad limitada es aceptable en la medida que se brinden mínimos resguardos, estos consisten en el compromiso de los socios expresado en el capital de que la sociedad al menos contará con un patrimonio equivalente a dicha suma (arg. art. 96, ley 19.550). Por ello, en el caso de reducción voluntaria del capital (arts. 203 y 204, ley 19.550) la reducción de la cifra nominal de capital va acompañada con la reducción equivalente del patrimonio, distribuyéndose proporcionalmente entre los socios el porcentaje reducido. Esta especie de reducción resuelta por la asamblea extraordinaria se traduce concomitantemente en una reducción del patrimonio social (garantía, directa, de los acreedores) y la cifra del capital social (garantía, indirecta, de los acreedores); razón por la cual, en interés de estos últimos, la ley (art. 204, ley 19.550) instaura un régimen de publicidad y les permite oponerse a la reducción (arg. art. 83, inc 3°, ley 19.550), salvo en los casos de amortización de acciones integradas realizadas con ganancias o reservas libres (art. 223, ley 19.550) porque en tal caso no se supone menoscabo del patrimonio social.

⁸ El beneficio de la limitación de la responsabilidad encuentra su razón de ser en el carácter de la magnitud y excesivo riesgo de la empresa propuesta. Su finalidad fue, entonces, el adecuado resguardo del patrimonio personal de los socios, en tanto estos, desde su posición de contratantes, acordarán los medios necesarios para el cumplimiento del objeto propuesto en el contrato social como negocio jurídico (PULIAFITO, G. J., *La infracapitalización*, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, *op. cit.*, p. 246).

⁹ RICHARD, E. H., *Pérdida del capital social y concurso*, Doctrina Societaria y Concursal, *Errepar*, núm. 274, septiembre de 2010, p. 1009.

¹⁰ Para Gladys PULIAFITO la infracapitalización *material* se refiere a aquellos casos en que la sociedad se encuentra desprovista de los medios económicos necesarios para el cumplimiento del objeto social. En cambio, en la *nominal*, si bien la cifra del capital social aparece como irrisoria, el patrimonio neto, sin embargo resulta adecuado para el cumplimiento del objeto social (La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra, *op. cit.*, p. 253).

¹¹ MÉNDEZ, J. J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 248.

¹² Sin embargo, no debemos olvidar que para que los socios puedan disponer de las utilidades no distribuidas a través del dividendo, —dejando por consiguiente a la sociedad con un capital social insuficiente— es necesario que las utilidades estén conformadas por ganancias, líquidas, y realizadas; debiendo decidirlo en ese sentido la misma sociedad, no existiendo, por lo tanto, derecho al dividendo hasta aquel momento. En cuanto a los aportes irrevocables, recordemos que son una creación de la práctica societaria, ya que no se encuentran previstos en nuestra Ley de Sociedades Comerciales núm. 19.550, y responden a la necesidad que pueden tener las sociedades de contar con fondos en forma inmediata cuando no obtienen financiación externa, no pueden asumir sus costos o no disponen del tiempo suficiente para realizar un debido aumento de capital. Así, los propios accionistas o terceros efectúan desembolsos como aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos (no son estrictamente ni aportes societarios ni préstamos), que son receptados por la asamblea o el directorio. El elemento que caracteriza al aportante es «su vocación de permanencia y que soluciona un problema financiero en forma inmediata, con el ánimo de acceder o incrementar la participación social y gozar de los eventuales beneficios de un socio» (CASAL, Miguel Ángel, *Aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social: actualización de aspectos legales, contables e impositivos*, p. 75, Enfoques, T. 2000). Si bien nada dice la ley al respecto, ni establece ningún tipo de sanción, no parece viable que estos aportes se puedan mantener en el patrimonio neto de la sociedad sin capitalizarse por tiempo indeterminado, ya que se estaría desvirtuando la finalidad del instituto, y esto podría ser apuntado por los

organismos de control. En principio, debería pactarse un plazo en el cual se debería efectuar la capitalización de los aportes irrevocables o se debería realizar dicha capitalización dentro de un plazo razonable. Según la opinión del prestigioso jurista Héctor ALEGRÍA, si ese plazo no fuese razonable se «desnaturalizaría la convención y permitiría recalificarla (convertirla) en otro negocio jurídico, casi seguramente un préstamo» (ALEGRÍA, Héctor, *Nuevas reflexiones sobre «aportes a cuenta de futura emisión»*, RDCO 1995-A-15). Finalmente, recuérdese, que la sociedad no se encuentra obligada a capitalizar los aportes irrevocables. En una asamblea de accionistas en la cual se llegase a tratar el tema de un aumento de capital, podría decidirse capitalizar la totalidad de los aportes irrevocables integrados o solo parte de ellos. Así, si la sociedad decide no capitalizar todo o una parte de los fondos entregados, estos deberán ser reintegrados inmediatamente a sus aportantes. Alguna doctrina considera que esa devolución debería efectuarse con una actualización y un interés adicional, ya que al no haberse capitalizado estos fondos se convierten en un préstamo a la sociedad.

¹³ MÉNDEZ, Juan J., *Infracapitalización*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁴ PULIAFITO, Gladys J., *La infracapitalización, el beneficio de la limitación de la responsabilidad y la quiebra*, *op. cit.*, p. 253.

¹⁵ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.^a ed., Barcelona 1992, pp. 976 y sigs.

¹⁶ Cabe preguntarse si acaso también debe responder el Estado por la omisión de control (arg. art. 1074 del Código Civil) a través de las Policías societarias que no verifican el cumplimiento de los capitales mínimos exigidos por ley y si el capital adoptado es suficiente para el cumplimiento del objeto social propuesto, máxime si se tiene presente la índole de actividades que pueda comprender aquel.

¹⁷ En autos «Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. contra Giorgetti Héctor NORBERTO y otros sobre ordinario» el 4 de febrero de 2013, la mayoría de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal (con voto del Dr. Pablo HEREDIA), resolvió: «(...) En ese orden de ideas, se ha interpretado que la responsabilidad concursal del sujeto controlante aparece especialmente cuando ha infringido el deber de mantener la solvencia del patrimonio de la sociedad dependiente (...) pudiendo solamente eximirse de ella cuando la insolvencia ha derivado de externalidades del riesgo empresarial de las que no puede responder quien controla (...) en otras palabras, el sujeto controlante tiene el deber de mantener a la sociedad dependiente en condiciones de subsistencia o sustentabilidad para poder cumplir con sus obligaciones respecto de los acreedores externos al grupo, lo cual tiene relación con el capital de trabajo de la dominada, siendo la dominante responsable en caso de concurso. (...) La cuestión, bien se ve, entronca bajo esta última perspectiva en la problemática de la adecuada capitalización de la sociedad subordinada que debe proveer el sujeto controlante, así como correlativamente con la responsabilidad de este último en situaciones de infracapitalización “material”. (...) Tal problemática y lo atinente a su correlativa responsabilidad son aspectos que, valga señalarlo, lucen especialmente delicados en situaciones como la de autos, en donde está en juego el capital mínimo que deben mantener para iniciar o continuar con su operatoria las entidades aseguradoras, toda vez que las aportaciones a ese capital mínimo en los términos que marca la ley, se relaciona directamente con lo atinente a la solvencia de tales entidades, determinando ello específicos deberes de integración en casos de déficit de capital (arts. 7, inc. c, 30 y 31 de la ley 20.091). (...) Pues bien, partiendo entonces de la base de que los supuestos de infracapitalización societaria “material” pueden justificar la promoción de acciones de responsabilidad concursal (...) y de que, como se dijo, en los casos de control participacional —definido como tal en los términos del artículo 33, inc. 1.º, de la ley 19.550— el sujeto controlante puede ser sujeto pasivo de la acción pertinente pues, en cuanto tal, tuvo la posibilidad de tomar decisiones y de evitar conductas inadecuadas (...). En el presente caso, resultan muy interesantes los hechos para comprender como juega el tema de la infracapitalización y la responsabilidad del socio controlante: (a) El 10 de septiembre de 1998 la Superintendencia de Seguros de la Nación observó los estados contables cerrados al 30 de junio de 1998 de Instituto Italo Ar-

gentino de Seguros Generales S.A. por encontrar un déficit de capital que la colocaba en la situación prevista por el artículo 31 de la ley 20.091, esto es, a fin de que esa entidad aseguradora adoptase, en el marco de un plan de regularización y saneamiento, las medidas necesarias para mantener la integridad del capital mínimo previsto por el artículo 30 de esa normativa, (b) Con la finalidad de capitalizar a la entidad en la medida exigida por la ley 20.091, Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. recibió en concepto de aporte irrevocable la cantidad de 10.490.000 acciones representativas del capital de Sociedad Comercial del Plata S.A., valuadas en \$ 5.349.900 según cotización del 30 de junio de 1998, cuya propiedad y tenencia correspondía a Solfina S.A. Acto seguido, la aseguradora cedió ese aporte de acciones a un socio mayoritario suyo (Bristol Group Holding 6), quien asumió el compromiso de sustituirlas antes del 30 de octubre de 1998 por dinero en efectivo u otros títulos, así como a mantener invariable el indicado monto de valuación, haciendo aportes adicionales de ser necesario para ello, hasta tanto que se efectuase la sustitución de los títulos cedidos, (c) Comunicado lo anterior a la Superintendencia de Seguros de la Nación, la autoridad de control dispuso teniendo en cuenta la “suficiente cotización bursátil” de las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. y los compromisos asumidos por el accionista mayoritario referido, tener al aporte de tales títulos como suficiente para regularizar la situación del capital de Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A., bien que en forma excepcional hasta el 30 de octubre de 1998, (d) Habida cuenta que los estados contables cerrados el 30 de septiembre de 1998 proyectaron una situación análoga a la que se había producido en los que habían cerrado el 30 de junio de 1998, Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. se presentó ante la Superintendencia de Seguros de la Nación solicitando, como medidas de excepción, lo siguiente: 1) que las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. que se habían integrado como aporte al capital de la aseguradora se siguieran contabilizando según su valor de cotización del 30 de junio de 1998 (\$ 1,08757 por acción) y no al menor con que dichos títulos habían cotizado bursátilmente el 30 de septiembre de 1998; 2) que se le permitiera continuar con la dispensa admitida para el balance del 30 de junio de 1998 en cuanto a que para el cómputo del capital mínimo exigible, se le siguiera permitiendo invocar las citadas 10.490.000 acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A., aun cuando ello estuviera en exceso de la tenencia máxima normativamente acordada; 3) que se otorgase idéntico tratamiento para los futuros estados contables a cerrar el 31 de diciembre de 1998 y el 1 de abril de 1999. Cabe observar que en la nota respectiva, con relación a la primera petición, la aseguradora destacó que “...a los efectos de coadyuvar a lo solicitado, Solfina S.A., sociedad controlante de Comercial del Plata S.A., se encuentra dispuesta a brindar las garantías que esa Superintendencia estime necesarias para asegurar la recompra al valor indicado (\$ 1,08757 por acción) evitando así el riesgo de fluctuación del valor de la acción de Sociedad Comercial del Plata S.A. por debajo del valor antes indicado...”. (e) La Superintendencia de Seguros de la Nación accedió a cuanto había sido solicitado por la aseguradora, pero lo hizo bajo la condición de que Solfina S.A. asumiera el compromiso irrevocable de comprar las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. aportadas al capital de la aseguradora a un valor no inferior a \$ 1,08757 por acción, debiendo ello tener lugar en algún momento entre la fecha en que se asumiera el compromiso y el 1 de abril de 1999, (f) A fin de cumplir con la condición precedentemente citada, se celebró el 12 de enero de 1999 entre el Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. y Solfina S.A. un “Contrato de Opción de Venta”. En virtud de ese contrato y declarándose que la aseguradora era propietaria de 36.456.000 de acciones ordinarias representativas del capital de Sociedad Comercial del Plata S.A., de valor nominal \$ 10 cada una, la firma Solfina S.A. asumió el “...compromiso irrevocable e incondicional de comprar las acciones a un precio de U\$S 1,08757 por acción (...) si recibe de la Compañía la notificación de ejercicio de la opción...”; estableciéndose que “...Dicha notificación de ejercicio de la opción deberá ser remitida por la Compañía a Solfina con una anticipación no menor a diez (10) días corridos respecto de la Fecha de Ejercicio...”. El mismo 12 de enero de 1999, por instrumento separado, la aseguradora comunicó a Solfina S.A. que “...ejercerá la opción de venta el 1 de abril de 1999 y transferirá 36.456.000 acciones de

Sociedad Comercial del Plata S.A. a la cuenta de Solfina simultáneamente con la recepción de U\$S 39.648.451,92...”, (g) Con lo anterior, la Superintendencia de Seguros de la Nación dio por cumplida la condición que había impuesto, declarándose por ello, el 14 de enero de 1999, que la aseguradora acreditaba haber cumplido con el capital mínimo requerido por la normativa vigente, (h) El 30 de marzo de 1999 la aseguradora requirió a la Superintendencia de Seguros de la Nación la prórroga por un año del *status quo* de excepción que, hasta esa fecha, había sido consentido por el organismo de control en cuanto a la regularización del capital mínimo exigido por el artículo 30 de la ley 20.091. Como respuesta al pedido, la Superintendencia preanunció que solamente concedería la prórroga por el plazo menor de 180 días condicionándola, además, a que el compromiso irrevocable de compra contenido en el “Contrato de Opción de Venta” del 12 de enero de 1999 fuera a su vez prorrogado por las partes hasta el 1 de octubre de 1999. En ese estado de cosas, y sin que llegara a otorgarse la prórroga del “Contrato de Opción de Venta” ni, consiguientemente, conceder la autoridad de control prórroga alguna del referido *status quo* de excepción, el Instituto Italo Argentino de Seguros Generales S.A. resolvió en asamblea extraordinaria de accionistas su disolución anticipada en los términos del artículo 50 de la ley 20.091 y requirió a la Superintendencia de Seguros de la Nación la revocación de la autorización para operar que recibiera. (i) Fue con base en los antecedentes fácticos reseñados que promovieron la presente demanda las delegadas liquidadoras de la Superintendencia de Seguros de la Nación, en representación de Italo Argentina de Seguros Generales S.A., para obtener la reparación del daño que a esta última le causó Solfina S.A. En efecto, por cuanto aquí interesa, en el escrito de inicio sostuvieron que la demandada Solfina S.A. fue “controlante” de Italo Argentina de Seguros Generales S.A. —por haber adquirido la tenencia accionaria de Bristol Group Holding 6 y pasar a ser, consiguientemente, su accionista mayoritaria— en cuyo capital constaban como aportes las referidas acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. Y que habiendo asumido Solfina S.A. mediante el “Contrato de Opción de Venta” del 12 de enero de 1999 el compromiso irrevocable e incondicional de compra de tales acciones a fin de reconstituir debidamente el capital mínimo de su controlada tal como lo exigiera la Superintendencia de Seguros de la Nación, abusó de su calidad de controlante al no instar la concreción de la referida operación, lo que perjudicó la solvencia de la aseguradora dependiente en la medida que el ingreso de dinero efectivo en reemplazo de las acciones resultaba de vital importancia para que hiciera frente a sus pasivos, máxime cuando el déficit de capital al 30 de septiembre de 1998 superaba el 574%. Destacaron, por lo demás, el carácter de “controlante” que Solfina S.A. también tenía respecto de Sociedad Comercial del Plata S.A., y arguyeron que la conducta abstinentista de Solfina S.A. no podía sino calificarse como dolosa. La demanda se fundó en lo previsto por el artículo 173 de la ley 24.522. (j) La sentencia de primera instancia concluyó que asistía razón a la demanda en su imputación de responsabilidad respecto de Solfina S.A. correspondiendo, por ende, su condena; lo que fue confirmado por la mayoría de la sala D, de la Cám. Nac. Comercial. Entre los muchos argumentos que da la mayoría de la sala D, de la Cámara de Comercio para condenar a la controlante, se puede leer que: “(...) Así pues, lo que evidencian los hechos precedentemente considerados es la presencia de una voluntad de la controlante Solfina S.A. de perpetuar la situación de infracapitalización material que desde hacía tiempo aquejaba a su controlada y que fuera tolerada por la autoridad de aplicación en un esquema de marcada excepcionalidad o, lo que es lo mismo decir, la presencia de una constante voluntad contraria al serio cumplimiento del deber de mantener la solvencia del patrimonio de la sociedad dependiente, dando cuenta ello de que, efectivamente, la demandada apelante incurrió en la antijuridicidad prevista por el artículo 173, segundo párrafo, de la ley 24.522, que como se dijo aprehende el caso en el que el sujeto controlante no solo toma parte en la reducción de la solvencia patrimonial de la sociedad controlada, sino también en el proceso de decisión de ella (...)”. Continuando con la argumentación de la mayoría del Tribunal, esta concluye en que la controlante conocía perfectamente la significación antijurídica del hecho y la voluntad de realizarlo por cuanto: a) asumió en forma incondicionada e irrevocable el compromiso de adquisición de las acciones de Sociedad Comercial del Plata

S.A. —lo que implicaba una erogación de U\$S 39.648.451,92 según lo antes dicho— en momentos en que ya era notorio su propio desequilibrio económico y financiero según lo explicó el peritaje contable rendido en autos, sin recibir críticas; b) permitió que su controlada insistiera ante la autoridad de aplicación en la posibilidad de mantener las acciones de Sociedad Comercial del Plata S.A. como aportes de capital, sabiendo de la difícil situación de insolvencia que aquejaba a esta última (reconocida por Sociedad Comercial del Plata S.A. al solicitar tiempo después su propio concurso preventivo), sumándole a ello la pretensión de que tales acciones fueran valoradas a una cotización que no era la real, en contraposición con lo previsto por el artículo 30.1. de la RSSN núm. 25.804/98); c) a través de su controlada impulsó todo lo anterior dentro de un tiempo próximo a la petición de disolución anticipada reglada por el artículo 50 de la ley 20.091, y de su propio concursamiento preventivo, lo que tuvo lugar en setiembre de 2000. En suma, todo indica que la controlante, sea a través del control ejercido sobre la aseguradora en las peticiones que ella hizo ante la autoridad de control, sea por actos propios, se condujo “a sabiendas” de que las medidas adoptadas para cubrir el déficit de capital mínimo oportunamente advertido en los términos del artículo 31 de la ley 20.091 no servirían a su controlada para superar, realmente, la infracapitalización material que padecía, sino solamente para lograr validaciones de excepción por parte de dicha autoridad de control que, en los hechos, la tolerancia de esta última siempre delimitó a períodos breves, vencidos los cuales se volvía a insistir con nuevas e ingeniosas medidas tendientes a lograr el mismo resultado engañoso (...)».

¹⁸ Pérdida del capital social y concurso, *op. cit.*, p. 1011.

¹⁹ Por ejemplo, en Alemania el artículo 15 de la ordenanza sobre la insolvencia reza: «*si una persona jurídica se torna insolvente o sobreendeudada, los miembros del órgano de representación o los liquidadores deberán, sin dilación culpable, a más tardar 3 semanas después de la aparición de la insolvencia o sobreendeudamiento, presentar una solicitud de concurso*» (cabe aclarar, no obstante, que la reforma del 2008 suspende el “sobreendeudamiento” como presupuesto material del concurso). Asimismo, se sanciona con pena privativa de la libertad de hasta 3 años o con multa a quien, violando lo dispuesto en el artículo anterior, no presente solicitud de concurso, no la presente correctamente o no la presente temporáneamente.

²⁰ RICHARD, Efraín H., Pérdida del capital social y concurso, *op. cit.*, p. 1010.

²¹ Administradores: facultades y deberes. Los administradores con posterioridad al vencimiento de plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

²² Para comprender el instituto de los daños punitivos ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados ‘daños punitivos’ en el Derecho argentino?, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, anticipo de *Anales*, año XXXVIII, segunda época, número 31. Explica la autora que los *punitive damages* se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo. Persiguen, entonces, una doble finalidad: punir, sancionar (*punishment*) y disuadir, motivar para que no se vuelva a cometer la misma conducta (*deterrence*). Su procedencia exige: a) que el juez entienda que está frente a un caso en que hay que punir y, además, disuadir o desanimar acciones de este tipo, y b) que el demandado haya actuado, al menos, de mala fe; dicho de otro modo, que su conducta se caracterice por circunstancias agravantes como el capricho, la temeridad, la malicia, la negligencia o el descuido craso, la opresión, la contumacia o fraude, etc.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado
para su publicación el 20-2-2014)

La eficacia negativa de la publicidad registral en Cuba

Negative effectiveness of land registration in Cuba

por

YUNIEL ROSABAL ROBAINA

Máster en Ciencias en Derecho por la Universidad de La Habana

Registrador de la Propiedad de La Habana Vieja

Profesor Instructor Adjunto de la Facultad de Derecho de La Universidad de La Habana

RESUMEN: Determinadas situaciones jurídicas no inscribibles dentro del tráfico inmobiliario requieren también la protección del Registro de la Propiedad. Para tales fines suele utilizarse la figura de la anotación preventiva. Sin este particular asiento los efectos del principio de fe pública registral serían devastadores y generarían desconfianza en el sistema de transmisiones inmobiliarias. Su regulación dota al procedimiento registral de un elemento funcional y práctico que permite enervar la presunción *iuris et de iure* en favor del tercero hipotecario, cuya posición inatacable se puede echar abajo con la práctica de tal asiento. Su rol preventivo hace se torne en una herramienta necesaria para el desarrollo del tráfico jurídico inmobiliario. Por ello, en los distintos sistemas registrales existen asientos cuya función es enervar la fe pública registral, lo cual se conoce como efecto negativo de la publicidad. En Cuba los órganos jurisdiccionales han dirigido la mirada a este singular asiento cuya práctica comienza a notarse tras medio siglo de ausencia. Empero, las exigencias del tráfico inmobiliario en nuestro país demandan una reformulación normativa que brinde mayor seguridad jurídica.

ABSTRACT: *Certain legal situations not registrable in the property transactions also require protection Land Registry. For such purposes often the figure of the notation used. Without this particular seat the effects of the principle of public faith registration would roughing and generate distrust in the system of real property transactions. Its regulation provides the registration procedure of a functional and practical element that allows rebut the irrebuttable presumption in favor of the mortgage third, whose unassailable position can overturn the practice of the seat. Its preventive role ago becomes a necessary tool for the development of real estate legal traffic. Therefore, in different seats registry systems exist whose function is to rebut the public faith registration, which is known as negative effects of advertising. In Cuba the courts have directed the look of this unique seat whose practice begins to be felt after half a century of absence. However, the requirements of property transactions in our country demand a reformulation rules to provide greater legal certainty.*

PALABRAS CLAVES: Anotación preventiva. Inscripción provisional. Fe pública registral. Eficacia negativa de la publicidad. Seguridad jurídica.

KEY WORDS: *Preventive annotation. Provisional registration. Public faith registration. Negative advertising effectiveness. Artificial security.*

SUMARIO: I. INTROITO.—II. HACIA UN CONCEPTO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA: 1. CARACTERES QUE LE IDENTIFICAN. 2. DE SU NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES. 3. EFECTOS.—III. DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL A UN NUEVO ORDEN SOCIAL SIN PROTAGONISMO HIPOTECARIO.—IV. LOS ASIENTOS PROVISIONALES EN EL ORDENAMIENTO INMOBILIARIO CUBANO: CONCEPTO Y GENERALIDADES: 1. EFECTOS. 2. ASPECTOS FORMALES. 3. EXTINCIÓN.—V. SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN PROVISIONAL: 1. POR DEFECTOS EN LOS TÍTULOS. 2. POR AUSENCIA DE TÍTULO AL ORDENAR UNA MANZANA. 3. CUANDO MEDIE ACUERDO DE NO TRIBUTAR O POR IMPOSIBILIDAD DE PAGO DEL TRIBUTO. 4. POR NO HABERSE OBTENIDO EN EL PLAZO ESTABLECIDO CERTIFICACIÓN DE EXPEDIENTE BÁSICO. 5. ¿OTRAS SITUACIONES DE PROVISIONALIDAD? —VI. PARTICULARIDADES DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA EN CUBA.

I. INTROITO

El más trascendental de los asientos que se practican en el Registro de la Propiedad es el de inscripción. En su virtud se despliega la eficacia positiva de

la publicidad, o sea, se garantiza la mayor protección posible a la que pueda aspirarse en sede registral. Así, quien adquiere confiando en el contenido de sus asientos y cumple además los requisitos legalmente establecidos, obtiene una posición prácticamente inatacable.

Es por ello que el acceso al Registro de determinada situación jurídica para su consecuente publicación resulta meta ideal de casi todo quien pone en marcha el procedimiento registral. Y es que aunque la inscripción de un derecho no le hace sustantivamente definitivo¹, produce efectos que dotan de mayor seguridad al tráfico jurídico inmobiliario.

Sin embargo, aunque no todas las relaciones jurídicas se presenten *prima facie* como inscribibles, se les brinda especial protección de incidir sobre la propiedad u otro derecho real. A esta especial función se le conoce como el aspecto negativo de la fe pública registral. Por ello, el epicentro inmobiliario encuentra sustento en la seguridad brindada a quienes realizan actos traslativos de dominio confiando en lo que el Registro divulga; virtualidad que pudiera tornarse quimera de no existir un asiento capaz de contrarrestar la fe pública registral.

II. HACIA UN CONCEPTO DE ANOTACIÓN PREVENTIVA

Aunque no ha faltado esfuerzo en la doctrina civilista por lograr una definición de las anotaciones preventivas, mayoritariamente quienes se han aventurado en el tema reducen su estudio a un tratamiento parcial de la figura, donde más bien se examinan de forma separada los distintos tipos de anotaciones.

Abordar la materia con la integralidad se torna harto complejo si atendemos a la heterogeneidad con que fueron concebidas las anotaciones preventivas. Es por ello usual encontrar en aquellos que han intentado definirla más allá de un concepto caracteres comunes a toda anotación.

Quizás sirva como primer acercamiento a su estudio, las luces ofrecidas por el origen etimológico de las locuciones anotar y prevenir, de las cuales pueden advertirse algunas ideas no del todo desligadas a la realidad jurídica que nos ocupa; la primera proviene de lat. *annotare* (1. Escribir o poner una nota o señal para advertir o hacer notar cierta cosa, en algún sitio. 2. Escribir algún dato o noticia para recordarlo)² y la segunda de lat. *praevenire* (tomar las medidas precisas para evitar o remediar un mal)³.

BONNAFOUS⁴ nos ilustra sobre lo que consideró la génesis ideológica de las anotaciones: *El Registro, en la ordenación jurídica moderna, es algo más que un mero instrumento de publicidad formal... En razón de esta característica, su reglamentación debe aspirar a abarcar en su seno todas aquellas relaciones que pueden afectar al régimen de la propiedad inmobiliaria, ya actualmente ya por su posible desenvolvimiento ulterior.*

TALMA CHARLES⁵ siguiendo a VILLARES PICÓ señala como fuente de inspiración de las anotaciones a la legislación catalana, específicamente sitúa la aparición del término en una Pragmática de Pedro III del año 1339, la cual trata sobre la anotación que debía practicarse sobre los bienes de los criminales. Dicha norma recoge las locuciones latinas «*annotacio*» y «*annotare*» que indicaban la inscripción que se hacía de los bienes del delincuente, por orden de la autoridad judicial⁶.

Su afianzamiento según de la DE LA RICA⁷, es a mediados del siglo XVIII con la práctica de las *Protestationes*; mediante la cual ciertas acciones modificativas de la situación real quedaban garantizadas temporalmente mediante la práctica de un asiento provisional. Ejemplo de esto, se encuentra en la Ley Hipotecaria de Prusia de 1783 cuyo precedente fueron las Ordenanzas Hipotecarias para Silesia de Federico II de Prusia en 1750, que motivaron el tratamiento teórico de la figura.

Desde entonces se emplearon diversas categorías terminológicas cuyo elemento distintivo fue la provisionalidad, entre ellas protestas, defensas, preanotaciones, cláusulas, notas marginales, embargos, inhibiciones, mandamientos, preinscripciones, subinscripciones e inscripciones condicionales.

En Cuba como en España el término anotación debe su establecimiento como expresión jurídica a la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861 donde sustituyeron al término «hipoteca judicial», tal como lo expresara su Exposición de Motivos⁸.

Es DÍEZ-PICAZO⁹ quien más se ha acercado a un concepto general abstracto al expresar que «Las anotaciones preventivas son unos asientos registrales de vigencia temporalmente limitada que enervan la eficacia de la fe pública registral en favor de los titulares de situaciones jurídicas que no son inscribibles». Si bien es cierto como apunta SÁNCHEZ JORDÁN¹⁰, que esta definición no es del todo exacta pues no en todos los supuestos del artículo 42 se da la eficacia enervatoria de la fe pública registral, si es la más completa de cuantas han aparecido hasta el momento pues supera los tabúes descriptivos que venía arrastrando la doctrina.

1. CARACTERES QUE LE IDENTIFICAN

Suele relacionarse la práctica de las inscripciones con el acceso de los derechos reales al Registro, reservándose a su vez el asiento de anotación para el acceso de los derechos personales. Tal paralelismo se ha asumido en base a que los derechos reales en cuanto a su constitución, modificación o extinción requieren de la forma registral más pura, mientras las anotaciones están concebidas para proteger los derechos personales destinados a producir una mutación jurídico-real. Lo cierto es que tal correlación resulta en opinión de la doctrina más una cuestión de política legislativa que de orden técnico. Así son objeto de anotación derechos

de indiscutible naturaleza real como el legado y el derecho hereditario, mientras que por vía de la inscripción se publican derechos tales como el arrendamiento.

Por lo anterior ha sido una tarea fundamental de los autores avezados en la materia establecer caracteres comunes a cada anotación para mejor entender su anatomía jurídica.

VALPUESTA FERNÁNDEZ¹¹ extrae de la definición de DÍEZ-PICAZO antes expuesta lo que considera caracteres de las anotaciones:

- A diferencia del asiento de inscripción, de duración indefinida, la anotación preventiva tiene fijado un plazo temporal de vigencia que, con carácter general se establece en cuatro años, salvo aquellas que tengan señalado por Ley un plazo más breve, artículo 86 de la Ley Hipotecaria española.
- Los efectos de la anotación preventiva también son limitados en relación al asiento de inscripción, ya que generalmente enervan los efectos de la fe pública registral.
- Su objeto se determina legalmente mediante un criterio *numerus clausus* de situaciones jurídicas, de las que cabe extraer únicamente como elemento común, el que no pueden ser objeto del asiento de inscripción.

A nuestro juicio pueden distinguirse 6 caracteres fundamentales que distinguen las anotaciones del resto de los asientos registrales:

1. Heterogeneidad: Integran el universo de las anotaciones tanto los derechos reales perfectos como los derechos personales con vocación real, así como también situaciones no patrimoniales que inciden sobre estos como la incapacidad y la ausencia.
2. Temporalidad: Sus efectos son limitados. Caducan o prescriben.
3. Transitoriedad: En sí misma no constituyen el fin último de la publicidad de un derecho sino un reservorio de rango para la situación jurídica de pendencia que subyace en su contenido, la cual aspira en algunos casos a convertirse en inscripción.
4. Eficacia Negativa: Están destinadas a enervar la fe pública registral.
5. Provisionalidad: La protección que se le brinda tiene un carácter limitado, cautelar en algunos casos. Se asegura de manera temporal la protección a una determinada situación jurídica.
6. Eventualidad: La anotación puede extinguirse por el transcurso del tiempo, o simplemente convertirse en inscripción. En ambos casos estará sujeta a las contingencias del derecho que se anota.

2. DE SU NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES

El escollo que implica el tratamiento de las anotaciones se debe en mayor medida a su diversidad. Su estudio como sistema unitario se ha visto perjudicado

por las variadísimas circunstancias que se protegen a través de las anotaciones. Estimamos de primer orden para entender el entramado de particularidades que entrañan, practicar un análisis por separado de las cuestiones específicas de cada anotación distinguiendo a su vez grupos y posteriormente atendiendo a su heterogeneidad, cada una por separado. Veamos a continuación las clasificaciones, a nuestro juicio, más reveladoras de su naturaleza.

Según BONNAFOUS¹² existen dos grupos de anotaciones:

Primer grupo: En su base hay un derecho real, posible o seguro civilmente al que falta algún supuesto registral, los supuestos que pueden faltarle se refieren ya a un elemento objetivo-civil o registral en sentido estricto (número 7 en cuanto al legatario de cosa inmueble determinada y núm. 9 del art. 42 de la Ley Hipotecaria); ya la existencia misma de la relación pendiente de su reconocimiento judicial (núms. 1 y 5 del art. 42 de la Ley Hipotecaria). Se trata en todas ellas de una mera medida de seguridad, cautelar; tienden a evitar que el juego de los principios registrales perjudique una relación posible.

Son puras medidas de carácter preventivo. Aparte de los beneficios que a la relación puede aportar la anticipación y garantía de sus posibles efectos registrales, puede decirse que estas anotaciones no aúnan nada sustantivo, independiente de la relación anotada. Finalidad limitada a la publicidad registral. Dejan la relación anotada en el mismo estado civil que antes tenían, sin reforzarla en modo alguno, fuera de los beneficios de la publicidad. Son anotaciones que tienen por función única publicar sin constituir.

Segundo grupo: Se caracteriza por la constitución registral, provisional y subordinada, de un derecho accesorio que viene a reforzar la relación básica. A diferencia de las anteriores, estas *publican constituyendo* y tienen siempre en su base una relación meramente obligatoria.

Una clasificación más detallada la ofrece DE LA RICA¹³:

Atendiendo a las relaciones jurídicas garantizadas:

1. Las que aseguran la eficacia de relaciones generadoras de derechos reales que no pueden inscribirse.
2. Las que aseguran la eficacia de relaciones generadoras de derechos personales o de obligación reforzados con efectos reales accesorios.

Atendiendo a las entidades registrales a que afectan, las anotaciones pueden clasificarse en:

1. Las que recaen sobre fincas y derechos determinados, como por ejemplo la del legatario de inmueble específico, la de demanda sobre la propiedad de una finca determinada, etc.
2. Las que recaen sobre cualesquiera fincas o derechos inscritos a nombre del obligado, como, por ejemplo, las de prohibición de enajenar o secuestro, las de demanda de incapacidad, etc.

En general, las anotaciones que garantizan derechos reales recaen sobre bienes o derechos determinados, y las que garantizan derechos de obligación recaen sobre bienes indeterminados del deudor.

Atendiendo a sus efectos registrales desde un punto de vista formal, pueden las anotaciones ser:

1. Convertibles en inscripciones, cuando son precursoras de inscripciones definitivas y surten, por anticipado los efectos de estas.
2. No convertibles, cuando son aseguradoras de un derecho personal tutelado judicialmente o de la efectividad de ejecuciones judiciales o administrativas.

La clasificación más usual y de carácter más práctico es la que las diferencia atendiendo al origen o fuentes de las mismas en:

1. Rogadas.
2. De oficio.

Según que se pida al Registrador la extensión de la anotación o que dicho funcionario deba practicarlas por sí mismo, en virtud de mandato legal o reglamentario. A su vez las rogadas se subdividen en:

1. Voluntarias o convencionales.
2. Judiciales.
3. Gubernativas

El propio DE LA RICA se adscribe a la clasificación de BONNAFOUS añadiendo las anotaciones que él denomina *sustitutivas*: «que son aquellas que tienen por principal misión hacer durante su vigencia las veces de una inscripción, de otra anotación, de una cancelación y de una nota marginal, para que si llegan a convertirse en esa clase de asientos definitivos surtan sus efectos desde la fecha de la anotación sustitutiva; y si se cancelan habrán servido de garantía del derecho anotado hasta su extinción».

Una clasificación exhaustiva es la realizada por TALMA CHARLES¹⁴:

1. *Anotaciones practicadas por orden de la autoridad judicial*:
 - Anotación de demanda de propiedad, o de constitución, declaración o modificación de cualquier derecho real (art. 42.1 LHE).
 - Anotación de demanda de embargo (art. 42.2 LHE): embargo preventivo (1297-1418 LEC del año 1881; art. 727.1 LEC del año 2000); para asegurar la ejecución de sentencia (42.3 LHE, 141 RHE; arts. 921 y sigs. LEC del año 1881, arts. 571 y sigs. LEC del año 2000); embargo ordenado en juicio ejecutivo (1453 LEC de 1881, art. 629 LEC del año

2000) embargo en caso de rebeldía del demandado (764 LEC de 1881); embargo en causa criminal (604 LECR; arts. 140, 164, 170 y 191 RHE).

- Anotación de secuestro (art. 42.4 LHE).
- Anotación de prohibición de enajenar (arts. 42.4 LHE y 145 RHE).
- Anotación de demanda de incapacidad (arts. 42.5 y 43.3 LHE).
- Anotación de prórroga del plazo de las anotaciones preventivas practicadas por defectos subsanables (art. 96 LHE).
- Anotación de demanda que se interponga contra la calificación del Registrador (art. 66 LHE).
- Anotación de demanda de indemnización por responsabilidad del Registrador (art. 309 LHE).
- La anotación que procede en los casos de suspensión de pagos, concurso o quiebra (art. 142 RHE).
- La anotación a favor de los herederos (arts. 46 y 57 LHE).
- Anotación a favor de los legatarios cuando no hay acuerdo entre las partes (arts. 56-58 LHE).

2. Anotaciones de carácter gubernativo, practicadas a requerimiento de las autoridades administrativas:

- Anotación de embargo de inmuebles que se decreta en un procedimiento de apremio administrativo (arts. 25, 140, 164, 170 y 191 RHE; arts. 41 y 125 y sigs. RGR; arts. 11-13 LHE; arts. 129 y sigs. RGRSS).
- Anotación a favor del beneficiario (expropiante) en los casos de expropiación forzosa (32.3 RHE).
- Anotación a favor del Estado, o Corporaciones civiles, cuando las autoridades decreten embargos o adjudicaciones de bienes inmuebles o derechos reales (art. 25 RHE).

3. Anotaciones practicadas de oficio:

- En los casos de falta de índices que debieran consultarse como actividad previa a la práctica de una inscripción (art. 161 RHE).
- En los casos de presentación simultánea de títulos contradictorios, faltando la manifestación de los interesados sobre el orden de presentación (art. 422 RHE).
- Consulta del registrador a la Dirección General de los Registros (art. 481 RHE).

4. Anotaciones practicadas a instancia de parte (voluntarias o convencionales):

- Anotación por defecto subsanable (arts. 42.9, 65.2 LHE).
- Anotación de crédito refaccionario (arts. 42.8; 59.2 y 93 LHE).

- Anotación de Derecho hereditario (art. 42.6 LHE).
- Anotación de Legado (art. 42.7 LHE).
- Anotación que concede a los acreedores de una herencia, concurso o quiebra (arts. 45 LHE; 172, 174 RHE).
- Anotación de permisos de investigación minera (art. 67.70 RHE)

SÁNCHEZ JORDAN¹⁵ parte de la clasificación en cuatro grupos de LA-CRUZ.¹⁶ Veamos ambas. Según el último:

1. Las representativas de otro asiento: Llamadas inscripciones provisionales¹⁷. Clasifican aquí las anotaciones que se caracterizan por ser provisionales y anticipatorias, con efectos semejantes a los de las inscripciones definitivas, aunque con una duración limitada en el tiempo. Entre sus efectos, este grupo particular produce el cierre registral a los títulos contradictorios, sin perjuicio una vez resuelta la situación que las genera, de convertirse en inscripción con retroacción a la fecha en que se practicó la anotación, (art. 70 LHE). Conforman el grupo, según el autor, las anotaciones por defectos subsanables o por imposibilidad del Registrador (art. 42-9 LHE), las de legado específico de cosa inmueble propia del testador (art. 46 LHE)¹⁸ y la del heredero que solicita la inscripción de los bienes de la herencia (art. 49 LHE). Se suman a las anteriores las que se practican por falta de índices (art. 61 RHE), por tener que consultar alguna duda que impida la inscripción solicitada (art. 481 RHE, implícita en el artículo 42-9 o por presentarse en el mismo instante títulos contradictorios referentes a una misma finca (art. 422 RHE).

2. Las de derechos en litigio o en formación, denominadas por COSSÍO anotaciones de contradicción¹⁹. Es este grupo se sitúan las anotaciones que advierten a los hipotéticos adquirentes de los bienes anotados acerca de la existencia de un pleito que los afecta (art. 42-1 LHE), coincidiendo en gran medida con los *Widersprüche* (Cfr. art. 899 BGB). SÁNCHEZ JORDÁN, precisa este conjunto al referir que la naturaleza de este supuesto es mixta o doble: por un lado, cabe aseverar que la demanda de cumplimiento de la obligación de transferir la propiedad anticipa una inscripción futura, garantizando un derecho de carácter personal, datos que la acercan a la preanotación alemana. Y, por otra parte, es un asiento que tiene como finalidad la de llamar la atención acerca de la posible inexactitud —con independencia de su tipo o de su origen— del contenido del Registro. Continúa la autora exponiendo que para lograr una visión más global de la categoría deben incluirse además las anotaciones de demanda del artículo 182 RHE, que se podrán practicar «siempre que se litigue sobre la ineficacia de una cancelación», y las previstas en el artículo 66.2 LHE, para los supuestos en que se hubiera interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del Registrador que deniegue o suspenda el asiento solicitado; en ambos casos dan aviso de la posible incorrección del contenido del Registro. Por último, dice la autora, debieran incluirse las anotaciones que se practican por demandas de

incapacidad a las que alude el artículo 42-5 RHE por remisión del artículo 2-4 de la misma norma, pues existe una situación de pendencia, que, de prosperar, puede provocar la rectificación registral, resultando impugnables los actos de disposición realizados por el incapaz.

3. Anotación con función de garantía. Su misión es asegurar la efectividad de aquellos derechos de crédito que por sí mismos no son inscribibles ni tienen eficacia real, objetivo que se logra privilegiando o mejorando el rango del crédito, en unos casos, y convirtiendo en *erga omnes* la afección de ciertos bienes al pago del crédito, en otros. Autores como COSSÍO²⁰ han afirmado que estos asientos ni reflejan ni refuerzan la relación jurídica existente fuera del Registro, sino que se crea registralmente un derecho nuevo, que garantiza un derecho anterior. DÍEZ-PICAZO²¹ bastante cerca de la anterior posición, estima que la mayoría de las situaciones que se incluyen en este apartado —y frente a lo que sostiene LACRUZ—, su condición de derecho real de garantía de origen judicial o legal, enumerando, entre ellas, las anotaciones que se practican a favor de los acreedores refaccionarios (art. 42-8. LHE) de los legatarios (arts. 48 y sigs. LHE), las de embargo (arts. 42-2 y 42-3 LHE) y la anotación del derecho hereditario (art. 42-6 y art. 46 LHE).

4. Las de valor negativo son aquellas que se caracterizan porque, en lugar de publicar derechos subjetivos, publican situaciones de tipo negativo: bien una no titularidad de disposición, bien una no capacidad de enajenar. Pertenecen a esta categoría, según los autores citados, las de demanda de incapacidad (art. 42-5 LHE), las de prohibiciones judiciales o administrativas de enajenar y, por último, las de secuestro. Parece más atinada por la finalidad de su práctica, incluir las anotaciones de secuestro y de depósito judicial dentro del grupo de las que desempeñan una función de garantía.

SÁNCHEZ JORDÁN, luego de un fértil análisis doctrinal de la anterior ordenación propone un replanteamiento que culmina con una reducción de los grupos, los cuales hace más heterogéneos y flexibles: las representativas de otro asiento, las de contradicción y las de garantía; identificadas las dos primeras con la concepción germana de la *Vormerkung* y, más ampliamente, con el *Widerpruch*, la restante.

3. EFECTOS

Cada asiento de anotación preventiva produce efectos particulares, distintos al resto de los asientos registrales, pero de forma general puede decirse que su efecto principal es enervar la fe pública registral.

VALDIVIESO POLAINO²² siguiendo a DÍEZ-PICAZO compila una especie de catálogo de efectos que se manifiestan en la mayoría de las anotaciones, los cuales podemos reducir a 3 fundamentales:

1. *El enervamiento de la fe pública registral.* Coincidimos con los autores que *constituye este efecto la esencia misma de esta clase de asientos*. Es una consecuencia del artículo 32 de la Ley Hipotecaria española que establece la carga para terceros de soportar la existencia de ciertos hechos no inscritos pero anotados, respecto de los cuales no puede alegarse desconocimiento. Sucede entonces que lo publicado mediante anotación perjudica a los terceros en la misma medida en que lo no anotado no lo perjudica, estableciéndose una regla proporcional en base a lo que consta o no en el Registro, siendo en consecuencia oponible o no *erga omnes*. Entiéndase con ello una supresión a la fe pública registral establecida con carácter precautorio.

2. *Ineficacia positiva de la anotación.* Consideramos más ajustado hablar en este caso de: Eficacia negativa de la publicidad registral ya que mediante la práctica de la anotación lo que se produce es una manifestación en sentido negativo de la publicidad. Se persigue la no efectividad del principio de fe pública registral y con ello la destrucción de la posición inatacable del tercero del artículo 34, el cual es mantenido en su adquisición si su causante o transferente aparece como titular en el Registro cumpliendo además una serie de requisitos, adquirir de buena fe es uno de los fundamentales. Como es sabido buena fe en sede hipotecaria es sinónimo de conocimiento y precisamente tal tercero no podrá alegar desconocimiento de constar anotación preventiva, en otras palabras, la anotación equivale a la *cognitio* registral y por ende a la destrucción del principio de buena fe que ampara a los terceros.

3. *Ineficacia legitimadora de la anotación preventiva.* «Conforme al artículo 38 de la Ley, existe una presunción legal de existencia y pertenencia de los derechos reales de conformidad con su inscripción. Tal efecto de legitimación no nace de las anotaciones preventivas, las cuales, además, no cambian la naturaleza del derecho anotado, como ha declarado la jurisprudencia de forma repetidísima, produciendo, a lo más, ciertas preferencias de carácter limitado».

III. DEL SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL A UN NUEVO ORDEN SOCIAL SIN PROTAGONISMO HIPOTECARIO

Los primeros vestigios de publicidad inmobiliaria en Cuba comenzaron a vislumbrarse a mediados del siglo XVI durante el reparto o mercedación de las tierras obtenidas por el imperio español. Fueron las denominadas «Leyes de Indias» el vehículo idóneo de extensión de Reales Pragmáticas que fungieron como medio legitimador del proceso de apropiación del territorio conquistado. Más tarde, el rey Felipe II dispuso a través de la Ordenanza de 1563 «... el asentamiento de las tierras en los libros del Cabildo previo documento firmado en presencia de Escribano»²³; mandato extensivo a Cuba el 31 de marzo de 1632, cuando el Cabildo de La Habana a petición del Procurador General,

tomó acuerdo de asentar en un libro de la Escribanía del Cabildo habilitado al efecto, las hipotecas, censos y otros gravámenes sobre inmuebles, con el fin de evitar los estelionatos²⁴. Tales normas prepararon el escenario legal para el advenimiento de las Anotadurías o Contadurías de Hipotecas, primer antecedente de registración hipotecaria en Cuba.

Innumerables esfuerzos se concentraron en lograr la seguridad jurídica que debía proporcionar una institución al servicio de la publicidad, pero pese al papel desempeñado por estas oficinas no se alcanzó a dotar al ordenamiento de un sistema eficaz que fomentara el crédito territorial.

El oscurantismo inmobiliario en Cuba culminó el 1 de mayo de 1880, fecha en que comenzaron a funcionar por vez primera en territorio nacional las oficinas del Registro de la Propiedad bajo los cánones de la primera Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.

Con la introducción del Código Civil de 1889, hecho extensivo a Cuba el 5 de noviembre de ese propio año, se agudizaron las contradicciones entre dos regímenes hipotecarios concebidos en sociedades dispares (la española y la cubana), por lo que urgía lograr uniformidad entre las leyes hipotecarias dictadas para las provincias de Ultramar y el naciente cuerpo sustantivo. Una nueva Ley quedó sancionada el 14 de julio de 1893 la que aún hoy se encuentra en parte vigente, denominada Ley Maura o de Ultramar en honor a su promotor.

Con algunos ajustes la Ley de Ultramar continuó vigente durante el gobierno interventor norteamericano sin grandes transformaciones. Se dictaron al efecto una serie de regulaciones que mantuvieron con vida el régimen hipotecario español, díganse: la Proclama de 1 de enero de 1889 y la Orden 148 de 1902. Llegó incluso a establecerse como disposición transitoria séptima de la Constitución de la República un respaldo a la legislación de la antigua metrópoli en materia inmobiliaria siempre que no contraviniese lo dispuesto en ella.

El proceso revolucionario de 1959 en Cuba, tuvo como su más urgente necesidad la de propiciar un cambio en la relaciones de propiedad, dando al traste con la salida del escenario legal de diversas instituciones jurídicas. Se dictaron en consecuencia un conjunto de medidas nacionalizadoras y confiscadoras donde el régimen de propiedad resultó de los primeros afectados dentro del ordenamiento jurídico cubano. La travesía normativa que se desencadena desde entonces ha sido tratada en anteriores estudios²⁵.

Comenzaba aquí un periodo *sui generis* de desamortización del crédito agrícola en pos de la estatalización de las formas de producción, la propiedad inmobiliaria y todos aquellos derechos reales que girasen en torno al fomento del crédito territorial. No era la burguesía quien imponía la metamorfosis del régimen inmobiliario, sino el Estado, que proscribía el latifundio, la aparcería y los censos enfitéuticos en materia agraria, no solo con el fin de liberar las riquezas que se encontraban estacionadas, sino con el de recuperarlas de manos de quienes la habían malversado.

Ya para el año 1965 se promulgó la Ley núm. 1180, que afectó en varios aspectos la Ley Hipotecaria de 1893, pretendiendo adecuar sus normas a los cambios que vivía el país: encargó al Ministerio de Justicia la organización y el funcionamiento de los Registros de la Propiedad; la división y creación de los Registros; el nombramiento de los Registradores; dispuso los títulos a inscribir; el arancel a aplicar y sustrajo de la competencia de los tribunales las funciones que la Ley Hipotecaria les asignó en cuanto a la atención y supervisión de las oficinas registrales²⁶.

La Ley núm. 59/87 Código Civil de la República de Cuba en el año 1987 heredó de sus anteproyectos una famélica regulación en materia inmobiliaria. En cuanto a la publicidad de los acontecimientos naturales y los actos jurídicos referidos a bienes inmuebles se dedica en este cuerpo legal solamente el artículo 108. En él se estableció que estos pueden ser inscriptos o anotados²⁷. Así, el desarrollo de la publicidad en su doble aspecto (positivo = inscripción) y (negativo = anotación), a nuestro juicio sin ser intención del legislador, quedó encomendado a normas registrales especiales. Solución a todas luces coherente con el binomio supletoriedad-especialidad, según se infiere del artículo 8 en relación con la Disposición Final Primera del propio código —donde se distinguen, bajo el criterio de la especialidad²⁸, un grupo de relaciones jurídicas, tales como las referidas a los solares yermos y la vivienda, tanto urbana como rural, así como se establece el clásico saco normativo previsor de otra necesaria adecuación que las engloba en la fórmula de «cualesquiera otras relaciones que determine la ley». Aunque en opinión de algunos operadores del derecho en Cuba²⁹ el *ut supra* citado artículo 108 debió limitarse solo al ámbito de la inscripción.

A tono con lo anterior podemos alegar, que aunque el contexto normativo de promulgación de nuestro Código Civil fue ajeno al Registro de la Propiedad, se entendió que la publicidad relativa a bienes inmuebles debía materializarse a través de registros públicos. Sin dudas acertó el legislador cubano en la alusión a institución jurídica en particular y con visión previsor de dejó abierto el camino a futuras instituciones jurídicas³⁰. Al respecto nos parece oportuno reparar sobre la sentencia del Tribunal Supremo núm. 534 de 30 de julio de 2004. Cuarto Considerando. Ponente, ACOSTA RICART sobre la publicidad de los actos jurídicos a través de los Registros Públicos.

«(...) no puede soslayarse que de conformidad con la letra del artículo ciento ocho del Código Civil, los actos jurídicos que tienen por objeto específicamente que los buques se anotan o inscriben en el registro público correspondiente, en este caso el Registro de Buques, y por tanto debe entenderse que no demostrada la concurrencia de ninguna de las causales de ineficacia del acto jurídico a que se contrae el artículo sesenta y siete del Código Civil, en el acto de compraventa otrora realizado entre los ahora litigantes, mantiene plena eficacia probatoria el asiento contenido en el mencionado Registro, como medio idóneo para darle la debida publicidad al acto no solo a los efectos de los interesados, sino ante terceros y ante la sociedad en general (...)».

Cosa distinta fue el insuficiente desarrollo del fenómeno publicitario con limitados efectos en la legislación especial. Entiéndase con ello que su aspecto negativo visto a través de las anotaciones quedó a medias concebido en la legislación inmobiliaria registral.

Sin resolverse lo anterior entró en vigor el Decreto Ley 288 de 11 de noviembre de 2011. Se eliminaron un conjunto de autorizaciones administrativas que limitaban los actos de enajenación plena sobre viviendas de propiedad personal. Producto de ello, se incrementó la necesidad de protección de un interés jurídico superior hasta ese entonces poco significativo: la seguridad del tráfico inmobiliario. Razón suficiente para que la propia norma requiriese la escritura pública notarial e inscripción previa del dominio del vendedor (Cfr. arts. 69 y 70 DI 288/2011) como formalidades indefectibles en los negocios de permuta, donación y compraventa de inmuebles.

Un escollo a sortear surgió de los títulos anteriores a octubre de 2003, pues estos generalmente carecen de medidas superficiales y de linderos en los inmuebles. Situaciones que impiden *a priori* su inscripción registral y por ende la agilidad en la negociación. En tales supuestos se optó por la inscripción provisional, asiento cuyas particularidades se verán de inmediato.

Sin embargo, la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario descansa cardinalmente en el principio de fe pública registral donde se facilita el acceso a todos por igual y bajo los mismos efectos legales y no en el mero hecho de venir obligado por ley a inscribir una transmisión de dominio, lo cual no evita la clandestinidad del tráfico. Lo realmente dañoso es no establecer un mecanismo registral que permita desarrollar la eficacia negativa de la publicidad.

La paradoja jurídica gravita en la incoherencia que existe entre los distintos cuerpos normativos que afectan el ordenamiento inmobiliario en cuanto al acceso de situaciones provisionales o transitorias. Por una parte existe reconocimiento expreso por la Resolución 114/07 de las anotaciones preventivas asociadas a la propiedad personal³¹, sin concebir un régimen y sin remitir a otro cuerpo (Cfr. arts. 1.1; 13.2; 37.3; 87.1 y 2; 88.1; 89.2 y 4 en relación con la disposición especial octava; disposición especial decimosegunda), la Ley Hipotecaria³² de Ultramar y su Reglamento que sí desarrollan la figura pero están desconectadas del ordenamiento jurídico actual y la inscripción provisional cuya práctica no brinda ya salvaguarda registral alguna. Por otro lado tenemos la Ley de Procedimiento Administrativo, Laboral y Económico (Cfr. art. 803 d), que contempla dentro de las medidas cautelares, la anotación preventiva en registro público como medida cautelar innominada remitiendo a su vez a la ley especial.

Desatar el nudo gordiano que provoca esta problemática en el ordenamiento inmobiliario es tarea compleja que bien requiere un esfuerzo interpretativo intenso. ¿Es posible practicar una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad? ¿Qué tipos de anotaciones se regulan en la Resolución 114/07? ¿Ante la ausencia normativa de la Resolución 114/07 pueden los Registradores

de la Propiedad acudir a la Ley Hipotecaria y el Reglamento de 1893? ¿Son las anotaciones preventivas inscripciones provisionales o viceversa?

El núcleo conflictual para los registradores se centra en que ningún precepto de la Resolución 114/07 establece la supletoriedad de la Ley de Ultramar. Tampoco existe norma que la haya formalmente derogado, aunque si numerosas disposiciones administrativas han ordenado nuevos procedimientos diametralmente opuestos a los contenidos en esta. Más sin embargo, ante la ausencia e indefinición de determinadas figuras jurídicas se ha optado en más de un cuerpo normativo por remitir a sus postulados³³.

IV. LOS ASIENTOS PROVISIONALES EN EL ORDENAMIENTO INMOBILIARIO CUBANO. CONCEPTO Y GENERALIDADES

Toda interrogante relacionada con la protección de situaciones jurídicas no inscribibles debe ser despejada a partir los preceptos de la R-114/07³⁴. Esta norma comienza por definir en el artículo primero el objeto³⁵ del Registro de la Propiedad donde adecuadamente incluye la doble manifestación publicitaria (inscripción y anotación) a tono con el artículo 108 del CC/1987. Más adelante³⁶ en sus artículos de 2 al 5 con apariencia *numerus clausus* establece, qué documentos y títulos pueden ser inscriptos; olvidando injustificadamente normar determinados aspectos de las anotaciones preventivas. Posteriormente casi toda alusión al término resulta ajena al significado técnico-jurídico que le ha sido atribuido históricamente en sede hipotecaria.

Las inscripciones provisionales legalmente se definen como asientos anticipatorios de una inscripción definitiva que provocan el cierre del Registro hasta tanto desaparezca la causa que la generó (Cfr. art. 20.1 R/114). En este sentido se corresponden con el primer grupo de anotaciones tratadas por LACRUZ, denominadas «representativas de otro asiento»³⁷. No obstante las distingue el hecho de que no son tomadas a petición del que alega un derecho real o de quien la Ley autoriza a subsanar algún defecto, sino que se practican de oficio por el Registrador ante la inactividad de quien no logra la inscripción.

Según PUENTE FONTANELLA³⁸ la inscripción provisional fue establecida con la finalidad de «superar de manera gradual los defectos que presentan los títulos otorgados en virtud de la legislación revolucionaria (...), esto por una parte y por la otra la interrupción que se produjo en la secuencia de los títulos, correspondientes a las transmisiones de dominio que anteceden al título actual y que no entraron al Registro por la paralización que sufrió su funcionamiento sistemático, además posibilita también un registro y control riguroso de todos los inmuebles existentes en el país y el estado de su titularidad, objetivo proclamado por las leyes de la vivienda. Este concepto nuevo que se ha introducido, debe cumplir una doble función, como inventario de bienes inmuebles y brindar publicidad».

Su práctica está condicionada, al igual que las anotaciones preventivas que regula la Ley de Maura, a una previa calificación negativa del Registrador. Concretamente está asociada a la suspensión de la inscripción por apreciarse una falta subsanable según se establece en el artículo 17.1 de la Resolución 114/07.

1. EFECTOS

El artículo 18 de la R-114/07 señala que la inscripción provisional tiene efectos limitados. Con ello se advierte tácitamente que la protección brindada por este tipo de asiento no será de tercer grado, careciendo de vigencia plena el manto de la *fides publica*; la cual se desplegará en menor escala que en la inscripción definitiva. O sea, con la práctica de este asiento solo podrá aspirarse a una protección limitada del derecho asentado, que si bien no es definitiva, despliega ciertos efectos interinos que se manifiestan previos al pleno reconocimiento de una situación jurídica a la que la ley le interesa proteger.

Ahora bien ¿cuál es la *ratio* de esa protección? Generalmente esos efectos se traducen en el enervamiento de la fe pública registral que conlleva a la eficacia negativa de publicidad cuyo propósito es evitar la conformación del tercero hipotecario. Parece ser que en cierta medida de eso trata la inscripción provisional contenida en la R-114/07, pues regula como único efecto (Cfr. art. 20), *el cierre registral a nuevas transmisiones de dominio hasta tanto se resuelvan las causas que dieron origen a la provisionalidad*. Se opta por un cierre total del Registro que paraliza el tráfico inmobiliario sin dar pie a otra opción que hacer desaparecer la causa que engendró la provisionalidad. Esto resulta *in extremis* perjudicial para la dialéctica del tráfico inmobiliario pues se practica un asiento que imposibilita la transmisión del bien sin límites de tiempo al supeditar su extinción a la desaparición de la causa que la engendró y sin establecer su cancelación por el transcurso del tiempo. Es preferible la fórmula de la anotación que da a conocer a terceros determinadas circunstancias de un derecho no inscrito que aspira a serlo y por ende, podrá afectarle con carácter retroactivo. En consecuencia tal tercero asumirá o no el riesgo de adquirir el derecho anotado.

Esto no quiere decir no existan asientos cuyo cometido sea restringir la facultad de transmitir a través del cierre registral. Sin duda determinados supuestos fácticos demandan obstaculizar la práctica de asientos posteriores respecto a una finca anotada ejemplo de ello son: la anotación preventiva de prohibición de enajenar y la de legado de cosa específica inmueble propia del testador.

Quizás lo más preocupante sea la permanencia del asiento sin término de tiempo o provisionalidad *sine die*³⁹. Se evidencia un retroceso con respecto a la prístina R-247/03 que acertadamente establecía un plazo de vigencia de cinco

años contados a partir de la notificación al interesado, transcurridos los cuales caducaba el asiento y podía cancelarse⁴⁰.

De la manera en que ahora se regula en la R-114/07 la provisionalidad se manifiesta a la par de inscripción definitiva puesto que abre folio con su número correlativo de finca y además actúa como recompensa de quien en virtud de un título dejó transcurrir el tiempo sin subsanar el defecto.

La temporalidad es un elemento fundamental de todos aquellos asientos que configuren como provisionales. Su naturaleza es precisamente surtir efectos durante un tiempo, por lo que deben estar supeditados a un estricto régimen de extinción, pues brindar eficacia legitimadora de tercer grado a derechos de menor rango que los derechos reales desnaturalizaría la esencia de la publicidad.

2. ASPECTOS FORMALES

En cuanto a las circunstancias que deben contener las inscripciones provisionales se infieren del artículo 19 de la R-114/07: Deben contener las mismas circunstancias que las inscripciones definitivas salvo aquellas que no resultan del título. Se hará constar en el punto VII de la plantilla de inscripción los motivos de su provisionalidad⁴¹ conforme establece la proforma obligatoria de inscripción al estilo del «sistema encasillado». Así mismo en nota marginal se estampará un cuño que diga inscripción provisional.

Semejante ruptura normativa nos conduce a concluir que el legislador al regular las inscripciones provisionales las concibió como un asiento distinto a las anotaciones preventivas, creando así dos cauces disímiles para proteger una misma situación jurídica.

3. EXTINCIÓN

Como ya se había adelantado con respecto a la extinción de las inscripciones provisionales, no operan ni la prescripción ni la caducidad y en consecuencia en la práctica no se realizan asientos cancelatorios de estos. Al respecto creemos contrario a toda lógica registral relativa a asientos provisionales el criterio del MINJUS⁴² de que «una vez hayan sido resueltas la causas que originaron la provisionalidad no será necesario hacer un nuevo asiento, sino que en nota al margen quedará subsanado este particular y por supuesto sin valor el cuño puesto con anterioridad (Inscrito provisionalmente), el que debe ser cancelado con una raya». ¿Cómo no puede operar la conversión en inscripción definitiva? Desconcertante es la redacción del 20.3 al respecto cuando revela que «El Registrador subsanará la inscripción mediante nota marginal, sin perjuicio de que, posteriormente, el título sea perfeccionado por la autoridad que lo expi-

dió». La idea no puede estar más apartada del sentido de la conversión como transición o mutación de un asiento de carácter provisional en definitivo, pues hace parecer que la falta es del Registrador y no un defecto en el título. La pretendida subsanación se practicará en nota marginal pudiendo el título perfeccionarse posteriormente. Esto indica que el obstáculo que impedía la práctica de la inscripción no ha desaparecido y si no ha desaparecido entonces ¿cómo es posible subsanar la inscripción?

Lo correcto sería que la conversión se efectuase mediante una inscripción de referencia a la anterior, o sea, mediante un nuevo asiento que exprese: el número y folio en que figure la precedente; la cesación de la causa que dio lugar a su provisionalidad; el documento en virtud del cual se verifique dicha cesación; referencia al nuevo asiento de presentación, cuando sea necesario el mismo; fecha y firma del Registrador.

V. SITUACIONES SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN PROVISIONAL

El artículo 18 de la R-114 establece con apariencia *numerus clausus* 5 causales de inscripción provisional. En esencia el criterio del legislador respecto a las cuestiones que engendran las inscripciones provisionales han variado desde su aparición en la R-247/03 hasta la actual regulación⁴³. Por desventura, la ordenación registral contemporánea ha sido invadida por normas⁴⁴ de ajeno contenido a la actividad del Registro que atentan contra el principio de especialidad que debe regir para el sector inmobiliario.

En medio de tal panorama, la provisionalidad se presenta como solución a corto plazo de la problemática que resulta el más de medio siglo de inactividad del Registro de la Propiedad. La interrupción del tracto sucesivo, principio cardinal hipotecario, dio al traste con un burocrático procedimiento de recuperación que por su propia naturaleza y por ser además una constante del universo registral cubano cayó en desuso. Quizás este sea el mínimo común denominador a la hora de encontrar el patrón legislativo respecto a las inscripciones provisionales y quizás debió comenzarse con un nuevo Registro sin intentar conectarlo con su predecesor. A punto de cumplir tres lustros de ser vindicada la función registral continuamos varados en las mismas islas conceptuales en las que naufragó la publicidad inmobiliaria posterior al triunfo de la Revolución.

1. POR DEFECTOS EN LOS TÍTULOS

La primera de las causales acontece conforme al artículo 18.1 cuando:

1. *El título o la documentación aportada presenta errores u omisiones que no han sido subsanados dentro del plazo establecido en el artículo 9.*

Debemos partir con premura de la respuesta a la siguiente interrogante ¿Cuándo una falta es subsanable?

Según MARTÍNEZ ESCOBAR⁴⁵ «el Registrador al calificar los títulos puede observar defectos intrínsecos o extrínsecos que afecten su validez y señalar los antecedentes del Registro, en relación con los inmuebles a que se refieren, por si de ellos aparece algún obstáculo que se oponga a la inscripción y de cuyo resultado se practicará o no la inscripción».

Pero a *contrario sensu* del anterior tratadista cubano y del Reglamento Hipotecario⁴⁶, se establecen (Cfr. art. 18) supuestos que darán origen a la práctica de una inscripción provisional de no subsanarse dicha falta en un plazo de 60 días hábiles⁴⁷. No obstante dicho precepto parece inspirado en el Reglamento Hipotecario de Ultramar. Así según en Manual para Registradores de la Propiedad⁴⁸ del MINJUS «Las faltas subsanables son defectos de que adolece el título, pueden venir de la forma del título, el contenido de este o los antecedentes del Registro, siempre que estas no provoquen la nulidad del acto de que se trate y pueden subsanarse por medio de una nueva redacción del documento, reforma o formalidad, (ejemplo Acta de Subsanción), y las faltas insubsanables son defectos de que adolece el título, pueden de igual manera venir de la forma del título, el contenido o el Registro, pero estas sí provocan la nulidad del acto, por tanto no pueden subsanarse de ningún modo, ni enmendarse, sino que requieren un nuevo acto sustancial, impidiendo en lo absoluto la práctica de la inscripción».

¿A qué errores y omisiones se refiere? Colegimos se refiere a la ausencia de alguna de las circunstancias que se exigen para practicar la inscripción en el artículo 7 de la R-114/07 y del artículo 14 de la R-342/11 en el caso de las faltas subsanables. Siendo en la práctica registral suficiente con el propio título que se pretende la inscripción para lograr el acceso provisional a los libros. Las faltas insubsanables según el propio Manual se identifican con los artículos 67 y 69 del Código Civil cubano, reservados para la nulidad absoluta⁴⁹ y la relativa (anulabilidad)⁵⁰.

En cuanto al momento y finalidad en el que opera puede reprochársele el vencimiento de un plazo como condición para practicar el asiento. O sea, ante la negligencia o imposibilidad de subsanar una falta es que opera la protección provisional de un derecho. Pudiera haberse logrado la pretendida protección con la clásica anotación preventiva por defectos subsanables o por imposibilidad del Registrador (art. 42.9 Ley Hipotecaria española).

2. POR AUSENCIA DE TÍTULO AL ORDENAR UNA MANZANA

2. *No se ha otorgado o no existe título sobre el inmueble, al momento de librarse la convocatoria de inscripción de una manzana ordenada.*

3. *Los representantes de una entidad estatal, debidamente convocados, no presenten la solicitud de inscripción o lo hagan de forma incompleta. En este caso, el Registrador practica, de oficio, la inscripción de las circunstancias del inmueble que obren en el acta de conciliación o de reparcelación de la manzana.*

Se trataran de forma unánime los apartados 2 y 3 del artículo 18 pues en esencia regulan el mismo tipo de inscripción provisional.

Puede decirse que nuestro sistema registral por regla general responde al principio de rogación, en tanto y cuanto las actuaciones registrales se inician, en su mayoría, a solicitud de quien la interese y acredite interés legítimo para ello. Ahora bien, en determinados supuestos se obliga al Registrador a actuar de oficio como es el caso de la inscripción provisional por la ausencia de títulos de los inmuebles donde se está ordenando una manzana.

Para entender que se pretende con estos apartados, se hace necesario detenernos en el procedimiento especial de reparcelación, instaurado en nuestro país con particularidades muy propias⁵¹ en virtud de la R-247/03.

Según PUENTE FONTANELLA⁵², «la reparcelación es una técnica urbanística operatoria que tradicionalmente se ha incluido dentro del sistema de cooperación (aquella en la que los propietarios aportan el suelo de cesión obligatoria y la Administración ejecuta las obras de urbanización con cargo a los propietarios)». «Es el resultado del ordenamiento físico, económico, y del derecho que asiste a cada propietario y al Estado, de lograr mediante este procedimiento, una actualización de la situación física, económica y jurídica del fondo inmobiliario»⁵³.

Legalmente se define como (Cfr. R-114/07 art. 38.1) «*un procedimiento administrativo especial para el ordenamiento de un área determinada, urbana o rural, que tendrá como resultado la correspondencia entre la realidad física y la registral, la recuperación del tracto interrumpido y la inmatriculación*».

El proceso de reparcelación requiere de la preexistencia de una parcelación que permita determinar qué parcelas conforman una manzana para que pueda perfectamente identificarse la finca registral (principio de especialidad) que surgirá como resultado. En la praxis aunque se lograron resultados satisfactorios en determinados territorios del país, existieron irregularidades que dieron al traste con su terminación. Entre ellas los conceptos de solar yermo, parcela, manzana y finca fueron tratados como categorías antagónicas dando origen a las superposiciones de áreas. Es el Catastro quien está llamado a regentar tal actividad basado en métodos modernos de medición que antes no se usaban, como es el GPS que define con gran exactitud todas las dimensiones de una manzana y su parcela, dando coordenadas que delimitan geográficamente el área trabajada.

Podemos resumir que lo que se busca con la inscripción provisional por ausencia de títulos en las manzanas ordenadas es salvar de alguna manera la continuidad de la cadena de transmisiones que conforman el tracto sucesivo.

Es una solución temporal a la falta de discordancia entre dos realidades, la registral y la extrarregistral.

No obstante, es contradictorio el motivo de provisionalidad con el mismo proceso de reparcelación, toda vez que este último, por su propia naturaleza, está llamado a conciliar la realidad física y la registral, mientras que la inscripción provisional deja inconclusa tal correlación.

3. CUANDO MEDIE ACUERDO DE NO TRIBUTAR, O POR IMPOSIBILIDAD DE PAGO DEL TRIBUTO

4. *Exista convenio con la Oficina Nacional de Administración Tributaria para el pago del impuesto sobre transmisiones de bienes y herencias, o se justifique, con documento expedido por dicha Oficina, que no se ha podido efectuar este.*

La posibilidad de inscribir provisionalmente en el supuesto que nos ocupa fue introducida en nuestra ordenación registral con la R-249/05 la cual se mantiene con idéntica redacción hasta la actualidad. Lo más cercano al objeto que analizamos ahora es la tributación de aquellas operaciones consistentes en la práctica de anotaciones preventivas en Registros Públicos dentro del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. Ella contiene los distintos elementos tributarios configuradores de la sujeción a gravamen de la citada operación (hecho imponible, sujeto pasivo, base imponible y cuota tributaria), con especial atención a las anotaciones preventivas de embargo⁵⁴.

A tenor del artículo 15 de la R-114/07 se establece un plazo de quince días hábiles, contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud de inscripción en el Registro, si el título cuya inscripción se solicita cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 7, apartado 1 del propio cuerpo legal. No obstante ese plazo se interrumpirá (apartado 2) cuando no se acredite el pago del impuesto sobre Transmisión de Bienes y Herencias para que este se realice antes de los 45 días hábiles que dura el asiento de radicación.

No conocemos cual fue la intención del legislador al regular estos supuestos. Inferimos su existencia se deba a no obstaculizar la inscripción, puesto se pretendía accedieran la mayor cantidad de títulos al registro para poder controlar el patrimonio inmobiliario del país. Ahora bien, en las difíciles condiciones en que se encuentra la economía doméstica en nuestro país, el hecho de no satisfacer una obligación tributaria, pudiese ser incentivo para mantener las operaciones inmobiliarias en la clandestinidad y conllevar a vivir al margen de la publicidad registral.

En cuanto a las formalidades y efectos del particular asiento no cabe destacar alguno que difiera de las generalidades para todas las inscripciones provisionales.

4. POR NO HABERSE OBTENIDO EN EL PLAZO ESTABLECIDO CERTIFICACIÓN DE EXPEDIENTE BÁSICO

5. *Excepcionalmente, cuando no ha sido posible obtener la certificación del expediente básico solicitada por el Registrador a la Dirección Municipal de la Vivienda, una vez vencido el plazo establecido en el artículo 9.*

La Ley General de la Vivienda no define, ni remite expresamente a normativa alguna, de tal manera que pueda entenderse en términos legales que es el «expediente básico de un inmueble». Intentaremos arribar a una idea que sirva al estudio de esta singular inscripción provisional que se genera por la imposibilidad de obtener dicha certificación.

En términos generales expediente alude al: Conjunto de papeles, documentos, escritos, copias, dictámenes, peritajes, actas, declaraciones, informes, etc., que se refieren a un mismo asunto (juicio, causa proceso, negocio, trámite administrativo etc.)⁵⁵.

Legalmente las direcciones municipales de la vivienda entienden por expediente: ...el historial del proceso. Desde el escrito promocional hasta la notificación. Es todo el camino del proceso de conocimiento y solución del asunto»⁵⁶.

Podemos definir a partir de lo anterior que «expediente básico» es: El conjunto de documentos, escritos, dictámenes, investigaciones, actas, declaraciones, informes, emplazamientos, citaciones, resoluciones administrativas, etc. Que se acumulan sin solución de continuidad en el tiempo con la finalidad de conformar el historial jurídico-administrativo de una vivienda.

La ordenación por años de tal archivo llevado por las Direcciones Municipales de la Vivienda en nuestro país tenía el objetivo de evitar fundamentalmente las ilegalidades y fraudes en materia de viviendas. Aún en circunstancias actuales continúa tomándose en cuenta para fundamentar calificaciones denegatorias⁵⁷. Era lógico entonces que dentro del polémico procedimiento de recuperación del Tracto Registral⁵⁸ se tomara en cuenta la información que hubiese podido ofrecer este expediente básico.

La inscripción provisional que ahora abordamos actúa como excepción administrativa a la obtención del referido expediente; cual remedio temporal a la imposibilidad de forjar los eslabones de la cadena de transmisiones de los inmuebles. Solución de las más recurridas en la práctica registral anterior a la salida del DL-288/11, sobre todo cuando la vivienda se obtenía en virtud de un acto confiscatorio por salida definitiva del país al amparo de la antigua redacción del artículo 81 de la LGV⁵⁹.

5. ¿OTRAS SITUACIONES DE PROVISIONALIDAD?

Pareciera sentado que solo en los supuestos anteriores procede la inscripción provisional puesto solo son subsanables a juicio del legislador esos 5 defectos.

Lo controvertido es ¿qué hacer ante aquellos defectos no comprendidos en este precepto que además no son faltas insubsanables?

Si atendemos a la laberíntica redacción de los artículos 21 y 22 de la propia norma, las faltas insubsanables padecen de una arquitectura enrevesada. Primeramente en el artículo 21 se dota al Registrador de una facultad que a nuestro juicio excede la calificación. El Registrador a tenor del mismo, al calificar el título y la documentación presentada puede presumir que existen ilegalidades y en consecuencia denegar la inscripción. Tal presunción atenta contra la seguridad del tráfico inmobiliario ya que logra paralizarse por el simple hecho de acontecer un indicio o sospecha de violación de un precepto legal. Cosa distinta es que el Registrador en la usanza española pueda (Cfr. art. 24 de la Constitución Española y 100 RH) calificar la correspondencia del procedimiento utilizado para evitar posibles estados de indefensión.

Lo realmente desconcertante es el segundo apartado, que permite el acceso al Registro del mismo título aún y cuando este se ha denegado previamente, si se resuelven las causas que determinaron su inadmisión. Dicha fórmula responde a la práctica de inscripción provisional por defectos subsanables y no a las insubsanables.

¿Es posible la práctica de inscripción provisional con fundamento en el artículo 22? Ciertamente el sentido y alcance del artículo 21 no puede entenderse alejado del posterior artículo 22, el cual expone una lista aparentemente cerrada de causales denegatorias; pero que en algunos casos se presentan como faltas subsanables. Veamos cuáles de las causales de denegación contenidas en este precepto pudiesen considerarse subsanables, lo que permitiría hacer una interpretación correcta de norma que llevaría a practicar la inscripción provisional del artículo 21 por analogía:

1. *La presunción de un acto ilícito:* Parece referirse a que el Registrador puede entender que de inscribirse un título se recaería en un ilícito civil al contener este una conducta dañosa cuyos efectos apuntan a la nulidad del acto. Según RIVERO VALDÉS⁶⁰, «para justificar ese giro conceptual, se ha puesto gran peso en una particular interpretación del Reglamento hipotecario de Ultramar (RLH1893, aa.77-79), y en específico de lo que preceptúa el artículo 79 acerca de la obligación del Registrador de denunciar lo que a su juicio puede constituir presunto delito visible del título y de los asientos preexistentes que, cuando menos, resulta discutible».

Hay que decir que dicha presunción del Registrador es contraria a la esencia de su facultad calificador, la cual no le permite hacer juicio de licitud del título presentado por circunstancias que no consten en el mismo o de sus asientos registrales. No creemos que pueda ni deba presumirse tal cosa, distinto es que el título contenga actos contrarios al ordenamiento conforme al artículo 67, lo cual debido a su regulación expresa en la norma sustantiva no admiten

presunción. La denegación por esta causal nos parece un absurdo jurídico que de configurarse provoca un cierre registral sin antecedentes.

2. *Si al verificar los antecedentes, el o los títulos anteriores no constan, o no coinciden con los que obran en el protocolo del Notario.*

3. *La no correspondencia de los títulos presentados con los que constan en el Expediente Básico de la Dirección Municipal de la Vivienda.*

4. *La confiscación de la vivienda que se pretende transmitir:* Estas causales están igualmente vinculadas al procedimiento de Actualización, Recuperación o convalidación del Tracto Registral (arts. 24-30) de la propia norma. Cuestión que en pocas ocasiones logró materializarse y que en la práctica resultó un verdadero quebrado de cabeza para los Registradores de la propiedad. Por esta razón quedó en desuso y se comenzó en la mayoría de los registros a inmatricularse.

5. *La existencia de un litigio entre inmuebles colindantes:* No encontramos justificación a este supuesto. Histórica, legal y doctrinalmente ha comprendido un supuesto para que se configure la anotación preventiva de demanda.

6. *Si el título fue expedido por autoridad no facultada:* Solo esta encierra la naturaleza de una verdadera causal de denegación.

7. La falta de título idóneo por los ocupantes del inmueble: O sea que anterior al procedimiento especial de reparcelación la ocupación física sin título idóneo es causal de denegación pero una vez acometida la reparcelación si no puede obtenerse este pues se da origen a la inscripción provisional. No existe coherencia en la solución.

8. *Cualquier otra que implique la inadmisión del título en el Registro:* Luego de intentar deslindar causales se deja al arbitrio del registrador que entender por insubsanable sin establecer al estilo del RHE normas reglas para su interpretación.

VI. PARTICULARIDADES DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA EN CUBA

Las anotaciones preventivas y las cancelaciones han sido los asientos más pobremente tratados en la normativa registral cubana de la última década. El primer problema que afrontamos es la total incertidumbre sobre la existencia o no de un régimen de las anotaciones en la legislación especial, pues si bien logran reconocimiento en el orden positivo no alcanzan luego cohesión jurídica.

Debido a su propia naturaleza heterogénea sería absurdo pretender su conceptualización normativa. A ello no pudo siquiera aspirar la vigente Ley Hipotecaria en España.

La Resolución 114/07, heredando la parquedad de sus predecesoras desdibuja toda idea primigenia de anotación preventiva. No ofrece de manera ordenada, ni dedica un título a las mismas, fragmentando unas veces y desconociendo otras, su sistemática. ¿Cuáles son las anotaciones que integran el supra-citado artículo 1? Veamos los posibles barruntos anotacionales que pudiese contener:

En el artículo 13.2 se habla de rectificar lo anotado previamente en el Registro en cuanto a medidas y linderos, por falta de correspondencia con el derecho contenido en el título, o por existir errores en el Registro relativos a la ubicación de los linderos. Se limita solo a inmuebles estatales que se encuentran dentro de las manzanas ordenadas que se han planificado reparcelar.

Artículo 37.3. Parece dar la posibilidad de anotar cuando se detecte que una finca se encuentra doblemente inmatriculada a nombre de personas distintas y exista acuerdo entre ellas para la cancelación de uno de los folios. En este caso el Registrador levanta acta contentiva de tal acuerdo en virtud del cual realizará la anotación en el folio afectado. En este supuesto valdría la pena estipular la anotación preventiva de tal desacuerdo en defecto de la anotación preventiva de demanda.

Los 87.1 y 2; 88.1; 89.2 y 4 en relación con la disposición especial octava; contienen una escueta regulación de formalidades. En ellos se menciona que la anotación preventiva se señala por orden consecutivo con la letra que corresponda en orden alfabético. Que no se deben dejar folios en blanco reservados a nuevas anotaciones y que se practican tanto en los libros de inscripciones como en el de expropiados y confiscados.

Por último la Disposición Especial decimosegunda que refiere a que deben informarse las anotaciones practicada al grupo empresarial GEOCUBA en caso de que se refieran a inmuebles que se encuentran en las manzanas seleccionadas.

La solicitud de medidas cautelares relacionadas con inmuebles deberán ganar mayor visibilidad en nuestros Registros en la medida que vayan complejizándose las relaciones jurídicas con trascendencia real en torno a dichos bienes. La inscripción provisional deberá dar paso a la anotación preventiva como herramienta registral capaz de proteger eficazmente situaciones jurídicas no inscribibles presentes en nuestra realidad actual.

Lo aconsejable sería tomar del artículo 42 de la Ley Hipotecaria española aquellas situaciones jurídicas no inscribibles homologables a nuestro sistema de derecho e incluir otras propias de nuestro ordenamiento jurídico como por ejemplo relativas al *nasciturus*⁶¹ (Cfr. art. 25 CC/87). En opinión de HUNG GIL⁶² «debe regularse la posibilidad de acceso del título que contiene la reserva de la porción del *nasciturus* al Registro de la Propiedad y el destino de esta porción si se frustra la gestación». Coincidimos con el autor pues no sería ajustado inscribir una donación a favor de un concebido no nacido debido a que su condición no tiende a la permanencia. Lo acertado como bien apunta HUNG GIL sería anotar preventivamente tales derechos.

CONCLUSIONES

I. La doctrina científica coincide en que las anotaciones preventivas son asientos registrales de carácter transitorio y vigencia limitada, que publican de

manera negativa situaciones jurídicas imposibilitadas de acceder *prima facie* al Registro, pero su variadísimo contenido atenta contra la integralidad de su definición. Le distinguen su heterogeneidad, temporalidad, transitoriedad, eficacia negativa, provisionalidad y eventualidad.

II. Puede verse la anotación como una herramienta procesal-registral que, investida de publicidad negativa, brinda una adecuada publicidad al proceso; cuestión que consideramos vulnerada en nuestro país, en tanto no se utiliza como la herramienta procesal-registral que es, pues su carácter cautelar o urgente le signa como medio idóneo para impedir la ocurrencia de violaciones de futuros y posibles derechos en litigio.

III. Cada asiento de anotación preventiva produce efectos particulares, distintos al resto de los asientos registrales, pero de forma general puede decirse que su efecto principal es enervar la fe pública registral. Su función en este sentido es dejar constancia sobre la posible efectividad de alguna situación jurídica no inscribible *prima facie* para que, posteriormente, de resolverse la causa que imposibilita su acceso, se practique la inscripción con efecto retroactivo, aunque no en todos los supuestos la anotación aspira a convertirse en inscripción.

IV. En la normativa registral cubana existen dos asientos de carácter provisional: 1. La inscripción provisional, que trató de impulsar el proceso de inscripción en nuestro país, cuya finalidad no fue enervar la fe pública registral como garantía a los terceros adquirentes y 2. Las anotaciones preventivas que están desconectadas del ordenamiento jurídico actual. Ninguno de los dos asientos protege de manera efectiva las situaciones jurídicas no inscribibles *prima facie*.

V. Con respecto a la extinción de las inscripciones provisionales, no operan ni la caducidad ni la conversión. Ello evidencia un retroceso respecto a la R-247/03, que acertadamente establecía un plazo de vigencia. Tampoco opera la retroacción de efectos en caso de que llegue a convertirse en definitiva, la cual debió haberse establecido tomando como referencia la fecha de radicación del título.

VI. Las anotaciones preventivas y las cancelaciones han sido los asientos más pobremente tratados en la normativa registral cubana de las últimas décadas. Al esbozar las resoluciones que han ordenado la materia registral hemos notado una ausencia *in crescendo* de las mismas. Es notable la incertidumbre sobre la existencia o no de un régimen de las anotaciones en la legislación especial, pues si bien logran reconocimiento en el orden positivo no alcanzan luego cohesión jurídica.

VII. Para que nuestro sistema registral pueda garantizar el tráfico en materia de inmuebles no solo debe ocuparse de crear mecanismos de protección del adquirente; debe además generar confianza para todo aquel que pretenda adquirir, siendo imprescindible, regular un tipo de asiento registral que como las anotaciones preventivas, sea capaz de publicar situaciones jurídicas de carácter transitorio no inscribibles *ab initio* del procedimiento registral como:

los derechos del *nasciturus*, el derecho a la convivencia, los precontratos de compraventa, las cuales, demandan una tutela registral dentro del tráfico jurídico inmobiliario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. FUENTES DOCTRINALES

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1995-1998). *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Civitas.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2009). La tributación de las anotaciones preventivas en registros públicos en el impuesto sobre actos jurídicos documentado. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. XXVII.
- CAPÓ BONNAFOUS, E. (1933). Apuntes sobre la anotación preventiva en el derecho hipotecario español. España. En: *RCDI*, núm. 99.
- CERRILLO, F. y MENDIETA, L. (1952). *Derecho Agrario*. Barcelona: Bosch.
- DE LA RICA Y MARITORENA, R. (1977). La anotación preventiva en general. En: *RCDI*, núm. 519 marzo-abril.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). Derecho de Cosas y Derecho inmobiliario registral. Madrid. En: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Tecnos, sexta ed.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario y Registral*. (1999). Madrid: Civitas.
- GARCÍA HENRÍQUEZ, F. E.; MARTÍNEZ BARREIRO, J. y MARTÍNEZ LORENZ, Y. (2004). *Compendio de Disposiciones Legales sobre Nacionalización y Confiscación*. La Habana: MINJUS.
- HUNG GIL, F.A. (2010). La sucesión *mortis causa* del concebido no nacido. En: *Tesis doctoral tutorada* por la Dr. Teresa DELGADO VERGARA, La Habana, Cuba.
- LACRUZ BERDEJO, J.L y SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *Elementos de Derecho civil*. Barcelona: Bosch. *Manual del Registrador*. (2007). Versión 2. Cuba: MINJUS.
- MARTÍNEZ ESCOBAR, M. (1958). *Las inscripciones*. La Habana: Jesús Montero.
- MOLINER, M. *online Diccionario*. (2014) en www.diclib.com, consultado el 1 de octubre de 2013.
- OSSORIO SERRANO, J. M. (1986). *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*. Granada. En: Univ. de Granada.
- PUENTE FONTANELLA, A. (2005). *La inscripción en el sistema Registral Inmobiliario Cubano*. La Habana: MINJUS.
- RAMÍREZ ORONDA, J. D. (2014). *Diccionario Jurídico*.
- RIFÁ SOLER, J. M. (1983). *La anotación preventiva de embargo*. Madrid: Montecorvo.
- ROCA SASTRE. (1998). *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ MONTERO, G. E. (2009). El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba. Cuba. En: www.eumed.net, ed. electrónica, consultado el 4 de agosto de 2011.
- SALAS MARRERO, O. (1991). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. Madrid: Castalia.

- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. *Las Anotaciones Preventivas (En particular las de embargo) en los sistemas registrales Alemán y Español*. (2002). Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- TALMA CHARLES, J. (2001). *La anotación Preventiva de Embargo como Privilegio Crediticio*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (1994). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Coord.; López y López, A. M.-Montés Penadés, V. L. Ed. Tirant lo Blanch.
- VILLARES PICÓ, M. *Anotaciones Preventivas*. (1968). España. En: *RCDI*.

II. FUENTES LEGALES

Constitución de la República de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, núm. 3, del 31 de enero de 2003, Cuba. Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, Real Decreto de 24 de julio de 1889, mandada a publicar en Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889 en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo, España. Decreto-Ley núm. 214 de 24 de noviembre de 2000. Constitución de Hipotecas sobre Bienes Inmuebles, Cuba. Decreto-Ley núm. 185 de fecha 28 de mayo de 1998, modificativo de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, Cuba. Decreto-Ley núm. 322/2014 de 5 de septiembre de 2014, modificativo de la Ley General de la Vivienda, Cuba. Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España, Ley núm. 1 de 2000, de 7 de enero, en BOE del 8 de enero del 2000, España. Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley núm. 7 de 1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, núm. 34, de 20 de agosto de 1977, modificada por el Decreto-Ley 241 de 24 de enero de 2006 sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Cuba, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, núm. 33, de 27 de septiembre de 2006, Cuba. Ley núm. 198 del 8 de agosto de 1979, según enmendada, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de 1979, Puerto Rico, consultado 10 de julio de 2013 en <http://www.lexjuris.com/lexleyes.htm>. Ley núm. 216 de 27 de diciembre de 2010, Ley para Agilizar el Registro de la Propiedad, Puerto Rico, consultado 10 de julio de 2013 en <http://www.lexjuris.com/lexleyes.htm>. Real Decreto de 18 de julio de 1893, extensivo a Cuba por disposición de 14 de septiembre del mismo año, Gacetas del 8 al 20, Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria de Ultramar, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba. Colección Jurídica, año 2000, Real Decreto de 26 de mayo de 1893, Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba. Colección Jurídica, año 1999, Resolución num. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución

núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución num. 247/2003 de 3 de octubre de 2003 del Ministro de Justicia, Normas para la Inscripción de los Inmuebles, Títulos y Derechos Reales en Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 249/2005 de 7 de octubre de 2005 del Ministro de Justicia, Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba. Resolución núm. 270/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Cuba. Resolución núm. 342/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Procedimiento para la Actualización de los Títulos de Propiedad y su Inscripción en el Registro de la Propiedad, Cuba.

NOTAS

¹ Se exceptúa el derecho real de hipoteca cuya inscripción es requisito indispensable para su constitución. Vid. artículo 145.2 LHU en relación con el Decreto Ley 214/2000; *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 9 de 29 de noviembre de 2000; Decreto Ley 289/11 artículo 14 inciso b), *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 40, de 21 de noviembre de 2011.

² Cfr. MOLINER, M. *Online Diccionario*. (2014). [En línea], disponible en www.diclib.com.

³ *Idem*.

⁴ CAPÓ BONNAFOUS, E. (1933). Apuntes sobre la anotación preventiva en el Derecho hipotecario español. España. En: *RCDI* núm. 99, p. 197.

⁵ Cfr. TALMA CHARLES, J. (2001). *La anotación Preventiva de Embargo como Privilegio Crediticio*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, p. 39.

⁶ Vid. En el mismo sentido VILLARES PICÓ, M. *Anotaciones Preventivas*. (1968). España. En: *RCDI*, pp. 34 y 35. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Derecho Inmobiliario y Registral*. (1999). Madrid: Civitas, p. 54. OSSORIO SERRANO, J. M. (1986). *La anotación preventiva de embargo. Aspectos civiles y registrales*. Granada. En: Univ. de Granada, pp. 15 y 16. RIFÁ SOLER, J.M. (1983). *La anotación preventiva de embargo*. Madrid: Montecorvo, p. 78.

⁷ Vid. DE LA RICA Y MARITORENA, R. (1977). *La anotación preventiva en general*. En: *RCDI* núm. 519 marzo-abril, p. 401.

⁸ Vid. TALMA CHARLES, J. *ob. cit.*, p. 39, *in fine*. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1995-1998). *Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Civitas, p. 109. ROCA SASTRE. (1998). *Derecho Hipotecario*. T. IV, Barcelona: Bosch, p. 288.

⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Derecho de Cosas y Derecho inmobiliario Registral. Sistema de Derecho Civil*, vol. III. Madrid: Tecno, p. 343.

¹⁰ Vid. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. *Las Anotaciones Preventivas (En particular las de embargo) en los sistemas registrales Alemán y Español*. (2002). España: Centro de Estudios Registrales, p. 27 *in fine*.

¹¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (1994). *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*. Coord.; López Y López, A. M.-Montés Penadés. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 894.

¹² BONNAFOUS, *ob. cit.*, p. 198.

¹³ DE LA RICA, *ob. cit.*, p. 402.

¹⁴ TALMA CHARLES, *ob. cit.*, pp. 60 y sigs.

¹⁵ SÁNCHEZ JORDÁN, *ob. cit.*, p. 30.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 218 y sigs.

¹⁷ No resulta muy acertada esta denominación terminológica puesto que tiende a confundir dos asientos, el de inscripción y el de anotación que, doctrinal y positivamente son diferentes. Así, Díez-Picazo, en *Las anotaciones...*, *ob. cit.*, p. 19, y en *Fundamentos...*, vol. III, *ob. cit.*, p. 490, se refiere a la provisionalidad de las anotaciones, diferenciándolas en ese aspecto de las inscripciones las cuales poseen carácter definitivo.

¹⁸ Artículo 47 LHE: El legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho. Esta anotación solo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado.

¹⁹ SÁNCHEZ JORDÁN, *ob. cit.*, p. 28.

²⁰ COSSÍO Y CORRAL, A. (1945). *Lecciones de Derecho hipotecario*. Barcelona: Bosch, p. 174.

²¹ Díez-Picazo, *Las anotaciones...*, *ob. cit.*, pp. 23 y 24; *Fundamentos...*, vol. II, *ob. cit.*, p. 494. Es también el sentir de SÁNCHEZ JORDÁN, *ob. cit.*, p. 35.

²² Cfr. VALDIVIESO POLAINO, J. L. (1994). Aproximación a los asientos registrales. T. XXXVIII. En: *Revista Cuadernos de Derecho Judicial*. España, pp. 36 y sigs.

²³ Vid. SALAS MARRERO, O. (1991). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España*. T. VI, vol. II-B. Madrid: Castalia, p. 391.

²⁴ *Idem*.

²⁵ GARCÍA HENRÍQUEZ, F. E., MARTÍNEZ BARREIRO, J, MARTÍNEZ LORENZ, Y. (2004). *Compendio de Disposiciones Legales sobre Nacionalización y Confiscación*, Ministerio de Justicia. La Habana.

²⁶ RODRÍGUEZ MONTERO, G. E. (2009). *El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba*. [En línea], disponible en www.eumed.net, p. 182.

²⁷ Artículo 108: Los acontecimientos naturales y los actos jurídicos... que tienen por objeto bienes inmuebles..., se anotan o inscriben en los registros públicos que determinan las leyes.

²⁸ Artículo 8. Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales. DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA: Sin perjuicio del carácter supletorio de este Código, se rigen por la legislación especial las relaciones jurídicas relativas a la familia; los descubrimientos, inventos, innovaciones, racionalizaciones, creación de obras científicas, educacionales, literarias y artísticas; la caza y la pesca; los solares yermos; la vivienda urbana y rural; las cooperativas agropecuarias y todo lo concerniente al régimen de posesión, propiedad y herencia de la tierra y demás bienes destinados a la producción agropecuaria y forestal; los buques y aeronaves; las sociedades; los servicios de suministro de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y bultos postales, y los que se prestan en los bufetes colectivos, los seguros obligatorios, la contratación económica y cualesquiera otras relaciones que determine la ley.

²⁹ GONZÁLEZ TRUJILLO, D. (2009). Anacronismos de la Publicidad registral Sucesoria. Ciudad de La Habana. En: *Tesis en opción a especialista en Derecho Notarial*, p. 27 (...) en el citado artículo se equiparan los términos anotación e inscripción, conceptos distintos en su esencia pues la inscripción se identifica siempre con el asiento principal, en tanto las anotaciones, complementan o modifican al primero, incidiendo sobre su eficacia o se utilizan para vincular diferentes asientos dentro del propio Registro (...). En tal sentido, considero que en la formulación del artículo de referencia solo debió emplearse el verbo inscribir (...) más adelante señala la propia autora... Por su parte, las anotaciones tienen un valor simplemente informativo y en ningún caso constituyen la prueba que proporciona la inscripción. No modifican el contenido del asiento principal y sirven fundamentalmente para la mejor organización del trabajo interno de la unidad registral, p. 39.

³⁰ Optó por la frase «registros públicos que determinen las leyes».

³¹ El procedimiento para la inscripción de inmuebles estatales se encuentra en la Resolución 226 del 2012 en cual no se hace alusión a anotaciones preventivas o inscripción provisional. Existen dos procedimientos registrales para dos formas de propiedad, la personal y de otras personas jurídicas no estatales y propiedad la estatal.

³² Artículo 42 de las anotaciones preventivas. Existía coordinación entre proceso y registro desde el punto de vista normativo a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³³ Decreto-Ley núm. 214, de 24 de noviembre de 2000, autorizó en Cuba la constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles por empresas y otras entidades económicas con personalidad jurídica propia dedicadas al desarrollo inmobiliario, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraigan para la obtención de financiamiento. En el mismo se dispone que el régimen legal de las hipotecas es el contenido en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893. Más tarde otro Decreto el 289/11 entra vigor el 21 de noviembre de 2011 en medio de un proceso de actualización del modelo económico cubano donde el Estado orienta la política bancaria hacia la financiación de las actividades por cuenta propia y otras formas de gestión no estatal. En él se permite la constitución de hipotecas voluntarias e igualmente se remite a la LH 1893 en cuanto a su régimen.

³⁴ Sus preceptos han sido modificados en parte por la Resolución 342/11 y 270/2011 ambas de la Ministra de Justicia las cuales entraron en vigor al amparo del Decreto Ley 288/11 de 11 de noviembre de 2011. Como se indicó previamente en este estudio existe una bifurcación entre los bienes propiedad personal y los bienes propiedad estatal estos últimos regidos por el procedimiento de inscripción que regula la Resolución 226/2012 de la Ministra de Justicia.

³⁵ El mismo también incluye como objeto de la publicidad la inmatriculación de los inmuebles. Tal referencia nos resulta un contrasentido jurídico sin precedente, ya que la inmatriculación está asociada la operación registral de apertura por primera vez una finca en folio independiente; al comienzo de un historial jurídico registral.

³⁶ Reserva la sección cuarta del Capítulo II para la Inmatriculación que es el tercer elemento que según esta norma integra el objeto del Registro.

³⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *Elementos de derecho Civil*. T.III-2.º Barcelona: Bosch, pp. 218 y sigs.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 43.

³⁹ Término acuñado por RIVERO VALDÉS. En: *Mundos Paralelos*, *ob. cit.*

⁴⁰ Artículo 26. Una vez practicada la inscripción provisional, se consigna dicho carácter en el título, adjuntando nota expresiva de los motivos que la determinaron y la advertencia de que deben ser subsanados dentro del plazo de 5 años contados a partir de la notificación al interesado, transcurrido el cual, el Registrador cancela de oficio dicha inscripción.

⁴¹ Así se desprende del artículo 16.1. El Registrador, al realizar la inscripción, se ajusta a la proforma establecida en el Anexo número 4 de la presente Resolución. El artículo 19. El carácter de inscripción provisional se especifica en la circunstancia del asiento referida a la efectividad de la inscripción, consignando las causales que la determinan, y, en nota marginal, el cuño gomígrafo de, "Inscripción Provisional". Ambos en relación con la disposición transitoria tercera que indica que Los anexos del número 1 al 8 que se adjuntan a la presente Resolución, forman parte integrante de la misma.

⁴² *Cfr. Manual del Registrador*. (2007). Versión 2. Cuba: MINJUS, p. 21.

⁴³ *Cfr.* artículo 24 R-247/03; artículo 18 R-249/07 y artículo 18 R-114/07. Se incluye en las dos últimas las que causan inscripción provisional por imposibilidad de obtener expediente básico de la Dirección Municipal de la Vivienda y los casos en que medie acuerdo con la Oficina de administración Tributaria (ONAT) o ante la imposibilidad de pagar el tributo. Desaparecen las referidas a la rectificación de medidas y linderos con carácter general.

⁴⁴ El ejemplo más claro de ello es acaso, la Resolución 342/11 promulgada al abrigo del decreto Ley 288 de 11 de noviembre de 2011. La misma contiene un procedimiento que erróneamente ha llamado «actualización de los títulos de propiedad y su inscripción» establecido por el Instituto Nacional de la Vivienda; órgano que ni tan siquiera se subordinaba al MINJUS y del que sea han desgajado los particulares referidos al registro de la propiedad desde el Decreto Ley 185 de 1998.

⁴⁵ MARTÍNEZ ESCOBAR, M. (1958). *Las inscripciones*. T. II. La Habana: Jesús Montero, p. 363.

⁴⁶ *Cfr.* artículo 110 RHU. A tenor de este precepto es la falta insubsanable si la obligación contenida en el título fuese nula por naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen u otra causa semejante, independientemente de su forma intrínseca. Es subsanable

por el contrario si el defecto estuviese solo en la forma externa del documento que lo contenga pudiéndose reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados. Estas últimas abren paso a las anotaciones.

⁴⁷ La Resolución 270/11 también sancionada en el Decreto ley 288 redefine el plazo para practicar la inscripción en su Resuelto tercero pero este no podrá exceder de 60 días hábiles. Plazo que coincide con la duración del asiento de radicación.

⁴⁸ Cfr. *Manual del Registrador*, ob. cit., pp. 6 y sigs.

⁴⁹ En no todos los casos, por ejemplo no en la capacidad volitiva y no como presunción de falsedad.

⁵⁰ Según el artículo 67 del Código Civil son nulos los actos jurídicos realizados:

- a) En contra de los intereses de la sociedad y el Estado;
- b) Por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica;
- c) Con violencia física;
- ch) En contra de una prohibición legal;
- d) Sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial;
- e) Solo en apariencia, sin intención de producir efectos jurídicos;
- f) Con el propósito de encubrir otro acto distinto. En este caso el acto encubierto o disimulado es válido para las partes si concurren los requisitos esenciales para su validez; y
- g) Por una persona jurídica en contra de los fines expresados en sus estatutos o reglamento.

Según el artículo 69: son anulables los actos jurídicos en los que la manifestación de voluntad está viciada por error, fraude o amenaza.

⁵¹ La doctrina entiende a la parcelación y por extensión a la reparcelación como el conjunto de medidas tendentes a una adecuada distribución de la tierra y consiste en cuantos estudios y trabajos son precisos para ello. Cfr. en CERRILLO, F. y MENDIETA, L. (1952). *Derecho Agrario*. Barcelona: Bosch, p. 20.

⁵² PUENTE FONTANELLA, A. *La inscripción en el sistema Registral Inmobiliario Cubano*. (2005). Cuba: MINJUS, p. 51.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Cfr. CALVO VÉRGEZ, J. (2009). La tributación de las anotaciones preventivas en registros públicos en el impuesto sobre actos jurídicos documentado. vol. XXVII. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, p. 1.

⁵⁵ RAMÍREZ ORONDA, J. D. (2014). *Diccionario Jurídico*, p. 135.

⁵⁶ Cfr. Resolución 694/03 del INV, *Formulario para el trabajo jurídico*, Parte I, p. 14.

⁵⁷ Recurso de Alzada... no se justifica que la Resolución emitida por la Dirección Municipal de la Vivienda convalidando las acciones constructivas realizadas por el Señor XXXX no se correspondan con los controles que la propia administración tenga en su poder, lo que hace presumir la falta de legalidad en el proceso que no corresponde a esta instancia ventilar y decidir...

En tales circunstancias la incongruencia entre lo que obra en los archivos de la Vivienda y la persona que declara la titularidad de dicho inmueble no puede ser trasladada al Registro de la Propiedad ya que afectaría su esencia fundamental de Control de Legalidad y garante de la Seguridad Jurídica.

⁵⁸ La R-247/03 implementó un procedimiento administrativo que concluía con la expedición de una resolución de tal carácter dictada por el Registrador de la Propiedad donde se recuperaba o convalidaba el tracto registral. En las LH patrias y foráneas la reanudación del Tracto Registral solo puede realizarse por acta de notoriedad o expediente de dominio.

⁵⁹ Los que hayan convivido permanentemente durante cinco años con el propietario de una vivienda cuyos bienes y derechos sean confiscados por ausencia definitiva del país, tendrán derecho a adquirir la propiedad de la vivienda mediante el pago del precio que regula el artículo 42, inciso b), siempre que se trate del cónyuge —de matrimonio formalizado o no— ex cónyuge o familiar del ausente definitivo hasta el cuarto grado de consanguinidad y no fuere propietario de otra vivienda. Si el causante definitivo hubiera sido copropietario de la vivienda, el copropietario que haya permanecido en ella tendrá derecho a adquirir la

parte del primero mediante el pago al Estado de la parte correspondiente del precio legal de la vivienda.

En los casos a que se refieren los párrafos anteriores la Dirección Municipal de la Vivienda determinará el derecho y fijará el precio mediante resolución y la propiedad se transferirá por el Banco Popular de Ahorro en representación del Estado.

⁶⁰ *Vid.* RIVERO VALDÉS, *ob. cit.*, p. 17.

⁶¹ Artículo 25. El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo.

⁶² HUNG GIL, F. A. (2010). La sucesión *mortis causa* del concebido no nacido. En: *Tesis doctoral tutorada*, por la Dra. Teresa DELGADO VERGARA, La Habana, Cuba, p. 130.

*(Trabajo recibido el 1-10-2014 y aceptado
para su publicación el 30-12-2014)*

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 1-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Granada, número 2

**CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. URBANISMO: SUSTITUCIÓN
DEL SISTEMA DE ACTUACIÓN URBANÍSTICA.**

Caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del RH permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el Registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. 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. Además, en el presente caso, caducado el asiento de presentación anterior se han aportado nuevos documentos, por lo que el Registrador tuvo que realizar nueva calificación del documento antiguo y los nuevos complementarios. Debe recordarse que, conforme al artículo 326 de la LH, 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. Los artículos 125 y 126 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de 2002, de Ordenación Urbanística de Andalucía, contemplan la posibilidad de sustituir el sistema de

compensación por el de cooperación cuando el incumplimiento de los plazos o las dificultades planteadas por los propietarios puedan poner en peligro la ejecución de una determinada actuación urbanística. Para que tenga lugar la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación debe seguirse un procedimiento en el que, habiéndose oído a todos los propietarios afectados, tratará de determinarse el alcance de los incumplimientos así como las obligaciones y deberes aún pendientes, así como las obras de urbanización y edificación que aún estén pendientes de ejecución. Corresponde al Registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el artículo 99 del RH, en relación con los artículos 1, 20 y 40 de la LH. Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las leyes para evitar su indefensión (cfr. artículo 24 de la Constitución). En el presente caso, el Ayuntamiento afirma que «el expediente 1196/2012, relativo a la declaración de incumplimiento de los deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de compensación (...), y sustitución del sistema de compensación por el de cooperación, se ha tramitado teniendo en cuenta a la totalidad de los propietarios afectados incluidos en la unidad de ejecución (...) a fecha de inicio del mismo». Sin embargo, resulta acreditado que el Ayuntamiento no instó la constancia registral del inicio del expediente para la declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes al sistema de compensación, ni solicitó certificación registral de dominio y cargas de las fincas incluidas en la unidad de actuación reparcelada mediante el sistema de compensación. Por tanto, tampoco se practicó ningún asiento, ya fuera de nota marginal o de anotación preventiva, que cumpliera la finalidad legal de que los ulteriores titulares registrales que accedieran al registro con posterioridad a tal constancia registral pudieran entenderse legalmente notificados, por virtud del mismo contenido del Registro, de la iniciación de tal expediente. En consecuencia, la afirmación del Ayuntamiento de que el expediente ha tenido en cuenta «a la totalidad de los propietarios afectados a fecha de inicio del mismo», resulta ya de por sí claramente insuficiente, pues los titulares registrales que debieron haber sido notificados, para salvaguardia de sus derechos, no son solo los propietarios, sino también los demás titulares de otros derechos reales inscritos o anotados en el registro. El Capítulo VII del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio de 1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, lleva por título «Anotaciones preventivas dictadas en procedimiento administrativo de disciplina urbanística». El artículo 56 del citado Real Decreto concuerda con el artículo 51.1.c) del texto refundido de la Ley de Suelo aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, y configura como acto inscribible en el Registro de la Propiedad «la incoación de expediente sobre disciplina urbanística o restauración de la legalidad urbanística,

o de aquellos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar, tanto el cumplimiento de las sanciones impuestas, como de las resoluciones para restablecer el orden urbanístico infringido». La cuestión que se plantea en el presente recurso es si el procedimiento de incumplimiento de deberes legales y obligaciones inherentes al sistema de actuación debe tener o no reflejo registral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997. La respuesta ha de ser afirmativa. El hecho de que un proyecto de reparcelación haya sido o no inscrito, y mediante el concreto sistema de actuación de compensación, determina que cualquier alteración ulterior del contenido inscrito habrá de cumplir, además de los requisitos urbanísticos que en cada caso exija la normativa sectorial, unos requisitos adicionales, de carácter registral, en cuanto a la tutela efectiva de los titulares registrales afectados, pero no determina ni podría determinar el efecto de enervar la posibilidad de que la administración actuante ejerza sus funciones de control del cumplimiento efectivo de los deberes urbanísticos propios del sistema de compensación, y en su caso, como ha ocurrido, decretar el cambio de sistema de actuación por incumplimiento de aquellos. En cambio, sí resulta atinada la calificación registral, y no así, la argumentación del recurrente, cuando sostiene el Registrador que el cambio de sistema, y por tanto, su constancia registral, ha de predicarse y habría de practicarse respecto de la unidad de actuación íntegra, y no solo de algunas fincas. Es evidente que los sistemas de actuación se refieren a unidades de actuación íntegras, y no a fincas concretas. Por último, debe ser igualmente confirmado el defecto relativo a la falta de constancia de la firmeza del acuerdo, toda vez que, como expresa el Registrador, únicamente se acredita su publicación en el diario oficial, y como exige el artículo 2.2.b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio de 1997, la certificación debe expresar que el acto ha puesto fin a la vía administrativa.

Resolución de 1-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Vila-real, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con esta cuestión, siendo consolidada su doctrina. Así, en resolución de 14 de noviembre de 2002 se consideró: «(...) En el presente recurso, en el que se pretende la anotación preventiva de una demanda sobre determinado inmueble no inscrito a nombre del demandado sino de un tercero que no interviene en el procedimiento, ha de confirmarse el criterio denegatorio del Registrador, basado en la falta de tracto, pues de otro modo se quebrantaría el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de derechos, e intereses legítimos y proscripción de la indefensión, así como los principios registrales de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales (cfr. arts. 1 y 40 de la LH), de legitimación (cfr. art. 38 de la LH) y de tracto sucesivo (cfr. art. 20 de la LH), los cuales impiden inscribir un título no otorgado por el titular registral o resultante de un procedimiento en el que no ha sido parte. Por lo demás es irrelevante a estos efectos la alegación de que al tiempo de la interposición de la demanda la finca estuviera inscrita a favor del demandado (...). De forma más reciente, en resolución de 14 de julio de 2011, se ha mantenido que «el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal, limita los efectos de la

cosa juzgada a quienes hayan sido parte en el procedimiento. En este sentido el principio registral de tracto sucesivo, que no es sino un trasunto de la proscripción de la indefensión, impide dar cabida en el Registro a resoluciones judiciales que pudieran entrañar una indefensión procesal patente del titular registral. Esta es la razón por la cual, el artículo 100 del RH (en consonancia con el artículo 18 de la propia Ley) extiende la calificación registral sobre actuaciones judiciales a la competencia del Juez o tribunal, la adecuación o congruencia de su resolución con el procedimiento seguido y los obstáculos que surjan del Registro, así como a las formalidades extrínsecas del documento presentado, todo ello limitado a los exclusivos efectos de la inscripción (...)».

Resolución de 8-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Pola de Laviana.

HIPOTECA: CADUCIDAD.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Resolución de 8-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 2.

EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA AL EXCÓNYUGE QUE TIENE ATRIBUIDO EL USO DE LA VIVIENDA. HIPOTECA: AMPLIACIÓN. EJECUCIÓN DE HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Señala el TS en su sentencia de 6 de marzo de 2015 que «...ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio». Es decir, en este supuesto lo procedente es la purga del derecho de uso, como consecuencia

de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad. Si tenemos en cuenta la especial relevancia de la vivienda familiar, debe entenderse que quien ostenta el derecho de uso resultante de un proceso matrimonial ha de ser demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria, si dicho derecho de uso era conocido por la entidad acreedora o si constaba inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la presentación de la demanda, de manera análoga a lo que se ha mantenido por esta Dirección General, siguiendo la doctrina del TC (sentencia de 79/2013, de 8 de abril de 2013), en relación con el tercer poseedor de bienes hipotecados (propietario, usufructuario, nudo propietario, titular del dominio directo o útil, cfr. resolución de 23 de marzo de 2015). La doctrina de este Centro Directivo no equipara a todos los efectos legales la ampliación de responsabilidad hipotecaria con la constitución de una segunda hipoteca, equiparación que se ha realizado principalmente a efectos del rango de la ampliación cuando existan acreedores o titulares intermedios. No modifica lo anterior el hecho de haberse extendido la nota marginal de la expedición de cargas al margen de la ampliación pues hubiera bastado la personación en el procedimiento del acreedor posterior; objetivo último de la notificación subsiguiente a la expedición de la certificación, para conocer que la demanda incluía la totalidad del préstamo garantizado, dándose además aquí la circunstancia de que el acreedor de ambas hipotecas es el mismo banco por lo que tampoco puede apreciarse indefensión. En el supuesto de hecho de este expediente, no resulta ni de la nota de calificación ni de la documentación aportada que el préstamo se concediese para la adquisición de la vivienda ni que fuese el domicilio habitual del deudor; si bien el hecho de haberse asignado su uso en procedimiento de divorcio podría ser; al contrario de lo que defiende la recurrente, un indicio de su carácter de vivienda familiar, pero tampoco consta ni se ha reflejado por el Registrador en su nota mayor información en ese sentido, por lo que hay que concluir que los requisitos de aplicación del límite señalado en el artículo 114 de la LH no han quedado acreditados. Este Centro Directivo ha tenido oportunidad en numerosas ocasiones (*vid.* «Vistos») de confirmar la competencia del Registrador proclamada por el citado precepto, pero también de expresar que su actuación debe acomodarse a las circunstancias del caso concreto de modo que cuando no exista interés protegible no se puede rechazar la inscripción como ocurre en aquellos supuestos en que habiendo sobrante no es preciso depositarlo a favor de acreedores porque estos no existen o existiendo, son posteriores a la nota marginal de expedición de certificación a que se refiere el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no se han personado en el procedimiento (resoluciones de 12 de abril de 2000 y 20 de febrero de 2002 y 23 de septiembre de 2002). A igual conclusión hay que llegar en este supuesto en que el acreedor posterior es el propio adjudicatario, aun cuando ceda el remate, pues no puede alegar indefensión ya que su interés es precisamente el protegido.

Resolución de 9-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

VÍAS PECUARIAS: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Las vías pecuarias son bienes de dominio público y por ello inalienables, imprescriptibles e inembargables cuya propiedad siempre corresponde a la Comu-

nidad Autónoma. Por esto, la nota de calificación recurrida exigía la presentación de una certificación de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Castilla y León acreditativa de que la finca cuya inmatriculación se solicita no invade la cañada. La certificación presentada no es la solicitada en la nota de calificación sino que está expedida por el Ayuntamiento quien no tiene competencia sobre las vías pecuarias ya que según el artículo 2 de la Ley 3/1995, de Vías Pecuarias, las vías pecuarias son bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, inalienables, imprescriptibles e inembargables. En el presente recurso, no estamos ante la inmatriculación de una finca de propiedad privada que linda con dominio público, sino que estamos ante la pretensión de inmatricular una finca que, al menos en parte, ocupa el trazado de la cañada, de dominio público, y, en su parte trasera ocupa terreno público, por lo que no puede practicarse la inmatriculación pretendida.

Resolución de 9-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Plasencia

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN DE FINCAS: REQUISITOS.

Analizando la falta de consignación del título material de la adquisición que genera el auto del expediente de dominio a la vista de las resoluciones señalados en los «Vistos», la calificación no puede ser mantenida. La expresión del título judicial, tal y como ha sido examinada, comprende el título sustantivo de adquisición —título hereditario— así como la identidad del causante o causantes. Otras circunstancias relevantes de dicha adquisición, como la identidad o relación del adquirente con los causantes, las cuotas de adquisición en cada transmisión (para determinar una suspensión de efectos frente a terceros, como los previstos en el artículo 28 de la LH, aunque irrelevantes en este supuesto por el transcurso de los plazos en él señalados), o el propio carácter de la adquisición podrían haber supuesto verdaderos impedimentos para la inscripción, pero al no haber sido advertidos en la calificación, no pueden ser tenidos en cuenta por este Centro Directivo para resolver este recurso (cfr. art. 326 de la LH). Entrando en la segunda de las cuestiones planteadas en el recurso, este Centro Directivo ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes a la hora de inmatricular una finca (resoluciones de 8 de noviembre de 2012, 6 de septiembre de 2013 y 5 de agosto de 2014, entre otras muchas). Con independencia del medio inmatriculador utilizado, el artículo 53 de la Ley de 30 de diciembre de 1996 no alberga dudas, y exige dicha certificación plenamente coincidente, sin que ello suponga una calificación del examen judicial del título adquisitivo o de sus pronunciamientos. Como bien ha quedado expuesto por este Centro Directivo, el Registrador en su calificación puede e incluso debe consultar los registros jurídicos o administrativos existentes a su alcance para asegurar la legalidad y validez de los actos susceptibles de inscripción, y esta actuación no debe servir solo para controlar la correcta actuación o la adecuada intervención de un representante o la vigencia de su poder, la situación de un inmueble o sus construcciones, sino también para poder comprobar la adecuación de un documento cuya existencia es solo presunta al haberse incorporado por medio

de una fotocopia, a los efectos de favorecer y facilitar la inscripción. La consulta del Registrador directamente en un registro administrativo público como es el Catastro le es factible y propia dentro de sus funciones para evitar o justificar una calificación negativa, por lo que debe producirse en los mismos términos y con el mismo alcance para consolidar una calificación positiva.

Resolución de 10-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro de la Propiedad de Gijón, número 5

BIENES PRIVATIVOS: CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD.

Mediante confesión de privatividad, la presunción de ganancialidad queda destruida aunque no con carácter absoluto sino solo con los efectos relativos que la Ley le atribuye. El propio número 6 del artículo 95 del RH admite la posibilidad de reflejar en el Registro la confesión de privatividad cuando se hiciera con posterioridad a la inscripción de la adquisición; y, como ha admitido esta Dirección General (resolución de 27 de junio de 2003), dicha confesión puede realizarse no solo por el cónyuge del adquirente sino por los herederos de aquel. Lo que ocurre es que en el presente caso dicha confesión no ha quedado acreditada, y no puede atribuirse virtualidad confesoria —como se pretende en el escrito de recurso— a la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada con posterioridad a la compra, en la que se hace constar, genéricamente, que no existen bienes gananciales, sin referencia alguna al carácter de la finca de que se trata en este expediente. Dada su trascendencia jurídica es necesario que la declaración de confesión sea específica al bien concreto y expresión del carácter privativo del dinero, al objeto de romper la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil

Resolución de 13-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Tomelloso

LEGADO: NECESIDAD DE ENTREGA POR LOS HEREDEROS.

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. Y, aunque podría pensarse que tal entrega es simplemente de la posesión y nada tiene que ver con la inscripción de la cosa legada en favor del legatario, ya que cuando el legado es de cosa específica propia del testador, aquel adquiere la propiedad desde el fallecimiento de este (cfr. art. 882 del Código Civil), 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. Y, aunque según la doctrina científica y la de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 28 de abril de 1876 y 18 de julio de 1900) tal entrega no es necesaria en el caso de que se trate de

un prelegatario, ello no ocurre así más que cuando tal prelegatario es heredero único, pues, si existen otros herederos (cfr. Resolución de 25 de septiembre de 1987), no puede uno solo de ellos (sin constarle la renuncia de los demás) hacer entrega del legado.

Resolución de 13-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Este Centro Directivo tiene expresado que el pacto de condición resolutoria explícita, en cuanto implica un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor, por su rigor, debe ser examinado con toda cautela a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros. Estos efectos rigurosos conllevan la exigencia de que las circunstancias en que se ha de desenvolver resulten de forma indubitada de los asientos registrales. Por la misma razón (*vid.* resolución de 26 de abril de 2006) el carácter excepcional del sistema de cancelación previsto en el artículo 82.5.º de la LH obliga a una interpretación restrictiva. Teniendo todo ello en cuenta, en el caso aquí planteado la escritura en que se solicita la cancelación es otorgada, como se ha indicado por la parte compradora, por representación. A ella se incorpora un resguardo bancario del ingreso de una cifra coincidente con la adeudada en la cuenta bancaria designada al efecto en la escritura de compra. La cancelación del pacto resolutorio inscrito precisa bien consentimiento del vendedor, en el acto o anticipado, resolución judicial, conforme a los principios generales, o conforme al artículo 82.5.o de la LH, excepcionalmente, el transcurso del plazo establecido para la caducidad de la acción, en los términos indicados por el precepto; bien por ser el civilmente previsto en la ley aplicable o bien por haberse pactado, válidamente, un plazo menor.

Resolución de 14-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 43

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN LOS ELEMENTOS COMUNES.

Se plantea si puede hacerse constar a solicitud del titular registral de un elemento privativo de una división horizontal, por nota al margen de la última inscripción de dominio de su finca, la prescripción de una infracción urbanística por obras ejecutadas sobre una zona común del edificio por el titular de dicho elemento privativo. En el caso que nos ocupa como hemos visto la obra nueva no está declarada por lo que su inscripción en los términos antes señalados es un presupuesto previo a la extensión de la nota marginal, pero además la particularidad de encontrarnos sobre un edificio en propiedad horizontal y recaer la nota marginal sobre un elemento común conlleva necesariamente a que deban también en este caso ser los copropietarios a través del pertinente acuerdo adoptado en Junta General quienes soliciten, salvo que se produzca la previa desafectación a que también se ha hecho referencia.

Resolución de 14-4-2015
(BOE 19-5-2015)
Registro de la Propiedad de Irún

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DE LIBRO DE ACTAS DE SUBCOMUNIDADES NO INSCRITAS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que no se precisa la previa constitución formal e inscripción registral del complejo inmobiliario para la legalización del libro de actas de la subcomunidad. Ahora bien, el título constitutivo de propiedad horizontal no puede perjudicar a terceros si no está inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 5 de la Ley sobre Propiedad Horizontal). Por eso, en casos como el que nos ocupa, al no constar la previa inscripción registral, se deben consignar sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del RH. Sin que prejuzgue la calificación del documento que pudiera eventualmente presentarse en el futuro para la inscripción de la comunidad de que se trate.

Resolución de 15-4-2015
(BOE 19-5-2015)
Registro de la Propiedad de Vitoria, número 3

SEGREGACIÓN DE FINCA: NECESIDAD DE LICENCIA. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: DESCRIPCIÓN DE LAS PORCIONES SEGREGADAS.

Por lo que resulta del presente expediente ciertamente no se forman más fincas registrales que las inicialmente existentes, pero de la finca registral 30.869 se segregan 2.861,68 m² que se agregan a la registral 30.868, y, de esta registral 30.868 se segregan 351,90 m² que se agregan a aquella registral 30.869, ignorándose si se cumplen las exigencias impuestas en el artículo 40 de la Ley 2/2006, de 30 de junio de 2006, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. La exigencia de la preceptiva autorización administrativa se recoge en varias disposiciones estatales y autonómicas. Debe respetarse la competencia del órgano encargado de conceder dicha autorización administrativa. En este sentido, el informe emitido por el arquitecto municipal no puede considerarse como título habilitante para la segregación y agregación pretendida, si bien dicho informe es preceptivo de conformidad con el artículo 210.4 de la Ley de Suelo del País Vasco, por lo que este defecto debe ser mantenido. El hecho de que, en la segregaciones de parte de finca inscrita para su posterior agregación a otra finca inscrita, no se exija la inscripción previa de la porción segregada, ni la apertura de folio nuevo ni la asignación de número de finca independiente, no quiere decir que dicha porción, conforme al principio hipotecario de especialidad y determinación, no deba describirse con todos los requisitos exigidos por los artículos 9.1.a de la LH y 51.1.a, 3.a y 4.a de su Reglamento. Como consecuencia de ello, y tratándose de fincas sujetas a un régimen de propiedad horizontal, la descripción de la porción segregada del elemento número dos —registral 30.869—, en principio, debería de expresarse, además de su superficie y linderos, la cuota en los elementos comunes. Se debe también atribuir, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 6 de los estatutos, a la parcela segregada de la parcela 8.2 —registral 30.869— y posteriormente agregada a la parcela 8.1 —registral 30.868—, una cuota en los

elementos comunes y otra cuota en los gastos de la red ferroviaria existente en la parcela común 3 (TEP), cuota esta última regulada en el artículo 8 de los estatutos de la propiedad horizontal. No obstante, cuando dichas cuotas puedan obtenerse a través de simples cálculos matemáticos no será defecto que impida la inscripción su no constancia en la escritura. La única forma de acreditar dichas referencias catastrales es, una certificación de la Diputación Foral debidamente sellada y diligenciada, con la relación de unidades fiscales o bien el documento ordinario que es la correspondiente certificación catastral, descriptiva y gráfica de la finca obtenida telemáticamente por el Notario. Ahora bien, como dice la registradora en su informe la falta de esa acreditación no hubiera impedido el despacho del documento.

Resolución de 15-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Ciudad Real, número 2

**SUBVENCIONES: EFECTOS DE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA AFEC-
CIÓN POR CONCESIÓN DE UNA SUBVENCIÓN FRENTE A LA EJECUCIÓN
DE UNA HIPOTECA ANTERIOR.**

Sentado que no parece necesario exigir la constitución de un derecho real típico o atípico para la constancia registral de la afección por razón de subvención, sino que es posible su constancia registral directa, planteamos ahora qué naturaleza y efectos despliega dicha afección real una vez que se ha hecho constar en el Registro. En el presente expediente la prioridad del adjudicatario en un proceso de ejecución directa hipotecaria deriva de la propia inscripción de hipoteca, que, como resulta de los antecedentes de hecho, su inscripción es anterior a la de la afección por subvención. Consecuentemente, al ejecutarse la hipoteca, preferente a la subvención, ha de procederse a la cancelación de las cargas posteriores.

Resolución de 16-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Las Rozas, número 1

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Se plantea por tanto, como cuestión central, si para rectificar la cancelación de un asiento que, a juicio del solicitante, fue indebidamente practicada es suficiente la solicitud o instancia privada suscrita por una de las partes afectadas (cotitular del derecho cancelado) o, por el contrario, al existir titulares de derechos inscritos (anotados en este caso) con posterioridad a la práctica de tal cancelación, es necesario el consentimiento de estos, y en su defecto, autorización judicial. No es necesario en el presente caso prejuzgar sobre la posibilidad de acudir a este segundo procedimiento que se infiere de los artículos 217 de la LH y 327 del RH, al que se refieren tanto el Tribunal Supremo como este Centro Directivo y que permite la rectificación de oficio por parte del Registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados. Y ello porque las circunstancias concurrentes hacen que este medio de rectificación

del Registro, mucho más simplificado, no pueda ser de aplicación. En primer lugar, de conformidad con el artículo 1.3.º de la LH «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley». En segundo lugar, con posterioridad a la cancelación del gravamen fideicomisario se practicaron sobre la finca tres anotaciones preventivas de embargo, en favor de distintas entidades, quienes tienen la consideración de «interesados» a que se refiere el artículo 217 de la LH, por cuanto el alcance de sus derechos y facultades sobre la finca depende directamente de la vigencia o no del gravamen fideicomisario. En consecuencia, tal y como ha declarado este Centro Directivo de modo reiterado, será necesario que conste el consentimiento de todos los titulares de derechos inscritos o anotados que puedan verse perjudicados o, en su defecto, deberá acudirse a un procedimiento judicial entablado contra aquellos (arts. 40 y 214 de la LH y 322 y siguientes de su Reglamento), debiendo entretanto rechazarse la solicitud formulada por el recurrente.

Resolución de 16-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Villanova i la Geltrú, número 1

USUCAPIÓN: PROCEDIMIENTO JUDICIAL DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. USUCAPIÓN: HA DE ORDENARSE LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN CONTRADICTORIA. FINCA REGISTRAL: COINCIDENCIA ENTRE EL TÍTULO Y EL REGISTRO.

En el presente caso el titular registral de la finca afectada por la sentencia cuya inscripción se pretende, es una sociedad cooperativa que, según la propia sentencia, quedó disuelta en el año 1939, sin que se precisen las causas de dicha disolución ni los sucesores de su personalidad jurídica. La Registradora sostiene que es el Estado el causahabiente de dicha sociedad cooperativa y, por tanto, el actual dueño de la finca, dado que, según su criterio, la cooperativa se disolvió por aplicación de la Ley 9 de febrero de 1939, de Responsabilidades Políticas. Si como entiende la Registradora, la propiedad de la finca corresponde al Estado, ha de recordarse que, conforme al artículo 36.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, «las Administraciones públicas deben inscribir en los correspondientes registros los bienes y derechos de su patrimonio, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción, así como todos los actos y contratos referidos a ellos que puedan tener acceso a dichos registros». Mientras que ello no ocurra, habrá que estar a lo que resulta de los asientos del Registro, como bien disponen los artículos 1.3.º y 38.1 de la LH. En el caso de la usucapión extraordinaria, puesto que el procedimiento seguido para su declaración alterará el contenido de los libros del Registro deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión, pero no será necesaria la acreditación de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Siendo la finca el

elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. En el caso que nos ocupa estamos ante una sentencia por la que se declara que un Ayuntamiento ha adquirido por prescripción extraordinaria la propiedad de una finca, por lo tanto conforme se ha expuesto no procede su ejecución. Ahora bien, la prescripción adquisitiva o usucapión es un modo originario de adquirir el dominio, en cuanto que la adquisición no se basa en derecho anterior alguno, es decir el usucapiente no lo hace suyo porque el que lo tenía se lo transfiera (relación de causalidad), sino que se convierte en titular del mismo —con independencia de que antes lo fuese otra persona— porque ha venido comportándose como tal. Y es como consecuencia de que un nuevo derecho, incompatible con el anterior, se establece sobre la cosa, por lo que pierde el suyo quien antes lo tuviera sobre la misma. Puesto que se trata de una adquisición originaria, en la medida en que no existe esa relación de causalidad entre el anterior titular registral y el nuevo, no queda otra alternativa que cancelar la inscripción anterior, por tanto, está plenamente justificada la exigencia que hace la Registradora en el sentido de que se ha de ordenar la cancelación de la inscripción contradictoria, si bien deberá ordenarse por medio del oportuno mandamiento, como resulta del artículo 521.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 17-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 41

SEGREGACIÓN DE FINCA: EXIGENCIA DE LICENCIA AUNQUE SE REALICE EN UN PROCESO JUDICIAL.

Tratándose de un proceso instado ante la jurisdicción civil en procedimiento declarativo de dominio, debe afirmarse que para la práctica de inscripciones de sentencias civiles en las que se exige una previa segregación de una finca registral, debe aportarse el correspondiente título administrativo habilitante. Este Centro Directivo interpretando dicha corriente jurisprudencial (*vid.* resoluciones de 27 de enero de 2012 y 23 de julio de 2012) ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral y su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad.

Resolución de 17-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro de la Propiedad de Cullera

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: ADQUISICIÓN. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

En los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* Resolución de 27 de marzo de 1999). Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los registradores de la Propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del artículo 18 de la LH, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, debe ser calificado dentro de los límites que impone el artículo 99 del RH. De acuerdo con esta doctrina, efectivamente corresponde al Registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos. En particular, el Registrador ha de calificar negativamente los documentos administrativos cuando estén desligados plenamente del procedimiento legalmente establecido. Ciertamente las normas que regulan la adquisición de bienes inmuebles por parte de las corporaciones locales no son las mismas que las relativas a su enajenación, pero sus principios rectores (publicidad y concurrencia) sí son comunes y coincidentes, imponiendo como regla general el concurso y habilitando una serie de excepciones tasadas que, de acuerdo con la jurisprudencia antes reseñada, han de ser objeto de una interpretación estricta, de donde se deriva la exigencia de su cumplida justificación. El hecho de que la secretaria accidental del Ayuntamiento afirme en su certificación de 3 de agosto de 2014 que «se han cumplido todos los requisitos exigidos en la legislación patrimonial y contractual vigente para llevar a cabo la adquisición del inmueble en ejercicio de opción de compra, mediante el procedimiento de adquisición directa, igualmente denominado negociado sin publicidad», dada su imprecisión y generalidad, no es suficiente para salvar los obstáculos señalados en la calificación (*vid.* resolución de 27 de marzo de 1999).

Resolución de 21-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Lepe

RECURSO GUBERNATIVO: REQUISITOS. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CALIFICACIÓN REGISTRAL

De acuerdo con lo establecido el artículo 322 de la LH, la notificación de la calificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y

59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo, a tal efecto, válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y quedara constancia fehaciente. El escrito de recurso puede acompañarse con el mismo documento presentado en su día o con un testimonio que garantice que su contenido es idéntico (*vid.* resolución de 5 de septiembre de 2013). Para que el expediente pueda seguir su curso basta con acreditar dicha identidad sin perjuicio de que, de ser estimatoria la resolución del recurso, deba aportarse el título original para practicar la inscripción solicitada (arts. 3 y 327 *in fine* de la LH en relación con los arts. 126 y 428 del RH, y Resolución de 10 de julio de 2009). Siendo la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella. Serán pues los términos de la sentencia a ejecutar los que determinen la clase y el contenido de los actos que deba dictar la Administración Pública condenada por aquella a fin de llevarla a efecto. Así, si la sentencia se limita a declarar la nulidad del acto o actos administrativos objeto del recurso, ordenando su desaparición jurídica, bastará que la Administración condenada dicte un acto de contenido puramente negativo, limitándose a declararlo formalmente así. Si la Administración no se limita a expulsar del mundo jurídico el acto o actos declarados nulos por el tribunal, sino que dicta uno o varios actos nuevos en sustitución de aquellos, estos últimos habrán de ser plenamente ajustados al ordenamiento jurídico, tanto en los aspectos formales como en su contenido material. Si el acto administrativo reflejado en el documento que ingresa en el Registro es puramente negativo, limitado a reproducir miméticamente el fallo de la sentencia que decreta la nulidad del acto o actos impugnados, difícilmente podrá exigirse que el mismo se haya dictado respetando los trámites e incidencias esenciales propias de un acto de contenido positivo. El acto en este caso no entraña ninguna innovación en el mundo jurídico y por tanto no cabe exigir a la Administración que lo dicta que respete las mismas garantías procedimentales que son propias de los actos positivos. En resumen, la calificación registral negativa de un acto así no podrá fundarse en la omisión o realización defectuosa de «trámites o incidencias» que la Ley impone como esenciales a cualquier innovación jurídica por parte de la Administración. Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), la inscripción de actuaciones que surten efectos frente al titular registral precisa que el procedimiento asegure que su posición jurídica es respetada así como la de aquellas personas en cuya esfera jurídica se van a desplegar. Rigiendo en materia de gananciales el principio de codisposición, ni la sola conducta de uno de los cónyuges, ni la decisión judicial o administrativa que la supla, basta para entender que es plenamente válida la actuación cuya inscripción se pretende; lo contrario implicaría su indefensión y el desconocimiento flagrante del principio constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de aquellos a quienes el Registro reconoce derechos sobre el bien afectado (art. 24 de la Constitución Española).

Resolución de 22-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Ciudad Rodrigo

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Según doctrina de este Centro Directivo, respecto de la cancelación de los asientos posteriores, la caducidad de las anotaciones preventivas 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, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 22-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

HIPOTECA: VALOR DE TASACIÓN PARA SUBASTA DE LOS INMUEBLES EN CONSTRUCCIÓN.

La cuestión que se plantea en relación con la fijación respecto de las obras nuevas en construcción, y a efectos de tasación, de un valor hipotético para el caso de finalización de obra, contenido en el certificado de tasación incorporado a la escritura, debe resolverse conforme a la doctrina de este Centro Directivo sentada en resolución de 4 de junio de 2014, según la cual dicha valoración ni siquiera puede admitirse como valor de tasación sujeto al elemento accidental de condición consistente en la finalización de la obra, pues no especifica qué debe considerarse por «edificación finalizada», pudiendo abarcar la conclusión parcial, la terminación con modificaciones respecto del proyecto para el que se obtuvo licencia, o incluso la ampliación y mejora en relación con dicho proyecto. Esta indeterminación así como la provisionalidad y fluctuación del concepto «valoración en la hipótesis de edificación finalizada» se manifiesta para las propias partes otorgantes de la escritura calificada en el propio clausulado de la misma en cuanto que convienen que la disposición del capital del préstamo expresado en la cuenta especial abierta se ajustará a las siguientes condiciones: «El saldo de la cuenta especial, será disponible en la misma proporción o porcentaje que la realización de la obra, acreditado ello mediante actualizaciones de la tasación». No se compadece, pues, con el necesario equilibrio contractual el hecho de que el certificado sobre un hipotético valor de obra terminada formalizado al inicio de la misma sirva para fijar el tipo definitivo de subasta de la finca a su conclusión y sin embargo no pueda, siquiera y por su provisionalidad, ser utilizado para la recepción por parte del prestatario de parte de la cantidad comprometida con el banco. De este modo, y para salvaguardar los intereses en juego, lo más idóneo es entender que sea la última tasación por realizar, necesaria para la entrega final de fondos y que habrá de quedar incorporada bien al acta de terminación de obra bien al acta de entrega final que en su caso

se estipule, la que, en ese momento ulterior, deba considerarse para la fijación definitiva del tipo para la subasta, rigiendo hasta aquel momento la fijada en la certificación como actual.

Resoluciones de 24-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN SINGULAR POR CRÉDITOS CONTRA LA MASA.

El artículo 84.4 de la Ley Concursal establece que «las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercerán ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal, pero no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento». Como reconoce el Tribunal Supremo —Sala Primera— en la Sentencia de 12 de diciembre de 2014, una interpretación literal choca frontalmente con el sentir que se desprende del resto de las normas concursales. Y es que una interpretación sistemática de los artículos 8, 9, 84 y 154 de la Ley Concursal conduce a afirmar que la consideración de un determinado crédito como crédito contra la masa, al efecto de obtener la anotación preventiva del embargo decretado como consecuencia de su impago, no corresponde realizarla al propio titular del crédito por sí, ni menos aún puede entenderse apreciable de oficio por el Registrador dado lo limitado de los medios de que dispone a este efecto. Deberá ser el juez del concurso el que deba llevar a cabo esta calificación, de acuerdo con la «vis atractiva» que ejerce su jurisdicción durante la tramitación del concurso y a la vista del informe que al efecto presenta la administración del concurso. Como advierte la antes citada STS de 12 de diciembre de 2014, «en realidad, el único escenario en que podría admitirse una ejecución de créditos contra la masa es el que se abre con la aprobación del convenio, en que se levantan los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) (...). Sin embargo, una vez abierta la fase de liquidación, y con ella el efecto de la prohibición y paralización de ejecuciones del artículo 55 LC, no tiene sentido iniciar una ejecución separada contra la masa, pues contradice el carácter universal que supone la liquidación concursal, cuyas únicas excepciones lógicas vienen determinadas por las ejecuciones de garantías reales, que, por otra parte, si no se iniciaron antes de la apertura de la fase de liquidación ya no podrá hacerse al margen de la liquidación concursal. Los acreedores de créditos contra la masa lo que deberán hacer es instar su pago dentro de la liquidación, de acuerdo con las reglas del artículo 154 LC, y sin necesidad de instar otra ejecución dentro de la ejecución universal ni acudir al apremio administrativo, en el caso de la TGSS».

Resolución de 27-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 1

DERECHO EXTRANJERO: ACREDITACIÓN. HIPOTECA: RESPONSABILIDAD POR COSTAS Y GASTOS.

La doctrina de este Centro Directivo ha establecido, reiteradamente, que cuando cónyuges extranjeros, o uno de ellos, realizan adquisiciones en España no es exigible la determinación de su régimen económico matrimonial —aunque ciertamente sería muy deseable y conveniente su acreditación— siendo posible diferir su concreta determinación al momento en que se lleve a cabo una posterior transmisión o enajenación, como ocurre en este caso. Así es, por otra parte, establecido, en el artículo 92 del RH que permite que la inscripción se realice a favor de los adquirentes con sujeción a su régimen matrimonial. Esa inscripción supone, en la práctica, una remisión a la legislación extranjera determinada, en el caso la alemana, cuya identificación no es discutida por la Registradora, por lo que nos encontramos ante su régimen legal supletorio o régimen de participación en las ganancias. La determinación de cual haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso a la Registradora, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la resolución de este Centro Directivo de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la RDGRN de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un «*numerus clausus*» de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia (*vid.*, entre otras, las SSTs de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999 y la Resolución de 20 de enero de 2011). Como se deduce de la literalidad del artículo 575.1 bis de la LEC se refiere al supuesto de ejecución de la vivienda habitual limitando las costas exigibles al deudor, al 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva, que no tiene necesariamente que coincidir con el capital prestado, sino que puede resultar un importe superior en razón a los intereses devengados y no pagados. En la cláusula debatida se establece un doble límite, el importe de 13.000 euros que no podrá superar además el 5% de

la cantidad reclamada, circunstancia esta última que no conoce el Registrador al constituirse la hipoteca y que deberá ser tenida en cuenta por el secretario judicial, por lo que este defecto debe ser revocado.

Resolución de 28-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

HIPOTECA: PACTOS INSCRIBIBLES.

No obstante las dificultades derivadas de una normativa descoordinada, se puede concluir que, al margen de los supuestos de especial aplicación a los préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario —intereses moratorios del artículo 114 de la LH, y reglas especiales de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del Real Decreto Ley 6/2012—, la normativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y de protección de los consumidores de este tipo de productos financieros es aplicable en los siguientes supuestos: a) préstamos y créditos hipotecarios que recaigan sobre una vivienda, aunque esta no tenga el carácter de vivienda habitual, siempre que pertenezcan a una persona física, aunque el propietario —que también se considera cliente— no sea el prestatario que puede ser una persona jurídica, y con independencia de la finalidad del préstamo, es decir, aunque sea de tipo mercantil; b) préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física y que tengan por finalidad adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Y, además, las normas contenidas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno, en su caso, a su actividad empresarial o profesional. En cuanto al alcance de la calificación registral en materia de hipotecas, procede recordar la doctrina enunciada por la reciente resolución de 3 de octubre de 2014, referida también a un supuesto de refinanciación preconcursal empresarial en que tampoco era aplicable la normativa sobre consumidores, en cuyo Fundamento de Derecho segundo se afirmó que: «(...) procede aclarar como cuestión previa los cánones de interpretación que han de seguirse en la interpretación del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, en el sentido de que debe prevalecer sobre la interpretación aislada de dicho precepto, el canon de interpretación sistemática. Partiendo de esta interpretación sistemática del citado párrafo segundo del artículo 12 de la LH, teniendo en cuenta las referidas sentencias y resoluciones, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la L.H...». Del indicado artículo resulta que el contenido del asiento de inscripción de hipoteca comprende la extensión propia del derecho real de hipoteca —extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria—; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad

de su ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), y en tercer lugar, aun cuando el artículo 12 de la LH no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca —artículos 129 de la LH, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes—. Es decir, lo que se inscribe es únicamente el derecho real de hipoteca, pero el contenido obligacional del título se hace constar en la inscripción en sus propios términos, no como tal crédito o préstamo en sí mismo considerado, sino en cuanto delimita el propio contenido del derecho real de hipoteca, delimitación que es imprescindible en un sistema de accesoriadad. Respecto a la calificación registral cabe señalar que el Registrador podrá, con carácter general en todo tipo de hipotecas, negar la inscripción de aquellas cláusulas que, con independencia de su validez civil o posible eficacia real, no tengan carácter inscribible por estar expresamente excluido su acceso al Registro de la Propiedad por una norma de naturaleza hipotecaria de carácter imperativo, bien de forma automática o bien por no reunir los requisitos necesarios para su inscripción. Igualmente se podrán rechazar aquellas otras cláusulas que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas expresas y objetivas y, por tanto, nulas de pleno derecho, ya sean estas de carácter específico (por ejemplo, el pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil o el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso prohibido por el artículo 61.3 de la Ley Concursal), o referenciadas a los principios generales de la contratación (por ejemplo, el pacto que vulnere de forma objetiva el art. 1256 del Código Civil o el pacto que excluya o no prevea la facultad de deudor, reconocida en el art. 1129.3 del Código Civil, de completar la garantía concedida en caso de menoscabo de la misma). Y, por último, también podrán denegarse las cláusulas que no tengan carácter inscribible por ser puramente obligacionales y no ostentar la condición de cláusula financiera, sin que se pacte tampoco que su incumplimiento genere el vencimiento anticipado de la obligación principal, ni se garantice su importe económico con alguno de los conceptos de la responsabilidad hipotecaria; cláusulas que deben ser depuradas simplemente por esa carencia de eficacia real (art. 98 de la LH). Tratándose de préstamos hipotecarios a los que les es aplicable la normativa de protección de los consumidores, adicionalmente se podrán rechazar la inscripción de las cláusulas cuya nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores, y aquellas otras cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado directamente por el Registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación, porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.o de la LH, con base en la doctrina de la nulidad *apud acta* recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. En estos supuestos el Registrador, como señala entre otras la RDGRN de 5 de febrero de 2014, deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las

singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen —Orden EHA 2.899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.—. Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, además de lo ya expuesto en relación a la aplicabilidad general de las normas imperativas y prohibitivas, son también utilizables en el control de legalidad de las mismas, las normas y principios generales del sistema registral español, que se concretan en la exigencia de los siguientes requisitos: a) que el vencimiento anticipado no se vincule al incumplimiento de obligaciones accesorias o irrelevantes; b) que los términos de estas cláusulas de vencimiento anticipado cumplan con el requisito de determinación hipotecaria; c) la exclusión de aquellas causas de vencimiento anticipado que sean totalmente ajenas al crédito garantizado y cuya efectividad no menoscabe la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. Entrando en el análisis concreto de las cláusulas excluidas por el Registrador, debe señalarse que las definiciones de Cuenta de Rentas, Cuenta de Reserva, Contratos de Garantía, Documentos Financieros y Garante, Ratio de Cobertura del Servicio de la Deuda y Ratio del Préstamo sobre el Valor de Mercado, no solo contribuyen a perfilar la obligación garantizada, sino que permiten aclarar supuestos de vencimiento anticipado y presupuestos para la disposición o entrega del préstamo (condiciones suspensivas). Consecuentemente, su exclusión de la inscripción no estaría justificada simplemente por «carecer de trascendencia jurídica real inmobiliaria» ya que sí la tienen, al contribuir a la identificación de la obligación garantizada y constituir causas de vencimiento anticipado y condiciones suspensivas de su disponibilidad. Procede, por tanto, la revocación de la nota de calificación en este punto por falta de motivación suficiente, salvo lo relativo a la pignoración de las cuentas por tratarse de una institución ajena al Registro de la Propiedad, sin que puedan admitirse los nuevos fundamentos de derecho —falta de determinación de la cláusula y exclusión de la facultad de completar la garantía menoscabada—, que respecto de este defecto introduce el Registrador en su informe. Hay otras estipulaciones que tienen un claro carácter de financieras por lo que, como ocurre con las examinadas en el fundamento de derecho anterior, tampoco pueden ser excluidas de la inscripción bajo el único argumento de su falta de trascendencia jurídico-real inmobiliaria. Así la cláusula 2.2, que se refiere al destino del préstamo, en la medida en que este se vincula a la adquisición del inmueble hipotecado y a su explotación comercial, contribuye a la identificación de la obligación garantizada. Y el pacto 3.1, que supedita la disponibilidad del préstamo al cumplimiento de unas condiciones suspensivas, debe acceder indudablemente al registro de conformidad con lo que dispone el artículo 142.1 de la LH y la doctrina de la resolución de 17 de marzo de 2000, en cuanto determina el efectivo nacimiento de la obligación garantizada y, además, si tenemos en cuenta que, según la nota de calificación: «la hipoteca se inscribiría como en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva», la causa de denegación del presente pacto implica una contradicción evidente. Y lo mismo ocurre, por último, respecto a las estipulaciones 6.2 y 7.1, que regulan respectivamente la amortización anticipada del principal con los ingresos que se obtengan con la transmisión del inmueble hipotecado y la amortización anticipada voluntaria previa autorización del prestamista, ya que es indudable que las reglas de amortización del principal, tanto ordinaria como anticipada voluntaria o forzosa, tienen un marcado carácter financiero, por lo que constituyendo las estipulaciones rechazadas parte de un sistema de complejo de amortización y sin prejuzgar que puedan existir motivos fundados para su denegación, esta no puede apoyarse en la repetida falta genérica de eficacia

real y tampoco es posible admitir ahora los nuevos fundamentos jurídicos —prohibición de disponer encubierta— expuestos por el Registrador en su informe, salvo lo que se dirá respecto de la estipulación 6.2 en el Fundamento de Derecho decimosexto. Sin embargo, existe otro grupo de cláusulas respecto de las cuales la simple alegación, como motivo de la denegación, de «la carencia de trascendencia jurídico real inmobiliaria», en los términos que se han expuesto anteriormente, sí debe considerarse suficiente. Así, las estipulaciones 11.2 y 16.1, relativas al compromiso del prestamista de mitigar las consecuencias perjudiciales para el prestatario, por la obligación del pago de importes adicionales en caso de concurrencia de las circunstancias que se pactan detalladamente, sí tiene encaje en los pactos de naturaleza puramente personal, ya que no tiene naturaleza real, ni financiera, ni contribuye a perfilar la obligación garantizada. Por su parte, respecto a la cláusula 12.a de «declaraciones y garantías», como señala el Registrador en su informe, recoge una serie de afirmaciones que han constituido elementos previos a la formación de voluntad del prestamista; procesos previos que son absolutamente irrelevantes desde el punto de vista registral, puesto que el consentimiento negocial ha sido ya prestado y la hipoteca concertada. Sin entrar a valorar el contenido concreto de cada una de otra serie de estipulaciones denominadas «obligaciones societarias del prestatario», no parece que pueda decirse que, en general, estas obligaciones tengan una relevancia especial en relación con la obligación garantizada, pues aparte del carácter genérico e indeterminado de alguna de ellas, su incumplimiento no desvirtúa la garantía real ni la preferencia de la hipoteca. Esta afirmación tiene como excepción el defecto letra I), por la vinculación de las Cuentas de Renta y Reserva con el devenir de la obligación principal garantizada —determinación y utilización para el pago de amortizaciones anticipadas obligatorias— analizado al tratar del defecto de la letra A) del fundamento de Derecho número siete. Sea como fuere, lo cierto es que la cláusula 15.3 eleva su incumplimiento —el de todas las obligaciones de la cláusula 13.a a la categoría de causa de vencimiento anticipado del préstamo y, por tanto, no puede admitirse el rechazo de la inscripción de esta cláusula con una fundamentación circunscrita en que los pactos que comprende carecen de trascendencia real inmobiliaria ya que, como afirmó la resolución de 3 de octubre de 2014, dichas cláusulas tendrán o no trascendencia real según se inscriban o no, es decir, su falta de trascendencia real es efecto, no causa, de su falta de inscripción. Lo mismo cabe decir, por encontramos a en las mismas circunstancias, de las estipulaciones que se refieren a las «obligaciones del prestatario en relación con el inmueble» y otra serie de cláusulas financieras que se vinculan a causas de vencimiento anticipado. Se considera correctamente denegada la cláusula de apoderamiento para subsanar defectos, precisamente por su naturaleza exclusivamente personal y no financiera, al amparo del artículo 98 de la LH. Tal parecería que la misma solución debería adoptarse respecto de la autorización de pago a que se refiere el defecto letra M), ya que cabe afirmar que se trata de un apoderamiento por lo que, en principio, le sería aplicable el artículo 98 de la LH y la doctrina emanada de las dos citadas resoluciones. Sin embargo, mientras esas Resoluciones rechazan un apoderamiento para realizar declaraciones y subsanaciones ante Notarios y Registradores, es decir, facultan para cuestiones absolutamente ajenas al derecho real de hipoteca y al préstamo garantizado; el presente supuesto afecta a una cláusula relevante desde la perspectiva procesal y de la configuración del derecho real de hipoteca, pues se refiere a la facultad que se concede al prestamista de pagar por el deudor aquellos gastos que están expre-

samente cubiertos por un concepto de la responsabilidad hipotecaria por encontrarse «estrechamente relacionados con la obligación garantizada y con la conservación y efectividad de la garantía», facultad cuyo ejercicio genera el nacimiento de esas obligaciones complementarias garantizadas y que en esa medida es inscribible. No puede denegarse el acceso al Registro de la Propiedad a la cláusula que establece que: «En caso de que el prestatario incumpla cualquiera de las obligaciones de pago que para él se derivan del préstamo, se den los requisitos previstos en la cláusula 15.12 («Declaración de vencimiento anticipado») y transcurrido el periodo de gracia que, en su caso, establezca el préstamo», «el prestamista estará facultado para ejercitar sus derechos y ejecutar las diferentes garantías (...)», por la simple razón de carecer de trascendencia real inmobiliaria, pues la ejecución de la hipoteca es quizá el aspecto de mayor trascendencia jurídico-real inmobiliaria de todos los previstos en una escritura de hipoteca, y el incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del propio préstamo garantizado o la concurrencia de un supuesto de vencimiento anticipado, son las eventualidades naturales que facultan al acreedor para el ejercicio de la acción ejecutiva (arts. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 129 de la LH, etc.). La cláusula trigésima, en sus apartados tercero y quinto, se refiere a la revelación de los datos personales del prestatario en caso de cesión del crédito, cuestión de naturaleza estrictamente personal y ajena a la obligación garantizada, por lo que se considera correctamente denegado su acceso al registro al amparo del artículo 98 de la LH. Sin embargo, la cláusula trigésima primera se dedica al «cálculo y prueba fehaciente de la deuda», por lo que la denegación de la expresión «prueba fehaciente», que va asociada al mantenimiento de cuentas que prueben los importes prestado en cada momento y debidos al prestamista, no puede ampararse en que carece de trascendencia jurídico-real inmobiliaria ni siquiera en la referencia a que es materia de apreciación judicial, sin perjuicio que se pueda hacer valer en el procedimiento el error en la determinación de la cantidad exigible (cfr. art. 695.1.2.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El defecto letra P) excluye la inscripción «de la cláusula trigésimo segunda, el apartado 32.1». Dispone el apartado denegado que: «La falta de o el retraso en el ejercicio por parte del prestamista de cualquier derecho o recurso en virtud del presente contrato no debe considerarse una renuncia al mismo; el ejercicio ocasional o parcial de cualquier derecho o recurso no impedirá que se vuelva a ejercer dicho derecho o recurso o cualquier otro derecho o recurso. Los derechos y recursos establecidos en el presente Contrato son cumulativos y no exclusivos con respecto de cualquier derecho o subsanación establecidos por Ley». Esta cláusula no se puede calificar alegando que el pacto tenga un carácter estrictamente personal y ajeno a la obligación garantizada, ya que contribuye a aclarar la forma de ejercicio de las acciones hipotecarias; por lo que no se considera correctamente denegada la misma al amparo exclusivamente del artículo 98 de la LH. Las cláusulas relativas a una actuación futura de notificación, relativas a una garantía ajena al derecho real de hipoteca, por lo que se considera correctamente denegado su acceso al Registro de acuerdo con el artículo 98 de la LH. El rechazo a la inscripción del pacto de anatocismo, sin perjuicio de su licitud en el plano puramente obligacional, ha sido una constatación de este Centro Directivo en numerosas resoluciones, desde la resolución de 20 de mayo de 1987 hasta las de 19 y 25 de marzo de 2008 pasando por las de 28 de enero de 1998 y 16 de julio de 1996; basándose en la consideración de que dicho pacto supone una vulneración del principio de especialidad registral. No obstante, si se consideran inscribibles (cfr. resolu-

ciones de 1 de octubre de 2010 y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011), las cláusulas relativas a comisiones, gastos, impuestos y primas de seguros, por ser cláusulas financieras, con independencia de que estén o no cubiertas con una responsabilidad hipotecaria específica, no se ve razón para que no se considere también inscribible el pacto de anatocismo; por lo que procede revocar la nota de calificación respecto de este defecto. Se considera correctamente denegadas estas cláusulas sobre expropiación forzosa por el Registrador, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo resultante de las resoluciones de 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008, ya que sus efectos se encuentran regulados en el artículo 110.2.º de la LH y en los artículos 8 y 51.1.e) del Reglamento de Expropiación Forzosa, y, aunque desaparezca la garantía hipotecaria, el acreedor siempre puede defenderse en el correspondiente expediente administrativo y cobrarse con el importe de las indemnizaciones por expropiación a las que se extiende la hipoteca por disposición legal, en los términos señalados en dichos artículos. Los artículos 27 y 107 de la LH, los cuales constituyen fundamento suficiente para denegar el acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas limitativas de la facultad dispositiva, en línea con la doctrina que emana de la STS de 16 de diciembre de 2009 y de las resoluciones de este Centro Directivo de 1 de octubre de 2010 y 4 de noviembre de 2010 y 11 de enero de 2011, 8 de junio de 2011 y 16 de agosto de 2011. Además, aunque el Registrador no hace alusión a este argumento de rechazo, debe recordarse que la aplicación de la doctrina de la STS de 16 de diciembre de 2009 lleva a denegar las cláusulas que contengan una prohibición de arrendar los locales hipotecados, porque los arrendamientos de locales comerciales posteriores a la hipoteca ejecutada quedan sometidos al principio de purga de cargas —arts. 134 de la LH, 175.2 del RH y 659 y 674.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— y, por tanto, no menoscaban la garantía hipotecaria ni alteran su preferencia. Dicha Sentencia solo admitió este pacto de vencimiento anticipado cuando se trate de arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (los arrendamientos de vivienda por cinco años o menos del antiguo artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), y que, además, fueran gravosos o dañinos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca por rentas bajas o por anticipo de rentas. A este respecto debe tenerse en cuenta que en la actualidad, tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos llevada a cabo por la Ley 4/2013, de 4 de junio de 2013, que regula los arrendamientos de viviendas, esa purga hipotecaria tendrá lugar siempre en el ámbito de aplicación de dicha Ley, por lo que tampoco procederá la admisión de las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo para el supuesto de arrendamiento de viviendas. La cláusula tiene un evidente carácter financiero ya que contribuye a perfilar la obligación garantizada en cuanto determina la necesidad de realizar amortizaciones extraordinarias obligatorias, cuyo incumplimiento, a su vez, constituye una causa de vencimiento anticipado, por lo que su rechazo no puede basarse en una referencia genérica a su contradicción con el artículo 1256 del Código Civil, sin argumentar la razón o causa concreta que lleva a extraer esa conclusión y la interpretación que del mismo debe efectuarse. La cláusula 15.3 se refiere al vencimiento anticipado en caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados 13 y 14 algunas de las cuales como se expone en otros fundamentos de derecho se encuentran vinculadas a la obligación principal por la finalidad del préstamo, por ser susceptibles de provocar amortizaciones parciales obligatorias o por el presente vencimiento anticipado, por lo que su denegación al amparo

de los artículos 1429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 20 de la Ley del Notariado, carece absolutamente de justificación, debiendo revocarse la calificación en este punto. La cláusula vigesimocuarta, en su apartado f), se refiere a la autorización al prestamista para la obtención de segundas y posteriores copias ejecutivas de la escritura. Se trata de una cláusula que, en principio, no debería acceder al Registro por su intrascendencia registral, pero debe revocarse la nota de calificación en cuanto a este defecto porque si la mera referencia genérica a un determinado artículo no constituye fundamentación suficiente para la denegación de los pactos de la hipoteca si no va acompañada de una argumentación adecuada, con más razón no puede considerarse suficiente un artículo erróneo de cuya dicción el prestatario no podrá obtener conocimiento acerca de las razones del Registrador para la subsunción de la cláusula denegada en el ámbito de aplicación de la norma, ni en consecuencia combatir la nota de calificación dictada. El defecto de la letra H) excluye la inscripción «de la cláusula decimoquinta, apartado 15.4 por ser obligacional (Vencimiento anticipado por falsedad en las declaraciones y garantías)». Todo defecto ha de estar suficientemente fundado. Esta motivación es tanto más obligada en este punto dada la progresiva importancia que en el tráfico jurídico inmobiliario y mercantil actual ha adquirido la veracidad de las declaraciones del prestatario acerca de su patrimonio y situación de solvencia, en cuanto determinantes de la asunción por el acreedor de un determinado riesgo y de la prestación de su consentimiento contractual; por lo que procede revocar la calificación en este punto. El artículo 235 del RH [y también el art. 129.2.c) de la LH] dispone que la ejecución extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, por lo que en principio no cabe la utilización de este procedimiento para la realización de hipotecas de máximo en garantía de obligaciones respecto de las que inicialmente se desconoce su montante. No obstante, esta Dirección General ha reconocido la posibilidad de utilización de este procedimiento, incluso en supuestos en que la cuantía de la obligación no apareciera inicialmente determinada, siempre que en la propia escritura de constitución de hipoteca se pactara la forma de hacer constar en el Registro el nacimiento y determinación de la obligación garantizada antes de iniciar la venta extrajudicial, como, por ejemplo, la nota marginal de los artículos 143 de la LH y 238 de su Reglamento (cfr. Resolución de 20 de junio de 2012). Se deniegan las menciones al primer rango de la hipoteca, lo cual se estima correcto y, aunque hubiera sido preferible una mayor argumentación jurídica, que solo se recoge en el informe, no se estima estrictamente necesaria ya que no se trata aquí de denegar una cláusula de la hipoteca, sino de una cuestión de estricta mecánica registral cual es la fijación del rango hipotecario. La hipoteca se configura, claramente, como en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva, pues de la escritura resulta que el prestatario no dispondrá del importe del préstamo hasta que acredite el cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas. Ni el cumplimiento de las citadas condiciones suspensivas ni la entrega del dinero objeto del préstamo han sido acreditados en la forma prevista en la legislación hipotecaria (arts. 143 LH y 238 del RH), por lo que, hasta la constancia registral de una y otra circunstancia, la hipoteca debe constar inscrita como en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva.

Resolución de 28-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: CANCELACIÓN DE INSCRIPCIONES CONTRADICTORIAS

A los efectos de comprender la exigencia impuesta por el artículo 286 del RH, es importante distinguir dos aspectos relevantes: que una cosa es que el ejercicio de una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar específicamente la nulidad o cancelación de los asientos contradictorios vigentes, pueda llevar implícita dicha petición, y otra muy distinta que el auto judicial que ha de resolver el expediente de tracto sucesivo no deba cumplir todas las manifestaciones y requisitos formales y sustantivos exigidos por la normativa aplicable al procedimiento.

Resolución de 29-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Sueca

HERENCIA YACENTE: REQUISITOS PROCESALES. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: PLAZOS.

Los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el Registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del RH. De ahí que la doctrina de este Centro Directivo, si bien matizada en sus últimos pronunciamientos, impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo de 2013 y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y de 5 de marzo de 2015). En el caso presente ninguna de estas circunstancias se ha producido, por lo que el defecto debe mantenerse por infracción del principio de tracto sucesivo es doctrina de este Centro Directivo (resoluciones de 28 de enero de 2013 y 29 de enero de 2015) que la inscripción o la cancelación de asientos proveniente de los pronunciamientos de una sentencia dictada en rebeldía exige el cumplimiento de los plazos de rescisión de dicha resolución judicial ya vistos en el artículo 524 de la ley procesal civil. De manera añadida —y como ocurre en cualquier otro supuesto de justificación de la firmeza de las resoluciones—, es el interesado el que debe aportar la documentación que acredite el transcurso de los indicados lapsos temporales, o la firmeza de la resolución, lo cual no ha ocurrido dentro de los plazos de calificación del título (no valiendo una presentación extemporánea, dentro del trámite de la interposición del recurso), por lo que el defecto debe igualmente mantenerse.

Resolución de 29-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro de la Propiedad de Mazarrón

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Se impone una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición. En cuanto a la omisión en el auto de las circunstancias personales de los promotores del expediente, debe confirmarse la calificación del Registrador, sin que puedan tenerse en cuenta documentos no presentados en tiempo y forma, como señala el artículo 326 de la LH y la doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, cfr. resolución de 29 de diciembre de 2005). Pretendiéndose en el procedimiento seguido solo la reanudación de tracto y no la rectificación de la descripción de la finca, y quedando explicitado en el auto que se trata de una determinada finca registral, respecto de la cual se ordena la reanudación de tracto y la cancelación de una inscripción contradictoria concreta, la última, a nombre de persona concreta determinada en el propio auto, no puede sostenerse que pueda quedar a la Registradora duda alguna sobre la identidad de la finca que le impida la identificación precisa del objeto del derecho inscrito, tal y como ha venido exigiendo este Centro Directivo. En cuanto a la citación a titulares registrales, titular catastral y, en su caso, poseedor de hecho, debe confirmarse la calificación del Registrador, pues resulta una exigencia que no solo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la LH y 24 de la Constitución Española, sino específicamente, para titular registral, catastral y, en su caso, poseedor de hecho, de los artículos 201 y 202 de la LH.

Resolución de 5-5-2015

(BOE 8-6-2015)

Registro de la Propiedad de Elche, número 2

SEGREGACIÓN DE FINCA: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD SIN NECESIDAD DE LICENCIA.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior; siempre que los efectos jurídicos de tales actos no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y de este modo se pronuncia a favor de la retroactividad de las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero solo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquellas han

de sujetarse a sus trámites y procedimientos, y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades, añadiendo que el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil Este Centro Directivo interpretando dicha corriente jurisprudencial (*vid.* resoluciones de 27 de enero de 2012 y 23 de julio de 2012) ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior; como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil—. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad. Esta Dirección General en su resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas. En el supuesto de hecho de este expediente, además de haber transcurrido sobradamente los plazos de prescripción de la posible infracción, está claro que no se han ejercido por parte del Ayuntamiento acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística, antes bien al contrario en la certificación aportada se declara expresamente la innecesaridad del otorgamiento de licencia, con lo cual se cumple el requisito exigido en la legislación de aplicación.

Resolución de 5-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. DOCUMENTOS NOTARIALES: DISTINCIÓN ENTRE ESCRITURAS Y ACTAS. RECONOCIMIENTO DE DOMINIO: REQUISITOS Y EFECTOS.

El artículo 39 del RH considera representante de los interesados a quien presente los documentos correspondientes en el Registro con objeto de solicitar la inscripción. Y a ese presentante se le notifica la calificación negativa del Registrador (art. 322 de la LH). Pero según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. las resoluciones de 25 de octubre de 1973, 27 de febrero de 1999, 14 de noviembre de 2005 y 13 de noviembre de 2014), el ámbito de la representación a que se refiere citado precepto reglamentario está circunscrito a una mera actuación material —la presentación del documento en el Registro— pero no incluye la interposición del recurso contra la calificación registral que atribuya al título algún defecto, para lo cual el citado artículo 325 de la LH exige claramente que ha de ostentarse notoriamente o acreditarse en forma auténtica la representación legal o voluntaria de los interesados en el asiento. Como expresa la resolución de 1 de marzo de 2013, «el acta notarial puede ser un título inscribible en los supuestos legalmente previstos, siempre y cuando no se requiera

una declaración de voluntad de los interesados afectados. Así lo ha declarado reiteradamente este Centro Directivo resolución de 28 de febrero de 2012)». En el presente caso el título presentado contiene no una simple manifestación sobre un hecho sino una declaración de voluntad de repudiación (con el correlativo reconocimiento del dominio de otras personas), que, según la legislación notarial, es contenido propio de las escrituras públicas. La renuncia abdicativa del dominio (causa de pérdida del mismo para su titular), es un acto dispositivo unilateral, mediante una declaración de voluntad no recepticia e irrevocable, características estas de especial relevancia para la resolución de este recurso. Este Centro Directivo ha entendido que un ordenamiento como el español, que permite la pérdida del dominio por renuncia (cfr. art. 6.2 del Código Civil), no puede poner obstáculo a la cancelación del dominio en virtud de la escritura en que el titular registral manifiesta su voluntad de no tenerla como suya (cfr. arts. 79, 80 y 82 de la LH y la Resolución de 19 de enero de 1994). Desde el punto de vista de la técnica registral, y dejando al margen los demás presupuestos para que la renuncia al derecho de propiedad sea inscribible, esta podría tener acceso al Registro mediante un asiento de inscripción en que se haga constar la renuncia, con subsistencia de la finca como finca inmatriculada (y con sujeción a la disciplina normativa que rige la adquisición por parte de la Administración del Estado de los bienes inmuebles vacantes, de suerte que esta adquisición se produce «ope legis», desde el momento en que se cumplen los requisitos para tal atribución —cfr. arts. 609, párrafo segundo, del Código Civil y 17 y 47.d) de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Pero, en todo caso, carece de fundamento que dicha renuncia abdicativa produzca la vigencia del asiento anterior y quede la finca inscrita a nombre del anterior propietario si no concurre el consentimiento de este y un título material que lo justifique (cfr. arts. 82 y 83 de la LH). En realidad, se pretende la rectificación del Registro, no con base en una renuncia abdicativa propiamente dicha sino, más bien, mediante un verdadero reconocimiento de dominio, en tanto en cuanto la renunciante justifica su declaración de voluntad en el hecho de que —según afirma— la sentencia que declaró su dominio inscrito adquirido mediante documento privado de compraventa suscrito el 15 de febrero de 1984, y aparte determinadas vicisitudes del procedimiento judicial declarativo, no pudo tener en cuenta que la finca a que se refiere dicha sentencia había sido transmitida por el titular registral a otras personas antes del citado documento privado. En este sentido, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que para la inscripción de cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de la causa onerosa o gratuita que lo determine, ya que es el único medio de que el registrador, al calificar tenga en cuenta los requisitos de capacidad y de forma que exige la Ley y, en consecuencia, el carácter de título material adecuado para operar la transmisión; de todo lo cual carece el mero reconocimiento de propiedad por lo que no puede reputarse como título traslativo (cfr., por todas, las resoluciones de 19 de enero de 1994 y 6 de julio de 2006). Por otra parte, este Centro Directivo ha admitido que mediante escritura pública se deje sin eficacia una transmisión inscrita de modo que vuelva a quedar inscrito el dominio a favor del primitivo transmitente. Si realmente lo que se pretende en el documento es una rectificación del Registro, el principio de rogación y el de consentimiento causal exigen que se solicite el asiento adecuado y sobre todo cumpliendo los requisitos de la cancelación, que son el consentimiento cancelatorio expreso de todos los interesados y la causa expresa y coherente de la cancelación.

Resolución de 6-5-2015

(BOE 8-6-2015)

Registro de la Propiedad de Olivenza

FUERO DEL BAYLÍO: EFECTOS EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE TRANSMISIÓN.

La cuestión es, si habiendo fallecido uno de los causantes tiempo antes de la fecha de la partición, se generan derechos a favor de los herederos del finado cónyuge de la heredera que comparece como viuda, porque en el tiempo de la apertura de la sucesión de su causante, estaba casada en régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío. Y en consecuencia, si se hace necesario expresar en la escritura el estado civil y en su caso, el régimen económico matrimonial de la heredera viuda, al tiempo de la apertura de la sucesión de sus causantes; y si lo estuviera en el régimen económico matrimonial del Fuero de Baylío, sería o no necesaria la comparecencia de los herederos del finado habida cuenta la comunidad de bienes que se deriva del citado Fuero, que genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro, adquiridos por cualquier título, oneroso o lucrativo; así resulta de la STS de 8 de febrero de 1892. Actualmente, la doctrina y jurisprudencia («Vistos») se inclinan por considerar que los efectos del Fuero comienzan, no desde el momento de la celebración, sino desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal. Ahora se trata de determinar si el «ius delationis», conforme su naturaleza, puede ser objeto y formar parte de esa comunidad universal. Debemos partir de que el derecho de transmisión es un derecho personalísimo de aquellos a quienes corresponde ejercitarlo, lo que pueden realizar de forma voluntaria y libre. Por otro lado, el artículo 989 del Código Civil establece que «los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda». Respecto de la partición, cuya naturaleza traslativa, declarativa, determinativa o mixta ha sido ampliamente discutida por la doctrina, establece el artículo 1068 del Código Civil: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Es decir que la partición consuma y confiere, unida a la aceptación, la transmisión dominical de bienes hereditarios concretos a favor de cada heredero. Así, de conformidad con el artículo 989 del Código Civil, los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia son incuestionables, lo que hace que en el caso de que la heredera estuviese casada en el momento de la apertura de la sucesión de sus causantes, no impidiera su comparecencia entonces, sin necesidad de la asistencia de su esposo. Pero también, que tales efectos producen que dicha retroacción al momento de la muerte de los padres o primeros causantes, determina que en un momento posterior, que es el del fallecimiento del cónyuge de la heredera, se considere ya incluido en el patrimonio de la viuda lo obtenido por el derecho hereditario de la misma en la herencia de sus padres, derecho de contenido patrimonial que como tal formará parte de la segunda masa hereditaria que se produce por fallecimiento del cónyuge de la citada heredera. El Tribunal Supremo en sentencia de 11 de noviembre de 2013, referido al derecho de transmisión del 1006 del Código Civil, ha concretado que en virtud de este precepto no hay una sucesión

propriadamente dicha en el «ius delationis», sino un mero «efecto transmisivo del derecho como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia». De este modo, al aceptar la herencia, los herederos transmisarios suceden directamente al causante de la herencia y en otra sucesión distinta, al fallecido heredero. Con lo que los terceros interesados en la herencia del fallecido heredero (v. g. viuda del mismo) no adquieren derecho alguno en la del primer causante. Siguiendo el íter temporal indicado, en un tercer momento se produce la aceptación y partición de la herencia del primer o primeros causantes. Por la sola aceptación el derecho de la viuda en la herencia de sus padres pasa a ser un derecho de contenido patrimonial, el llamado «derecho hereditario *in abstracto*», que sería el que todos los partícipes tienen conforme a su respectiva participación sobre la total masa hereditaria, aunque carezcan aún de un derecho «*in concreto*» aplicado especialmente a alguno de los bienes determinados que componen dicha masa, derecho «*in concreto*» que solo surge con la partición. Ahora bien, en esa fase previa de «derecho hereditario *in abstracto*» que se produce antes de la partición, en esa comunidad hereditaria se hacen partícipes los herederos del finado cónyuge de la viuda que ahora acepta la herencia de sus padres primeros causantes, con respecto a los cuales, los efectos de la retroacción de la aceptación no se pueden extender hasta el momento del fallecimiento de los primeros causantes, pues en ese momento dado que la hija-heredera estaba aún casada, no se había generado todavía la comunidad universal propia del Fuero del Baylío, sino solo hasta el momento del fallecimiento de su esposo, que es cuando precisamente se genera dicha comunidad universal. Lógicamente si en el mismo instrumento público y con igual fecha se producen la aceptación y la partición de los bienes hereditarios del primer o primeros causantes, y esta se hace de forma convencional adjudicando bienes concretos entre los herederos, será necesario el consentimiento de los herederos del finado cónyuge de la viuda por aplicación del artículo 1058 del Código Civil que exige el consentimiento unánime de todos los copartícipes para hacer la partición. En consecuencia, dado que el régimen económico a que hubiera estado sometida la heredera viuda tiene consecuencias tales que determina si la adquisición corresponde exclusivamente a ella o también a los herederos de su finado cónyuge, es circunstancia que debe expresarse. Así pues, en las herencias en que comparezcan herederos viudos cuyo matrimonio, tras una indagación notarial al respecto, resulte haber estado sujeto al régimen del Fuero del Baylío, será necesario hacer constar la fecha del fallecimiento del cónyuge premuerto del heredero viudo. Si dicho finado cónyuge premurió a los causantes de la herencia que se formaliza, no se planteará problema alguno. Pero si falleció con posterioridad entonces habrá que distinguir los siguientes casos, tal como hemos enunciado anteriormente también: a) En caso de que el heredero o heredera viudos renuncien a la herencia de sus padres o primeros causantes, no será necesaria la comparecencia ni citación de los herederos del segundo causante. b) En caso de que el heredero o heredera viudos se limitara a aceptar la herencia sin hacer partición convencional ni adjudicaciones, tampoco sería necesaria la comparecencia de los herederos del segundo causante, pudiéndose practicar a petición de los interesados, anotación preventiva de derecho hereditario conforme a los artículos 42.6.o y 46 de la LH y concordantes de su Reglamento. c) Si lo que se pretende es la partición convencional o adjudicaciones a favor de la viuda, aun cuando fuera la única heredera llamada a la herencia de sus padres o primeros causantes sería necesario: 1.º Hacer constar en la escritura de partición de herencia, el nombre y circunstancias del cónyuge-finado de la heredera

y la fecha de su fallecimiento a los efectos de determinar por el Notario el régimen económico matrimonial. 2.º En el caso de régimen económico del Fuero de Baylío, la comparecencia de los herederos del finado cónyuge, quienes podrán libremente aceptar la herencia de este, de la que forma parte la mitad (por dimidio) del «derecho hereditario in abstracto» de la viuda sobre la masa hereditaria de sus padres o primeros causantes (cfr. sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz anteriormente citadas), y en tal caso, hacer junto con los demás condóminos la partición y adjudicación de los bienes de la herencia de los primeros causantes, sin necesidad, si no quieren, de partir otros bienes o derechos propios de la herencia del cónyuge, lo cual podrán hacer en un momento posterior; pues si bien es cierto que la aceptación de la herencia no puede ser parcial (art. 990 del Código Civil), es perfectamente posible que la partición sí sea solo de algunos bienes; o bien pueden renunciar a la herencia del finado cónyuge, en cuyo caso sería necesario determinar, ante la renuncia de los llamados en primer lugar quienes pasan a tener la condición de herederos del segundo, aplicando, según proceda, la sustitución vulgar, el derecho de acrecer, o el llamamiento a los herederos legales del siguiente grado. Igualmente si los llamados a la herencia del cónyuge-finado o segundo causante se niegan a comparecer en la escritura de aceptación y partición de herencia del primer o primeros, faltaría el presupuesto básico de legitimación de la partición convencional que es el consentimiento de todos los partícipes; siendo necesario en tal caso acudir a la vía judicial conforme al artículo 1059 del Código Civil

Resolución de 6-5-2015

(BOE 8-6-2015)

Registro de la Propiedad de Calahorra

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESVINCULACIÓN DE UN AÑEJO.

La doctrina de este Centro Directivo afirma que puede el titular desvincular el anejo en base a la autorización estatutaria, pero para que ello pueda ser realizado sin intervención posterior de la junta hubiera sido necesario que en el título constitutivo se hubieran descrito los espacios que se configuraban como anejos con todos los requisitos necesarios para su posterior conversión en elementos privativos. No siendo así, es precisa una modificación o complemento del título constitutivo de conformidad con las reglas generales de propiedad horizontal, pues la descripción de linderos y determinación de la superficie puede afectar a otros elementos privativos o a los elementos comunes (resolución de 15 de marzo de 2004 y demás citadas en los «Vistos»).

Resolución de 11-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Ourense, número 3

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

Hay que tener en cuenta la especial naturaleza de los bienes de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada según la doctrina del Tribunal Supre-

mo que afirma que surge, en tal caso, una comunidad —«posmatrimonial» o «postganancial»— «sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros» sentencia de 7 de noviembre de 1997, que recoge doctrina ya mantenida en las sentencias 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990, 17 de febrero de 1992 y 23 de diciembre de 1993, entre otras; con un criterio que ha sido reiterado en sentencias posteriores como las de 11 de mayo de 2000, 3 de junio de 2004, 17 de octubre de 2006 y 10 de junio de 2010). De acuerdo con lo expuesto, el cónyuge supérstite ostenta la condición de copartícipe en la comunidad postganancial y, como tal, debe ser demandado, tanto si se pretende el embargo de la totalidad de la finca, como si lo que se produce es su posterior enajenación como consecuencia de aquel, caso del supuesto de hecho de este expediente.

Resolución de 13-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

ESCRITURA PÚBLICA: ALCANCE RESPECTO DEL CONTRATO PRIVADO ANTERIOR.

En la parte dispositiva de la escritura, por la transmitente «se vende y entrega la finca descrita» y los adquirentes «la compran y adquieren»; se da firme y eficaz carta de pago en la escritura, si bien los medios de pago no se han acreditado o hecho las advertencias oportunas, pero no se ha señalado este defecto por la Registradora por lo que no es objeto del expediente; se hace entrega de la posesión en el otorgamiento de la escritura y no en otro momento, lo que es patente en ese otorgamiento; además, se hacen imposiciones de los gastos ocasionados y otras propias de los otorgamientos ante Notario. Pero también es cierto que en la parte expositiva se detalla otro contrato de compraventa realizado hace unos años por la representación verbal de la vendedora sobre la misma finca y a favor de una persona fallecida y distinta de los que aparecen hoy como compradores, si bien el tracto de la sucesión hereditaria que se produce les habilita para ser los adquirentes de la misma. Acreditado ese tracto de sucesión hereditaria por sus títulos —acta de declaración de herederos abintestato— falta la aceptación y adjudicación de herencia, lo que no se ha producido y si lo ha sido, no se acredita. En consecuencia, existe una discrepancia esencial entre la parte expositiva y la dispositiva de la escritura, relativa al tiempo de la compraventa y al título por el que adquieren los comparecientes: si el de compra actual o el de la sucesión hereditaria del fallecido que fue comprador por el documento privado. En presencia de una escritura, la alternativa es clara: o es reconocitiva si encaja en el artículo 1224 del Código

Civil o es constitutiva si queda fuera de los supuestos que claramente alude el artículo 1224 del Código Civil

Resolución de 13-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Plasencia

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCE-SIVO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como ya señaló la Resolución de este Centro Directivo de 9 de octubre de 2000 en su fundamento de Derecho quinto: «(...) el hecho de que en el auto recaído en expediente de dominio haya de hacerse constar el título adquisitivo alegado por el promotor no quiere decir que el Registrador pueda calificar la validez de dicha adquisición, pues es esta una cuestión sustraída a su función calificadoradora, toda vez que ello supondría poner en cuestión el acierto de la propia decisión judicial, y, con ello, se invadiría el ámbito de la propia función jurisdiccional, reservada en exclusiva a los jueces y magistrados (cfr. art. 117 de la Constitución Española, 18 de la LH y 100 de su Reglamento)». No debe confundirse la necesidad de que el auto exprese el título material de adquisición, pues ese título de adquisición o causa del desplazamiento patrimonial será determinante de la forma y efectos de la inscripción a practicar (tal y como se afirmó en resoluciones de 17 de enero de 2003 y 24 de junio de 2011), con la posibilidad, inexistente, de que el Registrador exija la aportación de dicho título material o califique su contenido para contradecir una aseveración judicial.

Resolución de 14-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Cuevas de Almanzora

PRINCIPIO DE TRACTO SUCE-SIVO: CONSECUENCIAS EN CASO DE PROCE-DIMIENTOS JUDICIALES.

Este Centro Directivo ha señalado que el principio de tracto sucesivo debe matizarse, tratándose de la inscripción de resoluciones judiciales procedentes de la jurisdicción contenciosa, en el sentido de que en defecto de consentimiento expreso y autentico de los actuales titulares registrales (cfr. art. 82 de la LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignas de protección, como expresamente ha reconocido la citada STS de 16 de abril de 2013 (cfr. art. 522, núm. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por el contrario, tratándose de la inscripción de una sentencia dictada en el ámbito de la jurisdicción civil, hay que tener en cuenta el principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, por lo que el contenido de la demanda y la designación de los demandados queda bajo la responsabilidad del demandante. En conclusión tratándose, como en el supuesto de hecho de este expediente, de una sentencia por la que se declara la nulidad de un acto traslativo

que ha sido oportunamente inscrito en el Registro, sin que constara la existencia de una anotación preventiva de demanda, debe el Registrador comprobar que el titular registral ha tenido la adecuada participación en el proceso. En el caso que ahora nos ocupa nos encontramos con que la sentencia anula, no solo la partición hereditaria realizada por la demandada, sino también la venta que esta realiza a un tercero que inscribe su titularidad antes incluso de que la demanda que dio origen al pleito hubiera sido admitida a trámite. Lo único que resulta de los antecedentes de hecho de la sentencia es que el citado tercero intervino en el proceso en calidad de testigo propuesto por la parte demandada. Obviamente no es esa la posición procesal que corresponde al titular de un derecho que va a ser declarado nulo en ese procedimiento. Y, además, la providencia dictada por la magistrada-juez con fecha 2 de diciembre de 2014, tampoco deja claro (más bien todo lo contrario) que el mismo haya podido ejercer procesalmente las facultades correspondientes que le permitan la protección y tutela de sus derechos.

Resolución de 14-5-2015

(BOE 9-6-2015)

Registro de la Propiedad de Gijón, número 5

NOVACIÓN DE HIPOTECA: AUMENTO DE CAPITAL Y DE PLAZO Y RANGO HIPOTECARIO.

La cuestión del presente recurso, por tanto, consiste en determinar si la novación de la hipotecario de máximo —en garantía de cuenta corriente de crédito— por ampliación del plazo inicialmente convenido y con aumento del límite de la cuenta de crédito, afecta al rango de la inscripción de hipoteca novada o de su ampliación, existiendo cargas intermedias, en este caso embargos, y los titulares de las mismas no prestan su consentimiento a la referida doble ampliación del plazo y de la responsabilidad hipotecaria. En el análisis de esta cuestión este Centro Directivo sostiene en la actualidad las siguientes conclusiones: a) En primer lugar, con carácter general, se ha considerado que la pérdida de rango de que habla el citado artículo 4.3, no obstante la expresión literal «la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita» (y lo inscrito solo puede ser lo ya existente), es más coherente interpretarla atendiendo a la finalidad y al contexto total del precepto, concretamente a la expresión posterior de «por ese incremento o ampliación», y entender, en consecuencia, que la alteración o pérdida del rango y el mantenimiento, en su caso, del rango, lo son solo en relación con los supuestos posteriores de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» y de «ampliación del plazo del préstamo» de la hipoteca inscrita. b) Paralelamente a esa conclusión e intentando ser congruente con ella, esta Dirección General ha sostenido hasta ahora que el fraccionamiento o división de la hipoteca en dos hipotecas independientes, cada una con su propio rango, que genera la anterior interpretación, se produce no solo en los casos de «incremento de la responsabilidad hipotecaria» (por la cantidad en que se amplíe la responsabilidad), como era la interpretación tradicional, sino también en los casos de «ampliación del plazo» (por el plazo en que se amplíe la duración de la hipoteca), aunque simultáneamente no se pacte un aumento de la responsabilidad hipotecaria, porque a esos dos conceptos se refiere la citada expresión «por este incremento o ampliación». Sin embargo, en cuanto a los efectos de esta dicotomía de la hipoteca, en concreto respecto a la cuestión de qué titulares de derechos

inscritos posteriores han de aceptar la novación para que no se altere el rango de la hipoteca novada, se distinguía entre el caso de aumento de responsabilidad hipotecaria y el de novación por ampliación de plazo. Así, en el primer caso de incremento de la responsabilidad hipotecaria, los titulares posteriores que han de consentir serán tanto los de derechos «inscritos» como los de derechos «anotados» (estos se consideran comprendidos dentro del concepto de cargas posteriores del inciso final del artículo que se integra con la expresión derechos inscritos en su sentido genérico), pues ambos resultan perjudicados ya que en caso de ejecución quedará un menor remanente en favor de los mismos. Por el contrario, en los supuestos de ampliación de plazo hay que distinguir entre unos y otros derechos, siendo exigible el consentimiento solo de los titulares de derechos inscritos. c) En cuanto a las características o alcance de ese fraccionamiento o división de la hipoteca originaría en dos hipotecas, una la de la constitución propiamente dicha que conserva el rango y otra la de ampliación, que viene a equipararse a una segunda hipoteca, tratándose del supuesto de «incremento de la responsabilidad hipotecaria», se ha expresado en numerosas resoluciones (cfr. resoluciones de 12 de mayo de 2011 y 24 de febrero de 2011 y 2 de abril de 2014) que la segunda hipoteca garantizará la cantidad en que se incremente la responsabilidad hipotecaria, lo que no presenta dificultad atendiendo a la naturaleza y estructura de la hipoteca. Pero, por lo que respecta al supuesto de simple «ampliación del plazo» y división de la hipoteca, en caso de existir terceros titulares de derechos inscritos con rango posterior que no consientan la novación, las resoluciones que se han referido a esta cuestión solo indican que la segunda hipoteca lo será «por el plazo en que se amplíe la duración de la obligación», lo que no se entiende si nos atenemos a la naturaleza y estructura de la hipoteca, sin que se explique en modo alguno por esas Resoluciones en qué consiste esa segunda hipoteca. Estas conclusiones no resultan totalmente satisfactorias. En consecuencia, se entiende que la correcta comprensión del artículo 4.3 no puede fundamentarse en una aparente interpretación literal del precepto dada su difícil redacción, que no contribuye a aclarar suficientemente la exposición de motivos de la Ley 41/2007 que lo reforma, por lo que hay que acudir, como se ha hecho respecto a los efectos concretos de la pérdida del rango, a una interpretación fundamentalmente finalista y sistemática. A este respecto ninguna duda cabe a este Centro Directivo que tiene capital importancia lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la propia Ley 41/2007. Desde esta perspectiva el artículo 4.3 puede leerse (sin perjuicio de poder integrar algún supuesto más, como por ejemplo, la modificación de las condiciones del tipo de interés con fijación de un tope a efectos hipotecarios superiores) del siguiente modo: la ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital. Con esta interpretación se reconoce la posibilidad de la recarga de la hipoteca, entendida como la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única. Además, esta interpretación también permite dar coherencia al contenido de la segunda hipoteca en los dos supuestos en que va a operar la división de la garantía: El primero, que tendrá lugar cuando la ampliación del capital exceda de la

recarga posible en los términos antes indicados, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.). Y el segundo supuesto, cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida, de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios. En definitiva el plazo se configura, además de su función de amortización, como el periodo de tiempo dentro del cual es susceptible de admitirse la recarga de la hipoteca. Por lo que respecta a los efectos sobre el rango de la hipoteca inscrita de la simple convención de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada, de las conclusiones del fundamento de derecho anterior resulta que, tanto si existen terceros titulares de derechos anotados posteriormente, como se ha afirmado siempre por esta Dirección General, como si esos terceros lo son de derechos inscritos, ese pacto es perfectamente válido e inscribible sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, aun en ausencia del consentimiento de los titulares de esos derechos inscritos o anotados con posterioridad. Ciñéndonos, finalmente, al concreto supuesto que es objeto del recurso, y aplicando las conclusiones expuestas, que en este caso coinciden con las de todas las resoluciones citadas, al tratarse de un supuesto de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación, con simultánea ampliación de capital —límite del crédito— e incremento de las responsabilidades hipotecarias y concurriendo la existencia de anotaciones de embargo posteriores, se hace necesario el consentimiento de los titulares de dichos derechos anotados con rango posterior; de forma que la ausencia de tal consentimiento implicará la pérdida del rango preferente de esa ampliación, e impedirá también la práctica de la inscripción de la ampliación de hipoteca aunque lo sea con el rango que le corresponda conforme a la fecha de su inscripción actual, si no media el consentimiento expreso por parte de la entidad acreedora para su inscripción en tales condiciones, por afectar tales estipulaciones al contenido esencial del derecho real de hipoteca (rango, plazo y responsabilidad hipotecaria). La circunstancia de referirse el supuesto de hecho objeto del recurso a una hipoteca de máximo en garantía del saldo de una cuenta de crédito no altera la solución anterior, ya que, por un lado, es reiterada la doctrina de este Centro Directivo de ser aplicables las normas de la Ley 2/1994, tanto las relativas a la subrogación como a la modificación, a los préstamos y a los créditos hipotecarios, y, por otro, porque precisamente el plazo de la cuenta corriente de crédito cumple una función similar que la que tiene el plazo respecto de la recarga.

Resolución de 19-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de San Sebastián de los Reyes, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA: CADUCIDAD.

Mediante el presente recurso se pretende la constancia registral de la prórroga de una anotación preventiva de embargo en virtud de un mandamiento

judicial librado antes del transcurso de cuatro años a contar desde la fecha de la anotación, pero presentado una vez que había vencido dicho plazo. Habiéndose presentado el mandamiento ordenando la prórroga transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta, con independencia de la fecha de expedición de aquel. Esta caducidad opera de forma automática, *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la presentación en el Registro del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

Resolución de 19-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

CONTRATO DE VITALICIO: CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Los contratos de vitalicio cuentan con tipificación legal desde que la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de 2003, introdujo dentro del título XII del libro IV del Código Civil (arts. 1791 a 1797), dedicado a los contratos aleatorios, una regulación suficiente de la obligación alimenticia surgida del pacto y no de la ley. Son contratos onerosos, en los que la causa es, para una de las partes, la transmisión que la otra le hace de un capital o de unos bienes, y para esta, el alojamiento, manutención y toda clase de asistencia durante toda su vida, que aquella se obliga a prestarle (o la prestación de los servicios, cuidados y atenciones, durante todo el tiempo de la «vida contemplada». Cfr., por todas, las SSTs de 1 de julio de 1982 y 3 de noviembre de 1988). Son, también, aleatorios, pues, aparte la transcendencia que pueda tener el carácter normalmente variable de la extensión y contenido de la obligación alimenticia, la duración de dicha prestación es indeterminada, como lo es la duración de la vida del alimentista. Son naturalmente vitalicios, como resulta del artículo 1791 del Código Civil al referirse a la obligación de proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona «durante su vida», sin perjuicio de las modalizaciones que respecto de esta cuestión puedan establecerse en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Asimismo, son de carácter bilateral, en tanto que surgen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, de lo que se deriva la posible resolución por incumplimiento. El artículo 1797 del Código Civil, después de su modificación por la Ley 41/2003, dispone que «cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la LH». La cuestión que se plantea en el presente recurso es si el concreto pacto de resolución expresamente estipulado en la escritura calificada es o no inscribible a la luz de la doctrina de este Centro Directivo sobre la reinscripción a favor del vendedor en caso de resolución de la compraventa conforme al artículo 1504 del Código Civil Respecto de la eficacia y operativa de las condiciones resolutorias explícitas inscritas, debe tenerse en cuenta la doctrina de esta Dirección General (cfr., entre otras, las resoluciones de 19 de junio de 2007, 10 de diciembre de 2010, 10 de julio de 2013 y 12 de febrero de 2015), según la cual los requisitos exigidos para obtener

la reinscripción a favor del transmitente, como consecuencia del ejercicio de la facultad resolutoria explícita del artículo 1504 del Código Civil, son los siguientes: a) Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del RH); b) La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave; c) El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.^a del RH). Indudablemente, no puede desconocerse que los contratos como el documentado en el título objeto de la calificación impugnada tienen unas características propias de las que pueden derivarse algunas modalizaciones o especialidades, justificadas por el hecho de ser normalmente el cedente-alimentista la persona más necesitada de protección (generalmente de avanzada edad, con discapacidad o dependencia —*vid.* el apartado VIII de la exposición de motivos de la Ley 41/2003—). Precisamente, el mismo legislador establece algunas limitaciones —en determinados casos, sujetas a decisión del juez— a la obligación de restitución del bien cedido en caso de resolución por incumplimiento del alimentante (*vid.* arts. 1795, párrafo segundo, y 1796 del Código Civil). En el presente caso el contrato calificado ofrece unos perfiles singulares y contiene una regulación de los aspectos relativos a la resolución por incumplimiento que deben considerarse suficientes para su reflejo registral conforme a la doctrina de esta Dirección General. En el presente caso, la asistencia personal, causa de la transmisión dominical, ofrece unos perfiles bien singulares, pues no en vano las partes expresamente declaran ser imposibles de traducirse en un valor económico la atención y cuidado personal a que se refiere dicha asistencia, con lo que mal puede exigirse al cedente que pretenda hacer valer la resolución que devuelva algo que no está cuantificado. Además, una cosa es la inscripción del pacto y otra su eventual dinámica posterior, para obtener en su caso la reinscripción del bien de operar la resolución, pues será en ese momento, al solicitar el alimentista la reinscripción de los bienes en su favor, cuando habrán de examinarse los requisitos que sobre tal extremo se consideran ineludibles según la doctrina de este Centro Directivo. Por otra parte, cabe recordar que es también doctrina reiterada de esta Dirección General que el deber de acreditar que se ha consignado el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución, es compatible con el reflejo registral de la cláusula penal prevista para el caso de resolución tan solo con la finalidad de dar a conocer el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real resoluble. Es cierto que en la cláusula debatida no se explicita la necesidad de que la notificación sobre la resolución sea notarial o judicial. Pero el hecho de que en el presente caso se limite a exigir «requerimiento fehaciente de resolución por incumplimiento» no puede impedir la inscripción solicitada, toda vez que dicha estipulación debe interpretarse en el sentido más adecuado para que produzca efecto (art. 1284 del Código Civil), de suerte que será en el ulterior desenvolvimiento de dicha cláusula, a los efectos de que, en caso de producirse la resolución, el cedente obtenga la reinscripción de los derechos cedidos, cuando procederá la aplicación analógica del artículo 59 del RH al que se refiere la nota de calificación y, por

ende, la exigencia de acreditación de que dicho requerimiento resolutorio se ha efectuado por vía notarial o judicial.

Resolución de 20-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Lepe.

PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL PARA LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA: REQUERIMIENTO AL DEUDOR.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Lepe escritura de venta otorgada en virtud de ejecución extrajudicial, se deniega la inscripción por el Registrador fundada en que la notificación no se practicó en la forma prevista por el artículo 236.c del RH ya que intentada personalmente al deudor en su domicilio, resultando infructuosa, se procedió a realizar, a instancia de la entidad acreedora, en un domicilio distinto al consignado por las partes en la cláusula de ejecución extrajudicial recogida en la escritura de constitución de hipoteca y que figura registrada en la inscripción correspondiente. Se trata por tanto, de dilucidar en este recurso si es admisible la notificación efectuada personalmente al deudor en un domicilio distinto del señalado en el Registro cuando no fue posible una notificación personal en el domicilio primeramente señalado. Bien es cierto, como señala el Registrador, que las actuaciones no se han llevado a cabo respetando estrictamente los mecanismos legales establecidos en el RH que señala una serie de notificaciones subsidiarias a terceras personas, *ex* artículo 236.c), pero no sería congruente provocar la terminación del procedimiento por la imposibilidad de realizar la notificación en el domicilio señalado, cuando no se plantea ningún problema en torno a la protección de los derechos del deudor, quien en el presente caso fue debidamente identificado, notificado y requerido de pago en forma personal a través de la correspondiente actuación notarial, y que no solo admitió la notificación sino que consintió con las consecuencias de la ejecución como resulta del otorgamiento de la escritura calificada.

Resolución de 21-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

DOCUMENTOS NOTARIALES: REQUISITOS.

Ciertamente, tiene razón la Registradora al negar que la denominada por el Notario «nota» para trasladar a la copia autorizada la diligencia de subsanación extendida en la matriz no constituye, en puridad, una diligencia de subsanación de error de copia a la que se refiere el artículo 243 del RN. Según este precepto reglamentario, los errores u omisiones advertidos en las copias «...se subsanarán mediante diligencia posterior autorizada de igual modo que la copia haciendo constar, además, por nota al margen de esta, la rectificación», de lo que se deriva que se trata de un procedimiento aplicable únicamente para subsanar la copia misma y no la matriz, como acontece en este caso, y mediante diligencia, sin perjuicio de que se extienda además una nota marginal en la misma copia para indicar la rectificación. Pero, con independencia del poco acierto del Notario

autorizante al calificar el medio subsanatorio, el documento calificado contiene, en realidad, un testimonio de la diligencia de subsanación y complemento de la matriz (*vid.* art. 153 del RN) que, con cumplimiento de todos los requisitos sustantivos establecidos, se ha trasladado de ese modo a la copia, debiéndose estimar absolutamente irrelevante para la existencia, contenido y finalidad de dicha subsanación el hecho de que se haya extendido en folios de papel timbrado inutilizados por la Registradora —ciertamente, sin expreso apoyo legal ni reglamentario para ello— y en folios no correlativos, algo que —al margen de su posible valoración como incumplimiento de un deber reglamentario que pudiera generar responsabilidad disciplinaria— es indudable que no puede afectar a la eficacia del documento en sí ni constituir defecto que impida la inscripción.

Resolución de 21-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA.

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: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos». 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 «Vistos») 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. La recurrente afirma que es de aplicación el plazo de veinte días previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil por cuanto la sentencia había sido notificada personalmente a los demandados, pero ni tal circunstancia resulta de la documentación presentada ni podría ser apreciada en este expediente de recurso que no puede tener en cuenta documentos que no haya tenido a la vista el Registrador para emitir su calificación (art. 326 de la LH).

Resolución de 22-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: DESPACHO DE LOS DOCUMENTOS SEGÚN SU ORDEN DE PRESENTACIÓN.

Dada la vigencia de los asientos de presentación anteriores al del documento cuya calificación ha motivado el presente recurso, lo procedente es aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despachen los títulos previamente presentados, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2 del RH al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2.o de la

LH, según redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre de 2005, al establecer que el plazo máximo para inscribir el documento es el de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación, pero si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computa desde la fecha de la inscripción del título previo.

Resolución de 22-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 12

DERECHO HEREDITARIO «IN ABSTRACTO»: TRATAMIENTO REGISTRAL.

Desde el punto de vista registral desde la reforma de la LH de 1944, el derecho hereditario «in abstracto» en ningún caso es objeto de inscripción, sino únicamente de anotación preventiva, precisamente para diferenciar la situación jurídica de quien es titular de una cuota concreta de la finca, de quien es titular de una cuota hereditaria «in abstracto», y, por la misma razón, la transmisión de este derecho hereditario abstracto no es objeto de inscripción, sino de anotación preventiva, con la finalidad de evitar una indeterminación en las inscripciones, que es incompatible con las bases de nuestro sistema legal hipotecario, en donde ha de imperar siempre la claridad y seguridad de los asientos registrales, para la salvaguardia de los terceros y demás personas interesadas (cfr. resolución de 6 de febrero de 1970). En el presente expediente, la partición y adjudicación hereditaria no se han producido o al menos no ha quedado acreditada con la documentación presentada, puesto que no se ha justificado la adjudicación del bien o cuota alguna sobre el mismo a favor de doña P. O. S. La mera circunstancia de la aceptación de la herencia confiere a la demandada la cualidad de sucesora a título universal, junto con los demás herederos, en relación a una masa global donde los derechos sobre los bienes concretos quedan supeditados a una previa adjudicación.

Registro Mercantil

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 9-4-2015

(BOE 4-5-2015)

Registro Mercantil de Barcelona, número I

FUSIÓN. REQUISITOS RELATIVOS A LOS ACREEDORES.

Partiendo de que el recurrente manifiesta su conformidad a la exigencia de que la escritura contenga la manifestación del otorgante relativa al modo concreto y la fecha en que se ha realizado la comunicación individual enviada a los acreedores (en sustitución de la publicación en BORME y en diario) sobre

los acuerdos de fusión adoptados, sino que debe resultar de dicha escritura el contenido de dicha comunicación en la que debe constar el derecho de los acreedores de obtener el texto íntegro del acuerdo adoptado y del balance de fusión, así como el derecho de oposición que corresponde a los acreedores así como la identidad del administrador que suscribe la comunicación, la normativa vigente impone como garantía adicional que el otorgante confirme en dicha escritura que tal obligación de puesta a disposición de los correspondientes documentos ha sido cumplida.

Los acreedores no son parte del proceso de fusión que altera, sin su consentimiento, la persona de su deudor, por lo que deben respetarse debidamente los derechos de información y de oposición. El presupuesto del derecho de oposición es el ejercicio previo del derecho de información y su cumplimentación defectuosa puede dar lugar a la impugnación del proceso de fusión sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que puedan corresponder. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 3/2009, frente al artículo 242 de la LSA, incorpora como requisito que el anuncio o la comunicación individual comprenda el derecho de oposición que corresponde a los acreedores.

Resolución de 15-4-2015

(BOE 19-5-2015)

Registro Mercantil de Madrid XIV.

PODER. REVOCACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

Cabe la revocación, por parte de uno solo de los administradores mancomunados, del poder conferido por los dos administradores mancomunados a uno de ellos o a la persona física representante del administrador mancomunado que revoca por sí solo. Pero no cabe cuando el apoderado designado es una persona física o jurídica que ni ostenta cargo de administrador ni es su representante físico. La revocación deben efectuarla de forma conjunta los administradores mancomunados.

Resolución de 23-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro Mercantil de Barcelona XI

PARTICIPACIONES. TRANSMISIÓN. ESTATUTOS.

Dado el carácter esencialmente cerrado de la sociedad de responsabilidad limitada, la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* es restringida, excepto en casos de adquisición por el cónyuge, ascendiente o descendiente del socio o por sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente, que, en defecto de cláusula estatutaria en contrario, constituyen supuestos de transmisión libre. Salvo estos casos excepcionales, la transmisión estará sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos (que no podrán hacer prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*), si bien, para el caso de imprevisión estatutaria, se establece un régimen legal supletorio caracterizado por la sujeción de tales transmisiones al consentimiento de la sociedad mediante

acuerdo de la junta general. Sin embargo, el régimen de transmisión *mortis causa* se caracteriza por la libertad dispositiva, dejando a la autonomía de la voluntad de los propios socios la posibilidad de limitar la transmisión *mortis causa* de las participaciones intensificando así el carácter cerrado que es inherente a esta forma social.

La cláusula debatida adolece de falta de claridad, precisamente porque el artículo 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital no establece un derecho de adquisición preferente de participaciones que entre en juego con carácter supletorio, sino que se limita a disponer que tal derecho puede establecerse en los estatutos. Y en la cláusula referida, después de establecer que la transmisión se rige por lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, se dispone que «en consecuencia» será libre la transmisión *mortis causa* a favor de otro socio o del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido, «consecuencia» que no existe en el artículo 110 de dicha Ley, por lo que carece de la claridad necesaria para su inscripción ya que con tal afirmación no es posible concluir de manera evidente la constitución de un derecho de adquisición preferente, que, al ser limitativo de derechos, ha de ser concluyente.

Resolución de 24-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro Mercantil de Barcelona XII

FUSIÓN. FECHA DE EFECTOS CONTABLES.

Se trata de determinar si en el caso planteado nos encontramos ante una fusión por absorción regulada por la norma 21 de las normas de Registro y Valoración del Real Decreto 1.514/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, como «operaciones entre empresas del grupo»; o, si nos encontramos ante un supuesto de la norma 19, como «combinaciones de negocios». En el caso de la norma 21, «operaciones entre empresas del grupo», la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubiesen incorporado al grupo. Si una de las sociedades se ha incorporado al grupo en el ejercicio en que se produce la fusión o escisión, la fecha de efectos contables será la fecha de adquisición.

En el caso de la norma 19, «combinaciones de negocios», la fecha será la de celebración de la Junta de accionistas u órgano equivalente de la empresa adquirida en que se apruebe la operación, siempre que el acuerdo sobre el proyecto de fusión o escisión no contenga un pronunciamiento expreso sobre la asunción de control del negocio por la adquirente en un momento posterior, precepto que exige un pronunciamiento expreso y sin que el pacto de postergación pueda llevar los efectos contables más allá de la fecha de la inscripción de la modificación estructural en el Registro Mercantil.

Por regla general, ciertamente resulta de difícil apreciación por el Registrador en su calificación poder determinar si concurren los requisitos exigidos en la norma 13 de «elaboración de las cuentas anuales», para entender que existe «grupo» y, en consecuencia, ser aplicable la norma 21 y no la norma 19. Pero en el supuesto contemplado el socio mayoritario y administrador único de ambas sociedades es el mismo y el otro accionista de la absorbida es la absorbente, por lo

que debe considerarse que nos encontramos ante un «grupo» y, consecuentemente la norma aplicable ha de ser la 21 y la fecha de efectos contables la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubieran incorporado al grupo.

Resolución de 28-4-2015

(BOE 1-6-2015)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca II

PODER. AUTOCONTRATACIÓN.

El Centro Directivo en relación a la admisibilidad de la autocontratación, ha afirmado que lo que interesa dilucidar es si, en sede de representación voluntaria, nuestro ordenamiento jurídico admite la actuación de un apoderado en conflicto de intereses.

La autocontratación es válida y eficaz cuando viene precedida por la autorización del poderdante, sin que sea preciso que tal autorización reúna especiales requisitos de forma.

Según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo, el apoderado solo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por su principal o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato.

Este esquema de cosas es aplicable al supuesto en que un administrador societario confiere un poder a un tercero en nombre de su principal, persona jurídica, por cuya cuenta actúa.

El administrador que actúa en nombre de la sociedad no lo hace en nombre propio sino por cuenta e interés de la sociedad (arts. 209 y 233.1 de la Ley de Sociedades de Capital), de modo que al igual que tiene vedado actuar cuando se encuentra en situación de conflicto de intereses, no puede atribuir a otro la posibilidad genérica de hacerlo pues solo el principal, la sociedad cuya voluntad expresa la junta de socios, puede hacerlo.

No es un problema de suficiencia sino de existencia de poder de representación para actuar en un caso concreto aun cuando el representante ostente la facultad para el acto de que se trate.

El órgano de administración consecuentemente no puede otorgar una dispensa que solo compete a su principal, la sociedad, que la ha de prestar por medio del órgano de expresión de su voluntad: la Junta General de Socios.

El nuevo artículo 230.2 de la LSC contempla la posibilidad de dispensa para casos singulares en relación a una determinada transacción y ello no hace sino confirmar que la eventualidad de una dispensa general solo puede ser llevada a cabo por la Junta de la Sociedad en cuanto principal de la relación representativa. En cuanto al segundo punto debatido, la Dirección General ha afirmado en reiteradas ocasiones que no cabe una calificación conjetural basada en circunstancias que no resulten debidamente acreditadas. Si los comparecientes deseaban actuar constituidos en junta universal como únicos socios al efecto de otorgar una dispensa de tipo general a quien había de ser nombrado como apoderado, tal voluntad no se ha plasmado en la documentación presentada ni hay nada en ella, que permita afirmarlo.

Resolución de 5-5-2015
(BOE 8-6-2015)
Registro Mercantil de Central

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD. MARCAS.

Se analiza en este caso la negativa a acceder a la reserva de denominación «Tabacalera Española S.A.» por la preexistencia de una sociedad de idéntica denominación, «Tabacalera S.L.» y a la existencia de una marca notoria «Tabacalera» con el consiguiente riesgo de confusión, sin existir autorización de la entidad afectada.

La identidad de denominaciones no se constriñe al caso de coincidencia total y absoluta entre ellas, sino también a lo que se conoce como «identidad sustancial» o «cuasi identidad», cuando —aun en ausencia de coincidencia absoluta o textual—, una fuerte aproximación objetiva, fonética, conceptual, o semántica, o bien la integración de una denominación preexistente con términos o variantes de escasa entidad, mermen la virtualidad diferenciadora de un nombre social respecto de otro ya existente, no desvirtuando la impresión de tratarse de la misma denominación.

Por otro lado, no pueden reservarse denominaciones sociales que coincidan con signos distintivos notorios o renombrados. Por marca o nombre comercial notorios se ha de entender, conforme al artículo 8.2 de la citada Ley de Marcas, los que sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinen los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial, y por renombrados los que sean conocidos por el público en general.

Las normas y disposiciones legales sobre composición, obtención y protección de denominaciones sociales (propias del Derecho de Sociedades) y las correspondientes a los signos distintivos —ya sean marcas o nombres comerciales— (propias del Derecho de Marcas), operan en esferas distintas, siendo distintos y autónomos sus procedimientos. El Registrador Mercantil Central actúa de oficio, en defensa tanto del interés particular de quien no puede defenderse por sí en este procedimiento, como en defensa del interés general de la ausencia de confusión en el tráfico mercantil y en el mercado.

Resolución de 7-5-2015
(BOE 8-6-2015)
Registro Mercantil de Palma Mallorca, número II

REDUCCIÓN DE CAPITAL. RESERVA. DERECHO DE OPOSICIÓN. PUBLICACIÓN.

Se trata de una reducción de capital por amortización de acciones manifestándose en la escritura que se realiza «...mediante traspaso de ese valor de la cuenta de capital a una cuenta de reservas de la que solo será posible disponer con los mismos requisitos exigidos para la reducción del capital social». Sin embargo, no queda acreditado que la reducción del capital social se haya realizado precisamente con cargo a reservas o beneficios libres, requisito imprescindible para aplicar la excepción prevista en el apartado c) del artículo 335 de la Ley de Sociedades de Capital, a la oposición de los acreedores a la reducción de capital. Lo mismo resulta de la norma 1142 del Plan de Contabilidad del Real Decreto 1514/2007.

Por otra parte, aunque no exista derecho de oposición en el caso del artículo 335.c) es necesaria la publicación del acuerdo puesto que la literalidad del artículo

319 no lo exceptúa y el artículo 324 para el supuesto de reducción del capital por pérdidas, supuesto en el que tampoco existe derecho de oposición por los acreedores [art. 335.a) LSC], da por supuesta dicha publicación.

Resolución de 8-5-2015

(BOE 8-6-2015)

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número II

REDUCCIÓN. TRANSFORMACIÓN. REQUISITOS. FINALIDAD DE LA REDUCCIÓN. PUBLICACIÓN.

Se trata de la inscripción de los acuerdos adoptados en la misma Junta de una reducción de capital social mixta, mediante condonación de dividendos pasivos y restitución de aportaciones y, a continuación, transformación de SA. en SL.

En principio, toda modificación de capital que acompañe una transformación ha de someterse al régimen de la sociedad de destino. Ello no obstante, no es aplicable para las reducciones que, con carácter obligatorio y previo deban llevarse a cabo a los efectos de eliminar los desembolsos de acciones pendientes de realizar; como consecuencia de que en la sociedad de responsabilidad limitada las participaciones han de estar íntegramente desembolsadas en el momento de otorgar la escritura de constitución, y, por tanto, la de transformación.

En cuanto a la reducción para condonación de dividendos pasivos, deben entonces aplicarse los requisitos correspondientes a las SA. Es una reducción de las calificadas como reales o efectivas pues implica un desplazamiento patrimonial al suponer la cancelación, sin contraprestación alguna, de la de la deuda que el accionista tiene contraída con la sociedad por el concepto dividendos. Por ello, para que quede excluido el derecho de oposición de los acreedores, debe constituirse la reserva por importe del valor nominal del artículo 335.c) LSC, al haberse efectuado la reducción con cargo a beneficios o reservas libres. La peculiaridad del supuesto planteado es que, habiéndose dotado una reserva de conformidad con las disposiciones de las sociedades anónimas, la pretensión de disponer de ella habrá de regirse por las normas de las limitadas. Pero en este caso, dado que tanto por aplicación del artículo 335, como por la expresa voluntad de la junta de someter la futura recalificación de la reserva a los mismos requisitos de la reducción, llegado el día, la disposición de la reserva precisaría acuerdo de la junta (como la reducción), surgiendo entonces la responsabilidad solidaria de los socios, cuya identidad, a tales efectos, debería de constar para un eventual reflejo del acuerdo en el Registro Mercantil (art. 331.4 LSC), como la constitución de la reserva indisponible ha de hacerse constar, en su caso, en la inscripción de la reducción de capital (arts. 201 y 202 del RRM), el acuerdo sobre su disponibilidad supone un acto que modifica el contenido del asiento practicado y en tal sentido susceptible de reflejo registral. Para obviar tal responsabilidad solidaria, los socios de la limitada podrían acudir, bien a la publicación o notificación del acuerdo, en los términos del artículo 333 de La Ley de Sociedades de Capital, si ello estuviera previsto en los estatutos, bien constituir (o más bien «traspasar») la reserva creada como indisponible *ex* artículo 335, a reserva indisponible *ex* artículo 332. Aun no existiendo entonces en este caso derecho de oposición de los acreedores, es necesaria la publicación del acuerdo al igual que ocurre en las reducciones «nominales» o por pérdidas.

En cuanto a la reducción por restitución de aportaciones, las normas a aplicar son las de la sociedad de destino. Por ello, debería de constar la identidad de los socios que perciben las cantidades restituidas, así como el importe entregado a cada uno de ellos, a efectos de la responsabilidad solidaria contraída, o, para excluirla, que hubiesen dotado con cargo a beneficios o reservas libres, otra, de carácter indisponible, por el plazo de cinco años desde la publicación de la reducción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, no amparando, en este caso, en los estatutos, la posibilidad de aplicar el mecanismo del artículo 333.

Aunque no es optativo, con carácter general para las sociedades limitadas dotar la reserva del artículo 335 LSC o la del 332, ni elegir su régimen de indisponibilidad, en este especial supuesto de acuerdo único de «reducción mixta» previo a un acuerdo de transformación que deriva de la imperatividad de la LSC que no permite la disminución del capital social por debajo del mínimo legal, no debe rechazarse la inscripción al no existir perjuicio alguno respecto de los terceros en general y de los acreedores en particular.

Resolución de 20-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro Mercantil de Albacete

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Al tiempo de la calificación impugnada, la legislación aplicable al efecto era el artículo 131.2 TR de la Ley del Impuesto de Sociedades que se completa con el artículo 96 del RRM. La doctrina reiterada de la DG en este extremo se apoya en estas normas de forma que vigente la nota marginal por baja en el Índice de Entidades de la Agencia Estatal de administración Tributaria se produce un cierre casi absoluto de la hoja registral del que tan solo queda excluida la certificación de alta en dicho Índice y, conforme al artículo 96 mencionado, los asientos ordenados por la autoridad judicial y los relativos al depósito de las cuentas anuales.

La nueva regulación, que entró en vigor el 1 de enero de 2015 se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre de 2014, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente mencionado.

En este caso se admite el recurso puesto que conforme al mencionado artículo 96 del RRM este cierre no se aplica a los asientos relativos al depósito de cuentas.

Resolución de 21-5-2015

(BOE 30-6-2015)

Registro Mercantil de Madrid VIII

CIERRE REGISTRAL. CUENTAS ANUALES

El cierre del Registro constituye una sanción contra la sociedad por el incumplimiento de una obligación legal que se establece en el artículo 282 LSC. La sanción solo se levanta en los supuestos contemplados en la Ley cuyo contenido desarrolla el artículo 378 del RRM. El nombramiento voluntario de auditor llevado a cabo por el órgano de administración no se encuentra entre las excepciones al cierre del folio registral por lo que en este caso procede la confirmación de la calificación de la Registradora. La calificación, en este caso, debe limitarse

a aplicar la previsión del ordenamiento para el supuesto de hecho de cierre del folio registral como consecuencia de la falta de depósito de las cuentas anuales, sin que se esté discutiendo la validez del nombramiento.

Resolución de 22-5-2015
(BOE 30-6-2015)
Registro Mercantil Barcelona VII.

Embargo (o anotación de embargo). Inscrito un contrato de financiación con reserva de dominio, coexisten en el Registro dos titularidades: el derecho de dominio que corresponde a quien financia, y el derecho del adquirente que derive del tipo contractual que las partes hayan pactado. Conforme al artículo 24 de la Ordenanza para la llevanza del Registro de Venta a Plazos, el Registrador debe denegar los mandamientos de embargo sobre bienes vendidos a plazos con pacto de reserva de dominio o que hayan sido objeto de arrendamiento financiero en virtud de contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, cuando el objeto del embargo sea la propiedad de tales bienes y el embargo se dirija contra persona distinta del vendedor, financiador o arrendador. Todo ello en virtud del principio de legitimación cuya consecuencia es la oponibilidad frente a terceros de las reservas de dominio y arrendamientos inscritos.

Es doctrina consolidada de la DG que no puede practicarse la anotación de embargo cuando la demanda se dirige contra persona distinta del beneficiario de la reserva de dominio. Solo cabe anotar el embargo que tenga por objeto la posición jurídica del comprador a plazos o del arrendatario financiero, pero la anotación quedará sin efecto y podrá solicitarse su cancelación en el caso de que el arrendatario no ejercite la opción de compra o de que el vendedor con pacto de reserva de dominio a su favor recupere los bienes ante el impago por parte del comprador con precio aplazado (art. 15 de la Instrucción DGRN de 3 de diciembre de 2002).

Si la reserva de dominio hubiese decaído por pago anterior (como en este caso afirma el recurrente) debe cancelarse la misma cuando el interesado o el titular de la reserva presenten la documentación oportuna al efecto, previa calificación de la misma.

Resoluciones publicadas en el *DOGC*

por María TENZA LLORENTE

Resolución 975/2015 de 21-4-2015
(*DOGC* 18-5-2015)
Registro de la Propiedad de Vielha.

**RENUNCIA ABDICATIVA EN COMUNIDAD POR TURNOS: ADMISIBILIDAD.
NO CABE LA INSCRIPCIÓN AUTOMÁTICA DEL ACRECIMIENTO.**

Esta resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas se ha de poner en conexión con los pronunciamientos de la Dirección General

de los Registros y del Notariado que sobre esta cuestión. Así, el Centro Directivo en resolución de 19 de enero de 1994 hace referencia a modo de *obiter*, a la posibilidad de renunciar al derecho de dominio como causa para cancelar el asiento. En esta línea, es en las resoluciones de 10 de enero de 2003 y 18 de febrero de 2003 donde se trata como cuestión de fondo la inscribibilidad de la renuncia en un Ordenamiento jurídico causalista. En ellas, la titular registral efectúa una renuncia abdicativa, con carácter unilateral, irrevocable y gratuito de unas fincas previamente segregadas. El Registrador suspende la inscripción porque el artículo 2.1 de la LH no recoge la renuncia abdicativa del dominio de los inmuebles como título inscribible, a diferencia de lo establecido en el núm. 2 del mismo articulado para los derechos reales limitativos del dominio, en los que sí se admite la inscripción de su extinción. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y la Dirección General revocan la nota amparándose en dos argumentos. En primer término, el hecho de que la doctrina civilista admita sin ambages la existencia y validez jurídica de la renuncia abdicativa del derecho de propiedad, al amparo del artículo 6.2 del Código Civil y siempre que la misma no contrarie el interés o el orden público, ni perjudique a terceros. Añade que, tratándose de bienes inmuebles, estos pasarían a pertenecer al Estado, previos los trámites establecidos por la entonces vigente Ley de Patrimonio del Estado. En segundo lugar, porque si bien el artículo 2.1 de la LH no contempla expresamente la extinción del dominio, el artículo 7 del RH la contempla explícita e implícitamente, esto es, tanto citándola en su primer inciso, como permitiendo su contemplación como acto de trascendencia real. En consecuencia, no es admisible la calificación del Registro.

Por su parte, la resolución de 30 de agosto de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, resolviendo un caso de negativa a la inscripción de una escritura de renuncia abdicativa de dominio de un local comercial integrado en un régimen de propiedad horizontal, parte de la afirmación de que la renuncia no solo es una manifestación de la libertad del propietario (como sucede siempre que este es único) y por tanto de los poderes dispositivos implícitos en el concepto de dominio, sino una facultad que corresponde al propietario como correlato del principio jurídico constitucional y civil a no quedar vinculado perpetuamente, en este caso, por la cargas de una administración cuya gestión no controla (ya que su propiedad, al menos en cuanto a los elementos comunes, está incorporada como parte al *corpus* más amplio de una organización de orden superior que la integra). Rechaza que para evitar ese gravamen perpetuo, tenga siempre el propietario la alternativa de transmitir su derecho a un tercero; ya que, abstracción hecha de las dificultades de orden práctico, la transmisión del activo sería un equivalente jurídico del derecho a forzar su baja si su tenencia indeseada por un tiempo prolongado, siendo la prohibición de vínculos perpetuos materia de orden público. Pero, al estar ese derecho dominical inserto dentro de un régimen de propiedad horizontal que conlleva un haz de obligaciones *propter rem*, los demás propietarios (en las relaciones internas) no son terceros jurídicamente extraños sino terceros jurídicamente interesados, con una posición más cercana a la de partes que a terceros en la medida que la renuncia debatida, en cuanto libera unilateralmente a uno de la relación jurídica plurilateral que ligaba a todos, tiene repercusiones jurídicas automáticas para los demás. Por ello concluye que es necesario, si bien no para la validez o eficacia substantiva de la renuncia, sí para su inscripción, que se acompañe al título la oportuna notificación a los demás propietarios, a efectos de que estos puedan impugnarla si la consideran realizada en su perjuicio. Ahora bien, dado que la renuncia de

un propietario a su departamento implica que este pase a ser titularidad de los demás condueños en pro indiviso ordinario y en proporción a sus cuotas en la propiedad horizontal, parece necesario contar con el consentimiento explícito de estos o, en su defecto, resolución judicial (art. 38 de la LH).

Por último, la resolución de 21 de octubre de 2014 parte de un supuesto de hecho idéntico al planteado en la resolución objeto de este comentario, puesto que trae causa de una escritura de renuncia hecha por el titular de un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles integrado en un complejo inmobiliario. El Centro Directivo sigue la doctrina sentada en la resolución de 30 de agosto de 2013, reiterando sus fundamentos de Derecho.

Por lo que respecta a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, esta trató el tema de la inscripción renuncia de derechos en la resolución de 19 de julio de 2012 (Orden JUS/1.622/2012). En este supuesto, un comunero renuncia a su derecho dominical sobre una finca, al amparo del artículo 552.5 del Libro V. La Dirección entiende que la mencionada renuncia produce un doble efecto: por una parte, supone la extinción del derecho del copropietario renunciante y por otra, el acrecimiento del derecho de los copropietarios. Esto supone que hay un primer efecto que afecta solo al copropietario renunciante y otro efecto que afecta a terceros. En el Registro de la Propiedad la renuncia supone dos operaciones tabulares: la cancelación del derecho del comunero renunciante, *ex* artículo 79 de la LH; y la inscripción del acrecimiento a favor de los otros comuneros, todo eso sin perjuicio de terceros, los cuales no quedarán afectados por la renuncia. Por ello llega a la misma conclusión que el Centro Directivo en las dos últimas resoluciones citadas: que como quiera que es preciso para que opere el acrecimiento el consentimiento de los demás comuneros, no es posible la práctica de la inscripción registral hasta tanto este no conste.

En definitiva, en esta resolución la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas se aparta tanto de la postura de la Dirección General de los Registros como de la resolución de 19 de julio de 2012, al considerar inscribible la escritura de renuncia de un derecho de aprovechamiento sin necesidad de deferir esta inscripción al momento que conste el consentimiento de los demás condueños para aceptar el acrecimiento operado a su favor.

Resolución de 1229/2015 de 14-5-2015

(DOGC 16-6-2015)

Registro de la Propiedad de Badalona, número 1

CENSOS: IMPROCEDENCIA DE LA CONSTANCIA DE DOMICILIO DE LOS CENSUALISTAS EN CENSOS NO DIVIDIDOS AL AMPARO DE LA DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY 6/1990 Y LEY 5/2006.

En esta Resolución, la Dirección General de Derecho sigue la línea de los pronunciamientos anteriores, como los contenidos en las resoluciones de 24 de noviembre de 2006, 16 y de 17 de julio de 2007, 1, 2 y 3 de diciembre de 2008, 15 y 16 de enero de 2009, 12 de junio de 2014 y 4 de marzo de 2015, así como las del Tribunal Superior de Justicia de 14 de septiembre de 1993, 11 de marzo de 1994, 25 de julio de 1995 y 25 de junio de 1999, a cuyo comentario en números anteriores es preciso remitirse. Por otra parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha 19 de enero de 2012 se refiere a la posibilidad de que la actividad registral de los titulares sea apta para interrumpir la prescrip-

ción del censo, pero partiendo de supuestos de hecho no incardinables en esta Disposición Transitoria.

Como conclusión, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas reiterando el carácter de sanción civil de la extinción de los censos cuya vigencia, aun habiendo quedado acreditada, no se hayan dividido, concluyendo que el único asiento susceptible de ser practicado en relación a ellos es la cancelación.

Resolución 1246/2015 de 14-5-2015

(DOGC 18-6-2015)

Registro de la Propiedad de Viladecans

PLAZO DE CANCELACIÓN DE HIPOTECA POR PRESCRIPCIÓN: 20 AÑOS
(arts. 82.5 y 128 LH).

En esta resolución, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña reafirma su doctrina sobre la prescripción de la acción hipotecaria. Así, la resolución de 20 de julio de 2009 señalaba que a diferencia de lo que el legislador catalán ha hecho con otras pretensiones, acciones o poderes de configuración jurídica, fijando concretos plazos de prescripción o de caducidad o fijando su imprescriptibilidad, ha optado, de momento, por no introducir un plazo propio de duración de la acción hipotecaria, de manera que se mantiene vigente el plazo de veinte años previsto en el artículo 1964 del Código Civil español y en el artículo 128 de la LH. Esta aplicación es procedente no por la supletoriedad del Código Civil ni merma en modo alguno la aplicación preferente del Derecho Civil Catalán *ex* artículo 111.5 del Código Civil, sino que resulta aplicable porque el propio 121.20 lo permite. Asimismo, la resolución de 7 de julio de 2014, a cuyo comentario es preciso remitirse, que también considera de aplicación el plazo de veinte años previsto por los artículos 1964 de Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto, se puede concluir que constituye doctrina reiterada de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas que el plazo de prescripción en Cataluña para la acción hipotecaria es el de veinte años.

Resolución 1315/2015 de 14-5-2014

(DOGC 22-6-2015)

Registro de la Propiedad de Sitges

DERECHO DE VUELO: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: MODIFICACIÓN DE CUOTAS. PROCEDIMIENTO: LEGITIMACIÓN FIRMA RECORRENTE.

Respecto del procedimiento, la necesidad de que el escrito del recurso venga firmado por quien ostente legitimación viene impuesto por el artículo 325 en conexión con el artículo 327 letra d) de la LH, aplicables por la remisión contenida en el artículo 3 de la Ley 5/2009, de 28 de abril de 2009, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña. Para un caso resuelto en relación con el Registro Mercantil y antes de la reforma en materia de recursos, la resolución de 31 de

enero de 1996 entendió que, dado que el recurso gubernativo se caracteriza por la sencillez en su tramitación y la no aplicación de principios formalistas, no era precisa la legitimación de firma. Cuestión distinta es la acreditación de la representación, en cuyo caso el Centro Directivo sí exige la oportuna acreditación, si bien con amplitud de medios probatorios, dado que impone necesariamente la escritura pública, y subsanable en el plazo de diez días, conforme a las reglas generales del procedimiento administrativo.

En cuanto al fondo, se hace preciso tratar dos cuestiones: la configuración del derecho de vuelo y las consecuencias de su inserción en un edificio en régimen de propiedad horizontal. En lo que respecta al derecho de vuelo, dentro de las circunstancias obligatorias de su constitución, el artículo 16.2 letra a) del Reglamento Hipotecario impone la constancia de las cuotas que haya de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento, requisito reiterado en el artículo 567.2.1 letra b) del Libro V, pues la nueva construcción constituirá un elemento privativo una vez finalizada la obra. Se estima conveniente fijarlas con criterio de proporcionalidad y determinar qué persona será la facultada para ello, pues a falta de determinación, compete a todos los propietarios del edificio en que se integre. No obstante, se señala por la doctrina que tratándose de elementos subterráneos, podrían configurarse como accesorios de los existentes. En relación con esta facultad, los artículos 553.10.2 letra a) y 553.13 del Libro V permiten la configuración de derechos de vuelo a favor de su constituyente con facultad de fijar las cuotas. El problema estriba en los derechos de vuelo constituidos con anterioridad en los cuales no se hacían constar las circunstancias ahora expresamente previstas, como el caso planteado en esta Resolución. En estos supuestos, como quiera que los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales (arts. 1 y 38 de la LH), procede entenderlos operativos hasta su extinción, sin considerarlos mencionables, pero cuando se inserta en un edificio, se ha de adaptar a las exigencias que vienen impuestas por el régimen de la propiedad horizontal.

En segundo término, en materia de la propiedad horizontal, de la significación jurídica de la cuota de participación se desprende que las modificaciones de la misma, en tanto en cuanto afecten al contenido esencial del derecho de dominio, habrán de realizarse con el consentimiento individual y singular de todos los propietarios afectados por la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado 19 de abril de 2007, que estima necesaria la escritura pública, resoluciones de 24 de abril de 2014 y 26 de febrero de 2015). Así, una cuestión íntimamente relacionada y que pone de manifiesto la importancia de la cuota es el de las modificaciones en descripciones de elementos en régimen de propiedad horizontal provocados como consecuencia de los excesos de cabida de algún elemento privativo. Este caso implica que para la rectificación de la misma haya de consentir la Junta de Propietarios, pues así se infiere de la interpretación conjunta de los artículos 553.9.1, letra b) y 553.10 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo de 2006, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, así como el artículo 40 de la LH. Así, la Dirección General de Registros y Notariado declaró en resoluciones de 10 de junio de 2010 y 7 de julio de 2014 (siguiendo otras anteriores como la de 13 de diciembre de 2006 y 7 de octubre de 2008) que era necesario que se cumplieran estos requisitos de modificación del título constitutivo, *ex* artículos 5 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960, de propiedad Horizontal, equivalentes a los invocados preceptos de la normativa catalana (Fundamento de Derecho Cuarto). Esta exigencia se considera tanto más importante cuanto que la superficie se trata de uno de

los módulos para fijar la cuota de contribución a los gastos y beneficios de la comunidad y los derechos de voto (art. 553.3.2 de la Ley 5/2006). Por su parte, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña se pronunció en el mismo sentido (para un supuesto en que los interesados habían acudido a un expediente de dominio, procedimiento que reviste mayores garantías que el que resulta empleado en este caso, por lo que cabe aplicar sus argumentos *a fortiori*) en resolución de 20 de julio de 2010. En el Fundamento de Derecho Segundo, puntos uno y dos, señala la Dirección General que la constitución de un régimen de propiedad horizontal determina que los propietarios tienen un derecho de propiedad exclusiva sobre sus departamentos y una comunidad con los otros propietarios sobre los elementos comunes (art. 553.1 del Código Civil de Cataluña). El título de constitución del régimen de la propiedad horizontal tiene que describir el edificio en conjunto y los diferentes elementos privativos, con su superficie útil (art. 553.9 del Código Civil de Cataluña). Todos los espacios situados de paredes afuera de los elementos privativos, que se destinan al uso comunitario o a facilitar el uso y el disfrute de los elementos privativos son elementos comunes (art. 553.41). La modificación del título constitutivo exige el consentimiento de la junta de propietarios y que la escritura cumpla los mismos requisitos observados para otorgar el título constitutivo (art. 553.10). La rectificación de la cabida de uno de los departamentos privativos implica rectificar el título constitutivo y, en consecuencia, está sujeta a los mismos requisitos y formalidades que se exigen para su otorgamiento. Eso es lógico, porque la modificación de la superficie de un departamento puede suponer la apropiación de elementos inicialmente comunes. Por eso, esta rectificación exigirá el otorgamiento de una escritura pública por el representante de la comunidad y por el propietario del departamento afectado, con acuerdo de la junta de propietarios adoptado por cuatro quintas partes de los propietarios que representen igual participación de las cuotas, a menos que el título establezca otra cosa (art. 553.25 del Código Civil de Cataluña). También se podría inscribir con sentencia judicial dictada en procedimiento contradictorio en la que fueran demandados todos los propietarios.

Más concretamente, poniendo en relación ambas instituciones y su interpretación, en lo que respecta al ejercicio de derecho de vuelo, la resolución de 11 de febrero de 2015 entendió como *obiter* que para fijar las cuotas en caso de ejercicio de derecho de vuelo si no hay expresa reserva en los estatutos, se requiere de la unanimidad. Por otro lado, la resolución de la Dirección General de Derecho 1604/2011, de 26 de mayo de 2011, también señaló la necesidad de prestación de consentimiento de los interesados, por lo que esta resolución no hace sino reiterar esta postura. Señalar que esta interpretación coincide con la consagración legal vigente desde la entrada en vigor de la modificación operada en el Libro V de derechos reales por virtud de la Ley 5/2015, de 13 de mayo de 2015, aún en *vacatio* en el momento de formalización de la escritura, que modifica el artículo 553.26.1 de modo que establece en su letra a) que es preciso el consentimiento expreso de todos los propietarios para adoptar los acuerdos que modifiquen la cuota de participación.

En definitiva, en derechos de vuelo que constan inscritos en el Registro, incluso anteriores a la entrada en vigor del Libro V, sin previsión expresa del ejercicio unilateral que faculte a modificar cuotas, se precisa el consentimiento de los titulares de los demás elementos privativos.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

I. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El principio del interés del menor y el orden de los apellidos*

Principle of the best interests of the child and the order of surnames

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: Debe realizarse una interpretación correctora de la Ley del Registro Civil de 1957, en la línea de la LRC de 2011, aún no en vigor, ya que sus aspectos sustantivos son conformes a los principios constitucionales y a los principios generales del ordenamiento jurídico. Por ello el orden de los apellidos debe concretarse atendiendo al principio del interés superior del menor.

ABSTRACT: *Corrective interpretation of the Civil Registration Act of 1957 should be done in line with the Civil Registration Act of 2011, not yet in force, since its substance comply with the constitutional principles and the general principles of law. Therefore, the order of surnames must be specified in response to the principle of the best interests of the child.*

PALABRAS CLAVE: Apellidos. Principio del interés superior del menor.

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de Amunátegui Rodríguez, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

KEY WORDS: Surname. Principle of the best interests of the child.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE APELLIDOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.—III. INTERPRETACIÓN LITERAL DE LAS NORMAS Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—IV. LEY DEL REGISTRO CIVIL 20/2011 DE 21 DE JULIO.—V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VI. EL INTERÉS DEL MENOR. EL ABUSO DEL DERECHO DEL PADRE: 1. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD. 2. LA POSESIÓN DE ESTADO DEL NOMBRE Y DEL APELLIDO POR EL MENOR. 3. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL ABUSO DEL DERECHO DEL PADRE. 4. LA OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECONOCER E INTERPRETAR EL INTERÉS DEL MENOR.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio tiene como finalidad exponer brevemente como el principio general del interés del menor afecta al ámbito de su esfera personal, y concretamente en el establecimiento del orden de sus apellidos.

Subyace en este examen jurisprudencial, el supuesto de hecho de la STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 17 de febrero de 2015, cuyo ponente ha sido Eduardo BAENA RUIZ¹, en el que se analiza una demanda de determinación de filiación en la que, entre otras cuestiones, se persigue modificar el orden de los apellidos respecto del hijo menor de edad habido en una relación sentimental. Ante la falta de acuerdo de los progenitores, en el establecimiento de los apellidos de que fuese primero el paterno y luego el materno, frente al que tenía el menor, que eran los dos apellidos de la madre, consecuencia de no haber sido inicialmente reconocido por el padre en el momento de su nacimiento. Resulta importante saber que la cuestión que es llevada a los tribunales por el padre dos años y medio después del nacimiento del menor.

La nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de acuerdo con los principios inspiradores de la UE conecta con cuestiones demandadas por la sociedad española y los valores constitucionales y europeos. Y una de las cuestiones donde ha sido necesario proceder a una transformación es precisamente el de los apellidos que hoy nos ocupa, consecuencia directa de que la realidad política y social ha evolucionado progresivamente en los últimos tiempos².

Si la nueva legislación registral (pendiente de desarrollo reglamentario), ha configurado un nuevo modelo de Registro Civil como instrumento que permite la publicidad de los actos y hechos relativos al estado civil y demás hechos inscribibles, haciendo desaparecer toda discriminación de la persona (como ocurre en el tema que estudiamos hoy), es consecuencia de la necesidad de ajustar la realidad a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación (igualdad de hombre y mujer), pero también a la necesidad de que el interés supremo del menor, se haga presente en estas cuestiones.

Recordemos que la diferencia de sexo no configura como estados civiles distintos el de hombre y el de mujer y por ello se ha dado un paso más en relación con la cuestión de los apellidos, pero además, en interés del menor se garantiza en la práctica su derecho a su propia identidad, como derecho fundamental dentro de la esfera de los derechos de la personalidad. Y esta es una de las cuestiones

que ha modernizado la Ley de Registro Civil, que entrará en vigor próximamente, en relación con la transmisión de los apellidos.

El indicado cambio se concreta en el artículo 49.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que hace referencia al *contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos*, y que dispone que:

2. La filiación determina los apellidos.

Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos.

El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley.

Pero en este momento estamos en otra fase más actual pues la STS objeto de comentario, ha hecho ver *lo que todavía no se había indicado expresamente*. Pues si con la nueva normativa del Registro Civil se adapta el régimen jurídico de los apellidos a la CE (art. 14), y a las reformas introducidas en nuestro ordenamiento en torno al derecho de la persona y al Derecho de Familia, (—todas ellas referidas a la supresión de la tradicional hegemonía del apellido paterno y la consiguiente equiparación de hombre y de la mujer en el orden de transmisión de los apellidos; la previsión expresa del cambio de apellidos para las víctimas de violencia de género; la inclusión de un supuesto específico de cambio de apellidos, en la línea de la Jurisprudencia TJUE, para los ciudadanos españoles que tengan igualmente la nacionalidad de otro estado miembro de la Unión Europea—); con esta sentencia se conecta la necesidad de «ajustar» el orden de los apellidos teniendo en cuenta el principio general del *interés superior del menor*, como sujeto objeto de especial protección.

Hasta ahora la ley se había referido únicamente a la intervención del menor —a partir de los 16 años— en el cambio de nombre y apellidos, todo ello en base a que el nombre, como derecho de la personalidad, puede ser ejercitado por el menor a partir de una determinada edad y grado de discernimiento (arts. 162 del Código Civil, 2.2, 3, y 9 LO de protección jurídica del menor).

Pero es la Jurisprudencia, en su labor interpretadora de la norma la que dando un paso necesario al frente, y en concreto esta sentencia, al ser la que pone expresamente de manifiesto el reconocimiento *de los apellidos en su conexión con el principio de interés superior del menor*, en línea con diversos Tratados Internacionales (art. 24.2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos³ y 7 de la Convención sobre los derechos del niño⁴).

El legislador en la nueva normativa favorece el acuerdo de los progenitores en la elección del orden de apellidos de los hijos. Y, en caso de desacuerdo, se otorga la facultad decisoria al Encargado del Registro Civil atendiendo al interés del menor. Este es el aspecto sustantivo que posibilita la sentencia que analizamos, aún sin haber entrado en vigor la LRC.

Partimos del hecho de que hasta la entrada en vigor del artículo 49.2 de la nueva LRC (prevista inicialmente para el 22 de julio de 2014, posteriormente el 15 de julio de 2015, y en el momento de redactar este pequeño estudio sin plazo determinado)⁵, la línea legal vigente (LRC de 1957) establece que si la filiación —ya sea matrimonial o no matrimonial— está determinada respecto de ambas líneas, el hijo llevará como primer apellido el primero del padre, y como segundo apellido el primero de la madre (arts. 53 LRC de 1957 y 194 RRC de 1958), a salvo la opción prevista en el artículo 109 del Código Civil.

Dentro del Título V, del Libro I, del Código Civil, dedicado a la paternidad y la filiación, el Capítulo Primero se refiere a la filiación y a sus efectos, y en él, el artículo 109 afirma que «la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejerce esta opción, regirá lo dispuesto en la ley»⁶.

La Exposición de Motivos de la Ley 40/1999, se refirió a que este cambio que ya se intentó en la modificación anterior del Código Civil (operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo), tiene como fundamento el principio constitucional de igualdad y las distintas decisiones de ámbito internacional adoptadas sobre esta materia. Entre ellas, el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 que prevé que los Estados signatarios tomen las medidas necesarias para hacer desaparecer toda disposición sexista en el derecho del nombre. Así como, la Recomendación contenida en la Resolución 78/37 que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, que exigía a los Estados miembros la desaparición de toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre.

El principio de igualdad y no discriminación, fue puesto de manifiesto, también, hace ya más de veinte años, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 22 de febrero de 1994 en el caso BURGHARTZ C. SUISSE, donde se recreen las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos⁷, batalla que continúa vigente aún en nuestros días⁸. De acuerdo con esta línea jurisprudencial se considera más justo y menos discriminatorio para la mujer permitir que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos, y, ante el no ejercicio de su opción como dice expresamente la futura Ley «En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos *atendiendo al interés superior del menor*».

Protección del menor que también, como veremos se puso de manifiesto por la jurisprudencia del TEDH, no solo referido al nombre⁹, sino también en el caso GARCÍA AVELLO, donde se insistió en la necesidad de que «las soluciones legislativas respeten el hecho diferencial que introduce en una situación privada su vinculación comunitaria. La solución que se propone es la más coherente con una UE verdaderamente integrada, evita la diversidad de apellidos de las

personas (implicadas en una situación intracomunitaria), favorece la libertad de circulación, permite a los Estados mantener sus propias tradiciones jurídicas en la determinación de los apellidos y concede cierta libertad a los particulares para decidir cuál es el ordenamiento jurídico conforme al cual se va a determinar su apellido. Por eso, se debería plantear la oportunidad de negociar un Convenio de reconocimiento de apellidos en este sentido, a nivel general y no solo en el ámbito de los Estados miembros de la UE y, desde luego, no tan limitado y rígido como el de la CIEC»¹⁰.

II. REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE APELLIDOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

De todos es sabido que los primeros registros que tomaron nota de los apellidos fueron los libros bautismales en las diferentes parroquias, que recogían la práctica consuetudinaria de establecer el doble apellido: primero el paterno y después el materno. No es hasta 1870 fecha en la que se publica la LRC donde se recoge la legislación actual de los mismos.

La actual regulación consta en los artículos 53 y 55 LRC 1957 y artículos 194, 198, 201-204 RRC de 1958, sin olvidar lo establecido en los artículos 109 y 111 del Código Civil, que dejó atrás la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, el establecimiento del principio de igualdad y de no discriminación por razón del sexo y la filiación de acuerdo con el artículo 14 CE. Las reformas posteriores del Código Civil y de la legislación registral suavizaron la imposición directa de la primacía del apellido paterno.

Ahora bien, habrá que esperar a la vigencia del artículo 49.2 de la nueva Ley del Registro Civil, para que nuestro ordenamiento, fiel a la Constitución, cumpla no solo el *principio de igualdad de hombre y mujer en el orden de transmisión de los apellidos sino también la primacía del interés superior del menor*.

La reforma del Derecho de Familia realizada en la Ley 13 de mayo de 1981, en materia de patria potestad, filiación y régimen económico, adaptó el Código Civil a los principios constitucionales y suprimió la primacía del apellido del varón¹¹, al modificar el artículo 109 del Código Civil que permitió la inversión del orden de los apellidos al alcanzar el hijo la mayor edad¹², siempre en consonancia con el Derecho Europeo¹³. También resultó fundamental el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto que modificó el artículo 205.3 del Reglamento del Registro Civil¹⁴.

Y, ¿por qué ha sido necesaria tanta modificación paulatina en derecho de apellidos? Precisamente por la materia de que se trata. Estamos ante una materia de orden público, donde pesa mucho la tradición popular muy arraigada, pero donde se han ido dando pasos a favor de la autonomía de la voluntad —al ser lo más deseable— pues es donde más íntimamente priman los intereses privados. Teniendo en cuenta, además, que los principios internacionales insistían, vía jurisprudencial, en evitar a toda costa, el automatismo en la instauración del apellido paterno en la determinación del orden de los apellidos a fin de introducir e ir dando paso a la autonomía de la voluntad en la esfera personal del individuo¹⁵.

Como indica LINACERO DE LA FUENTE¹⁶ la Ley se ha mantenido fiel «a un concepto de estado civil que sea conforme con la Ley y útil en la práctica, reafirmando su esencia jurídica. El significado del estado civil y su íntima conexión con la categoría de la capacidad de obrar justifica la necesidad de una construcción rigurosa sobre la esencia del estado civil».

III. INTERPRETACIÓN LITERAL DE LAS NORMAS Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El artículo 1281 del Código Civil en sede de interpretación de los contratos fija que si los términos son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Recoge el conocido precepto el principio *in claris no fit interpretatio*. Siendo para ello cuestión previa la interpretación literal o gramatical.

El juzgador, siguiendo esta máxima jurídica, realiza la interpretación más simple del supuesto pues al estar la filiación determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Aunque la situación no es tan simple, sino que se complica, pero ya la ha tenido en cuenta el legislador, en dos supuestos: o en caso de *desacuerdo*, o, cuando *no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción*. Pues bien, el legislador facilita la solución indicando que será el *Encargado del Registro Civil quien requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos*.

Y aquí es donde el legislador de 2011 de acuerdo con el ordenamiento jurídico insiste en que *si transcurrido dicho plazo —máximo de tres días— sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor*. Así pues, el Encargado del Registro Civil será quien *valore el interés del menor y asuma la decisión* de acordar el orden de los apellidos¹⁷. El problema reside en que no sabemos aún quien va a ser el Encargado del Registro Civil, lo que sí sabemos es que no va a ser un juez, pues la ley próximamente en vigor desjudicializa el Registro Civil.

Hasta ahora siempre se ha pensado que a fin de establecer el orden de apellidos, sea el juez (o un tercero) el que debería tomar la decisión. Así lo ha creído conveniente parte de la doctrina científica¹⁸ e incluso se establece en los ordenamientos de nuestro entorno¹⁹. Por el contrario, RAMÓN FORÉS²⁰, entiende que la decisión de que sea el juez o un tercero quien elija no es conveniente puesto que se dilataría el asunto («y mientras tanto el niño o niña no tendría un nombre determinado y estable, lo que supondría muchos problemas prácticos y la vulneración del antes reseñado artículo 7 Convención de los Derechos del Niño»). Y además, sería difícil establecer los criterios por los que tendría que guiarse el juez, siempre teniendo en cuenta el interés del menor²¹.

IV. LEY DEL REGISTRO CIVIL 20/2011 DE 21 DE JULIO

Esta es la interpretación literal del artículo 49,2 LRC de 2011, que aún no ha entrado en vigor y que por problemas políticos, fundados en razones organizativas del entramado del propio registro, continúa de *vacatio legis*... según hemos expuesto al inicio de este estudio.

Y que en la Disposición Final décima de la Ley motiva su largo periodo de *vacatio legis* en la línea de que «Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia».

Ley que no olvidemos es más acorde a los tiempos modernos y a la tendencia de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno propiciado por la Legislación

y Jurisprudencia de la Unión europea pero que *no es de aplicación directa porque no ha entrado en vigor por las causas anteriormente indicadas*, ya que en los aspectos sustantivos consecuencia de la interpretación del resto del ordenamiento jurídico y de sus principios con la interpretación de la Constitución a la cabeza sí se encuentra vigente.

Y ello porque venimos diciendo que el artículo 49,2 LRC 2011 suprime la anteposición del apellido paterno frente al materno. Incluso la Exposición de Motivos, siempre tan importante de analizar, afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el título VI, relativo a hechos y actos inscribibles... El nombre y apellidos se configuran como un *elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos*».

En conclusión, y como indica el TS, la ley de 2011 «autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor».

V. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El juzgador, ya sea el TS o el TC, como intérprete del conjunto del ordenamiento jurídico, es la institución clave en la protección del menor.

Hasta ahora en nuestro estudio de este Principio General de Derecho, en esta sección jurisprudencial, hemos analizado las pautas doctrinales en relación con el *interés supremo del menor* en diferentes ámbitos:

Dentro de la esfera patrimonial el principio se ha visto reflejado:

- en el *ámbito contractual* al declarar la nulidad del precontrato de trabajo de un menor de edad para la práctica de fútbol profesional, y la nulidad de una cláusula inserta en dicho precontrato para el caso de que el menor, se integrase en la plantilla de otro equipo, todo ello en base a la tutela del interés superior del menor ligado al libre desarrollo de su personalidad que tiene, entre sus presupuestos, decidir sobre su futuro profesional²².
- como titulares de un *derecho de uso*, en relación con la figura especial de la *atribución del uso de la vivienda familiar*²³, o en relación con la atribución del derecho de uso de las *segundas residencias*²⁴.

La situación es más compleja dentro de la *esfera familiar* ya que es donde el principio se desarrolla con mayor amplitud:

- En primer lugar, cuando el menor comienza a convivir y formar parte de la familia:

En el momento de su *nacimiento tras la utilización de las técnicas de reproducción asistida y filiación en casos de matrimonio de parejas femeninas*²⁵.

En los supuestos de *adopción de menores* donde hay que tener en cuenta su bienestar frente a la prevalencia de los derechos de la familia original²⁶.

Tras la declaración de desamparo del menor en relación con el derecho de sus padres a relacionarse con ellos²⁷, donde, además, hay que valorar los riesgos psíquicos del menor en el retorno con su familia biológica²⁸.

- En segundo lugar, en las relaciones de los menores con sus progenitores tras la ruptura de pareja (matrimonial o no). Y aquí hay que tener en cuenta:

Los supuestos de concesión de la custodia compartida otorgada a ambos progenitores²⁹, y en los supuestos de custodia compartida en casos de violencia doméstica³⁰.

Las cuestiones derivadas dentro del derecho de visita que incluye la comunicación y la convivencia³¹, o el supuesto más controvertido del derecho de visita del progenitor con disforia de género no custodio³². Y los problemas derivados de las rupturas de parejas internacionales en relación con los supuestos de derecho de visita y secuestro internacional de menores³³.

La continuación de las relaciones de los menores, tras la ruptura de sus progenitores con distintos familiares, principalmente los abuelos concretadas en el derecho de visita³⁴.

Sin olvidar los supuestos de continuidad de sus necesarias relaciones con terceros fuera del ámbito familiar, como es el caso de los allegados³⁵.

- Y, en tercer lugar, en la esfera económico-familiar tras la ruptura de la pareja.

Donde se ha producido una flexibilización de las pautas del derecho de alimentos en base al vínculo de filiación y la edad del alimentista y, sobre todo, al principio general del favor filii, en relación con el mínimo vital, y en relación con el nacimiento de nuevos hijos fruto de nuevas relaciones³⁶.

Dentro de la esfera personal, el interés supremo del menor se superpone en el ámbito de los derechos de la personalidad concretado en los derechos a su honor, a su intimidad y a su propia imagen³⁷.

Pero no ha sido hasta este momento en el que el principio se hace valer y se pone de manifiesto expresamente en relación con la esfera más íntima del menor, como es su derecho a la identidad dentro de la esfera personal, y específicamente en el establecimiento del orden de sus apellidos.

VI. EL INTERÉS DEL MENOR. EL ABUSO DEL DERECHO DEL PADRE

1. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD

Hasta ahora había sido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 167/2013, de 7 de octubre³⁸, la que entendió vulnerado el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE. El supuesto de hecho era similar al de la sentencia del TS que estamos analizando, de reclamación de filiación no matrimonial por el padre, en el que existía un nacimiento con una sola filiación, determinando esta los apellidos, y en el que el cambio del orden de los apellidos ordenado judicialmente alcanzó al menor en una edad en la que tanto en la vida social como en la escolar era conocido por el primer apellido, en su día determinado³⁹. No olvidemos que el menor desde su nacimiento ha ido construyendo su situación personal con esos apellidos y así se ha integrado socialmente.

Pero es esta STS de 17 de febrero de 2015 la que concreta la supremacía del interés del menor en este tema tan importante para él, como es el de su propia

identidad. El interés del menor en este caso se centra en la importancia de la *relevancia identificativa del primero de los apellidos y en la utilización de los mismos por el menor*. Conjugado en el hecho de que el legislador, siempre establece la importancia de la opción en la elección de los apellidos antes o incluso en el momento de registrarse los mismos. Pues desde el mismo momento en que comienzan a usarse los apellidos, el sujeto es identificable con los mismos y es importante para el sujeto la continuidad en la utilización de dichos apellidos y en ese orden. Como derecho al nombre, a su identidad, integrante de su personalidad en base al reconocido derecho fundamental del artículo 18.1 CE.

En nuestro supuesto, el interés del menor se concreta en ser conocido por su nombre y su primer apellido (el de la madre) en los diferentes ámbitos familiar, social y, sobre todo, escolar. (Tengamos en cuenta que el menor en 2015 cuenta con seis años, y en el colegio —ambiente social del niño— estará en primero de primaria, con variadas actividades sociales).

Doctrina que establece el Alto Tribunal frente a la sentencia de instancia que considera *conveniente la acreditación del perjuicio que sufrirá el menor* «al ser conocido en todos los ambientes sociales y oficiales por el apellido de la madre como primero, exigiendo que la necesidad de acreditar el perjuicio concreto y no con fórmulas de carácter general y abstracto...» (*siendo difícil concretar los daños futuros*).

2. LA POSESIÓN DE ESTADO DEL NOMBRE Y DEL APELLIDO POR EL MENOR

La madre alega en el recurso de casación que «el menor tiene una identidad, Mauricio, identidad con la ha empezado a conocerse y desarrollarse, existiendo una *posesión de estado* en cuanto a esa identidad. *El cambio de identidad al modificarse el apellido del niño supone una alteración de esa identidad y la posesión de estado existente*. Y si bien, efectivamente al ser mayor de edad el hijo podrá modificar su apellido si así lo desea, tal argumento también es aplicable a la contra, esto es, que mantenido el apellido de la madre por ocasionar un menor perjuicio al menor, una vez alcance la mayoría de edad, si lo desea, podrá variarlo en favor del apellido del padre».

El TS no entra en este tema al analizar y ponderar como suficiente el interés del menor, pero cabe detenerse un momento en este argumento para recordar como la posesión de estado es la relación fáctica que se establece entre dos personas en concepto de padre o madre e hijo. Tradicionalmente se ha considerado que para que esta relación de hecho exista deben darse tres circunstancias: 1.º. que el hijo lleve el apellido del progenitor (*nomen*), 2.º. que el trato entre ambas personas sea el correspondiente a la relación paterno-filial (*tractatus*) y 3.º. que esta relación sea pública, esto es, conocida en el círculo social donde se mueven padre o madre e hijo (*fama*).

Y es cierto, se dan los tres supuestos pero en relación únicamente con la madre ya que inicialmente el padre se había desentendido del hijo y no lo había reconocido, sino que espera dos años y medio para iniciar el procedimiento. Y cabe entender que no hay duda en señalar que se da la posesión de estado pero que no afecta directamente al orden de los apellidos que es donde reside el *quid* de la cuestión.

El TS ha analizado la posesión de estado últimamente, concretamente en la sentencia de 25 de junio de 2004 y como criterios globales afirma que la posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia,

que puede venir manifestada por actos reiterados de forma ininterrumpida, continuada y pública, aunque no se requiere necesariamente que estos actos que la expresan sean practicados con plena publicidad, ni que sean muy numerosos. También concurre constante posesión de estado si se dio en un pasado próximo, aunque no exista en el momento de ser invocada debido al cese de la convivencia entre los progenitores⁴⁰.

3. EL INTERÉS DEL MENOR Y EL ABUSO DEL DERECHO DEL PADRE

La representación materna también alega en casación que «la actitud del padre desde antes del nacimiento del menor, pese a conocer su paternidad, fue la de no reconocerle, manifestando total indiferencia al hecho de que el menor llevara los apellidos de la madre, manteniendo una conducta que implica renuncia a sus derechos en cuanto a los apellidos actuando con claro *abuso de derecho* al reclamar ahora el cambio de los apellidos».

En realidad la lucha judicial se concreta en el mantenimiento del primer apellido del menor que es el de la madre. No se opone a que el segundo sea el del padre. Y, en base a ello hay que considerar que el menor ha utilizado el apellido de la madre desde su nacimiento hasta que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad (febrero de 2012) cuando ya tenía dos años y medio, así como durante la tramitación del mismo, que finaliza en febrero de 2015.

El artículo 7.1 del Código Civil contiene la teoría de que los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Como es sabido este precepto se enmarca dentro del Título Preliminar del Código Civil, y, concretamente, dentro del capítulo en el cual se recoge la *eficacia general de las normas jurídicas*, y donde se establecen los *principios generales del Derecho* o *informadores* que han de presidir el ejercicio de los derechos. Precepto de *ius cogens*, que informa todo el ordenamiento jurídico, y consiguientemente impone al juzgador la necesidad de realizar una interpretación de las acciones si están basadas en la buena fe⁴¹. En este caso el abuso del derecho se daría en la figura paterna que al ejercitar la acción de filiación en ejercicio de su derecho actúa no teniendo en cuenta el interés del menor en relación con la petición de alteración del orden de los apellidos.

4. LA OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES DE RECONOCER E INTERPRETAR EL INTERÉS DEL MENOR

El propio juzgador en la sentencia entiende que no hay que estar a una interpretación literal de la norma actual, sino a una interpretación correctora pues afecta a una cuestión en la que se juega con el interés del menor.

Y es obligación de los poderes públicos asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores, en base a los principios rectores de la política social y económica.

La STS 27 de octubre de 2014, en relación con una materia llena de lagunas y antinomias, (como es la de un menor en situación de desamparo sometido a guarda de hecho y en donde deben tenerse en cuenta las singularidades de cada caso) entiende la «que para legalizar la situación del menor sometido a guarda de hecho debe acudir a plurales soluciones jurídicas en atención a las circunstancias concurrentes, para que la respuesta sea la más adecuada al interés del menor»⁴². De manera que es el juzgador y aplicador del Derecho el que debe en cada caso concreto reconocer e interpretar el supremo interés del menor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CREMADES GARCÍA, P.; SAURA ALBERDI, B. y TUR AUSINA, R.: La alteración en el orden de los apellidos, aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa, *Revista General de Derecho*, 2000, p. 10847.
- GETE-ALONSO Y CALERA M. C. (Condición civil de la persona y género, *Actualidad Civil*, núm. 11, quincena del 1 al 15 junio de 2008. La Ley 16935/2008).
- IGLESIA MONJE, M.^a I.: Transexualidad y restricción del régimen de visitas, en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil, 2009, núm. 713, 1518-1524.
- Custodia compartida de los progenitores: casos de procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial, en *RCDI*, núm. 731, mayo-junio de 2012, 1612-1646.
 - Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar: Análisis jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia. Núm. 732, julio-agosto de 2012, 2294-2323.
 - Menores desamparados: el derecho de sus padres a relacionarse con ellos, en *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia. Núm. 733, septiembre-octubre de 2012, 2779-2790.
 - Atribución judicial del derecho personal de uso de las segundas residencias o de viviendas distinta a la familiar tras la ruptura matrimonial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 737, mayo-junio de 2013, 1880-1892 - Vlex: 449779142.
 - Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 737, mayo-junio de 2013, 1807-1819 - Vlex: 449778922
 - Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto de 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318.
 - Abuso de derecho: nacimiento y evolución jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto de 2013, 2583-2595 - Vlex: 458215310.
 - Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.
 - Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.
 - Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril de 2014.
 - El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 743, mayo-junio de 2014.
 - Examen de la jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia / Completion of the testamentary service for the inheritance of minors, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 745, septiembre-octubre. 2459-2479 - Vlex: 555245810.

- La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor / Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 746, noviembre-diciembre, 3265-3283.
- LARA AGUADO, Á.: El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras. *Diario La Ley*, Núm. 6560, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-210, Editorial La Ley. La Ley 2006, 2539.
- Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso GARCÍA AVELLO y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad), en *Diario La Ley*, Núm. 6107, Sección Doctrina, 15 de octubre de 2004, Año XXV, Ref. D-207, Editorial La Ley. La Ley 2004, 2240.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.: El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley del Registro Civil, en *Diario La Ley*. Ref. D-253, Editorial La Ley. La Ley 2012, 6996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A., en La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley*, núm. 6974, 24 de junio de 2008. La Ley 2008, 17094.
- NOVALES ALQUÉZAR, M. DE A., en Orden de apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de ley, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, núm. 2, 321-330, 2003, p. 327.
- QUINONES ESCÁMEZ, A.: Ciudadanía Europea, doble nacionalidad y cambio de apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros (STJCE, As C-148/02, García Avelló, de 2 de octubre de 2003), *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, núm. 3, 2004, p. 213.
- RAMÓN FORÉS, I.: Orden de los apellidos y discriminación, en *Diario La Ley*, Núm. 7233, Año XXX, 3 de septiembre de 2009, Ref. D-273, Editorial La Ley. La Ley 2009, 13580.
- SERRANO FERNÁNDEZ, R.: Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español, *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 2001, 687-733.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 22 de febrero de 1994 en el STEDH, Sección 1.^a, de 9 de noviembre de 2010, rec. 664/2006. Núm. de Recurso: 664/2006. La Ley 2010, 231513. Caso Losonci Rose y Rose contra Suiza.
- STJUE, Sala Gran Sala, Sentencia de 14 de octubre de 2008, C-353/2006. Ponente: Peter JANN. Núm. de Recurso: C-353/2006. La Ley 2008, 142470. Reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro donde nació y reside desde entonces.
- STEDH, Sección 4.^a, de 6 de septiembre de 2007, rec. 10163/2002. Núm. de Recurso: 10163/2002. La Ley 2007, 185106. Caso Johansson contra Finlandia.
- STEDH, Sección 4.^a, de 16 de noviembre de. 2004, rec. 29865/1996. Núm. de Recurso: 29865/1996. La Ley 2004, 239775. Caso ÜNAL TEKELI contra Turquía.
- STEDH, de 22 de febrero de 1994. La Ley 1994, 3837. Caso BURGHARTZ C. SUISSE, las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos.

- STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 de octubre de 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. La Ley 2013, 159499.
- STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Núm. de Sentencia: 176/2008. Núm. de Recurso: 4595/2005. La Ley 2008, 198334.
- STC Sala Segunda, de 19 de abril de 2004, rec. 6895/2002. Ponente: Elisa PÉREZ VERA. Núm. de Sentencia: 71/2004. La Ley 2004, 1211.
- ATC de 1 de febrero de 2001. Núm. de Sentencia: 28/2001. La Ley 2001, 27257.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Núm. de Sentencia: 76/2015. La Ley 2015, 8478.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de octubre de 2014, Rec. 2762/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Núm. de Sentencia: 582/2014. La Ley 2014, 149443.
- STS, Sala Primera, de lo Civil de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 740/2011. La Ley 2013, 190869.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de mayo de 2013, rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 359/2013. La Ley 2013, 45896.
- STS, Sala Primera, de lo Civil de 29 de abril de 2013 rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 257/2013. La Ley 2013, 37196.
- STS, Sala Primera, de lo Civil de 30 de abril de 2013, rec. 988/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 250/2013. La Ley 2013, 36263.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, Rec. 1440/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 26/2013. La Ley 2013, 974.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. La Ley 2013, 2328.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de noviembre de 2013. Rec. 494/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 757/2013. La Ley 2013, 186577.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de enero de 2012, rec. 1784/2009. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Núm. de Sentencia: 961/2011. La Ley 2012, 7717.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 13 de julio de 2012. rec. 1148/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 499/2012. La Ley 2012, 134899.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 221/2011. Número de recurso: 1456/2008. La Ley. 2011, 14453.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2011, rec. 813/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 579/2011. La Ley 2011, 119736.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 2011, rec. 1580/2008. Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación. Núm. de Sentencia: 252/2011. La Ley 2011, 14425.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de mayo de 2011. Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 320/2011. La Ley 2011, 52207.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de octubre de 2010 rec. 681/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. La Ley 2010, 165754.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de julio de 2009. recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. La Ley 2009, 184099.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 de octubre de 2009, rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 623/2009. La Ley 2009, 192180.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de septiembre de 2009. rec. 200/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 614/2009. La Ley 2009, 184085.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005. rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 903/2005 La Ley 2006, 10112.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de julio de 2004. recurso 1947/2000. Ponente: Luis Martínez-CALCERRADA GÓMEZ. Número de sentencia: 670/2004. La Ley 2004, 163830.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2004. rec. 4364/1999. Ponente: Antonio ROMERO LORENZO. Núm. de Sentencia: 717/2004. La Ley 2004, 1601.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, rec. 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. La Ley 1996, 8736.
- STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 22 de febrero de 2012, recurso 34/2011. Ponente: Pablo Ángel SANDE GARCÍA. Número de sentencia: 10/2012. *Diario La Ley*, núm. 7856, Sección Jurisprudencia, 11 de mayo de 2012, año XXXIII, Editorial La Ley. La Ley 2012, 25774.
- SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008, rec. 535/2007. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 157/2008. La Ley 2008, 199000.
- SAP de Barcelona, de 5 de septiembre de 2000, rec. 353/2000. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. La Ley 2000, 158806.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española.
- Código Civil. Artículo 109.
- Ley del Registro Civil, de 21 de julio de 2011.
- Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957. Artículo 53
- Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958. Artículo 194
- Real Decreto 8/2014 y de la Ley 18/2014 que se referían al Registro Civil, a su cesión a los registradores mercantiles y de la Propiedad, al uso de una plataforma informática única, y que fijaban el 15 de julio como fecha para el traspaso de la gestión.
- Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos. (BOE 6 de noviembre, que entró en vigor el 6 de febrero de 2000).
- Instrucción de 24 de febrero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea. La Ley 2010, 3882.

- Comisión Internacional de Derecho Civil. Texto actualizado a 1 de abril de 2007, pp. 18 y 19. <http://ciec1.org/Etudes/Kluwer2007-TraducESP-MAE-16.12.2008.pdf>
- Convenio núm. 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), de 5 de septiembre de 1980, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich (*BOE*, 19 de diciembre de 1989). La Ley 1989, 3248.
- Instrumento de Ratificación de 16 de marzo de 1988 del Convenio relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos, hecho en La Haya. *BOE* 10 de junio de 1988. La Ley 1982, 2409.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa, desde 1978, establece en la Resolución 78/37 la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre.
- Recomendación núm. R (85) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón del sexo, adoptada el 5 de febrero de 1985. Anexo a la citada Recomendación, y con el fin de promover la igualdad de sexos en las distintas legislaciones,
- Trigésima Conferencia de Ministros europeos de Justicia, Atenas, 1982. Resolución núm. 2 relativa a la adquisición del apellido.
- Recomendación 1271, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 28 de abril de 1995, relativa a las discriminaciones entre hombres y mujeres para la elección del apellido y la transmisión del apellido de padres a hijos.
- Recomendación 1362 de 18 de marzo de 1998.
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Publicado en: *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1977.

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Núm. de Sentencia: 76/2015. La Ley 2015, 8478.

² La tramitación parlamentaria del proyecto de Ley del Registro Civil, aprobado por el Consejo de Ministros, de 23 de julio de 2010, fue difícil por el gran número de enmiendas presentadas por los diferentes grupos parlamentarios, tanto en el Congreso como en el Senado.

³ Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. Publicado en: *BOE*, núm. 103, de 30 de abril de 1977, Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

⁴ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Artículo 7: 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

⁵ *El viernes 24 de abril, se hizo público, por el Ministro de Justicia Rafael CATALÁ, la paralización de la reforma de la gestión del Registro Civil en manos de los Registradores mercantiles y de la Propiedad. Así se prorrogará la vacatio legis de la ley del Registro Civil de 2011 un año más, siendo por tanto, el tercer aplazamiento que sufre la entrada en vigor de la norma.*

El pasado 14 de mayo el Sr. CASTILLO CAVÍN, portavoz del Grupo Parlamentario Popular en la Comisión de Justicia, anunció en el Congreso el compromiso existente con el Grupo Socialista para presentar una enmienda en el *Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa* en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, (actualmente en tramitación) por la que se prorrogará la entrada en vigor de ley 20/2011 del Registro Civil hasta el 30 de junio de 2017.

Se derogarán las disposiciones adicionales del Real Decreto 8/2014 y de la Ley 18/2014 que se referían al Registro Civil, a su cesión a los Registradores mercantiles y de la Propiedad, al uso de una plataforma informática única, y que fijaban el 15 de julio como fecha para el traspaso de la gestión. También se ha ampliado una semana más el plazo de presentación de enmiendas al proyecto de ley de reforma del Registro Civil, que terminará decayendo.

En el momento de la entrega de este estudio, el Ministerio no había comunicado nada en relación con lo indicado.

⁶ Redacción otorgada por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.

⁷ STEDH de 22 de febrero de 1994. La Ley 1994, 3837. El Tribunal recuerda en esta sentencia que, «la progresión hacia la igualdad de sexos es hoy una finalidad importante en los Estados miembros del Consejo de Europa; por tanto, únicamente consideraciones muy fuertes pueden llevar a estimar compatible con el Convenio una diferencia de trato basada exclusivamente en el sexo». El Sr. y la Sra. BURGHARTZ reprochan a las autoridades haber denegado al primero, el derecho de hacer preceder el apellido familiar por el suyo propio, mientras que el derecho suizo concede la posibilidad a las esposas que hayan adoptado como nombre familiar el de su marido de realizar tal anteposición. Resultaría así una discriminación basada en el sexo e incompatible con los artículos 14 y 8 del Convenio combinados.

⁸ Pongamos simplemente como ejemplo estas dos sentencias: STEDH, Sección 1.^a, de 9 de noviembre de 2010, rec. 664/2006. Núm. de Recurso: 664/2006. La Ley 2010, 231513. Caso Losonci Rose y Rose contra Suiza. Rechazo por las autoridades nacionales de mantener los recurrentes sus apellidos después del matrimonio. Existencia de consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la elección del apellido familiar de los esposos en pie de igualdad, reconociendo el derecho para cada cónyuge de conservar el uso de su apellido familiar original o de participar en pie de igualdad en la elección de un nuevo apellido familiar. Discriminación por razón de sexo. La justificación invocada por el Gobierno no parece razonable y la diferencia de trato constatada se muestra discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio. *El régimen en vigor en Suiza engendra una discriminación entre las parejas binacionales, según que sea el hombre o la mujer quien posea la nacionalidad suiza. Por tanto, hubo violación del artículo 14 combinado con el artículo 8 del Convenio.*

STEDH, Sección 4.^a, de 16 de noviembre de 2004, rec. 29865/1996. Núm. de Recurso: 29865/1996. La Ley 2004, 239775. Caso ÜNAL TEKELI contra Turquía. Denegación por las autoridades nacionales del permiso de llevar únicamente el apellido de soltera tras el matrimonio. Según la ley turca, la mujer casada no puede llevar exclusivamente su apellido de soltera tras el matrimonio, mientras que el hombre casado conserva su apellido familiar tal como lo tenía antes del matrimonio. El objetivo de manifestar la unidad de la familia por un apellido familiar común no puede justificar la diferencia de trato basada en el sexo. Violación del artículo 14, combinado con el artículo 8 del Convenio.

⁹ En cuanto al nombre y la cita expresa de la protección de los intereses del niño: TEDH, Sección 4.^a, Sentencia de 6 de septiembre de 2007, rec. 10163/2002. Núm. de Recurso: 10163/2002. La Ley 2007, 185106. Caso Johansson contra Finlandia. La negativa de las autoridades a registrar el nombre de, Axl, al hijo de los recurrentes supone una violación de su derecho al respeto a su vida privada y familiar. La Ley de Nombres afectó a un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados. *No puede considerarse que el nombre escogido fuera impropio o que dañe a los intereses del niño.* Uso del nombre dentro del círculo familiar. Vulneración del artículo 8 del Convenio que garantiza el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

¹⁰ LARA AGUADO, Á.: El caso NIEBÜLL o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras. *Diario La Ley*, Núm. 6560, Sección Doctrina, 29 de septiembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-210, Editorial La Ley. La Ley 2006, 2539.

¹¹ DE RAMÓN FORS, I.: Orden de los apellidos y discriminación. *Diario La Ley*, Núm. 7233, Sección Doctrina, 3 Sep. 2009, Año XXX, Ref. D-273, Editorial La Ley. La Ley 2009, 13580.

¹² El actual artículo 109 redactado por el artículo 1 de la Ley 40/1999, 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos (BOE, 6 de noviembre, que entró en vigor el 6 de febrero de 2000), dice: *La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.*

El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.

La redacción anterior únicamente decía que: *La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la Ley. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos.*

¹³ La Resolución 37 sobre la igualdad de los esposos en Derecho civil, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de septiembre de 1978.

La trigésima Conferencia de Ministros europeos de Justicia, Atenas, 1982. Resolución núm. 2 relativa a la adquisición del apellido.

La Recomendación núm. R (85) 2 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, relativa a la protección jurídica contra la discriminación por razón del sexo, adoptada el 5 de febrero de 1985.

El Comité de Ministros, dentro de las Recomendaciones dirigidas a los gobiernos de los Estados Miembros para preservar la igualdad de los esposos en el Derecho civil, señala en orden a los apellidos lo siguiente; Considerar la posibilidad de tomar las medidas necesarias a fin de conceder iguales derechos a los cónyuges en lo que concierne al apellido de los hijos nacidos en el matrimonio o adoptados por ellos, teniendo en cuenta los siguientes ejemplos.

I) Cuando los padres no tengan un apellido de familia común; a) Permitir al hijo tomar el apellido de familia de aquel de los padres a quien la ley no se lo ha atribuido. b) Permitir la elección, por acuerdo de los padres, del apellido de los hijos.

II) Cuando los padres tengan un apellido de familia común compuesto por la unión de sus apellidos (ya sea elegido por ellos o impuesto por la Ley), la omisión de una parte del apellido compuesto, no debe entrañar discriminación en cuanto al apellido que se omita.

En el Anexo a la citada Recomendación, y con el fin de promover la igualdad de sexos en las distintas legislaciones, se señala en el apartado 4 que en materia de Derecho civil, deberá garantizarse la efectiva igualdad de los derechos y deberes entre los hombres y las mujeres, especialmente en lo concerniente a distintos asuntos, siendo uno de ellos, precisamente, el apellido de familia.

La Recomendación 1271, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 28 de abril de 1995, relativa a las discriminaciones entre hombres y mujeres para la elección del apellido y la transmisión del apellido de padres a hijos, así como la Recomendación 1362 de 18 de marzo de 1998.

¹⁴ BOE, núm. 225, de 19 de septiembre de 1986. Artículo 205. *El Ministerio de Justicia puede autorizar cambios de nombre y apellido, previo expediente instruido en forma reglamentaria: Son requisitos necesarios de la petición de cambio de apellidos: ...3.º Que los apellidos que resulten del cambio no provengan de la misma línea. Podrá formularse oposición fundada únicamente en el incumplimiento de los requisitos exigidos.*

¹⁵ QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: Ciudadanía Europea, doble nacionalidad y cambio de apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros (STJCE, As C-148/02, GARCÍA AVELLÓ, de 2 de octubre de 2003), *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, núm. 3, 2004, p. 213, dice: En definitiva en la decisión del TJCE late una crítica a los sistemas jurídicos basados en la inmutabilidad del apellido y que atribuyen a los hijos automáticamente el patronímico del padre, sin posibilidad alguna de elección.

¹⁶ LINACERO DE LA FUENTE, M.: El estado civil y el principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos en la nueva Ley del Registro Civil, en *Diario La Ley*. Ref. D-253, Editorial La Ley. La Ley 2012, 6996.

¹⁷ Recuerda LINACERO DE LA FUENTE que: La fórmula legal del orden alfabético, inicialmente acogida, para optar por un apellido u otro en los casos de desacuerdo o silencio de los progenitores, avivó la polémica y suscitó un cierto eco en los medios de comunicación. ...Dicha controvertida fórmula se acogió en el artículo 49.1, párrafo 4.º, del proyecto de Ley del Registro Civil 121/000090, siguiendo una de las opciones que figuraban en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la Ley del Registro Civil... Al artículo 49.1 del proyecto se presentaron numerosas enmiendas, que proponían criterios distintos al del orden alfabético: Enmienda 24, G. P. Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: procedimiento de azar; enmienda 25, Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: sorteo en la forma que reglamentariamente se determine; enmienda 26, G. P. Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds: utilizando un criterio de orden alfabético ascendente o descendente de manera alternativa, de forma que en una inscripción se priorice el apellido cuya letra inicial se sitúe antes en el alfabeto, y en la siguiente se priorice el apellido cuya letra inicial sea posterior; enmienda 13, G. P. Vasco (EAJ-PNV): el apellido menos frecuente según los datos del INE; enmienda 5, GMx: aleatoriamente por el procedimiento que reglamentariamente se determine; enmienda 147, G. P. popular: el orden de apellidos se determinará atendiendo al que pudiera tener más riesgo de desaparecer. Finalmente, la cuestión se ha resuelto en virtud de una transaccional de consenso, otorgando la facultad decisoria del orden de apellidos al Encargado del Registro Civil atendiendo al interés del menor, en los términos del artículo 49.2, párrafo 3.º, LRC.

¹⁸ CREMADES GARCÍA, P.; SAURA ALBERDI, B. y TUR AUSINA, R. (en La alteración en el orden de los apellidos, aspectos constitucionales y civiles de una reforma legislativa, *Revista General de Derecho*, 2000, p. 10847) afirman que la decisión debería tomarla el juez según lo previsto en el artículo 156 del Código Civil, o crear un expediente registral al efecto. En el mismo sentido y teniendo en cuenta el interés de los hijos (NOVALES ALQUÉZAR, M. de A., (en Orden de apellidos de la persona nacida. Observaciones a propósito de un proyecto de ley, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 30, núm. 2, pp. 321-330, 2003, p. 327). Igualmente MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER A., en La mujer y sus apellidos: de la alegría de trasmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), *Diario La Ley*, núm. 6974, 24 de junio de 2008 La Ley 17094/2008) opina que debería evitarse la discriminación actual, y que el conflicto lo debe solucionar el Juez. GETE-ALONSO Y CALERA M. C. (en Condición civil de la persona y género, *Actualidad Civil*, núm. 11, quincena del 1 al 15 de junio de 2008. La Ley 16935/2008) establece la analogía al supuesto del artículo 129.2 Código de Familia catalán que preveía esa atribución del Juez para determinar el orden de los apellidos en caso de adopción por una pareja homosexual (actualmente es el art. 128, para diversos casos).

¹⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, R., menciona que la legislación portuguesa así lo ha establecido, (en Régimen jurídico del nombre y los apellidos en el Derecho español, *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 2001, pp. 687-733).

²⁰ RAMÓN FORÉS, I.: Orden de los apellidos y discriminación, en *Diario La Ley*, Núm. 7233, Año XXX, 3 de septiembre de 2009, Ref. D-273, Editorial La Ley. La Ley 2009, 13580.

²¹ Principio difícil de aplicar en esta materia, salvo en casos muy específicos en que un apellido sea claramente problemático (y aún así, un apellido de esta clase puede tener un prestigio relevante). Tampoco sería fácil determinar qué apellido tiene mayor fuerza simbólica, emotiva o identificatoria, como hemos visto que propone algún autor.

Propone como criterios: la frecuencia del apellido (¿en España, en la región, en la localidad?), que obligaría a realizar un complicadísimo estudio sobre la difusión de cada apellido; y aún así se producirían casos irresolubles, cuando dos apellidos tuvieran la misma extensión.

Tampoco me parecería lógica la preferencia por el apellido autóctono, que además de comportar dificultades de determinación podría llegar a ser considerada discriminatoria por algún tribunal internacional. Otro criterio mencionado en la doctrina ha sido la conveniencia de preservar un apellido que se perdería. El problema es que un apellido puede perderse en esa concreta familia, pero ser un apellido muy común, con lo que el resultado

no me parece deseable. También se ha propuesto que la cuestión se resuelva según orden alfabético, o mediante sorteo. Otro criterio podría ser la edad... O que en los niños se ponga delante el apellido paterno y en las niñas el materno. (RAMÓN FORS, Ignacio: Orden de los apellidos y discriminación en *Diario La Ley*. Núm. 7233, Año XXX, 3 de septiembre de 2009, Ref. D-273, Editorial La Ley. La Ley 2009, 13580).

²² Libre desarrollo de su personalidad, al que no puede extenderse el poder de representación de los padres, no resultando descartable la necesaria autorización judicial como presupuesto previo para la validez del precontrato. Especial relevancia tiene, de cara a la afectación al libre desarrollo de la personalidad, la inclusión en el precontrato de la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando fuese, en su caso, jugador profesional. STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, Rec. 1440/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 26/2013. La Ley 2013, 974.

²³ La jurisprudencia afirma que el artículo 96 del Código Civil no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. (STS de 1 de abril de 2011. La Ley. 2011, 14453).

²⁴ El Derecho Civil de Cataluña —a diferencia del Derecho Común—, permite que la autoridad judicial establezca, tras la ruptura y en el proceso matrimonial, la atribución del uso de otras residencias distintas a la familiar cuando con ello quede mejor garantizado el superior interés de los menores. Comenzó a valorarse por los Tribunales la existencia de la segunda residencia, en base al interés más necesitado de protección tras la ruptura de la convivencia marital (SAP de Barcelona, de 5 de septiembre de 2000. La Ley 2000, 158806 que dio origen a la STSJ Cataluña núm. 50/2012, de 30 de julio de 2012). El Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, pero a los efectos de unificar la doctrina de las Audiencias Provinciales ha indicado únicamente que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse el uso de viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

²⁵ Con la STS de 5 de diciembre de 2013, (La Ley 2013, 190869), se afirma con rotundidad que la posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, que se ve reforzada con el consentimiento firmado por ambas madres, como título de atribución de la maternidad. El interés del menor y además la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas (aunque las madres están divorciadas ya) sirven de apoyo a la resolución del otorgamiento de la atribución de la maternidad.

²⁶ El TC tiene en cuenta el interés superior del menor y el principio de la prevalencia de la familia natural o de origen o propia para el desenvolvimiento de la vida de los menores, ambos deben conciliarse (STC 71/2004. La Ley 2004, 1211, fundamento jurídico 8). No debe confundirse el interés del menor con los intereses de las familias de acogida en recibir y cuidar al menor, ni de la propia Administración pública y sus servicios sociales. (ATC 28/2001. La Ley 2001, 27257, fundamento jurídico 4).

²⁷ El legislador reconoce el derecho de los padres a relacionarse con sus hijos, incluso cuando no ejercen la patria potestad, pero si la situación se ha alargado y complicado, la Administración puede considerar necesario que tenga lugar el acogimiento familiar del menor y el Juez puede suspender ese derecho de relación con sus padres biológicos atendiendo a las circunstancias y al interés del menor. (STSJ de Galicia de 22 de febrero de 2012. La Ley 2012, 25774).

²⁸ Una vez el menor es acogido por terceros, para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica según la doctrina jurisprudencial es necesario que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga el acogimiento familiar en que se encuentre. (STS de 31 de julio de 2009. La Ley 2009, 184099).

²⁹ Se realiza siguiendo el principio del *favor filii*, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. (SSTS de 10 de enero de 2012 [La Ley 2012, 7717], de 22 de julio de 2011 [La Ley 2011, 119736], de 7 de abril de 2011 [La Ley 2011, 14425], de 1 de octubre de 2010 [La Ley 2010, 165754], de 8 de octubre de 2009 [La Ley 2009, 192180], de 28 de septiembre de 2009 [La Ley 2009, 184085]).

³⁰ Se prohíbe expresamente la concesión del régimen de custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en algún procedimiento de maltrato o violencia de género en los que los menores sean víctimas directas o indirectas. También se prohíbe su otorgamiento cuando el Juez advierta indicios fundados de violencia que le hagan decidir la improcedencia de la custodia compartida en beneficio del *interés superior del menor*. (SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008. La Ley 2008, 199000).

La STS de 7 de abril de 2011 (La Ley 2011, 14425) en un supuesto donde el marido fue condenado por amenazas al cónyuge, el Alto Tribunal señaló que aunque este delito no está incluido entre los que, conforme al artículo 92.7 del Código Civil excluyen la guarda compartida, sí puede constituir un *indicio de violencia* o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, el citado artículo declara que no procede la guarda conjunta. El TS mantiene la posición de que debe considerarse la custodia compartida como, normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo *el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis*, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Todo ello en relación con la doctrina de esta Sala (SSTS de 29 de abril de 2013 [La Ley 2013, 37196] y de 29 de noviembre de 2013 [La Ley 2013, 186577] sobre la *guarda y custodia* compartida en la interpretación del artículo 92, apartados 5.º, 6.º y 7.º del Código Civil la cual recordemos que debe estar fundada en el *interés de los menores*).

³¹ Derecho que no puede constituir el medio por el que se proyecten tensiones, enemistades y discrepancias de los progenitores. Se exige una colaboración entre ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe. Su supresión solo puede acordarla por imperativo legal el juez en cada caso concreto y siempre de acuerdo con el principio general del interés del menor. (SSTS de 24 de mayo de 2013, [La Ley 2013, 45896]; de 13 de julio de 2012 [La Ley 2012, 134899] de 28 de septiembre de 2009 [La Ley 2009, 184085], de 21 de noviembre de 2005 [La Ley 2006, 10112], de 12 de julio de 2004 [La Ley 2004, 163830]).

³² La STC, Sala Primera, de 22 de diciembre de 2008 aclaró que la disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de restringir el régimen de visitas. El interés del menor y el riesgo relevante de repercusión negativa para su desarrollo personal, propiciado por la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre prevalece frente al interés del progenitor; pues «el interés superior del niño opera, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este, (STC, Sala Primera, número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, [La Ley 2008, 198334]). *Vid.* mi comentario, *Transexualidad y restricción del régimen de visitas*, en *RCDI*, Sección: Análisis Crítico de Jurisprudencia. Derecho Civil, 2009, núm. 713, 1518-1524.

³³ La STS de 31 de enero de 2013 (La Ley 2013, 2328) mantiene la guarda de la madre sobre el hijo. El TS considera prevalente el interés del menor con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia de traslado ilícito: el menor está vinculado afectivamente con la madre e integrado en la vida del país de residencia, sin que esté justificado el beneficio que para el menor representa el traslado de su residencia a España y la imposición de convivencia con su padre y a su familia a la que prácticamente desconoce.

³⁴ Desde 1996 el TS concretó, el interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 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 (STS de 17 de septiembre de 1996. La Ley 1996, 8736).

³⁵ También en base al interés del menor se otorga el derecho de comunicación y régimen de relaciones personales entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica. (STS de 12 de mayo de 2011. La Ley 2011, 52207)

³⁶ Así, se fija un *mínimo vital* relativo a la pensión de menores tras la ruptura matrimonial. Se considera «mínimo vital» la cantidad mínima imprescindible para el desarrollo de los hijos en condiciones de suficiencia y dignidad. Pensión mínima que debe garantizar un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional por parte de los progenitores, con objeto de dar cobertura a las necesidades de alimentación, vestido, educación, ocio, etc. —en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos— del alimentista. Han sido los poderes públicos los que se han ocupado de establecer unas tablas orientadoras para determinar las pensiones alimenticias de los hijos, adaptadas a la jurisprudencia y elaboradas con bases científicas, a fin de dotar de seguridad jurídica y facilitar los acuerdos en las separaciones, evitando costes sociales y sobre todo teniendo en cuenta la necesidad y perentoriedad que comporta la ayuda a la subsistencia de los hijos menores. (Informe de la Fiscalía General del Estado en el Informe a la Consulta número 1/1992, de 13 de febrero. Y Memoria explicativa de las tablas orientadoras para la determinación de las pensiones alimenticias de los hijos en los procesos de familia elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial [11 de julio de 2013]).

En cuanto al *nacimiento de nuevos hijos frutos de nuevas relaciones* no conlleva, por sí solo, la modificación de las medidas adoptadas en el convenio regulador con relación a los alimentos de los hijos. La nueva doctrina entiende que debe determinarse una redistribución de los recursos económicos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. Es necesario conocer los medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido pues es una obligación que se impone en beneficio de todos los hijos y deriva de la relación paterno-filial. Puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. (STS de 30 de abril de 2013, La Ley 2013, 36263).

³⁷ En esta vertiente la protección del menor tiene como fundamento su falta de desarrollo físico y psíquico frente a las *intrusiones de los medios de comunicación en estos derechos de la personalidad*. Debe tenerse en cuenta que el límite de la intimidad de un menor a favor de la libertad de información tendrá lugar cuando concurran los requisitos mínimos de veracidad de la información, de interés público y de inexistencia de lesión en sus intereses, pudiendo publicarse tales informaciones resguardándose su identidad, defendiendo su anonimato sin la publicación de su imagen (imágenes borrosas...) y sin publicar datos que permitan su identificación. Tras la ponderación del derecho de información frente al derecho del menor, resulta este último de más peso (art. 2 LO 1/1996). (STS de 7 de julio de 2004. La Ley 2004, 1601).

³⁸ STC, Sala Segunda, 167/2013 de 7 de octubre de 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. La Ley 2013, 159499. Vulneración del derecho a la propia imagen del menor a quien se impuso judicialmente como primer apellido el del padre, tras declararse su filiación paterna por las sentencias que estimaron, en ambas instancias, la demanda de reclamación de filiación no matrimonial y declararon la paternidad del actor, ordenando que, en la inscripción en el Registro Civil de los apellidos del hijo (menor de edad), constase como primer apellido el del padre y como segundo el de la madre, ya que debía otorgarse preferencia a la línea de filiación paterna sobre la materna. Otorgamiento del amparo solicitado por la madre. Anulación de las sentencias recurridas. Inclusión del derecho al nombre en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen. Prevalencia del interés del menor en seguir manteniendo el primer apellido materno.

³⁹ La sentencia se detiene en hacer ver la notoria *relevancia identificativa del primero de los apellidos*, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

i) En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (cfr. arts. 53 y 55 LRC y 194 RRC).

ii) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

iii) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE, invocado por la parte recurrente como infringido.

⁴⁰ El TS ha analizado la posesión de estado últimamente, concretamente en la sentencia de 25 de junio de 2004 y como criterios globales afirma que la posesión de estado puede formarse por actos directos del propio padre o de su familia, que puede venir manifestada por actos reiterados de forma ininterrumpida, continuada y pública, aunque no se requiere necesariamente que estos actos que la expresan sean practicados con plena publicidad, ni que sean muy numerosos. También concurre constante posesión de estado si se dio en un pasado próximo, aunque no exista en el momento de ser invocada debido al cese de la convivencia entre los progenitores. STS, de lo Civil, de 25 de junio de 2004, rec. 4181/1998. Ponente: Alfonso Villagómez Rodil. Núm. de Sentencia: 584/2004. Jurisdicción: Civil. La Ley 2004, 13286. *Vid.* IGLESIA MONJE, M.^a I.: El necesario consentimiento de la mujer casada en las técnicas de reproducción asistida como título de atribución de la maternidad y la importancia del interés del menor, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 743, mayo-junio de 2014.

⁴¹ IGLESIA MONJE, M.^a I.: Mala fe, abuso de derecho y relaciones familiares, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 743, mayo-junio de 2014.

⁴² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de octubre de 2014, Rec. 2762/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. Núm. de Sentencia: 582/2014. La Ley 2014, 149443.

1.2. Familia

La determinación de la filiación por reconocimiento. Su eventual impugnación

The determination of the filiation for recognition. His eventual challenging

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Uno de los medios de determinación de la filiación extramatrimonial es por reconocimiento mediante la manifestación del hecho de la paternidad y maternidad biológica realizada por el progenitor que, puede ser objeto de impugnación, cuando no responda a la verdad biológica o existan vicios que lo invaliden. El presente estudio se va a centrar en tal medio de determinación de la filiación, en su eventual impugnación, además de analizar las acciones de impugnación de la filiación matrimonial, especialmente, en la determinada por reconocimiento (arts. 117, 118 y 119 del Código Civil), como consecuencia de la concurrencia de vicios del consentimiento (art. 138 del Código Civil).

ABSTRACT: *One of the means of determination of the extramarital filiation is for recognition by means of the manifestation of the fact of the paternity and biological maternity realized by the progenitor that, it can be an object of challenging, when it does not answer to the biological truth or there exist vices that invalidate it. The present study is going to centre on such a way of determination of the filiation, on his eventual challenging, beside analyzing the actions of challenging of the filiation matrimonial, specially, in determined by recognition (articles 117, 118 and 119 of the Code Civil), as consequence of the concurrence of vices of the assent (article 138 of the Civil Code).*

PALABRAS CLAVE: Reconocimiento. Filiación. Impugnación. Vicios del consentimiento. Verdad biológica. Posesión de estado. Matrimonio.

KEY WORDS: *Recognition. Filiation. Challenging. Vices of the assent. Biological truth. Possession of condition. Marriage.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, CARACTERES, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO.—III. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN. EN ESPECIAL, LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y SUS EFECTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La filiación «es el vínculo jurídico que existe entre un padre y su hijo o una madre y su hijo» (MARTINEZ DE AGUIRRE, 2013, 301)¹. Este vínculo tiene una dimensión biológica derivada del hecho de la generación, y unida a esta una dimensión jurídica. Como, asimismo, señala LACRUZ BERDEJO (2010, 299) la filiación se entiende como «la existente entre generantes y generados, padres e hijo, con el conjunto de derechos, deberes y funciones que los vinculan en una de las más ricas y complejas instituciones jurídicas y humanas que el Derecho contempla. La adoptiva, en principio, es una creación del Derecho imitando a la naturaleza y supliendo las deficiencias personales de esta»². Siendo caracteres de la filiación: a) Es una cualidad personalísima e influye en la identificación de la persona a través de los apellidos (art. 109 del Código Civil); b) Es una cualidad *extra commercium*, irrenunciable, indisponible, imprescriptible y no cabe el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil; c) Su régimen jurídico está trascendido por el interés público de donde se deriva que el juego de la autonomía de la voluntad está muy limitado; no cabe la transacción ni arbitraje; debe haber constancia oficial en instrumento idóneo (el Registro Civil); y, tiene el Ministerio Fiscal una especial intervención en su determinación y también en acciones y procesos de filiación; y, d) La defensa de la propia filiación es una manifestación de la protección de la persona misma, pudiendo su negación dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, patrimoniales y morales (LACRUZ, 2010, 303)³.

Ahora bien, puede ocurrir que la filiación biológica no coincida con la filiación jurídica, bien porque sea desconocida la filiación biológica (hijo de padres desconocidos), bien porque sea atribuida la filiación jurídica por error a quien biológicamente no es progenitor (reconocimiento objetivamente inexacto). Asimismo, puede crearse conscientemente una relación jurídica de filiación entre quienes se sabe que no están unidos por vínculos biológicos, como ocurre en la adopción, o cuando se reconoce de forma inveraz, siendo consciente el reconocedor que no es padre biológico del menor/hijo (reconocimiento de complacencia).

La doctrina moderna se refiere a los conceptos de título de atribución y título de legitimación que empleó primero DE CASTRO en relación con el estado civil de la persona, entendiendo por el primero el hecho o acto que, según el Ordenamiento, constituye una cierta relación de estado civil; y por título de legitimación, el que proclama a una persona a todos los efectos legales y frente a todos, como titular de un estado civil y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados, o «los signos suficientes que acreditan a una persona, a todos los efectos, como titular de un estado de filiación», y se caracteriza por ser constitutivos de un estado civil y tener fuerza acreditativa suficiente respecto del mismo (DE LA CÁMARA, 1984, 117-118)⁴. Los medios de determinación de la filiación se contienen en los artículos 115 y 120 del Código Civil, en cuanto representan mecanismos jurídicos de constatación formal de la filiación. Por su parte, los títulos de legitimación son los contenidos en el artículo 113 del citado cuerpo legal así: La inscripción del nacimiento en el Registro Civil, el documento o sentencia firme que determina legalmente la filiación y la posesión de estado. Son *numerus clausus*, lo que no impide que en el tráfico se admitan otros medios y pruebas para demostrar la filiación como presupuesto para ejercitar el derecho. Asimismo, el Ordenamiento fija los medios a través de los cuales cabe probar la existencia de esa relación jurídica de filiación entre dos personas que, son los medios de prueba de la filiación. La prueba puede realizarse, bien en el marco de un proceso judicial, bien en el tráfico jurídico ordinario, cuando sea preciso acreditar la existencia de una filiación⁵.

En este contexto, la filiación se encuentra regulada en los artículos 108 a 141 del Código Civil, cuya vigente redacción procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Esta norma también afecta al régimen de la patria potestad y al régimen económico matrimonial. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2013, 306) siguiendo a GARCÍA CANTERO, señala que, el sentido de la citada reforma se puede sintetizar en los siguientes principios: 1. La supresión de la estratificación de los hijos en clases separadas y, la utilización de una nueva terminología en la que se destaca la sustitución de las expresiones «filiación legítima» y «filiación ilegítima», por las de «filiación matrimonial» y «filiación no matrimonial, desapareciendo con ello las connotaciones peyorativas que tenía la expresión «hijo ilegítimo»; 2. Establecimiento del principio de igualdad de efectos entre todas las clases de filiación; 3. Mantenimiento de la diversidad de medios de determinar la filiación matrimonial y la no matrimonial; 4. Se permite, en principio, la libre investigación de la paternidad, y la admisibilidad de cualquier otra clase de pruebas; 5. Impera una concepción más realista de la filiación con una eficaz preocupación por la igualdad de los hijos; 6. Se opta por una maternidad/paternidad verdadera, en que la realidad biológica coincida con la jurídica. Esto es, se aspira a fundamentar la filiación en la verdad biológica⁶; 7. El interés o beneficio del hijo preside toda la regulación de la filiación⁷. Esta redacción del Código Civil tras la reforma por Ley 11/1981 ha experimentado diversas reformas, como la operada por Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil que, derogó y dejó sin contenido los artículos 127 a 130 y 135 del Código Civil, así como el segundo párrafo del artículo 134. El contenido material de tales preceptos se encuentra regulado en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto en los artículos 764, 765, 767 y 768; o por otras de menor alcance, como la supresión del calificativo de «plena» referido a la adopción en el artículo 108.2 del Código Civil por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor o la reforma de los apellidos por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre. Asimismo, esta regulación del Código Civil se ha visto afectada por varias sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado: 1. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 136 del Código Civil «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr, aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil»⁸; 2. La inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, «en cuanto impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado»⁹. Finalmente, en esta breve reseña normativa, hay que señalar, por una parte, la regulación especial para la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida, contenida inicialmente en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y, ahora la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), que ha sido modificada parcialmente, a su vez, por la Ley 3/2007, de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, en concreto, en su Disposición Adicional Primera ha añadido un párrafo tercero al artículo 7 posibilitando la doble maternidad por naturaleza respecto a las mujeres casadas entre sí —y este párrafo tercero, de nuevo, ha sido modificado por la Disposición Final 5.^a de la Ley 19/2015, de 13 de julio (la entrada en vigor de esta norma es el 15 de octubre de 2015)—; y, por otro, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil en cuya Disposición Final 10.^a señala que entrará en vigor a los tres años de su publicación en el BOE, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava, y las disposiciones

finales tercera y sexta que, entrarán en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*, que supone no solo la modificación de la Ley de Registro Civil y de su Reglamento en lo que se refiere a la constancia registral de la filiación (arts. 26 a 28, 47 a 52 de la LRC y 181 a 191 del RRC)¹⁰, sino también de otras materias como el orden de los apellidos (art. 49 de la LRC), que, igualmente, afectan a la materia de filiación —tras la modificación de la Disposición Final décima de la Ley 20/2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio se prorroga su entrada en vigor al 30 de junio de 2017—. Y, asimismo, los artículos 23 a 26 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria relativos a la autorización o aprobación judicial de reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Sobre tales bases, hay que señalar que, la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. A su vez la filiación matrimonial puede ser originaria o sobrevenida. Originaria, cuando los padres están casados entre sí en el momento del nacimiento; y sobrevenida cuando el padre o la madre no están casados entre sí en el momento del nacimiento, pero se casan después (art. 119 del Código Civil). La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida permanece en cierta medida al margen de la clasificación entre filiación por naturaleza y adopción, aunque hay quien la considera más cercana a la adopción (JIMENEZ MUÑOZ, 2012, 60)¹¹, mientras otros a la filiación por naturaleza (BARBER CÁRCAMO, 2014, 111)¹², si bien, no faltan quienes la califican de tercer género (*tertium genus*) (ALVENTOSA DEL RÍO, 2005, 182)¹³. Las reglas de determinación de la filiación matrimonial están contenidas en los artículos 115 a 119 del Código Civil. En el primero se establece como medios para determinar la filiación: 1. La inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres; 2. Sentencia firme. El Código Civil se ocupa básicamente de la determinación de la paternidad, pues, la consideración de la maternidad es determinada por el parto. Por su parte, la filiación no matrimonial queda determinada conforme el artículo 120 del Código Civil por: 1. Reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público; 2. Resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil; 3. Por sentencia firme; y, 4. Respecto de la madre por la inscripción del nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil —modificado por la Disposición Final 2.^a de la Ley 19/2015, de 13 de julio, que añade un número 1 «en el momento de la inscripción del nacimiento por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial al que se refiere la legislación del Registro Civil»; y se varía la numeración de los actuales números de forma correlativa respecto del nuevo numeral manteniendo su contenido (la entrada en vigor de esta norma es el 15 de octubre de 2015)—.

De las cuatro formas de determinar legalmente la filiación no matrimonial, la más importante es el reconocimiento, que es donde vamos a centrar el presente estudio, y su eventual impugnación.

II. CONCEPTO, CARACTERES, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL RECONOCIMIENTO.

El reconocimiento lo define DE LA CÁMARA (1984, 357) como «una declaración formalizada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, en la cual quien la hace afirma su paternidad o maternidad con la finalidad precisamente de determina la filiación»¹⁴. Por su parte, para LACRUZ BERDEJO (2010, 325) es «un acto

jurídico consistente en una declaración de ciencia que constituye un medio legal de determinación de la filiación, cuyo efecto (*ex lege*) es el establecimiento formal de la relación de filiación, con eficacia retroactiva al momento del nacimiento en cuanto sea legalmente compatible¹⁵. Asimismo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1984, 903) lo conceptúa como «un acto jurídico unilateral que consiste en la declaración solemne de una persona de admitir la propia paternidad (o maternidad) y al que la Ley atribuye el efecto de título de determinación legal de la filiación»¹⁶. En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (2013, 322-323) señala «es la declaración por la que una persona reconoce su paternidad o maternidad biológica respecto de otra, en cuya virtud la filiación así declarada queda legalmente determinada, con todos sus efectos»¹⁷.

Al reconocimiento le son atribuibles los siguientes caracteres que en general corresponden al reconocimiento como título de determinación de la filiación (DE LA CÁMARA, 1984, 357)¹⁸: 1. Acto unilateral —declaración única y no recepticia— del reconocedor. Implica una sola voluntad, lo que a su vez conlleva que el acto sea no recepticio. Será irrelevante que el reconocido acepte o no. El reconocimiento va a desplegar todos sus efectos por el solo hecho de la emisión de la declaración de voluntad. En el caso de reconocimiento conjunto de ambos progenitores, no hay un acto bilateral, sino dos actos unilaterales independientes. En realidad lo que hay es una suma de reconocimientos individuales del padre y de la madre. Cuando se exige para la eficacia del reconocimiento (acto) el consentimiento del reconocido mayor de edad, o si es menor o fallecido, otros consentimientos o aprobaciones (arts. 123, 124 y 126), no varía la naturaleza del reconocimiento cuya declaración fundamental y básica sigue siendo la del reconocedor. Efectivamente, no se está bilateralizando, sino que se establece con el consentimiento del reconocido o de otros, un requisito de eficacia que, actúa como *condicio iuris* del acto unilateral en qué consiste el reconocimiento. Este carácter, no obsta, naturalmente para que el reconocido o sus representantes legales, cuando proceda, puedan ejercer las acciones de impugnación de la filiación determinada por el reconocimiento; 2. Acto personalísimo del reconocedor: solo puede hacerlo el reconocedor por sí (el padre o quien tenga voluntad de serlo). Es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de los que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuanto de su convicción de ser padre/madre. La decisión de reconocer no puede ser otorgada por persona distinta del reconociente; no obstante de existir un representante o apoderado con poder especial y expreso para reconocer a una determinada persona, el otorgamiento del poder supone en sí mismo reconocimiento, y estaremos ante la figura del *nuntius* o mero transmisor de la voluntad del reconocimiento ya creada por el propio progenitor¹⁹; 3. Acto irrevocable: plasmado en el artículo 741 del Código Civil sobre la base del interés público en la materia relativa al estado civil. Una vez manifestado el reconocimiento en cualquiera de las formas previstas legalmente, la manifestación del reconocimiento es irrevocable, y el reconocedor deja de tener iniciativa alguna sobre la suerte y los efectos de su manifestación. No parece procedente que el cúmulo de efectos quede al arbitrio más o menos caprichoso del reconociente. Es evidente el interés público en la materia de estado civil, junto con la vocación de permanencia del mismo que, escapa al poder de disposición de las partes. La irrevocabilidad es lógica exigencia de la importancia del estado civil, la seguridad jurídica, la seguridad del tráfico y las expectativas de los terceros por el interés público determinante en la materia²⁰. De todas formas, la irrevocabilidad no es óbice para impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento (art. 141)

o la filiación por no coincidir con la verdad biológica (art. 140)²¹; 4. Es un acto puro, no sometido a condición o término: consiste en una declaración explícita de la existencia de la relación biológica entre el reconocedor y el reconocido, sin que pueda quedar sometida a condición o a término; de someterlo a los mismos por su autor, se deben tener por no puestos; 5. Es un acto formal: Ha de otorgarse necesariamente y como requisito *ad solemnitatem* en alguna de las formas previstas en el Código Civil como lo exige el artículo 120.1, aunque nuestro Derecho atribuye eficacia limitada a determinados reconocimientos no formales, o incluso tácitos (art. 117 del Código Civil; y artículo 767.3 de la LEC)²². Si bien, el reconocimiento incidental que se caracteriza por la ausencia de esa intención o propósito de establecer o determinar la paternidad, es rechazado por la mayoría de la doctrina como título de determinación legal (DE LA CÁMARA, 1984, 360)²³; 6. Su eficacia es retroactiva, pues, por las propias características de estado civil, así lo exige, y, además, lo que hace el reconocimiento es manifestar una realidad (la paternidad o maternidad) existente ya desde el momento del nacimiento, y antes de la misma concepción; 7. Es un acto voluntario: es un acto llevado a cabo de forma voluntaria y espontánea por parte del progenitor que lo realiza.

En cuanto a su naturaleza, son varias las teorías que se han elaborado en la doctrina y jurisprudencia, frente a considerar el reconocimiento como una confesión, lo que implicaría la cualidad de declaración de ciencia, o como declaración de voluntad constitutiva de un negocio de derecho de familia, o como un reconocimiento-admisión. De forma sintética, RIVERO HERNÁNDEZ (2000, 1225-1227) hace referencia a las mismas: «a) La que atribuye al reconocimiento naturaleza eminentemente negocial (negocio jurídico de Derecho de familia, según algunos), basada en que se trata de una declaración de voluntad productora de amplios efectos jurídicos (creación o determinación de la relación de filiación y sus consecuencias); b) Teoría del reconocimiento-admisión: considera el reconocimiento como un acto jurídico voluntario por el que el reconocedor hace entrar en una relación familiar al hijo aceptándolo, admitiéndolo como suyo. El contenido de este acto es una decisión de la voluntad sobre la existencia y alcance de una relación jurídica²⁴; c) Teoría de reconocimiento-confesión: aquí el reconocimiento es un simple medio de prueba, una confesión (no un acto ni un negocio jurídico) destinada a constatar un hecho, la filiación del reconocido, y es esta, así probada, la que produce los efectos jurídicos correspondientes²⁵; d) Teoría del reconocimiento como acto de poder: su principal defensor ha sido CICU, para quien el reconocimiento es un acto de poder del padre, del que le ha investido la ley para la fijación del estado de filiación; y por estar basada esta última en el hecho natural de la procreación, el fin que con aquel poder persigue no permite discrecionalidad de apreciación en su ejercicio: es un poder-deber (de reconocer al propio hijo)»²⁶. De todas ellas, existe en la doctrina española un sentir mayoritario que considera que el reconocimiento del artículo 120.1 y concordantes del Código Civil que constituye estructuralmente un acto jurídico (semejante o próximo a negocio jurídico, aunque no se debe considerar como tal) consistente en una declaración de ciencia, de voluntad que, con los requisitos correspondientes fijados legalmente, constituye un medio legal de determinación de la filiación, cuyo efecto, *ex lege* es el establecimiento formal de la relación de filiación, con eficacia retroactiva al momento del nacimiento en tanto sea legalmente compatible (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, 323)²⁷. Sin embargo, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1984, 904) el reconocimiento básicamente no es una confesión, sino una admisión. No es una declaración de ciencia, o de una opinión, sino una decisión de la voluntad²⁸. Por su parte, DE LA CÁMARA

(1984, 358) señala que el reconocimiento solo expresa una convicción, o creencia en algo que viene dado por la naturaleza misma de las cosas²⁹.

Sobre tales bases, el reconocimiento como tal título de determinación de la filiación, de su establecimiento legal presupone la existencia de una realidad biológica. De forma que, la filiación jurídica por naturaleza no se crea *ex novo*, sino que se constata a efectos legales lo que biológicamente ya existe. Puede resultar que tal constatación biológica sea errónea, estaríamos ante un reconocimiento objetivamente inexacto y susceptible de impugnación por vicios del consentimiento (error, por ejemplo, —arts. 138 y 141 del Código Civil—). Si bien, es también cierto que, el Código Civil no exige explícitamente que el reconocedor sea progenitor, aunque emplea con ocasión del reconocimiento, el término de «progenitor (es)» en los artículos 122 y 125, de «padre» (reconocedor) en el artículo 124.2, y de «hijo» (reconocido) en el artículo 123. Sobre tal base, cabe preguntarse si es requisito necesario para la validez del reconocimiento, que el reconocedor sea verdadero, al menos posible progenitor del reconocido. Un sector mayoritario de la doctrina estima que, no es elemento esencial del reconocimiento la veracidad de la filiación reconocida, con lo que sería admisible un reconocimiento no veraz, mendaz, como es el de complacencia, susceptible de impugnación³⁰; mientras que, hay otros autores que, consideran esencial que el reconocimiento sea veraz y que exista, por tanto, la filiación biológica (ALBALADEJO GARCÍA, 2007, 222)³¹; y, finalmente, no faltan quienes optan por remitirlo a la propia eficacia del reconocimiento (RODRÍGUEZ ADRADOS, 1983, 322)³². No obstante, como señalamos, el reconocimiento en general —y, por ende, el llamado de «complacencia»— posibilita la determinación de la filiación no matrimonial —caso general (art. 120.1 del Código Civil)—, como de la filiación matrimonial, si bien, en este caso, el reconocimiento va precedido o seguido de matrimonio de los que figuran como padre y madre, es el caso de los artículos 117, 118, y 119 del Código Civil.

El reconocimiento tiene como sujeto activo al reconocedor, que puede proceder de uno solo de los progenitores, o de ambos, ya sea conjunta o separadamente³³. De acuerdo con el artículo 122 del Código Civil «*cuando un progenitor hiciere el reconocimiento separadamente, no podrá manifestar en él la identidad del otro a no ser que esté ya determinada legalmente*». Por lo que, deja de operar esta prohibición cuando el otro progenitor ya es conocido por estar determinada legalmente su filiación o por reconocerla simultáneamente. De todas formas, el padre que declara el nombre de la madre al promover, como primer obligado (art. 43.1 de la LRC), la inscripción del nacimiento al que reconoce en ese mismo momento (art. 181 RRC), no vulnera el citado artículo 122 al no identificar en puridad al otro progenitor en el reconocimiento. En todo caso, puede ser reconocida cualquier persona respecto a la que no esté determinada una filiación contradictoria con la que resultaría del reconocimiento (art. 113 del Código Civil). Si bien, al ser el reconocimiento un acto personalísimo, no cabe que se otorgue por representante legal o voluntario. En cuanto a la capacidad precisa para reconocer, el Código Civil se limita a prever que «*el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no pueda contraer matrimonio por razón de la edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal*» (art. 121). Esto quiere decir que, pueden reconocer quienes tengan capacidad natural para hacerlo, pero para la validez del reconocimiento necesitarán de aprobación judicial los incapacitados por sentencia judicial debido a deficiencias físicas o psíquicas y los menores emancipados. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria para el que es competente el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil

en el que se inscribe o está inscrito el nacimiento del reconocido, y habrá de ser oído además del Ministerio Fiscal, el reconocedor. Corresponde al Juez valorar la capacidad psíquica necesaria para reconocer y física para procrear del autor del reconocimiento (*vid.*, arts. 24 y 25 de la Ley 15/2015).

Por otra parte, puede ser reconocida, en los términos indicados, cualquier persona respecto de la que no esté determinada una filiación contradictoria con la que resultaría del reconocimiento. Así cabe el reconocimiento de una persona cuando no está determinada su filiación paterna ni materna, o cuando está determinada respecto de una sola de ellas, y entonces el reconocimiento podrá referirse únicamente a la otra. Si lo que se quiere es que quede determinada una filiación distinta de la que ya lo está, será preciso impugnar judicialmente la filiación ya determinada. En todo caso, cabe el reconocimiento individual o unilateral del concebido y no nacido (*nasciturus* —artículo 29 del Código Civil—)³⁴. Si bien, el Código Civil contiene algunas reglas especiales, en relación con circunstancias concurrentes en el hijo reconocido: a) En primer lugar, «*el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito*» (art. 123). De forma que, para que el reconocimiento formal determine legalmente la filiación es necesario que el reconocido mayor de edad (o menor emancipado o incapacitado sometido a curatela, si bien habrá que estar a la sentencia de incapacitación para verificar si necesita la asistencia de curador) preste en cualquier momento su consentimiento expreso o tácito. Se admite cualquier forma expresiva del consentimiento (verbal, escrita en documento privado o público), pero si no se presta en documento público o ante el Encargado del Registro Civil, su existencia habrá de comprobarse en expediente gubernativo (art. 187 RRC). Si ha sido el hijo reconocido siendo menor de edad o estando incapacitado, puede prestar este consentimiento una vez alcanzada la capacidad exigida³⁵. El reconocimiento es válido e irrevocable, pero ineficaz en tanto no concurra el consentimiento del hijo mayor de edad. Por lo que, una vez consentido el reconocimiento puede inscribirse en el Registro Civil donde está inscrito el nacimiento del hijo; b) En segundo lugar, «*la eficacia del reconocimiento del menor o incapaz requerirá el consentimiento expreso de su representante legal —madre del menor— o la aprobación judicial con audiencias del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido*» (art. 124.1). Se establece dos procedimientos alternativos para dotar de eficacia al reconocimiento del menor o incapaz, el consentimiento de su representante legal o la aprobación judicial³⁶. El consentimiento otorgado por representante legal puede hacerse en forma oral como escrita, ya sea pública o privada. Si bien para acceder al Registro Civil será necesario documento público, declaración ante el Encargado del Registro Civil o comprobación en expediente registral de inscripción del nacimiento fuera de plazo del reconocido o tendente a completar los datos de dicha inscripción. Este consentimiento es irrevocable, pudiendo, no obstante, impugnarse por error, violencia o intimidación (art. 141). Puede prestar el consentimiento, además del progenitor ya determinado que ostenta la patria potestad (art. 162), el tutor (art. 267) y la entidad pública que ejercía la tutela de los menores en situación de desamparo³⁷. Ahora bien, hay que señalar que, tal consentimiento o aprobación no serán necesarios, si el reconocimiento se hace en testamento, o dentro del plazo fijado para practicar la inscripción de nacimiento³⁸, aunque la inscripción de paternidad así realizada, podrá suspenderse por simple petición de la madre, en cuyo caso, si el padre reconocedor solicita la confirmación de la inscripción, será necesaria aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 124.II del Código Civil) (LACRUZ BERDEJO, 2010, 328)³⁹. Tampoco es precisa la aprobación judicial, cuando estamos ante recono-

cimientos simultáneos —paterno y materno— y la filiación la acreditan a su vez por posesión de estado⁴⁰. Lo cierto es que, hemos de señalar que, tales consentimientos complementarios y la aprobación judicial, no afectan a la estructura esencial del reconocimiento, ni a su validez, sino solo a su eficacia. Asimismo que, la aprobación judicial se presta en expediente de jurisdicción voluntaria; c) En el supuesto de filiación incestuosa, cuando los progenitores del menor o incapaz son hermanos o consanguíneos en línea recta, determinada legalmente la filiación respecto de uno de ellos, solo podrá determinarse respecto del otro, previa autorización judicial (art. 125.1). Los hijos protegidos son los menores no emancipados y los incapacitados judicialmente —los mismos a los que, se refiere el citado artículo 124—. Ante el rechazo social de su origen y quedar este constatado, se limita la determinación de la filiación respecto del segundo progenitor (puede ser la materna o la paterna, y cualquier que sea el título de determinación, extrajudicial o judicial) a la exigencia de una previa autorización judicial. Si la determinación de ambas filiaciones es simultánea, decidirá el Juez, atendiendo a lo que más convenga al hijo, si quedan determinadas las dos filiaciones —materna y paterna—, o solo una de ellas. La autorización judicial exigida es un acto de jurisdicción voluntaria, siendo el juez competente el Encargado del Registro Civil donde está inscrito el hijo, aunque si esta determinación se plantea en el curso de un procedimiento judicial, por ejemplo penal, la valoración del interés del menor a los efectos de la determinación de la filiación podrá ser asumida por tal juez⁴¹. Ante el carácter excepcional de esta norma, no alcanza a los parientes por adopción ni al parentesco por afinidad⁴². No obstante, se puede invalidar la paternidad o maternidad determinada y autorizada judicialmente por el hijo una vez alcanzada la plena capacidad, siendo necesaria una declaración auténtica en documento público o en declaración ante el Encargado del Registro Civil (art. 125.2 del Código Civil). Esta facultad de invalidación excepcional y personalísima no opera cuando el hijo ya capaz, consiente expresa o tácitamente la filiación determinada; y, d) El reconocimiento del ya fallecido que resulta eficaz cuando los descendientes del reconocido presten su consentimiento por sí o por sus representantes legales (art. 126 del Código Civil). De modo que, si no ha dejado descendencia, el reconocimiento nunca determinará la filiación, pues, como precisa DE LA CÁMARA (1984, 432-433) la validez —que no solo la eficacia— del reconocimiento viene, pues, a depender que el reconocido haya dejado descendencia⁴³. Opera tanto si el reconocimiento se formaliza con posterioridad al fallecimiento del hijo, como cuando se ha otorgado antes. El consentimiento requerido es el de los descendientes del reconocido premuerto. No siendo necesario el consentimiento de todos los descendientes, sino que basta que lo dé alguno o algunos de ellos, y solo en estos casos alcanza eficacia el reconocimiento consentido (QUICIOS MOLINA, 2009, 263)⁴⁴. Si los descendientes son menores no emancipados o incapacitados sometidos a tutela, serán sus representantes legales los que podrán emitir la aprobación. No se exige ninguna forma para prestar el consentimiento, si bien será necesario el documento público o la declaración ante el encargado del Registro Civil para poder inscribirlo (art. 23 de la LRC). De todas formas, no están legitimados para prestar el consentimiento exigido todos los descendientes, pues, los de grado más próximo excluyen a los más remotos, con la salvedad, como señala QUICIOS MOLINA, que pueden concurrir parientes de distinto grado cuando los de ulterior grado sustituyen a su ascendiente fallecido, como si de un derecho de representación se tratase⁴⁵.

El reconocimiento es un acto formal que puede realizarse: a) Ante el Encargado del Registro Civil en la propia declaración de nacimiento, o, en general,

«mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo», aunque si se produce fuera de plazo de la inscripción de nacimiento precisará consentimiento del representante legal del hijo reconocido (si es menor de edad —artículo 124 del Código Civil—), o del propio hijo (si es mayor de edad —artículo 123 del Código Civil), o autorización judicial en los términos del artículo 124 del Código Civil⁴⁶; b) Por testamento en cualquiera de las formas admitidas en el Derecho común y en las legislaciones forales, y establece su irrevocabilidad, aunque sea revocado el testamento que lo contiene (art. 741 del Código Civil)⁴⁷, o el testamento no contenga otras disposiciones y haya de abrirse la sucesión intestada⁴⁸. Si bien, conviene precisar que, el reconocimiento hecho en testamento solo podrá determinar la filiación cuando ya es documento público —esto es hasta que no se protocolizan, no lo son ni el testamento ológrafo ni el notarial cerrado—; c) Por último, el reconocimiento puede ser efectuado en documento público⁴⁹. No valen como reconocimientos en documento público las menciones de identidad de los progenitores en las partidas de bautismo⁵⁰, siendo, en estos casos, necesario reclamar judicialmente la filiación.

Para que sea inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial es necesario no solo que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley (arts. 120.1 y 124 del Código Civil), sino que además en el título solemne presentado aparezca de modo inequívoco y sin ambigüedades la afirmación del padre de tener al reconocido como hijo suyo. Aunque las facultades calificadoras del Encargado no alcancen a la comprobación de la veracidad de la declaración (art. 27 de la LRC), y no quede por ello impedida «*prima facie*» la eficacia de los llamados reconocimientos por complacencia, es obvio que en armonía con el principio de veracidad biológica, informador de la reforma del Código Civil de 1981 en materia de filiación, habrá de ser rechazada la inscripción del reconocimiento cuando del título formal acompañado y en su caso, de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 de la LRC) haya datos objetivos, que permitan estimar, que los reconocimientos de complacencia no se ajustan a la realidad, —principio de veracidad biológica—, y, en consecuencia, se desprende que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido⁵¹.

En este contexto, el reconocimiento presupone la veracidad de la filiación reconocida, pues, se entiende que quien reconoce es padre biológico del reconocido como hijo. Sin embargo, la Ley no exige acreditar formalmente esa realidad biológica, de ahí que sea posible los reconocimientos de complacencia, es decir, aquellos que no responden a la existencia efectiva y consciente de una relación biológica de la filiación. Los intervinientes en el acto de reconocimiento son conscientes, saben, admiten que quien comparece como supuesto padre a realizar tal reconocimiento no es realmente padre biológico; por lo que también son conscientes, saben y admiten que el contenido de su manifestación de voluntad no se corresponde con la verdad material (verdad biológica). Los define RIVERO HERNÁNDEZ (2005, 1060) como «sustancialmente aquellos en que el reconocedor es consciente de la falta de relación biológica con el reconocido»⁵²; por su parte, en esta línea GARCÍA VICENTE (2005, 437-438) señala que son «aquellos en los que el marido o compañero estable de la madre decide reconocer al hijo de esta para complacerla (asume como propios hijos anteriores de su esposa o compañera) consciente de la falsedad biológica de la filiación que determina, empleando el «reconocimiento» (art. 120 del Código Civil) y no recurriendo, como sería lo más apropiado, a las normas que permiten la adopción de los hijos de su esposa o compañera (art. 176.2 del Código Civil)»⁵³. En la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 12 de julio de

2004⁵⁴ se refiere a estos reconocimientos («*rectius*» de conveniencia interesada) «cuando los intervinientes en ese acto formal están de acuerdo o admiten (si bien no lo expliciten —pues ello sería hasta contradictorio con su voluntad emitida—), que la verdad biológica no coincide con el designio de ese acto, porque, ambos reconociente y reconocido, se repite, eran conscientes de que su contenido no se correspondía con la verdad material»⁵⁵.

En estos reconocimientos, en consecuencia, se es consciente que la filiación biológica no coincide con la jurídica, que tal filiación jurídica no constata una realidad biológica (concepción realista de la filiación sobre la base del principio de veracidad); y, aún así, se posibilita que tales reconocimientos surtan efecto, institucionalizándolos como título de determinación de la filiación matrimonial y no matrimonial. Lo que supone abrir una puerta al fraude y al engaño, y, asimismo, se permite eludir las normas también imperativas como son las relativas a la adopción, su irrevocabilidad, y en su caso, la extinción y la exclusión a que se refieren los artículos 179 y 180 del Código Civil, sin que sea argumento suficiente para ello, la menor dificultad del reconocimiento frente a la adopción —pues está muy facilitada su constitución para el marido de la madre (art. 176 del Código Civil)—, ni tampoco la simplicidad del reconocimiento de menores, para el que basta la comparecencia del reconocedor con consentimiento de la madre (art. 124 del Código Civil), y, sobre el que apenas se ejerzan funciones de control en la labor calificadoras del Encargado del Registro Civil (art. 27 de la LRC), frente a la exigencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria con intervención del Ministerio Fiscal (arts. 1825 y 1829 a 1832 de la LEC de 1881) en la adopción (GARCÍA VICENTE, 2005, 442-443)⁵⁶. Por otra parte, los cambios sociales y jurídicos que, se han experimentado en el seno de la familia tradicional (parejas no casadas, separaciones, divorcios —con nuevas relaciones—, segundos matrimonios) que propician la convivencia del varón con la mujer que, tiene hijo anterior sin paternidad determinada y, aquel ofrece o esta exige o condiciona la relación de pareja o el matrimonio al reconocimiento de la paternidad, han posibilitado el aumento que han experimentado en los últimos tiempos la opción por este tipo de reconocimientos, siendo los motivos de la misma muy diversos, desde afectivos porque convive con el hijo de su mujer o compañera, y se comporta como padre de hecho del mismo, y decide por iniciativa propia y de forma voluntaria darle el estatuto jurídico legal de hijo matrimonial o no matrimonial; otras veces es por la posición más o menos insistente de la madre que puede llegar a condicionar su relación con el varón a que se proceda a tal reconocimiento por este de su hijo. Pero frente a estos móviles nobles, existen otros menos honorables, egoístas, o, incluso ilícitos por ejemplo, la obtención de la nacionalidad española; fines sucesorios *mortis causa*; impedir una adopción o reconocimiento por persona distinta; o dificultar la acción de reclamación de una filiación; o, en fin, lograr la disminución de la prestación de alimentos a los hijos de un anterior matrimonio, etc.⁵⁷. En todo caso, tales motivos decaen, cuando se rompen las relaciones afectivas entre el hombre que ha efectuado el reconocimiento con la mujer que, es la madre biológica del reconocido como hijo, y se plantea la impugnación del reconocimiento.

De todas formas, sobre tales bases la inscripción de nacimiento habrá de ser rechazada cuando del título formal y de las diligencias comprobatorias llevadas a cabo, se desprenda que el autor del reconocimiento no es padre biológico del reconocido. De ahí que, no quepa el reconocimiento conjunto en parejas o en matrimonio del mismo sexo, al exigirse que la filiación reconocida biológicamente sea posible, lo que no ocurre en las parejas homosexuales. Además el

reconocimiento por uno de los componentes de la pareja homosexual, cuando la maternidad o la paternidad del otro esté ya determinada, viene vedado por el artículo 113 del Código Civil al no ser eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria. Esto explica que la asunción de la maternidad por la madre no gestante establecida en el artículo 7.3 de la LTHRA no puede ser considerada reconocimiento. Y, asimismo que, tampoco la comaternidad se pueda establecer por esta vía del reconocimiento. Por cuanto insistimos su presupuesto es la verdad biológica, y la declaración de la cónyuge revelaría obviamente su falsedad y, por tanto, la sanción de nulidad (BARBER CÁRCAMO, 2014, 116)⁵⁸.

III. LA IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN. EN ESPECIAL, LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO Y SUS EFECTOS.

En materia de impugnación del reconocimiento de filiación, hay que distinguir entre la impugnación del reconocimiento en la que simplemente se cuestiona bien la validez y la eficacia del mecanismo por el que se estableció jurídicamente esa relación de filiación o, bien la presencia de vicios del consentimiento, cuando ese consentimiento sea relevante, por lo que estamos ante lo que se suele denominar acciones de impugnación en sentido amplio, esto es, ante una acción meramente declarativa negativa que, afecta directamente al título y, en la que no se discute sobre la filiación real o verdad biológica (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 1984, 991-993; VERDERA SERVER, 2013, 1379-1380)⁵⁹. De ahí que, sus efectos supongan la nulidad de pleno derecho o absoluta del acto —invalides del título que comporta su desaparición del mundo jurídico—; y la acción de impugnación de la filiación en sentido estricto, en que se discute y hay que probar la inexistencia de relación biológica (paternidad o maternidad), esto es, se niega judicialmente que la paternidad jurídica se corresponda con la paternidad biológica⁶⁰. Ahora bien, mientras que la acción declarativa negativa, afecta al título de determinación, esto es, en nuestro caso, al reconocimiento, dejando imprejuizada directamente la filiación, con lo que puede ser determinada esta por otro medio o forma, judicial o extrajudicial, al no ser procesalmente «cosa juzgada» la filiación misma⁶¹; en la acción de impugnación *strictu sensu* si se debate acerca de la filiación que formalmente se atribuye a una persona sobre la base del principio de verdad biológica⁶²; de ahí que, no pueda ser discutida con el mismo alcance (negativo) en un nuevo proceso *ad hoc* (art. 764.2 de la LEC), ya que la cosa juzgada afecta directamente a la filiación. Al ser acción diferente al anterior determina que su respectivo régimen jurídico (legitimación, objeto, caducidad) sea distinto.

Igualmente, la impugnación de la filiación como tal está también sometida a un régimen distinto según se trate de filiación matrimonial o no matrimonial. No así la acción de impugnación por vicios del consentimiento pues, el artículo 138 del Código Civil en sede de filiación matrimonial remite al artículo 141 del Código Civil referido a la filiación no matrimonial. De todas formas, la acción de impugnación de la filiación —matrimonial o no matrimonial— por vicios o *strictu sensu* están tipificadas legalmente (arts. 136, 137, 138, 139, 140 y 141 del Código Civil), a diferencia de la acción de nulidad por falta de verdad biológica que carece de una regulación específica en sede de filiación, por lo que habrá que recurrir a la regulación general de la acción de nulidad de los negocios jurídicos contenida en el Código Civil⁶³. En todo caso, si se plantean ambas ac-

ciones, el tribunal debe resolver sobre las mismas, tras la correspondiente labor hermenéutica, si no quiere que su silencio sobre alguna, se entienda como una desestimación tácita, constituyendo un supuesto de incongruencia omisiva⁶⁴. Asimismo, los tribunales no podrán quedar vinculados por la norma que cita o en que se apoya la parte actora para la impugnación del reconocimiento, sino por los hechos fijados en la demanda y por el *petitum*; de forma que, la aplicación de norma distinta a la invocada no comporta modificación de la causa de pedir, ni da lugar a incongruencia de la sentencia⁶⁵.

En este contexto, se posibilita la impugnación de los reconocimientos por complacencia pese a que el punto de partida es el conocimiento por parte del reconocedor de su falta de paternidad biológica. No obstante, no faltan quienes consideran que no es posible la impugnación de tales reconocimientos, cuando quien impugna es el propio reconocido —la mayoría de los supuestos—, pues, en tal caso, para unos estaríamos ante una revocación del reconocimiento; y, para otros, supone ir en contra de sus propios actos⁶⁶. La revocación es un acto unilateral que pretende dejar sin efecto otro anterior, y solo es posible respecto de un acto válido, y en los casos permitidos por la Ley (RIVERO HERNÁNDEZ, 2005, 1085)⁶⁷. Cuando se impugna la filiación por no ser veraz, o el título de determinación de la misma como es el reconocimiento, no se está pretendiendo revocar aquella, sino el ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico ofrece a quien esté legitimado en el régimen general de la filiación sobre la base del principio de veracidad biológica, que preside la regulación relativa a la misma.

La filiación se considera matrimonial, si el reconocimiento va precedido o seguido de matrimonio, y se opta por la aplicación del artículo 119 del Código Civil⁶⁸. En materia de impugnación se aplican los artículos 136 o 138 del Código Civil directa o indirectamente —sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de mayo de 2012—⁶⁹, con independencia de si esa determinación deriva de la presunción de paternidad o de reconocimiento. Si bien no faltan sentencias que consideran como filiación no matrimonial, pese al matrimonio subsiguiente de los padres, cuando el reconocimiento ha tenido lugar antes de aquel, y, en consecuencia, considera aplicable el artículo 140 del Código Civil —como sucede en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010—⁷⁰; en contraste con aquellas resoluciones en las que se pone de manifiesto que, al estar ante una filiación matrimonial, no procede aplicar el artículo 140 del Código Civil⁷¹. De forma que, si de lo que se trata es de cuestionar la verdad biológica a la impugnación de la filiación le resulta aplicable el artículo 136. Si, por el contrario, en el título de reconocimiento por el que se determina la filiación el reconocedor ha emitido el reconocimiento de forma viciada, se aplica el artículo 138 que remite al artículo 141 del Código Civil.

Las acciones de impugnación de la filiación matrimonial tienen por objeto dejar sin efecto una filiación matrimonial legalmente determinada. El Código Civil regula de forma separada la impugnación de la paternidad (arts. 136 y 137) y de la maternidad (art. 139). Y, además en el artículo 138 se refiere a la impugnación de la filiación determinada por reconocimiento (arts. 117, 118 y 119 del Código Civil), como consecuencia de la concurrencia de vicios del consentimiento en dicho reconocimiento. Con relación a la impugnación de la paternidad, concede legitimación activa al marido y al hijo. De acuerdo con el artículo 136.1 el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Este párrafo primero del artículo 136 ha sido declarado inconstitucional, como así señalamos, por las

sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, pero solo «en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien haya sido inscrito como hijo suyo en el Registro». De forma que, en tanto no tenga lugar la reforma del artículo 136.1 del Código Civil, los jueces no podrán apreciar la caducidad de la acción, si el marido ejercita la acción de impugnación de su paternidad dentro del plazo de un año desde que descubrió no ser el padre. El plazo es de caducidad y no admite suspensión ni interrupción (VERDERA SERVER, 2013, 1393)⁷². Si el marido falleciese antes de transcurrir tal plazo, la acción corresponde a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo. Si el marido falleciere sin conocer el nacimiento, el año se contará desde que lo conozca el heredero (art. 136.2 y 3 del Código Civil). Los herederos tienen legitimación en nombre propio, no en condición de sucesores procesales del marido. Por su parte, el hijo podrá impugnar la paternidad durante el año siguiente a la inscripción de la filiación; si el hijo fuera menor o incapaz ese plazo se contará desde que alcance la mayoría de edad o la plena capacidad legal (art. 137.1 del Código Civil). También puede ejercitar la acción, en interés del hijo menor o incapacitado y durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, la madre que ostente la patria potestad, o el Ministerio Fiscal (art. 137.II). Si el interés impugnatorio de la madre no coincide con el del hijo, se habrá de nombrar un defensor judicial⁷³. Si faltan en las relaciones familiares la posesión de estado de filiación matrimonial, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier tiempo —sin sujeción a los plazos indicados— por el hijo o sus herederos (art. 137.3 del Código Civil). Si concurre esa posesión de estado en las relaciones familiares, los herederos del hijo carecen de legitimación para impugnar la paternidad del marido de la madre. En la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1942⁷⁴ se indica que no tiene legitimación activa el sobrino del reconocedor; y, en la sentencia de este mismo Tribunal de 28 de noviembre de 2002⁷⁵, se señala, asimismo, que carece de legitimación la hija de reconocedor de un matrimonio disuelto para impugnar el reconocimiento que hace su padre, tras celebrar nuevo matrimonio respecto del hijo extramatrimonial de su nueva esposa, justificando tal negación en que el principio de la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales; de tal forma que, se establece un sistema en el que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial. El Código Civil no reconoce con carácter general a la madre legitimación activa para impugnar «*iure proprio*», la paternidad de su marido, si en condición de heredera de su hijo. El marido ha de demandar al hijo y a la madre (art. 766 de la LEC). Si la madre actúa como representante legal del hijo, y, se niega, por ejemplo, a la práctica de pruebas biológicas, se ha considerado también procedente el nombramiento de un defensor judicial que ampare los intereses del menor por entenderlos contrarios a los de la madre/esposa, no bastando con la intervención del Ministerio Fiscal para proteger el interés del menor. De optarse por impugnar el reconocimiento por vicios del consentimiento, el artículo 138 remite al artículo 141 del Código Civil, por lo que la acción de impugnación del reconocimiento corresponde al que lo ha otorgado, y la acción caduca en el plazo de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento, y podrá ser continuada por los herederos de aquel, si hubiera fallecido, antes de transcurrir el año⁷⁶.

En todo caso, la estimación de la impugnación de paternidad marital por no coincidencia con la realidad biológica supone la falta de determinación de esa paternidad. Como habitualmente la filiación constará en el Registro Civil, procede su cancelación. Se mantendrá en su caso determinada la maternidad. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 12 de mayo de 2015 (*La Ley* 2015, 89127) ha fijado como doctrina jurisprudencial lo siguiente: «En los supuestos de impugnación de la filiación por el marido donde no resulte aplicable la presunción legal de paternidad, por estar los cónyuges separados legalmente o de hecho, ni exista atribución de la filiación al marido por declaración conjunta de ambos cónyuges o reconocimiento de esta al respecto, el régimen de ejercicio de la acción se ajustará a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil».

En cuanto a los reconocimientos por complacencia, lo que se cuestiona habitualmente es la divergencia sobre la verdad biológica, por lo que resulta aplicable el artículo 136 del Código Civil y se entienden caducada la acción, si ha transcurrido un año desde la inscripción en el Registro Civil de la paternidad⁷⁷; si bien, no faltan ocasiones en que se considera que el reconocimiento en este supuesto está viciado (error, dolo, violencia o intimidación), y se opta por aplicar o el artículo 138 del Código Civil en relación con el artículo 141 del citado cuerpo legal, y, se entiende caducada la acción al año de su reconocimiento⁷⁸; o el artículo 140 del Código Civil, por lo que si hay posesión de estado, se considera caducada la acción pasados cuatro años desde la inscripción en el Registro Civil de la filiación⁷⁹; finalmente, resoluciones como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2003⁸⁰, ponen de manifiesto que, no procede una interpretación rigorista del plazo legal del artículo 136 del Código Civil en los casos en los que la paternidad resulta absolutamente descartada, procediendo a señalar el inicio del ejercicio de la acción, cuando se conoce la verdad biológica.

Respecto a la impugnación de la maternidad, de acuerdo con el artículo 139 tiene legitimación para ejercitarla la madre justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo. De prosperar la acción decae la presunción de paternidad del marido y con ella la determinación de la paternidad fundada en esa presunción. Aunque el Código Civil no contempla la impugnación de la maternidad por el marido o el hijo, parece razonable reconocerles legitimación para el ejercicio de esta acción, habida cuenta de la amplitud con la que se regula la legitimación activa para la maternidad no matrimonial en el artículo 140 del Código Civil⁸¹.

Para completar este panorama impugnatorio, cabe plantearse si es posible la impugnación de la comaternidad. Indudablemente es posible impugnarla por defectos en el título, relativos a los requisitos legales fijados para la práctica de la declaración en el artículo 7.3 de la LTRHA. El supuesto se conduce a la acción de rectificación registral a la que se refiere el artículo 114.1 del Código Civil con la legitimación activa ligada a la existencia de interés legítimo que comprende tanto a la madre como a la declarante, dada la naturaleza de orden público que tiene el estado civil, que excluye en esta materia la aplicación de la doctrina de los actos propios, y es de carácter imprescriptible⁸². Por lo que, sobre tal base queda fuera la vía impugnatoria fundamentada en la falta de verdad biológica y que no se ha prestado el consentimiento a las prácticas de la reproducción asistida⁸³, pues, el legislador parte que en estos casos existe imposibilidad biológica, y del acto voluntario por parte de la mujer no progenitora mediante declaración ante el Encargado del Registro de asumir la maternidad antes del nacimiento del hijo y constante el matrimonio de ambas madres como exige el citado artículo 7.3 de la LTRHA⁸⁴. VERDERA SERVER (2007, 290) señala al respecto que, en cualquier caso, la previsión del artículo 8.1 del LTRHA, que impide la impugnación a la mujer progenitora

y al marido cuando han consentido determinada fecundación, debe aplicarse por analogía a la madre no progenitora⁸⁵. Respecto a la impugnación de la segunda maternidad por el hijo, como regla general, tiene legitimidad para hacerlo tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial después de alcanzar la mayoría de edad (arts. 131 y 140.3 del Código Civil), mediando posesión de estado. Sin esta la acción es imprescriptible para el hijo o sus herederos (arts. 137.3 *in fine* y 140.1 del Código Civil), por lo que parece que la respuesta habría de ser negativa (INIESTA DELGADO, 2011, 623)⁸⁶. Si bien, no falta quienes optan por considerar que, aquel está legitimado, pues, no existe justificación lógica ni de sistema para considerar al hijo irrevocablemente vinculado por una declaración de voluntad ajena que, le concierne íntimamente, y es manifiestamente falsa⁸⁷. Finalmente, cabe plantearse si es posible la impugnación de la declaración de maternidad por vicios del consentimiento en el caso que el hijo nacido sea fruto de relaciones sexuales de la madre con un varón y no, como su esposa creía, del recurso a la fecundación asistida. Supondría aplicar la regulación de la impugnación del reconocimiento, y operar sobre la base del artículo 138 y su remisión al artículo 141 del Código Civil. Si bien, al estar el consentimiento viciado por error se podría incluso sustentar en el propio tenor del artículo 8.1 de la LTHRA (DÍAZ MARTÍNEZ, 2007, 88-89)⁸⁸. La acción podría ejercitarse en el plazo de un año, siendo el *dies a quo* aquel en que se descubrió que la generación del que asumió como hijo, fue natural.

En este contexto, por otra parte, la acción de impugnación de la filiación no matrimonial se encuentra regulada en el artículo 140 del Código Civil que, establece un régimen parcialmente diferente en función de si hay o no posesión de estado⁸⁹, y en el artículo 141 del Código Civil en cuanto a la existencia de vicios en el reconocimiento⁹⁰. Si bien, el citado artículo 140 se aplica tanto a la impugnación de la paternidad no matrimonial, como a la impugnación de la maternidad no matrimonial.

De forma que, si no hay posesión de estado la filiación paterna o materna podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique —hijo, progenitor, herederos legitimarios o abintestato— (art. 140.1 del Código Civil)⁹¹. La acción no está sujeta a plazo de caducidad, por lo que es imprescriptible⁹². Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y los que puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos⁹³. La acción tiene un plazo de caducidad de cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente (art. 140.2 del Código Civil). El plazo de cuatro años no rige en relación con el hijo, a quien el artículo 140.3 concede en todo caso acción durante un año después de haber llegado a la plena capacidad. Por el hijo menor o incapacitado puede actuar, indistintamente, su representante legal o el Ministerio Fiscal (art. 765.1 LEC)⁹⁴; de modo que, si la filiación resulta impugnada por alguno de ellos, el hijo ya no estará legitimado para accionar llegada su plena capacidad. En el caso de impugnación del reconocimiento por vicios del consentimiento (error, violencia o intimidación), en el caso que proceda, legitimado activamente está únicamente el reconecedor, y cuenta con el plazo de caducidad de un año desde que efectuó el reconocimiento, o, desde que cesó el vicio del consentimiento⁹⁵. Los herederos del reconecedor, respetando este plazo, pueden interponer la acción o continuar la de su causante fallecido dentro de ese año.

Ahora bien, si lo que se cuestiona no es que la filiación reconocida se corresponda o no con la biológica, sino que se impugna el reconocimiento en sí mismo por haberse realizado mediante error, violencia o intimidación, podrá impugnarlo quien lo haya realizado, caducando al año del reconocimiento, o desde que cesó

el vicio de consentimiento, y podrá ser continuada por los herederos de aquel, si hubiera fallecido antes de transcurrir el año (art. 141 del Código Civil)⁹⁶.

Precisamente, en los reconocimientos de complacencia solo es posible la impugnación por la vía del artículo 140, siendo difícil su impugnación por vicios del consentimiento (art. 141), pues lo que se combate es la adecuación de la filiación reconocida a la verdad biológica, no se impugna el error en el reconocimiento⁹⁷. No obstante, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 27 de mayo y 12 de julio de 2004⁹⁸, el Alto Tribunal parece admitir que los reconocimientos de complacencia pueden ser impugnados por las causas y los términos del artículo 141 del Código Civil (y su correspondencia con el art. 138) basándose en un vicio del consentimiento padecido por el reconocimiento, sino también alegando la falta de veracidad del reconocimiento, su contradicción con la veracidad biológica de la paternidad, y por tanto, como impugnación de la filiación resultante, y por los cauces y en los términos del artículo 140 del Código Civil. Frente a esta última posición, en las sentencias del citado Tribunal Supremo de 29 de octubre y de 5 de diciembre de 2008⁹⁹ en las que tal Tribunal viene a señalar que es posible impugnar la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento, aun siendo de complacencia, por falta de correspondencia con la verdad biológica, pero en los términos establecidos en el artículo 141 del Código Civil, estableciendo un plazo de caducidad de la acción de un año desde el reconocimiento o desde que cesó el vicio. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de diciembre de 2010 se ha reconocido interés casacional en una paternidad que ha provocado en los términos vistos una disparidad de posiciones doctrinales y jurisprudenciales, queriendo poner orden en esta materia, y, para ello se pretende fijar las pautas que, deben orientar futuros pronunciamientos, los cuales se pueden concretar en los siguientes términos: 1. La filiación no matrimonial determinada mediante reconocimiento puede impugnarse a través del artículo 141 del Código Civil, si concurrió vicio de la voluntad en la declaración de reconocimiento; 2. El artículo 140 del Código Civil también ampara la impugnación de la filiación determinada en virtud de reconocimiento; y, 3. En cualquier caso, deben respetarse las condiciones de legitimación y los plazos establecidos en el artículo 141 del Código Civil.

Lo cierto es que, la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo viene aceptando la viabilidad de la acción de impugnación derivada del artículo 140 del Código Civil, pese a que la filiación no matrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente, no viciado, llamado de complacencia, pues, quien reconoce lo hace a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido. Siguiendo esta línea jurisprudencial, de nuevo se ha pronunciado el Alto Tribunal, esta vez en sentencia del Pleno de fecha de 4 de julio de 2011¹⁰⁰ fijando como doctrina aplicable a este supuesto que «la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 del Código Civil, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento», empleando para ello los siguientes argumentos: «1. El reconocimiento del hijo extramatrimonial, prescindiendo que sea de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (art. 120.1 del Código Civil) y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 del Código Civil; 2. Esta acción es distinta de la que contempla el artículo 141 del Código Civil, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento que lleva consigo necesariamente la de la

filiación y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad: error, violencia o intimidación —sin que se mencione el dolo el precepto, aunque este no es otra cosa que el error provocado— con la breve caducidad de un año; 3. La acción de impugnación derivada del artículo 141 del Código Civil no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria. En este sentido, se pronunció la sentencia del tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010, la cual, partiendo de la posibilidad de utilizar la vía del artículo 140 del Código Civil para la impugnación de la filiación paterna extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, apreció la caducidad de la acción por el transcurso del plazo de cuatro años».

Se formula voto particular por el Excmo. Magistrado Xavier O'Callaghan centrado en la irrevocabilidad del reconocimiento, la indisponibilidad del estado civil, y que el Código Civil no mantiene siempre como principio la prioridad de la verdad biológica, al establecer por ejemplo, plazos de caducidad. Sobre tales bases, fija como razones para desestimar el recurso de casación interpuesto por el reconocedor las siguientes: «1. Constitucionalmente, el artículo 39.2 de la Constitución Española permite la investigación de la paternidad, lo que nadie discute, lo cual no se plantea en el presente caso en que se impugna una paternidad libre y conscientemente reconocida. Al tiempo, esta misma norma constitucional proclama la protección integral de los hijos, y nada más contrario a dicho principio el que un reconocimiento quede al arbitrio de un reconocedor, y de que mantengan las buenas relaciones con la madre de un hijo biológico de ella y reconocido por él; 2. Jurisprudencialmente, la doctrina del Tribunal Supremo no es fuente del Derecho, sino que está sometida al imperio de la ley únicamente, como dice el artículo 117.1 de la Constitución Española complementando el ordenamiento jurídico, como proclama el artículo 1.6 del Código Civil. Pero cuando yerra en la aplicación de una norma, como entiendo que es el presente caso, puede corregirse y enmendar la doctrina, como ha ocurrido con cierta frecuencia y este es el caso presente, en que la que admite la revocabilidad unilateral de un reconocimiento de complacencia, es un auténtico error de bulto. 3. El Ordenamiento jurídico vigente no declara que el presupuesto esencial del reconocimiento, como determinante de la filiación extramatrimonial, sea que el reconocedor sea padre verdadero, biológico del reconocido. Antes al contrario, contempla otras situaciones en las cuales la normativa permite la filiación no biológica, casos de adopción y de la procedente de la llamada reproducción asistida. 4. La doctrina de los actos propios, son que sea preciso entrar aquí en el análisis de la misma, por harto conocida y tratada en la doctrina y la jurisprudencia, no permite que un acto jurídico como el reconocimiento voluntario, libre, consciente, pueda ser objeto de revocación arbitraria, simplemente porque el sujeto activo ha roto su relación con la madre. 5. Irrevocabilidad. El reconocimiento, como declaración de afirmación y como creador de un estado civil, no puede ser revocado; admitir su revocabilidad implicaría atentar contra la seguridad del estado civil de la persona y provocaría una alteración de efectos no otorgados por el que reconoce, sino por la ley que los prevé por la declaración de paternidad. Esta irrevocabilidad se da incluso cuando se plasma el reconocimiento en un acto externo esencialmente revocable como el testamento (art. 741 del Código Civil). 6. A mayor abundamiento, el reconocimiento es un acto puro. No admite estipulaciones accesorias de la vo-

luntad, la condición, el término, y el modo se tiene por no puestos, su fundamento es que el estado civil de la persona —a la que se da lugar un reconocimiento— no admite limitación alguna, se da o no se da, pero no se puede dar limitadamente; mucho menor, un trámite consistente en el cambio de voluntad del reconocedor. Y 7. El estado civil del que forma parte la filiación de una persona, se considera un atributo esencial de la misma, de orden público sometido a normas imperativas e indisponibles por los interesados, quedando fuera de la autonomía de la voluntad. Por lo que mal puede el reconocedor, por sus cambios de humos (o de amor) disponga del estado civil de filiación que el mismo ha reconocido conscientemente».

En este contexto, hay que partir en materia de filiación de la indisponibilidad del estado civil y de la irrevocabilidad del reconocimiento. Asimismo, la paternidad reconocida se presume que, es conforme a la paternidad biológica, es decir, se presume que el reconocedor es padre biológico del reconocido; y, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, aun siendo de complacencia, está sometido a la normativa general de tales reconocimientos como medio de determinación de la filiación (art. 120.1 del Código Civil) y dentro de la misma a la acción de impugnación que contemplan los artículos 140 y 141 del Código Civil, esto es, por falta de adecuación a la verdad biológica y por vicios del consentimiento. En el reconocimiento por complacencia se es consciente que el hijo reconocido no es biológico; y, por supuesto, no se presta un consentimiento viciado, pues, no se induce al error, a quien voluntariamente sabe y conoce que, el reconocido no es hijo biológico suyo. Es por ello que, el posibilitar la impugnación de tales reconocimientos por parte del reconocedor y, en ocasiones, por la madre del reconocido con la intención de dejarlo ineficaz, es como señala acertadamente QUICIOS MOLINA, disponer del estado civil (QUICIOS MOLINA, 2012, 446)¹⁰¹; o dejarlo al arbitrio y capricho de quien ha reconocido. Simplemente conviene recordar que, el artículo 8.1 del TLRHA cuando la mujer progenitora y el marido de la misma ha prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, no puede impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido en consonancia de tal fecundación, cuando tiene, por ejemplo, lugar una situación de crisis matrimonial. Quizá no se pueda impedir los reconocimientos de complacencia pero si su impugnación cuando no resulten procedentes, por ejemplo, el reconocedor no actuado de buena fe.

Sobre tales bases, por un lado, la estimación de la impugnación de la filiación no matrimonial por no coincidencia con la realidad biológica supone la falta de determinación de esa paternidad y de su constancia registral. La desestimación de la acción, por el contrario, impide que se pueda volver a plantear un procedimiento en el que se trate de verificar la verdad biológica, al existir sentencia firme al respecto (art. 113.2 del Código Civil); y, por otro, la estimación de la impugnación del reconocimiento de paternidad por vicios en el consentimiento supone, igualmente, la falta de existencia de determinación legal de la filiación paterna y, se procederá a su cancelación en el Registro Civil. Si no prospera la acción de impugnación (anulación) del reconocimiento por vicios, esto no impide, como admite la doctrina, el ejercicio de una impugnación por falta de veracidad biológica (VERDERA SERVER, 2013, 1441)¹⁰².

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, año 22, pp. 93-136.

- CAMPUZANO TOMÉ, H. (2010). Comentario al artículo 120 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, director Andrés Domínguez Luelmo, Lex Nova, Valladolid, pp. 232-240.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (1984). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Edersa, Madrid, pp. 117-166.
- DÍEZ-PICAZO L., y GULLÓN BALLESTEROS A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 10.^a edición, Tecnos, Madrid.
- GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario a los artículos 120 y 140 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. II, Bosch, Barcelona, pp. 280-283 y 385-389.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2005). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril, 433-448.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV. Familia, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). La filiación, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia, coordinador Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, 2.^a edición, Colex, Madrid.
- QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 120 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.^a edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, pp. 254-258.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2005). Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes), *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LVIII, Fascículo III, julio-septiembre, 1049-1114.
- VERDERA SERVER R. (2013). Comentario a los artículos 136-141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, T. I, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1378-1441.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

- STS, Sala de lo Civil, de 23 de diciembre de 1987
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de noviembre de 1992
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1993
- STS, Sala de lo Civil, 28 de marzo de 1994
- STS, Sala de lo Civil, 20 de junio de 1996
- STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1997
- STS, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2001
- STS, Sala de lo Civil, 28 de noviembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2003
- STS, Sala de lo Civil, 4 de junio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 5 de julio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2004
- STS, Sala de lo Civil, 5 de diciembre de 2008
- STS, Sala de lo Civil, 29 de noviembre de 2010
- STS, Sala de lo Civil, 4 de julio de 2011

- STS, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2012
- STS, Sala de lo Civil, 12 de mayo de 2015
- RDGRN, 6 de noviembre de 1993
- RDGRN, 29 de enero de 2001
- RDGRN, 11 de noviembre de 2002
- RDGRN, 28 de diciembre de 2002
- RDGRN, 3 de julio de 2003
- RDGRN, 15 de enero de 2004
- RDGRN, 2 de febrero de 2004
- RDGRN, 27 de abril de 2005
- RDGRN, 5 de marzo de 2008
- SAP, Asturias, 20 de septiembre de 1994
- SAP, Barcelona, secc. 18.^a, 10 de marzo de 2000
- SAP, Pontevedra, secc. 5.^a, 30 de junio de 2003
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 23 de diciembre de 2004
- SAP, Valencia, secc. 10.^a, 7 de noviembre de 2006
- SAP, A Coruña, secc. 3.^a, 23 de febrero de 2007
- SAP, Álava, secc. 1.^a, 29 de diciembre de 2009
- SAP, Madrid, secc. 22.^a, 31 de enero de 2011
- SAP, Valencia, secc. 10.^a, 30 de mayo de 2012
- SAP, Las Palmas, secc. 4.^a, 16 de septiembre de 2014
- SAP, Cáceres, secc. 1.^a, 19 de enero de 2015

NOTAS

¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). La filiación, *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Madrid: Colex, p. 301.

² LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV *Familia*, 4.^a edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 299.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV *Familia*, *op. cit.*, p. 303.

⁴ DE LA CÁMARA ALVAREZ, M. (1984). Comentario a los artículos 112 a 114 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. I, Madrid: Edersa, pp. 117-118; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV *Familia*, *op. cit.*, p. 305.

⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6730), señala que, las pruebas biológicas, siendo la más frecuente la analítica de los grupos sanguíneos, no obstante su reconocido valor científico, se presentan relativas y no absolutas y menos exactas, al ofrecer solo resultado cierto por exclusión, pero no por ello se las puede privar de eficacia en cuanto se aportan como instrumentos susceptibles de valoración judicial en relación a otros medios probatorios suministrados, para completar el resquicio que dejan aquellas de acreditar la concurrencia de paternidad probable y alcanzar la conclusión de paternidad que ha de ser considerada definitivamente acreditada, con lo que se exige su complementación necesaria con otras probanzas.

⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4758); las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.^a, 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 7455); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 235209).

⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *La filiación*, *op. cit.*, p. 306.

⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Constitucional 138/2005, 26 de mayo y 156/2005, 9 de junio.

⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, 27 de octubre, y 52/2006, 16 de febrero.

¹⁰ La sentencia del Tribunal Supremo 776/1999, 21 de septiembre de 1999 consideró derogados por inconstitucionalidad sobrevenida los artículos 47.1 de la LRC y concordantes, así como los artículos 167 y 182 del RRC, en la medida en que permitían a la madre desconocer su maternidad.

¹¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, Fco. J. (2012). *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Madrid, Reus, p. 60, nota 111.

¹² BARBER CÁRCAMO, R. (2014). Doble maternidad legal, Filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, año 22, p. 111; INIESTA DELGADO, J. J. (2011). La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida, *Tratado de Derecho de Familia*, dir. Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuena Casas, vol. VI, Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 804-805.

¹³ ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2005). La Ley 13/2005, de 1 de julio de reforma del matrimonio en el Código Civil. Génesis y contenido de la Ley, *Matrimonio y adopción de personas del mismo sexo*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, XXXVI, p. 182.

¹⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1984). Comentario de los artículos 120 a 126 del Código Civil, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 1, dir. Manuel Albaladejo, Madrid: Edersa, p. 357.

¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 325.

¹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984). Comentarios a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *VV.AA Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, p. 903.

¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, pp. 322-323; CAMPUZANO TOMÉ, H. (2010). Comentario al artículo 120 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, director Andrés Domínguez Duelmo, Valladolid: Lex Nova, p. 233, el reconocimiento consiste en «una declaración unilateral de voluntad formalizada en testamento, ante el Encargado del Registro Civil, o ante Notario (art. 186.1 RRC), dirigida a establecer una relación de filiación respecto a otra persona; QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 120 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª edición, Pamplona: Aranzadi-Thomson Reuters, p. 254 dispone que, el reconocimiento formal es una declaración de voluntad por la que su autor admite su paternidad o maternidad, que no puede degradarse a la categoría de confesión extrajudicial, mero medio de prueba; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, décima edición, Madrid: Tecnos, p. 235, el reconocimiento es un acto jurídico, cuyo contenido implícito o explícito es la declaración de que ha existido el hecho biológico de la procreación del que ha nacido el hijo sobre el que recae el reconocimiento. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 89330) define el reconocimiento de la filiación no matrimonial como, un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona admite ser el padre de otra y al cual la ley atribuye, si reúne las condiciones legales exigidas, el efecto de que la filiación queda legalmente determinada. Está integrado básicamente por una sola declaración de voluntad la declaración de admitir la propia paternidad o maternidad. Es pues, un acto en esencia y fundamento unilateral, y por eso, una vez formulado el reconocimiento, no es posible ya al autor arrepentirse o retractarse de su declaración revocándola. Además el reconocimiento es un acto que por disposición de la ley vale como título de determinación legal de la filiación (arts. 112 y 120 del Código Civil). Así, concluye «el reconocimiento de filiación no matrimonial es un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona adulta admite ser —aunque biológicamente no lo sea, según llegan a señalar diversas resoluciones judiciales— el padre o la madre de otra (adulta o menor) atribuyendo a dicho acto la ley las consecuencias pertinentes, todo lo cual es independiente de que la relación será más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que suponga.

¹⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario de los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 357; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 324; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, Elementos de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 326; AYARZA SANCHO, J. A. (2008). La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», *La Ley*, número 3, p. 1600; GARCÍA VARELA, R. (2000).

Comentario a los artículos 120 y 140 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, T. II, Barcelona: Bosch, pp. 282 y 388; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 235. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 4052); de 27 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7664); de 22 de diciembre de 1994 (*RJ* 1995, 1540); y, de 26 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4762); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal 29 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 10058); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 223087); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 26 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 285419); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, 3 de abril de 2003 (*AC* 2003, 831); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 75390); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 138259).

¹⁹ Las Resoluciones de la DGRN, 11 de septiembre de 1995 (*RJ* 1995, 6871); y, de 9 de enero de 2007 (*BOE*, número 47, de 23 de febrero de 2007, p. 7916), es, un acto personalísimo que entra de lleno en el ámbito de las excepciones al principio de sustitución al que se refiere el artículo 267 del Código Civil.

²⁰ Las Resoluciones de la DGRN, 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9195); de 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2296); y, de 16 de mayo de 2006 (*JUR* 2007, 111875). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 937), precisa que «la irrevocabilidad del acto a que nos referimos obedece a exigencias de la seguridad del estado civil de las personas, dado que los cambios de voluntad del reconocedor son incompatibles con las condiciones de permanencia de todo estado civil. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 138259).

²¹ La Resolución de la DGRN, 6 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9195).

²² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, 3 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 99044), el reconocimiento tácito mediante actos directos del padre que lo acreditan.

²³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentarios a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 360. No obstante, parece admitirlo la Resolución de la DGRN, 11 de septiembre de 1995 (*RJ* 1995, 6871).

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 318, señala que el reconocimiento, es básicamente una declaración de ciencia o conocimiento, más que de voluntad: lo que hace quien reconoce es manifestar su convicción de que el hijo es suyo, en algún caso con casi total certidumbre (el reconocimiento que hace la mujer de su maternidad, que le consta porque ha dado a luz al niño reconocido), y en otro con certidumbre más limitada (el reconocimiento que hace el varón, que se funda normalmente en el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la madre. Desde este punto de vista es indiferente que haya o no voluntad de asumir los efectos propios de la condición jurídica de padre o madre; tales efectos, una vez producido el reconocimiento, derivan de la Ley.

²⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: Facultad de Derecho. Servicio de Publicaciones, p. 428. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 1777); y, de 13 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3411) equipara el reconocimiento a una confesión extrajudicial; las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 223087), y, de 16 de julio de 2003 (*JUR* 2004, 262180).

²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2000). Determinación de la filiación no matrimonial, *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 2.^o, coord. Joaquín RAMS ALBESA, y Rosa María MORENO FLÓREZ, Barcelona: Bosch, pp. 1225-1227; del mismo autor (1993). Comentario al artículo 120 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Pablo Salvador Cordech, t. I, 2.^a edición, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, pp. 461-462.

²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 323; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., Sistema de Derecho Civil, *op. cit.*, p. 235; AYARZA SAN-

CHO, J. A., La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento, *op. cit.*, pp. 1599-1600. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 1777); las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1507); y, de la Audiencia Provincial de Soria, 23 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 44003).

²⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Comentario a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 904.

²⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario de los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 358.

³⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (2000). Comentario a los artículos 136 a 141 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz-Alabart, t. III, vol. 1.º, Madrid: Edersa, p. 891, señala que, en rigor, el reconocimiento es un medio de determinar la filiación, y, por tanto, no puede decirse, en puridad, que su validez o su eficacia dependan de que sea exacto. En la medida en que su única función es determinar la filiación es claro que la misma queda determinada legalmente si el reconocimiento cumple los requisitos exigidos por la ley y que, según se desprende de la misma, afecta únicamente a la capacidad del reconocedor, a la forma y, en su caso, el cumplimiento de ciertos requisitos complementarios. Lo que acontece es que la filiación no matrimonial determinada en virtud de un reconocimiento (como la matrimonial, merced a la presunción *pater is est*) puede ser impugnada atacando la veracidad biológica de la filiación misma, no obstante haber sido determinada correctamente. Esto es así porque no es el reconocimiento el que crea el vínculo de la filiación, sino solo un medio de identificación del presunto progenitor, procedimiento que, obviamente, no es infalible; QUICIOS MOLINA, S. (2005). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril, pp. 460-461; GARCÍA VICENTE, J. R. (2005). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril, p. 439.

³¹ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, t. IV. Derecho de Familia, 11.ª edición, Madrid: Edisofer, p. 222, dispone que «el reconocimiento es un acto por el que el que lo realiza se declara padre (o madre, lo que en adelante se sobreentiende) del hijo de que se trata. Esencialmente consiste, pues, solo en una pura y simple afirmación de paternidad o maternidad biológica. Ese es su contenido necesario, pero también suficiente. El reconocimiento puede contener una explícita declaración de voluntad —querer ocupar la posición jurídica de padre, conferir estado—, pero pienso, asimismo, que su contenido —insisto— esencial y necesario, pero también suficiente, es solo una afirmación de paternidad biológica»; del mismo autor, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona 1954, pp. 127 y 244-245; LLEDO YAGÜE, Fco. (2000). *Compendio de Derecho Civil. Familia*, Madrid: Dykinson, p. 437; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2005). Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, Fasc. III, julio-septiembre, p. 1066, quien, asimismo, precisa que, el hecho natural de la filiación, la calidad de progenitor en el reconocedor o de hijo en el reconocido, en cuanto objeto (real o posible) de la declaración de su autor es elemento básico o sustancial del supuesto de hecho del reconocimiento, que por principio debe darse, siquiera sea solo por la correspondencia que debe haber entre realidad sustancial y realidad formal en todo acto o título en determinación de esa clase. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1507).

³² RODRÍGUEZ ADRADOS, Fco. (1983). La filiación, *Revista de Derecho Notarial*, núm. 120, p. 322.

³³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, 2 de octubre de 2009 (*JUR* 2012, 2821949), se ejercita por el padre interno en un centro penitencial.

³⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 428. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3082).

³⁵ *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 5 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 9670).

³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 325.

³⁷ *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 28 de septiembre de 1995 (*RJ* 1995, 8619).

³⁸ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 328 señala que, este trato de privilegio para estas dos formas de reconocimiento reside en que el legislador ha entendido que en tales ocasiones es menor sospecha la iniciativa de su autor en la determinación de la filiación y el propio reconocimiento: en un caso, en razón de la ocasión y forma, cuando regula su sucesión *mortis causa*; y, en otro, por el momento en que lo hace, muy próximo al nacimiento del reconocido dentro del plazo legal de inscripción (art. 42 de la LRC).

³⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 328, considera de difícil justificación esta facultad exclusiva y personalísima de la madre que, permite suspender la inscripción y, por también su eficacia como título de determinación. *Vid.*, asimismo, la Resolución de la DGRN (Civil), 12 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 1409).

⁴⁰ *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 1 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5190).

⁴¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, 6 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 1700).

⁴² LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 329.

⁴³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 432-433.

⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 330; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario a los artículos 120 a 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 435. En contra, QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 126 del Código Civil, *Comentario al Código Civil* coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 263, pues, considera que la filiación es eficaz *erga omnes*, de modo que no podría estar determinada para unas personas y no para otras, lo que además sería contrario a la verdad biológica.

⁴⁵ QUICIOS MOLINA, S., Comentario al artículo 126 del Código Civil, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007, 771).

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de diciembre de 1964 (*RJ* 1964, 5906) que estatuye el principio de irrevocabilidad del reconocimiento *ex* artículo 741 del Código Civil.

⁴⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de octubre de 1982 (*RJ* 1982, 5548).

⁴⁹ El artículo 186.1 del RRC enumera, con carácter abierto, algunos de estos documentos públicos en los que puede documentarse el reconocimiento: la escritura pública, el acta civil de celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acta de conciliación. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 14 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2743), se refiere al reconocimiento en escritura pública y, asimismo, señala la improcedencia de la documentación en acta notarial de manifestaciones, pues, no es un título determinante de la filiación reconocida; la Resolución de la DGRN, 16 de mayo de 2006 (*JUR* 2007, 111875), considera que es un reconocimiento en documento público con eficacia inmediata el reconocimiento efectuado en testamento notarial abierto en vida del autor; si recaen los consentimientos oportunos (arts. 123, 124 y 126 del Código Civil); y, como señala la Resolución de la DGRN, 7 de octubre de 1996 (*RJ* 1997, 2126), el reconocimiento ante el Encargado de un Registro Civil extranjero puede valer como reconocimiento en documento público.

⁵⁰ *Vid.*, la Resolución de la DGRN, 21 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 6182); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, 24 de junio de 1998 (*AC* 1998, 6031). Sin embargo, se determina la filiación no matrimonial por reconocimiento mediante la aportación de la partida bautismal y acreditación de la cohabitación en el momento de la concepción en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, 13 de septiembre de 1999 (*JUR* 1999, 273202).

⁵¹ En las Resoluciones de la DGRN, 8 septiembre 1992 (*RJ* 1992, 7295); de 11 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003, 1100), donde se precisa que, ... no podrá ser inscrito cuando haya en las actuaciones datos significativos y concluyentes de los que se deduzcan que tal reconocimiento no se ajusta a la realidad.

⁵² RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *op. cit.*, p. 1060.

⁵³ GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, *op. cit.*, pp. 437-438.

⁵⁴ *RJ* 2004, 5356.

⁵⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4676), precisa que «lo que hubo fue reconocimiento libre y voluntario de la niña por el demandante-recurrente, después de contraer matrimonio con la madre, y aceptando que la reconocida no fuera su hija biológica; las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 7455), y de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 89330), señalan que «el reconocimiento de la filiación no matrimonial es un acto jurídico unilateral y solemne por el que una persona adulta admite ser —aunque biológicamente no lo sea— el padre o la madre de otra —adulta o menor— atribuyendo a dicho acto la ley las consecuencias pertinentes, todo lo cual es independiente de que la relación será más o menos afectiva y del grado concreto de implicación que suponga. En el orden legal significa que quien no es padre biológico acepta ser tenido y obligarse a las consecuencias de comportarse como padre del reconocido». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 195249), conceptúa el reconocimiento de complacencia como «aquel en el que el reconocedor es consciente de que al tiempo de efectuar el reconocimiento es falsa la filiación que va a determinar y pese a ello, lo hace normalmente con el fin de, complacer, a la madre; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, 23 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 76340), manifiesta que, el reconocimiento que ahora cuestiona, de los denominados de complacencia, fue otorgado con todas las garantías, libre, voluntariamente y con perfecto conocimiento de que el menor no era hijo suyo.

⁵⁶ GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004, *op. cit.*, pp. 442-443; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *op. cit.*, pp. 1056-1057. La Resolución de la DGRN, 3 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 6528), señala que obviamente la vía legal apropiada para conseguir este resultado es que el marido adopte a la hija de su consorte, sin ruptura de los vínculos jurídicos con la madre biológica. Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 235209), no obstante, precisa que, «asimismo y a pesar de las diferencias que establece el recurrente en su recurso, no puede negarse la relación existente entre los supuestos de adopción y el presente, puesto que no siendo desconocedor de la verdad biológica, el Sr. Roberto prestó su consentimiento para reconocer la paternidad sobre María Juana, del mismo modo que los adoptantes prestan su consentimiento para la adopción, sin que pueda ni siquiera entenderse que dicha voluntad sea irrevocable.

⁵⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 27 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7664); y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4676); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 23 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 223087); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2003, 261133).

⁵⁸ BARBER CÁRCAMO, R., Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *op. cit.*, p. 116; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 323.

⁵⁹ *Vid.*, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., Comentario a los artículos 108 a 141 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 991-993; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *op. cit.*, pp. 1088-1089; VERDERA SERVER, R. (2013). Comentario a los artículos 136-137 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, T. I, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1379-1380.

⁶⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5454).

⁶¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 19 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 71202), es nulo de pleno derecho el reconocimiento tramitado mediante expediente del Registro Civil para el reconocimiento de la paternidad no matrimonial por incapacidad de quien lo emitió y de quien lo consintió.

⁶² La sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 113896).

⁶³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5454), tratándose de una filiación matrimonial determinada por el reconocimiento (el formal, que regula el artículo 120.1.º, el expreso o tácito, a que se refiere el artículo 117 y el implícito en el consentimiento para la inscripción de la filiación como matrimonial que contempla el artículo 118; de 4 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4418); y, 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5802) en relación a la filiación no matrimonial manifiesta que «existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos y baste examinar la acción del artículo 140 para darse cuenta de que se refiere a la realidad biológica, y el artículo 141 al consentimiento viciado»; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5.ª, 31 de enero de 2002 (*AC* 2002, 445); y de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, 17 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276613) también referida a la filiación no matrimonial determinada por medio de reconocimiento que, aluden a la doble vía impugnatoria de esta filiación (arts. 140 y 141 del Código Civil).

⁶⁴ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 281); de 28 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 2154); y, de 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5454).

⁶⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 8438); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1507).

⁶⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 8813), señala que «la doctrina de los actos propios, tal y como aparece en la doctrina de esta Sala —sentencias de 25 de enero (*RJ* 1989, 123), 28 de abril (*RJ* 1989, 3278), 10 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3752), 12 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5856), 4 de marzo (*RJ* 1992, 2158), 4 de junio (*RJ* 1992, 4999) y 30 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7475), 12 de abril (*RJ* 1993, 2995) y 9 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 8174), 10 de junio (*RJ* 1994, 5225) y 17 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 9428), 31 de enero (*RJ* 1995, 291), 7 de febrero (*RJ* 1995, 1225), 30 de mayo (*RJ* 1995, 4205), 30 de octubre (*RJ* 1995, 7851), y 28 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9145), 23 de enero (*RJ* 1996, 636), 24 de junio (*RJ* 1996, 4846), y 21 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8635), 22 de enero (*RJ* 1997, 17) y 7 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 1910)— explica que la regla «*nemine licet adversus su facta venire*» tiene su fundamento en la buena fe y en la protección de la confianza que la conducta produce, han de ser por ende tales actos vinculantes, causantes del estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminadas a crear, modificar o extinguir algún derecho y no han de ser ambiguos, sino revestidos de solemnidad». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 195249).

⁶⁷ RIVERO HERNÁNDEZ Fco., Los reconocimientos de complacencia (Con ocasión de unas sentencias recientes), *op. cit.*, p. 1085. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, 3 de abril de 2003 (*AC* 2003, 831), se ejercita acción de impugnación del reconocimiento (de complacencia), y constatada la no paternidad, se argumenta sobre la irrevocabilidad de este acto, con cita de jurisprudencia en su apoyo.

⁶⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9527); las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 2.ª, 9 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 147240); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.ª, 16 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 7455).

⁶⁹ *RJ* 2012, 6341. Con anterioridad y en esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 5104), considera aplicable el artículo 136 del Código Civil; de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 937), se aplica también el artículo 136 del Código Civil; de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4563); y, de 14 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4676). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 171613); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 124204), que, aplican, igualmente, el artículo 136 del Código Civil; y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.ª, 25 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 83749); de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 171613); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, 16 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 51607); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 18 de octubre de 2012 (*JUR* 2014, 98886). En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 17 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3613), se aplica el artículo 138 del Código

Civil en relación con el artículo 141; y la sentencia de este mismo Tribunal, Sala y sección, 5 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5454), aplica ambos preceptos (arts. 136 y 138 del Código Civil).

⁷⁰ *RJ* 2011, 1545. Resulta curioso que sea la misma ponente que la anterior sentencia citada de 10 de mayo de 2012. Asimismo, en esta línea, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4265), en una filiación matrimonial por posterior matrimonio del padre reconocedor con la madre efectuado antes de casarse; y, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4563); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 44640); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, 15 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 94730).

⁷¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9527); de 28 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10418); y de 10 de mayo de 2012, señalan que no cabe accionar con base en el artículo 140 del Código Civil referido a la filiación no matrimonial. En igual sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, 26 de octubre de 2002 (*JUR* 2002, 285419); y de la Audiencia Provincial de Teruel, 3 de abril de 2003 (*AC* 2003, 831).

⁷² VERDERA SERVER, R., Comentario a los artículos 136 y 137 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1393. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5672); 16 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5696); 17 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 402); 20 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 4047); y, 2 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7832); y, de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, 4 de octubre de 2007 (*JUR* 2008, 86281), quien precisa que, el plazo de caducidad queda en suspenso mientras el marido ignore su falta de paternidad; sin embargo, no puede decirse que ignore esta circunstancia quien tiene dudas, más o menos fundadas, desde un determinado momento sobre su falta de paternidad, y no la impugna en el plazo de un año.

⁷³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, 16 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 51607).

⁷⁴ *RJ* 1942, 169.

⁷⁵ *RJ* 2002, 10418.

⁷⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3613), se admite el error que consiste en dictamen de la Unidad de Reproducción Humana del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario, Virgen de las Nieves, de Granada que, señala la esterilidad del actor y, además se ejercita la acción en plazo. Por lo que se aplica el artículo 141 del Código Civil.

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de enero de 1993 (*RJ* 1993, 353); de 23 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4758); y de 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 24); asimismo, las sentencias de este mismo Tribunal, 22 de diciembre de 1993 (*RJ* 1993, 10107); de 20 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 5104); de 10 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 937); sección única, 26 de junio de 2003 (*RJ* 2003/5057); y, de 12 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 4563) optan por el *dies a quo* establecido en el artículo 136.1 del Código Civil; y, también, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 15 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 171613); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, 29 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 124204).

⁷⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, 14 de julio de 2003 (*JUR* 2003, 195249).

⁷⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 8438); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 44640).

⁸⁰ *RJ* 2003, 6227. Igualmente, se apartan del artículo 136.1 del Código Civil fijando el *dies a quo* del ejercicio de la acción en el conocimiento de la verdad biológica, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2002 (*RJ* 2003, 244); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 196517).

⁸¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., La filiación, *op. cit.*, p. 338.

⁸² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, 5 de diciembre de 2012 (*AC* 2013, 76).

⁸³ BARBER CÁRCAMO, R., Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *op. cit.*, p. 123, INIESTA DELGADO, J. J., La filiación derivada de las formas de reproducción

humana asistida, *op. cit.*, p. 812. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 31 de marzo de 2014 (AC 2014, 654).

⁸⁴ Este artículo 7.3 ha sido objeto de modificación por la Disposición Final 5.^a de la Ley 19/2015, de 13 de julio cuya entrada en vigor tendrá lugar el 15 de octubre de 2015 (Disposición Final 10.^a) y queda redactado de la siguiente forma: «cuando la mujer estuviera casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer; esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo nacido de su cónyuge». Ya no hace falta consentir antes del nacimiento. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 5 de diciembre de 2012 (AC 2013, 76), considera que ineficaz en derecho la determinación de la filiación y el asiento registral expresivo de la doble maternidad debe ser rectificado, pues, la madre no gestante había prestado su consentimiento después del nacimiento del hijo, por lo que no se cumple con las exigencias legales del artículo 7.3. LTRHA.

⁸⁵ VERDERA SERVER, R. (2007). Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, dir. José Antonio Cobacho Gómez, Navarra: Thomson Aranzadi, p. 290.

⁸⁶ INIESTA DELGADO, J. J., La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida, *op. cit.*, p. 623; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2007). La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, *Derecho Privado y Constitución*, número 21, año 15, p. 90.

⁸⁷ BARBER CÁRCAMO, R., Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *op. cit.*, pp. 123-124.

⁸⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., La doble maternidad legal derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁸⁹ La constante posesión de estado ha sido definida como «aquellas circunstancias concretas en las que se halla una persona en el seno de la familia y en sociedad, teniendo, por tanto, posesión de estado quien es tenido por hijo respecto a su padre. Este concepto se forma por actos directos del mismo padre y su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento voluntario, libre y espontáneo; manifestado por actos reiterados, de forma ininterrumpida, continuada y pública. en este sentido es tradicional afirmar que la posesión de estado viene caracterizada por la concurrencia del «nomen, tractatus y fama». Es decir, se podrá hablar de posesión de estado de hijo: a) Cuando se llevan los apellidos del progenitor (nomen), lo que en cuestión de paternidad solo se dará cuando libremente así lo hayan consentido el padre ante el Registro Civil, o se haya reconocido en testamento; b) Cuando es tratado por el supuesto padre y su familia como tal hijo (tractatus), con manifestaciones de cariño y afectividad usuales, y sufragando los gastos propios de manutención y asistencia; y, c) Cuando en el entorno social en el que se mueve la familia, esa persona es tenida como hijo de aquel a quien se atribuye la paternidad (fama). En tal sentido, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1639); 6 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3676), y, de 27 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2516); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, 27 de mayo de 2005 (AC 2007, 771); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, 30 de mayo de 2012 (AC 2012, 1308). No se requiere que los actos que expresen la posesión de estado sean practicados con plena publicidad, ya que lo que importa es que se acrediten actos directos del padre (y en su caso por parte de la familia) demostrativos de una verdadera relación de padre e hija, y de un reconocimiento voluntario, libre y espontáneo (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 24 de junio de 2004 (RJ 2004, 4008), sin olvidar que puede confundirse la auténtica posesión de estado con el trato y acogida, por excelentes que sean, por parte de quien contrae matrimonio con la madre, o mantiene una situación análoga, aportando esta a la unión hijos concebidos de anteriores relaciones; pues, una caso es la posesión de estado y otra la generosidad o afectividad del padrastro (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1210]).

⁹⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5802); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, 31 de enero de 2011 (AC 2011, 1870).

⁹¹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2528), precisa que, tiene legitimación activa el progenitor, tenga o no posesión de estado; y, la sentencia de este Alto Tribunal, 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4265), señala que, en el concepto de progenitor ha de incluirse a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por cualquier otro título. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, 11 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 2348), estima la legitimación del abuelo como legitimario y como perjudicado; el nieto se encuentra en situación de desamparo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 113896); y, de 30 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 81274), califican de reconocedor de mala fe al que lleva a cabo un reconocimiento de complacencia, esto es, a aquel cuya declaración ante el Registro se realiza a sabiendas de su imposible paternidad, y le concede legitimación activa para impugnar la filiación reconocida; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, 31 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 144300), se desestima la acción ejercitada por la abuela materna de la menor, al no ser parte perjudicada, y, además no reúne la condición de heredera forzosa del padre de la niña, ni respecto de esta.

⁹² La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007, 771), como se dijo, él sabía que no era su padre; la niña sabía que D. Salvador no era su padre; y el círculo de amistades también lo sabía. Es obvio que no es tenida socialmente como hija; pues todos sabían que era un mero reconocimiento formal de complacencia. Luego no existía «fama». Nadie la tenía por su hija. Luego no existía posesión de estado. La acción ejercitada es la del párrafo primero del artículo 140 del Código Civil, y, por tanto, no está sometida a plazo de caducidad.

⁹³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 89330).

⁹⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5802), impugnación por los abuelos del menor reconocido tras el fallecimiento del reconocedor.

⁹⁵ Las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 83230); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 48202); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 75390); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 138259), precisan que ha caducado la acción al haber transcurrido el plazo de un año para ejercitarla; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5.ª, 31 de enero de 2002 (*AC* 2002, 445), señala que, tanto el plazo de un año del artículo 141, como el de 4 años del artículo 140 ha transcurrido.

⁹⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9653), admite la impugnación del reconocimiento por intimidación o violencia ante la amenaza abierta que de no reconocer a la niña daría conocimiento a la esposa del actor de las relaciones mantenidas a lo largo de los años entre el actor y la demandada; así como los problemas que le causaría en la empresa para la que trabajaba. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 148202), señala que el error en el consentimiento debe fundarse en hechos externos, que sean debidamente probados, que concreten el momento en que cesó el vicio del consentimiento, sin que pueda dársele pleno valor a las simples manifestaciones de voluntariedad no reconocidas por la otra parte.

⁹⁷ En este sentido, GARCÍA VARELA, R. (2000). Comentario al artículo 140 del Código Civil, *op. cit.*, p. 388; QUICIOS MOLINA, S. (2009). Comentario al artículo 140 del Código Civil, *Comentario al Código Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, p. 274; RUBIO TORRANO E. (2004). Reconocimiento de complacencia, *Aranzadi Civil*, núm. 3, p. 2285. *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 2528); de 31 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 8438), y, 27 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 4265); y, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, 20 de septiembre de 1994 (*AC* 1994, 1507); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, 15 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001, 94730); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, 20 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001,

316489); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, 17 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 89330); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, 21 de mayo de 2003 (*JUR* 2003, 189159); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, 26 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 84947); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, 27 de mayo de 2005 (*AC* 2007, 771); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.^a, 19 de septiembre de 2006 (*JUR* 2008, 140756); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.^a, 29 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 396645); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, 30 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 1425), no viciado ni por error, dolo ni por violencia o intimidación; y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.^a, 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 269076).

⁹⁸ *RJ* 2004, 4265 y *RJ* 2004, 5356. En este sentido, TORIBIOS FUENTES, F. (2010). Comentario al artículo 140 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil*, dir. Andrés Domínguez Luelmo, Valladolid: Lex Nova, p. 253. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, 7 de julio de 2001 (*JUR* 2001, 287665); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5.^a, 31 de enero de 2002 (*AC* 2002, 445); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.^a, 19 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010, 70726); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, 31 de enero de 2011 (*JUR* 2011, 134982). Por su parte, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.^a, 30 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 83230); de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, 19 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 148202); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 5.^a, 30 de junio de 2003 (*JUR* 2004, 2882); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, 23 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005, 75390); y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, 23 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 138259), se aplican el artículo 141 del Código Civil.

⁹⁹ *RJ* 2008, 5802; y *RJ* 2009, 147. En la sentencia de 29 de octubre de 2008 trata de un caso de impugnación de la filiación reconocida por el hijo de los demandantes ya fallecido.

¹⁰⁰ *RJ* 2011, 5965. Doña Sonsoles tenía una hija extramatrimonial llamada María Inés nacida el 16 de diciembre de 2000. Inicia una convivencia con el demandante D. Luis Francisco, y tienen un hijo en común nacido el 26 de septiembre de 2002 llamado Ruperto, y aquel reconoce como hija extramatrimonial a María Inés a sabiendas que no es el padre y con el consentimiento de la madre, en fecha 7 de noviembre de 2002, practicándose en el Registro Civil la inscripción marginal en la de nacimiento el siguiente día 26 inscribiendo el nuevo nombre de Florencia. La relación de unión de hecho entre demandante y demandada se extingue y tras ella, esta última comparece ante notario y en acta de manifestaciones que este levanta, declara que no existe paternidad biológica en el padre «a pesar del reconocimiento». Este formula demanda interesando que se declare la nulidad del reconocimiento, ordenándose la supresión del apellido paterno que figura en la inscripción del Registro Civil. La demandada admitió los hechos e interesó se dictase sentencia «declarando lo procedente respecto a la nulidad del reconocimiento». El Ministerio Fiscal pidió se dictará sentencia con arreglo al resultado de las pruebas practicadas, e interesó prueba biológica de paternidad. La cuestión jurídica que se plantea es, de nuevo, si el reconocimiento de complacencia, es decir, el que ha sido realizado con plena conciencia y voluntad y al cabo de un tiempo (normalmente cuando se rompen las relaciones con la mujer; madre biológica) decide dejar sin efecto tal reconocimiento por medio de la acción de impugnación de la filiación declarada e inscrita en el Registro Civil. la posición de la sentencia de instancia es negar esta posibilidad, desestimando la demanda. La de la de la Audiencia confirma la anterior.

¹⁰¹ QUICIOS MOLINA, S. (2012). Impugnación por el propio reconocedor de la filiación paterna no matrimonial determinada por medio de un reconocimiento de complacencia, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 90, septiembre-diciembre, p. 446.

¹⁰² VERDERA SERVER, R., Comentario al artículo 141 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1441.

1.3. Derechos reales

Contratos de arrendamiento sujetos al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid y venta de promociones de viviendas: una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa

Lease agreements subject to decree 100/1986, of 22 October, Madrid Community and sale of promotions property: a review doctrine, jurisprudence e law

por

DANIEL MONTERO FERREIRA
*Doctorando en Derecho Civil (UNED)**
Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analiza si ciertos contratos de arrendamiento celebrados sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pública y referidos al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública, pueden ser interpretados como de duración indefinida. Todo ello, con independencia de los incumplimientos contractuales de cualquiera de las partes y la preexistencia de una habilitación legal para la enajenación de las meritadas promociones.

ABSTRACT: *In this investigation we analyze if leasing contracts involved, referring to Decree 100/1986 of 22 October, regulating the assignment lease of housing units of Public Promotion (and date before the law 29/1994, of 24 November, of Urban Leases) on housing developments without public protection rating, can be understood as undefined in terms of duration. Regardless of contractual breaches by either of the parts and the preexistence of legal authorization to dispose of the referred promotions.*

* Agradezco al Departamento de Derecho civil todas las facilidades y apoyo que me han prestado y, en especial, a su Director, el Catedrático de Derecho civil de la UNED, Prof. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, así como a sus discípulas las Profesoras M.^a Fernanda MORETÓN SANZ y Araceli DONADO VARA, Directoras de mi tesis doctoral, por el apoyo, revisiones y observaciones hechas en esta investigación.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Vivienda protegida. Sociedad mercantil local. Enajenación de viviendas por promociones completas.

KEY WORDS: *Urban leasing. Protected housing. Local corporation. Housing for sale complete promotions.*

SUMARIO: I. NOCIONES PREVIAS: LA VIVIENDA PROTEGIDA Y EL RÉGIMEN DE CESIÓN.—II. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES DE VIVIENDAS, CON PROTECCIÓN PÚBLICA Y SIN ELLA, EN ARRENDAMIENTO DE MADRID CAPITAL: 1. REFERENCIA A LA VIVIENDA PROTEGIDA 2. MENCIÓN A LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL 3. ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS 4. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: TANTEO Y RETRACTO 5. DE LA CONCRETA SOCIEDAD MUNICIPAL ENAJENANTE DE LAS PROMOCIONES.—III. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL DECRETO DE LA CAM 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE: 1. DE LA CALIFICACIÓN DE VIVIENDA PROTEGIDA 2. EL SUPUESTO DE LA «DESCALIFICACIÓN». —IV. ANÁLISIS DE CIERTAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES: 1. LA TEMPORALIDAD DE LOS CONTRATOS ARRENDATICIOS 2. ANTINOMIA JURÍDICA Y/O CONFLICTO DE LEYES 3. APLICACIÓN DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS 4. TÁCITA RECONDUCCIÓN.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

I. NOCIONES PREVIAS: LA VIVIENDA PROTEGIDA Y EL RÉGIMEN DE CESIÓN

En general, las viviendas protegidas son aquellas fomentadas desde la Administración para facilitar su acceso a personas de escasos recursos económicos. A su vez, entre las viviendas protegidas, podemos distinguir la *Vivienda de Protección Oficial*, es decir, promovida por el Estado, y la *Vivienda con Protección Pública*, que es la categoría de vivienda protegida creada por la Comunidad Autónoma de Madrid.

En todo caso, adjudicadas las viviendas protegidas por los organismos encargados a sus beneficiarios, dicho disfrute o cesión de la vivienda, fundamentalmente, puede ser en régimen de alquiler o de compra-venta¹.

Recientemente, al redactar estas líneas, han visto la luz algunas notas de prensa donde se afirma que el Ayuntamiento madrileño planeó la enajenación de cinco inmuebles del centro de la ciudad a un fondo de inversión inmobiliaria². Las viviendas que integran tales inmuebles o promociones están, en su mayoría, cedidas en régimen de arrendamiento a inquilinos, y según se afirma, de economías muy precarias. Los contratos de arrendamiento suscritos entre aquellos arrendatarios y su propietario, la sociedad mercantil local encargada de la política municipal en materia de vivienda, están en su clausulado referidos y sometidos —en cierta forma— al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

En efecto, parece que un sector, integrado básicamente por los propios inquilinos, sus asesores legales y asociaciones vecinales, considera que dicho Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, les convierte en arrendatarios vitalicios, en tanto se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron al piso,

lo que —a su juicio— les otorga mayor protección frente a cualquier decisión municipal de enajenar dichas viviendas.

Jurídicamente, el supuesto de hecho se circunscribe a la determinación de si los contratos locativos implicados, referidos al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre³, sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pública, pueden entenderse o no de duración indefinida. Todo ello, al margen de los incumplimientos contractuales de cualquiera de las partes y la preexistencia de una habilitación legal para la enajenación de dichas promociones.

Al tiempo, otra de las cuestiones controvertidas se circunscribe a si resulta de aplicación el referido Decreto o, incluso, lo ha derogado la propia Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Dicho Decreto, según se expone en su Preámbulo, en parte, deroga y sustituye al Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública ceden dichas viviendas en arrendamiento. Por tanto, se trata de cesión de viviendas de promoción pública orientada, básicamente, hacia el sistema de venta a los adjudicatarios y aplicable, en exclusiva y como no podía ser de otra manera, a la Comunidad de Madrid.

Los contratos de arrendamiento fechados en los años noventa y, en todo caso, suscritos antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994, esto es, 1 de enero de 1995, contienen una cláusula relativa a su duración, que establece que la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda se prorrogará por periodos «bianuales» (sic)⁴ sucesivos, en el caso que arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el artículo 1 del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, en la Comunidad de Madrid.

El anterior pacto o cláusula contractual citada es, prácticamente, copia literal del artículo 3 del precitado Decreto, que, a su vez, establece en su primer precepto lo siguiente: 1: «Las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública solamente podrán ser cedidas en arrendamiento a personas cuyos ingresos anuales, unidos a los de los familiares que con ellas conviven, sean inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual».

II. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES DE VIVIENDAS, CON PROTECCIÓN PÚBLICA Y SIN ELLA, EN ARRENDAMIENTO DE MADRID CAPITAL

Respecto a la justificación de las sociedades municipales, en tiempos de crisis económica⁵, de vender parte de su parque inmobiliario⁶ para coadyuvar al saneamiento de sus cuentas, está directamente relacionada con que, en muchos casos, las rentas abonadas por los arrendatarios sean de escasa cuantía⁷.

En este contexto, es discutible que el principio general del Derecho de la buena fe⁸ o principios generales de los contratos, como el de la reciprocidad de las prestaciones contractuales, e intereses⁹, y el carácter conmutativo de los contratos onerosos, permitan sostener que el arrendatario no puede exigir del arrendador acometer reparaciones de carácter auténticamente rehabilitador. En este sentido, no debe aplicarse de forma mecánica, ni automática el artículo 21 de la LAU de 1994, pues en casos como el presente se podrían vulnerar no solamente los preceptos y principios indicados, sino la debida equidad contractual e, incluso,

supondría un abuso del derecho y una actuación «inciviliter»¹⁰ del arrendatario, como ha reiterado la jurisprudencia y la jurisprudencia menor¹¹.

1. REFERENCIA A LA VIVIENDA PROTEGIDA

Téngase en cuenta que la protección oficial, estatal —según se haya denominado en cada momento—, a la vivienda, o más acertadamente, la promoción y acceso a la vivienda, tiene su antecedente legislativo más inmediato en la Ley de 11 de junio de 1911, sobre Habitaciones Baratas, hasta la actualidad de forma ininterrumpida¹².

La fórmula estatal¹³ para incentivar, establecer ayudas o facilidades de acceso mediante compra, cesión o arrendamiento a sus inquilinos, emplea mecanismos más o menos similares. Sin embargo, los fundamentos en que se sustenta esta normativa, desde un punto de vista histórico-jurídico, son sensiblemente distintos. Dichas normas¹⁴ estaban encaminadas a atender necesidades de carácter social, pese a que en aquellos momentos aún no se habían reconocido derechos de carácter social. De modo que obedecía a la tutela singular de los ciudadanos más que al reconocimiento de derechos subjetivos.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 47.1 sobre el «derecho a la vivienda» digna y adecuada, establece el deber programático de los poderes públicos para hacer efectivo tal derecho, dirigiendo el uso del suelo al interés general. Así declara: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación»¹⁵.

Baste recordar que los principios rectores de la política social y económica informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; no pudiéndose exigir su cumplimiento. En este último sentido, las sociedades mercantiles anónimas de ámbito municipal deben procurar, en la medida de lo posible, promover las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho.

La materialización de dicho principio rector ha sido asumida como competencia propia por muchas Comunidades Autónomas, contando con el refrendo legitimador de la sentencia del Tribunal Constitucional número 170/1989, de 19 de octubre¹⁶. En su virtud, buena parte de las normas reguladoras de la vivienda son de competencia autonómica y, como clarifica la sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo¹⁷, dictada en sendos recursos de inconstitucionalidad, queda básicamente restringida la potestad normativa del Estado a los principios esenciales del estatuto de la propiedad (inmobiliaria).

Consecuentemente, distintas Comunidades Autónomas han aprobado diversas normas sin que entre ellas concorra un mínimo consenso sobre el concepto y calificación de Vivienda Protegida¹⁸.

Los planes estatales y autonómicos relativos a vivienda y suelo establecen unos requisitos determinados para que las edificaciones sean acreedoras de la calificación de Vivienda Protegida¹⁹.

2. MENCIÓN A LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL

Una vez la vivienda goza de calificación definitiva de «protegida» en el régimen de que se trate²⁰, se le aplicaría la precitada reglamentación²¹, pero las vi-

viendas afectadas y que centran el objeto de este trabajo, no gozan de calificación alguna, simplemente son bienes inmuebles propiedad de una sociedad anónima con capital íntegro municipal²². Esta sociedad desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local, al modificar el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, contempló varios modos de gestión directa puestos a disposición de las corporaciones locales; aunque gestión directa en sentido estricto, evidentemente, es solo «la gestión directa por la propia entidad local». Las otras tres restantes (el organismo autónomo local, la mercantil local, cuyo capital es íntegramente municipal y la entidad pública empresarial local) más bien son formas de gestión instrumental, las cuales, por tanto, se desarrollan no ya por la Corporación local, sino por otro ente con personalidad creado, justamente, para atender la gestión en un ámbito o sector con responsabilidad del Ayuntamiento. O también, en palabras del artículo 85 de la propia Ley, en el ámbito de un servicio público local²³.

Por su parte atendido el contenido del artículo 85 ter²⁴, los Estatutos de dicha Sociedad recogen, que el régimen legal se acomodará íntegramente al «ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a lo establecido en los presentes Estatutos»²⁵.

Por otro lado, «la Sociedad tendrá por objeto social la competencia municipal de promoción²⁶ y gestión de viviendas dentro de la competencia general establecida en el artículo 25-2.d de la Ley de Bases de Régimen Local, de acuerdo con las directrices municipales y coordinadas por su Consejo de Administración»²⁷.

De modo que, como expresamente estará recogido en los Estatutos de la sociedad mercantil local, forma parte de su objeto social la adquisición o transmisión de dominio sobre bienes inmuebles, dentro de su tráfico mercantil habitual.

Finalmente, respecto a la legislación aplicable al control financiero, se establece que «la Sociedad, en cuanto tal y sus órganos, quedan sujetos a la Normativa Reguladora de las Haciendas Locales, específicamente en lo que se refiere a la inspección de la contabilidad, controles financieros y de eficacia, previsión de ingresos y gastos, y programas anuales de actuación inversiones y financiación. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas y demás disposiciones concordantes». Además, que «la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid ejercerá las funciones de inspección, control interno y financiero en la Sociedad de acuerdo con la legislación vigente».

En este punto es también obligada una mención al vetusto Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en su última redacción dada por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica dicho Reglamento de 1955.

Una vez planteado el marco jurídico de dicha sociedad municipal encargada de la política de vivienda, corresponde, en su caso, la aplicación hermenéutica amplia y análoga. En su virtud, cabría colegir que, pese a que algunas promociones como las que nos ocupan carezcan de calificación de viviendas protegidas²⁸, la titularidad de dicha sociedad municipal autoriza a imputarle una «cuasi-calificación» o «pseudo-calificación» y, por ende, una finalidad social de destino.

Esta interpretación quebradiza y tomada —si se quiere— con hilvanes, no parece conciliar, ni tener acomodo legal, en el reparto competencial que de la Constitución se deriva para las Comunidades autónomas y otras entidades en materia de vivienda.

3. ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

En cuanto a la enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid, ha de tenerse en cuenta tanto el artículo 20 del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, como el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid²⁹. Su texto establece que las Viviendas con Protección Pública para arrendamientos calificados definitivamente, podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso a nuevos titulares. Con todo, se requería la previa autorización³⁰ de la Consejería competente en materia de vivienda. Pero, por sentencia de 8 julio de 2013, el Tribunal Constitucional desestima el conflicto positivo de competencia planteado por la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, con el que el Gobierno modificó las condiciones fijadas por el Ejecutivo madrileño para la venta de estas viviendas, avalando así la tesis que se defiende en el presente trabajo en favor de la venta de las viviendas protegidas. La norma origen del conflicto modificó el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el Plan Estatal 2005-2008, con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para ello, sustituyó el requisito de «autorización previa» para la venta de los inmuebles protegidos para el alquiler por el de mera «notificación» al órgano autonómico competente, en consonancia con la normativa europea y la nacional de transposición, «que tienden a privilegiar las declaraciones responsables o comunicaciones previas frente al sistema clásico de autorización».

Dicha enajenación lleva aparejada la cesión de los contratos de arrendamiento subyacentes, toda vez que los nuevos titulares se subrogan en los derechos y obligaciones del originario arrendador.

En este sentido, siguiendo al Profesor Lasarte (LASARTE ÁLVAREZ, 2011, 133) la cesión de contrato consiste en la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona ocupa en un determinado contrato. Por su parte, para O'Callaghan (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012, pássim), tras admitirse la transmisión del lado pasivo de la obligación, que es la asunción de deudas, y la del lado activo, que es la cesión de créditos, un paso más lo constituye la cesión del contrato, que es figura moderna, aceptada por la práctica negocial, reconocida por la jurisprudencia y admitida por la doctrina. De modo que se transmite una relación contractual en su totalidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de transmisiones separadas del lado pasivo (asunciones de deuda) y del lado activo (cesiones de crédito). Más que un contrato cedido, se trata de una cesión de los efectos contractuales de una de las partes.

En suma, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de los sujetos obligados y la permanencia objetiva de la relación contractual. Es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante, en lugar de uno de los contratantes originarios.

Sabido es que la Jurisprudencia ha admitido esta figura y, para ello, baste citar la STS de 6 de noviembre de 2006³¹, que recoge la doctrina de la Sala de lo Civil del TS sobre la cesión de contrato. También ha establecido los requisitos o presupuestos necesarios para que la cesión de contrato sea válida y, por tanto, tenga eficacia jurídica³².

La doctrina civil se ha pronunciado en el mismo sentido que la jurisprudencia, así el Profesor LASARTE³³ indica que existirá la cesión de contrato si se dan los siguientes presupuestos:

- a) Debe darse el acuerdo unánime del cedente, cesionario y parte cedida, entendiendo este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión. Cabe precisar que, en nuestro caso, la parte cedida constituida por los inquilinos o arrendatarios, deben recibir una comunicación formal, fehaciente e informativa de la enajenación de la promoción de viviendas arrendadas; y el no prestar aquellos su consentimiento a la cesión de contrato o mencionada enajenación se materializa, por ejemplo, en la solicitud por su parte de la resolución del contrato de arrendamiento, ya que se debe conferir al tercero los derechos de todo contratante³⁴.

Como contrapunto con lo anterior, el tenor literal del artículo 14 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³⁵, que al regular la enajenación de la vivienda arrendada, establece que el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones, en los términos allí establecidos.

- b) Que se trate de un contrato bilateral³⁶.
- c) Que las prestaciones y obligaciones contenidas en ese contrato sinalagmático no hayan sido totalmente ejecutadas. Este supuesto tiene su fundamento en que si el contrato se ha cumplido no tendrá sentido cederlo, puesto que no quedarían prestaciones pendientes de cumplir.

En consecuencia, la sociedad mercantil local no tendría obstáculo alguno para enajenar las promociones, sin necesidad de esperar a la finalización del plazo de protección de la calificación, fijando libremente el precio de la transmisión.

4. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: TANTEO Y RETRACTO

En relación con el derecho de adquisición preferente, esto es, los derechos de tanteo y/o retracto de los arrendatarios, resultaría de aplicación la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³⁷, cuyo artículo 25, párrafo número 7³⁸, declara que «no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que forman parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos»³⁹.

Llegado este punto, conviene detenernos en el derecho de adquisición preferente, en sus dos vertientes mencionadas⁴⁰. Sabido es que, tanteo y retracto no son dos derechos distintos, sino dos expresiones en fases distintas de un mismo y único derecho de adquisición preferente; dos oportunidades para su ejercicio que en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha quedado limitado a los supuestos de venta.

El tanteo operará cuando el arrendador ha decidido vender pero la venta no se ha consumado; es decir, debe existir una oferta, precontrato u opción de compra de la finca entre el arrendador y un tercero, o simplemente el propósito de vender aunque aún no exista posible comprador. Mientras que el retracto surge, precisamente, como consecuencia de la consumación de la venta. Cuando se ejercita el derecho de retracto, la venta consumada es válida, solo que ello

faculta al arrendatario para subrogarse en el lugar del comprador produciéndose una novación subjetiva (nunca la resolución de la venta). La novación subjetiva se configura como una excepción a la regla general del artículo 1257 del Código Civil, que establece: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

Respecto a las condiciones y plazos del ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario⁴¹ podemos distinguir:

- a) Derecho de tanteo. Parte de la notificación que el arrendador deberá hacer en forma fehaciente al arrendatario de la decisión de vender la finca arrendada, haciendo constar el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión. No se exige ahora que conste el nombre del posible comprador como se hacía en el artículo 47 de la Ley derogada⁴². Los efectos de esta notificación caducarán a los ciento ochenta días naturales. A partir de la notificación, el arrendatario dispondrá de treinta días naturales para ejercitar el derecho de tanteo y adquirir la finca por el mismo precio y condiciones.
- b) Derecho de retracto. En él la venta ya se ha consumado, pero o bien no se ha hecho en tiempo y forma la notificación anteriormente referida, o bien la venta se ha realizado por precio más bajo o condiciones más ventajosas que las que se hicieron llegar al arrendatario. El adquirente de la finca deberá notificar en forma fehaciente al arrendatario las condiciones esenciales de la adquisición, con entrega de copia de la escritura o contrato de compraventa; a partir de esta notificación, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto sobre la finca arrendada en el plazo de treinta días naturales⁴³.

El derecho de tanteo y retracto goza de preferencia frente a cualquier otro similar, salvo el retracto reconocido al condueño de la finca y el convencional que hubiera sido inscrito en el Registro de la Propiedad antes de celebrarse el contrato de arrendamiento. Será requisito para inscribir la escritura de venta en el Registro de la Propiedad la justificación de haberse cumplido las notificaciones anteriores. Asimismo y a efectos de inscripción, cuando la finca vendida no esté arrendada deberá declararlo expresamente el vendedor en la escritura, so pena de incurrir en falsedad en documento público, con el fin de que exista la máxima concordancia entre la realidad jurídica y la registral. Si la vivienda se alquiló con elementos accesorios⁴⁴, el derecho de tanteo y retracto deberá ejercitarse sobre el conjunto.

Si la vivienda arrendada forma parte de un edificio que se vende en su conjunto a un mismo comprador, no cabe como sabemos derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. En los casos de arrendamiento de vivienda de duración pactada superior a cinco años, el arrendatario podrá disponer de este derecho renunciando al mismo.

Pero hay que señalar que procede la estimación del derecho de retracto arrendaticio en algunos casos de venta en globo y por precio único, en evitación de una posible burla a los derechos del arrendatario. Por tanto, es especialmente

relevante el carácter y determinación del inmueble objeto de venta efectuada por el arrendador; esto es, si el objeto de la venta es un edificio en su totalidad, o, por el contrario, un conjunto de fincas agrupadas. Dada la finalidad de la Ley arrendaticia urbana, el derecho de retracto ha de considerarse aplicable no solamente en los casos en que se venda un solo piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta por un solo precio, en cuya coyuntura se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar el derecho de retracto, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones entre propietarios y terceros adquirentes de los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados⁴⁵.

En cuanto a las cuestiones de legitimación de los derechos de adquisición preferente:

- a) Legitimación activa. Se exige ser arrendatario y a la vez ocupante de la finca al tiempo de llevarse a cabo la venta, y no necesariamente al ejercitarse la acción de retracto.
- b) Legitimación pasiva. La demanda debe dirigirse contra el adquirente de la finca arrendada. Según ha establecido la jurisprudencia, no es necesario demandar al vendedor para que la relación procesal quede bien constituida, ya que si prospera el retracto el retrayente se subrogará en el lugar del comprador sin necesidad de otorgar nuevo contrato; es decir, la compraventa no se resuelve sino que se produce una novación subjetiva en la persona del comprador.

Si se hubieren producido sucesivas enajenaciones, la jurisprudencia exige que se ejercite la acción de retracto contra todos los adquirentes conocidos de la finca, y si no se hace en un primer momento cabe la posibilidad de verificarlo mediante ampliación de la demanda. Habrá que ir contra el primer comprador; toda vez que las condiciones de su adquisición son las que ha de asumir el retrayente; contra el último adquirente, como poseedor de la finca, y si tiene éxito la acción de retracto habrá de entregarla; y contra los demás adquirentes intermedios para poder dejar sin efecto sus transmisiones. Frente a esta jurisprudencia, un sector doctrinal⁴⁶ entiende que dicho litisconsorcio pasivo necesario carece de fundamento sólido, pues el retracto no resuelve ninguna transmisión. Por tanto únicamente el último adquirente debe soportar el retracto, sin perjuicio de la evicción que le corresponda contra su transmitente. Si el adquirente estuviere casado en régimen de gananciales y la adquisición tuviere carácter ganancial, habrá que demandar también al cónyuge.

En relación al procedimiento judicial para el ejercicio del derecho de retracto, conforme al artículo 249.1.7.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, las demandas en que se ejercite una acción de retracto de cualquier tipo, se decidirán en juicio ordinario. Con ello queda resuelta la cuestión suscitada sobre el procedimiento aplicable con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en la que se omitía toda referencia a un juicio de retracto arrendaticio, ni siquiera por remisión general al juicio de retracto común regulado en la antigua LEC de 1881⁴⁷, a pesar de reconocer este derecho de adquisición preferente en los artículos 25 y 31. Si a ello añadimos que el artículo 39 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establecía los cauces procesales para resolver los litigios en materias reguladas por dicha Ley,

contemplando como procedimiento tipo y general el juicio de cognición, si bien con la controversia de si la acción de retracto debía sustanciarse por los trámites de este procedimiento, o por los del juicio de retracto común.

Los presupuestos que exige el artículo 1.518 del Código Civil para el ejercicio del derecho de retracto deberán cumplirse en todo caso, habida cuenta de la remisión expresa del artículo 25 al precepto. Atendido su tenor literal, el ejercicio de la acción de retracto está condicionado al reembolso al comprador del precio de venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y los gastos necesarios y útiles de la cosa vendida. En consonancia con ello, el artículo 266.3.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, exige el acompañamiento de la demanda de retracto de los documentos que constituyan un principio⁴⁸ de prueba del título en que se funde, así como el documento acreditativo de haberse consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto, o haberse constituido caución que garantice la consignación si el precio no se conociere⁴⁹. El incumplimiento de este presupuesto procesal dará lugar a la inadmisión de la demanda, en virtud del artículo 403.3 de la Ley de Ritos⁵⁰.

5. DE LA CONCRETA SOCIEDAD MUNICIPAL ENAJENANTE DE LAS PROMOCIONES

Tras haber analizado algunos aspectos del tanteo y retracto arrendaticio y volviendo de nuevo a la venta de promociones, hay que destacar que es necesario configurar, por imperativo legal, como condición fundamental de la transmisión, la obligación de que el adquirente respete las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos en los contratos de arrendamiento vigentes, subrogándose en los derechos y obligaciones que ostentare la mercantil local.

Como antes se adelantó, la sociedad mercantil local arrendadora es una sociedad que adoptó la forma de «anónima»⁵¹, siendo su régimen legal según lo dispuesto en el artículo 85 *ter* de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el ordenamiento jurídico privado y sus propios Estatutos; salvo en las cuestiones en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, eficacia y contratación, tal y como se desprende del primer precepto de sus Estatutos Sociales.

Como ya hemos esbozado, dicha mercantil municipal anónima tenía como objeto social la competencia municipal en la promoción y gestión de viviendas, dentro de la competencia general establecida en el artículo 25.2d. de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, asumiendo entre otras funciones:

«a) La construcción de viviendas, aplicando al efecto sus fondos propios o cualquiera otros que obtenga para dicha finalidad.
[...]

c) Administrar, conservar, mejorar e inspeccionar, con separación de su régimen financiero respecto de la Administración General del Municipio, las viviendas, fincas, conjuntos urbanísticos o terrenos adquiridos por su cuenta, o que le sean transferidos por el Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, o por el propio municipio o por cualquier persona física o jurídica.

d) Llevar a cabo, adquisiciones o transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales que se estime preciso establecer para el cumplimiento de esos fines, colaborando al efecto con entidades públicas o privadas de interés general o social».

La repetida empresa tiene un capital cien por cien público, que según lo dispuesto en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, forma parte del sector público encuadrable dentro del punto d)⁵², en cuyo capital social es participada íntegramente por el Ayuntamiento de Madrid.

El artículo 4.1 punto p) de la Ley de Contratos del Sector Público, excluye «los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles», añadiendo en su apartado segundo que tales contratos se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para resolver lagunas que pudieran presentarse, remitiéndose por tanto a la Ley Patrimonial.

No obstante, las sociedades mercantiles no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁵³, tal y como se desprende de la lectura de su artículo 2, que expresamente señala:

1. «El régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella o dependientes de la misma se regirá por esta Ley.
2. Serán de aplicación a las Comunidades autónomas, entidades que integran la Administración Local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda».

Por tanto, no serán de aplicación sus disposiciones, y por ende, no estará sujeta, la enajenación de su patrimonio, a los procedimientos, requisitos y condiciones establecidos en el articulado de tal Ley.

De conformidad con la legislación vigente, el hipotético contrato a suscribir se habría de regir, en cuanto a sus efectos y extinción por los artículos 1.445 y siguientes del Código Civil y demás de concordante aplicación⁵⁴.

En este sentido, el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, indica textualmente: «Las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento y para arrendamiento con opción de compra calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados por promociones completas y a precio libre en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidas, subrogándose en sus derechos y obligaciones».

En consonancia con la actuación de los poderes públicos del artículo 47 de la Constitución, ha de reiterarse que el importe de la enajenación, deberá ser destinado a obtener financiación bastante con la que volver a construir viviendas con protección pública⁵⁵.

Por consiguiente, la promoción que obtuvo calificación definitiva de viviendas con protección pública para arrendamiento según el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, también se puede enajenar. Así y según dispone la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Vivienda

de Protección Pública de la Comunidad de Madrid, las Viviendas con Protección Pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-ley 31/1978, quedarán sometidas al régimen de Protección Pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por este Decreto⁵⁶. De tal forma, podemos concluir con el artículo 20 del Decreto 11/2005: «las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a nuevos titulares, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de la promoción, con la obligación por parte de los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones».

En síntesis y de conformidad a los términos de la correspondiente normativa autonómica a la que nos hemos referido, existe habilitación legal suficiente para la enajenación por parte de la sociedad mercantil local de promociones de viviendas con protección pública, en régimen de arrendamiento y sitas en Madrid.

Por otro lado, no es impedimento como ya hemos visto para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto en favor de los arrendatarios⁵⁷, ya que el artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos excluye tales derechos «cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble».

Una vez materializada la enajenación a que nos referimos, se produce en la relación jurídica contractual subyacente una suerte de novación subjetiva⁵⁸ del arrendador, que en el caso que nos ocupa, pasaría de ser una sociedad mercantil local a un nuevo titular, siempre que se trata de una persona jurídica, incluidas sociedades o fondos de inversión inmobiliaria.

En efecto y haciendo un símil o analogía con la transmisión de las deudas, suscribo plenamente el criterio de la Profesora Moretón (MORETÓN SANZ, 2008, 275)⁵⁹ de no identificarlo como un supuesto de novación propiamente dicho. Así y siguiendo a la Profesora, dada la triple coexistencia de sistemas que regulan la institución de la expromisión y para cuando la deseada unificación de derechos europeos se materialice, mi propuesta *lege ferenda* es que el legislador también tenga en cuenta figuras análogas como la novación del arrendador mencionada⁶⁰.

III. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL DECRETO DE LA CAM 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE

Como sabemos, el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

Por tanto, dicho Decreto establece las condiciones básicas para la cesión en arrendamiento de las viviendas de Promoción Pública, definidas⁶¹ como aquellas viviendas promovidas sin ánimo de lucro por el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y por aquellos entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.

Considerando que su alcance se circunscribe a los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública, debe estimarse que, en definitiva, no afecta a la cesión en arrendamiento de aquellas viviendas de protección oficial de promoción privada.

En el caso concreto de los contratos de arrendamiento afectados, no les resultan de aplicación las disposiciones del Decreto 100/1986, por ser de carácter privado la promoción de dichas viviendas, y ello, porque tanto el suelo como las edificaciones, figuran inscritas en el Registro de la Propiedad como de dominio privativo de la sociedad municipal correspondiente, no hallándose destinados al uso o servicio público.

La naturaleza privada de los bienes inmuebles⁶² determina, legalmente, que la construcción de las viviendas deba ser considerada de promoción privada y en ningún caso promoción pública.

Dichos bienes inmuebles, como hemos expuesto anteriormente y a diferencia de los bienes de dominio público o demaniales, son perfectamente enajenables. Máxime cuando la enajenación, además, forma parte del tráfico jurídico característico y de la actividad habitual que constituye el propio objeto social de la concreta sociedad mercantil local.

En el presente caso, las viviendas cedidas en arrendamiento no están sujetas a ningún régimen de protección pública, no constando en los archivos públicos correspondientes⁶³, ni de la sociedad municipal propietaria que tengan calificación a tal fin en vigor, siendo por tanto libres.

1. DE LA CALIFICACIÓN DE VIVIENDA PROTEGIDA

Como circunstancia colateral al presente análisis, es necesario tratar la posibilidad de que en un plazo, más o menos largo, viviendas que originariamente tienen limitadas las facultades de disposición debido a su calificación definitiva como viviendas protegidas, pasen a ser viviendas libres. O, en su caso, por haberse tramitado la denominada «descalificación», consistente en la extinción del régimen determinado por las específicas características de la vivienda.

En este punto, las diferentes legislaciones autonómicas vigentes tienen también⁶⁴ normas distintas en relación a la descalificación. Así: el artículo 9 del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre de régimen de Vivienda de Protección Oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo de Euskadi, establece que las «viviendas que hayan sido objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en el presente Decreto, mantendrán permanentemente la misma, y por lo tanto, su naturaleza de protección oficial»⁶⁵; mientras que en Cataluña, el artículo 78.5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, prohíbe la descalificación por interés del propietario, pero no la excluye «por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda».

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid⁶⁶ establece como competencia exclusiva de esta Comunidad la materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. La competencia en materia de vivienda es transferida a la Comunidad de Madrid en virtud del Real Decreto 1115/1984, de 6 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de patrimonio arquitectónico, control de la calidad de la edificación y vivienda.

La Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid⁶⁷ es el marco normativo vigente en dicha autonomía, que tiene por objeto la ordenación urbanística

del suelo en la Comunidad de Madrid. El Título IV regula la intervención en el uso del suelo, en la edificación y en el mercado inmobiliario. El texto de la Ley disciplina la parcelación en las diversas clases de suelo y contempla las distintas modalidades de intervención de la Comunidad de Madrid, distinguiendo las calificaciones urbanísticas y los proyectos de actuación especial. Por otra parte, reglamenta la intervención de los ayuntamientos en actos de uso del suelo, construcción y edificación. Especial consideración merece la previsión que efectúa la Ley en relación con las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Así, se ha establecido la cautela de exigir, por parte de los entes locales, la calificación provisional en el acto de solicitud de la preceptiva licencia urbanística y de la calificación definitiva en el acto de solicitud de la licencia de primera ocupación⁶⁸.

De igual modo, respecto de este tipo de viviendas, se introduce la posibilidad de que la Comunidad de Madrid pueda ejercer los derechos de tanteo y retracto tanto sobre el suelo cuyo destino, según el planeamiento, sea la construcción de viviendas en régimen de protección, como sobre las propias viviendas sometidas a este régimen.

Las denominadas como Viviendas de Protección Oficial⁶⁹ son, en puridad, las viviendas promovidas al amparo del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial. A partir del Reglamento que lo desarrolla⁷⁰, se dictan normas estatales para el fomento de las VPO, a través de planes trienales o cuatrienales, aprobados por decretos. Todos los planes anteriores al vigente en cada momento se derogan, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo.

Con la publicación del Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, sobre Medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de Vivienda y Suelo para el periodo 1996-1999, se determinó que las ayudas reguladas por el Estado fueran gestionadas y ejecutadas por las Comunidades Autónomas, es decir, que el reconocimiento del derecho a las ayudas económicas financiadas con fondos estatales debía hacerse por las Comunidades Autónomas de acuerdo con su propia normativa.

Por ello, la aplicación y desarrollo de los planes estatales se efectúa mediante convenios de colaboración entre el Ministerio encargado de la competencia en materia de vivienda y las Comunidades Autónomas. Estas últimas pueden mejorar y completar, a través de su propia normativa, las condiciones generales que fija el plan.

Mediante el Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid⁷¹, se regula el concepto y régimen jurídico de la denominada Vivienda con Protección Pública⁷². Así queda desvinculado del sistema de financiación cualificada de la misma, que pueda establecerse en el marco de cada Plan de vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de vivienda y suelo, que podrá variar⁷³ sin afectar a dicho régimen jurídico.

Por tanto, el Reglamento de viviendas protegidas regula las diferentes tipologías de Vivienda con Protección Pública, estableciendo su régimen jurídico, es decir, sus características, los derechos y obligaciones a los que se ven sometidos los titulares o arrendatarios de este tipo de viviendas en la Comunidad de Madrid. Podemos distinguir en dicho reglamento entre vivienda protegida estatal y vivienda protegida promovida con recursos de la Comunidad de Madrid. Pero, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, extiende idéntico régimen

jurídico de las Viviendas con Protección Pública a las Viviendas de Protección Oficial, ya sean de promoción privada o de promoción pública, promovidas en la Comunidad de Madrid, así como a las Viviendas con Protección Pública calificadas al amparo de decretos anteriores.

Efectivamente, la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, aún en vigor, somete a las viviendas calificadas por decretos anteriores al régimen de protección pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento⁷⁴.

La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para venta o uso propio, calificadas definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de aquel Decreto, varía en función de la normativa que los regula⁷⁵.

En definitiva, las viviendas protegidas están sometidas a un régimen legal de protección durante un número determinado de años, que variará en función de la tipología de vivienda en cuestión. Durante este plazo, los propietarios no podrán vender o transmitir la vivienda a un precio libre, sin embargo sí podrán hacerlo⁷⁶ si concurra un precio máximo legal de venta.

Dicho precio máximo, de acuerdo al artículo 12 del Decreto 74/2009, será establecido, por metro cuadrado de superficie útil, para cada una de las localidades o ámbitos intraurbanos del territorio de la Comunidad de Madrid, mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda; con las matizaciones de la Disposición Adicional Segunda, para Viviendas de Protección Oficial de promoción pública.

Los últimos precios máximos de venta de las Viviendas con Protección Pública Básica (VPPB) y de las Viviendas con Protección Pública de Precio Limitado (VPPL) han sido establecidos mediante Orden 116/2008, de 1 de abril de la Consejería de Vivienda, por la que se adecuan y adaptan los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a lo dispuesto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, y su modificación por Real Decreto 14/2008, de 11 de enero.

Por tanto, las viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Madrid poseen un régimen legal de protección que se refiere a las características, requisitos y limitaciones a los que han de someterse. En particular:

- Están sujetas a unos límites máximos en cuanto a su superficie y precio de venta y de renta.
- Se deben destinar a domicilio habitual y permanente, sin que puedan destinarse a segunda residencia o cualquier otro uso.
- Para cualquier obra o reforma es necesario solicitar autorización a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación.
- Han de ajustarse a la normativa estatal y autonómica en materia de edificación y, además, debe cumplir con las normas técnicas de diseño y calidad específicas para las Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

Los planes de vivienda suponen un conjunto de medidas de apoyo a la ciudadanía en el acceso a una vivienda digna. En este sentido, la actuación de la Administración autonómica en viviendas con protección pública se concreta en: controles técnicos sobre las mismas, estableciendo los requisitos de acceso para

los solicitantes, la renta máxima así como el precio máximo legal de venta y otorgando ayudas económicas.

Las viviendas son construidas y comercializadas por los promotores, sean estos públicos o privados. Dichos promotores solicitan a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación la calificación provisional de las viviendas que promueven como vivienda con protección pública.

La calificación provisional es otorgada por la Consejería de Vivienda a un proyecto de ejecución de vivienda, previo a la terminación de las obras. Momento en que se podrá solicitar y, en su caso, obtener la calificación definitiva, por la que se declara su protección pública y se establece su régimen legal. Por tanto, las viviendas adquieren su condición definitiva con la calificación de idéntico adjetivo (definitiva) de vivienda con protección pública.

Por otro lado, los solicitantes de vivienda con protección pública deberán documentar el cumplimiento de los requisitos de acceso ante los promotores que, a su vez, han de documentarlo ante la Administración autonómica.

Tras la reciente entrada en vigor, el 11 de abril 2013 y al día siguiente de su publicación, del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, es preciso destacar, a vuelo de pluma, algunas de sus novedades que atañen a nuestro estudio.

En efecto, los planes estatales que se han ido aprobando en años anteriores, eran continuistas y se centraban en un objetivo: incentivar la promoción y la construcción de viviendas. Este modelo va a ser objeto de cambio con el nuevo Plan estatal, determinando un vuelco absoluto en sus fines. Pasan a ser los ejes básicos de este Plan el fomento del alquiler y la rehabilitación, renovación y regeneración urbanas. También, incluye un Programa de ayuda al alquiler de vivienda.

Según la Disposición Adicional Cuarta del Plan de vivienda y al objeto de que se puedan comercializar lo antes posible, podrá modificarse la calificación provisional o definitiva de las VPO en venta, «procedentes de promociones de viviendas protegidas acogidas a financiación de los planes estatales de vivienda, como también vivienda protegida en alquiler». Pero dicha recalificación «no legitimará la obtención de nuevas ayudas estatales».

El Plan también permite que, durante el plazo máximo de tres años, se puedan descalificar las viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación y destinadas a la venta, pero siempre que hayan transcurrido al menos seis meses desde su calificación definitiva, y concurren las siguientes condiciones, sin perjuicio de las que puedan determinar las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla:

- a) Que la VPO se haya intentado adjudicar sin éxito y tras quedarse desierto, como mínimo, un ochenta por ciento del total de las viviendas.
- b) Hallarse situadas en un ámbito territorial específico en el que pueda acreditarse con datos objetivos y de manera fehaciente que existen suficientes viviendas procedentes de la promoción libre, de similares características, tamaño y precio, terminadas en los últimos dos años, y sin vender.

Además, este Plan de vivienda posibilita el cambio de calificación de la vivienda protegida en venta a vivienda protegida en alquiler y viceversa.

En cualquier caso, toda VPO «descalificada», tendrá que reintegrar las ayudas económicas estatales percibidas, es decir, ayudas, bonificaciones y exenciones tributarias. Para realizar esta modificación, que deviene en recalificación o

descalificación, es necesario comunicarlo al Ministerio de Fomento en el plazo máximo de diez días y al Registro de la propiedad.

Finalmente, cabe una mención a la andaluza Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, curiosa ley de la función social de la vivienda, en la que un principio rector, el derecho a la vivienda, viene a desplazar el derecho a la propiedad, también porque mezcla medidas de fomento de la vivienda, con procedimiento sancionador y la obligación de las compañías suministradoras a «denunciar» a sus clientes que no consumen.

Además hay que señalar al respecto, que el Tribunal Constitucional por Auto de 22 de octubre de 2013 anuló la medida cautelar acordada de suspensión del también andaluz Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, con motivo de la «desaparición sobrevenida de objeto del incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión», al ser convalidado y tramitado por el Pleno del Parlamento de Andalucía como proyecto de ley, por el procedimiento de urgencia, dando lugar en definitiva a la meritada ley autonómica y a la derogación por el Gobierno autonómico del precitado Decreto. Desaparición del objeto, análoga en la práctica procesal, al artículo 22 LEC relativo a la terminación del proceso por satisfacción extraprocetal o carencia sobrevenida de objeto, cuando por ejemplo se enerva la acción de desahucio o abandonaban voluntariamente la vivienda los demandados.

2. EL SUPUESTO DE LA «DESCALIFICACIÓN»

Como ya adelantamos, por descalificación de una vivienda protegida, ya sea Vivienda con Protección Pública o Vivienda de Protección Oficial de promoción privada, se entiende la extinción del régimen legal de protección pública por el cual se regía la vivienda en lo relativo a sus características, condiciones de uso, conservación y responsabilidades, ayudas económicas y fijación de precios máximos. Tras lo cual las viviendas pasan a ser, a todos los efectos, viviendas libres. Dicha situación se puede obtener por el transcurso del tiempo establecido de duración de su régimen legal o, en determinadas circunstancias, por solicitud del propietario de la vivienda.

La descalificación supone, por tanto, la extinción del régimen legal de protección de las viviendas protegidas, de forma que estas pasan a ser, a todos los efectos, viviendas libres. Se puede producir, además del transcurso de la duración de su régimen legal, por los siguientes motivos:

- Voluntariamente, por solicitud del propietario de la vivienda a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, transcurrido un periodo mínimo legalmente establecido, con algunas excepciones: si se trata de viviendas de protección oficial de promoción pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre o bien, en el caso de viviendas de integración social⁷⁷.
- Como consecuencia de sanción impuesta.

En la extinción voluntaria del régimen legal tenemos que distinguir según se trate de Vivienda con Protección Pública (VPP) y Vivienda de Protección Oficial (VPO) de promoción privada.

Para la descalificación de la vivienda debe haber transcurrido un mínimo de quince años desde la calificación definitiva⁷⁸ o bien cinco años, si se trata de VPO de promoción privada acogida al Decreto 2114/1968, de 24 de julio⁷⁹.

Para ambos tipos de viviendas protegidas habrá de justificarse las circunstancias por las que se insta la descalificación; siendo sus requisitos: que el préstamo cualificado haya sido amortizado o novado a uno libre, restituir las ayudas económicas y bonificaciones y/o exenciones tributarias⁸⁰ con sus intereses legales correspondientes. La Administración concede la descalificación si no se derivan perjuicios para terceros o el interés social.

Para las viviendas con protección pública, además si se hubiera disfrutado de un derecho de superficie o suelo gratuito, habrá de restituir a la Administración aportante un importe equivalente a la mitad del precio legal de la vivienda en el momento de la descalificación. No podrá ser descalificada la vivienda si está ocupada por un inquilino en régimen de arrendamiento. Tampoco si se hubiera obtenido un préstamo convenido⁸¹, en cuyo caso el régimen legal se extenderá a treinta años, dentro de los cuales no cabrá la descalificación voluntaria.

Por todo lo anteriormente expuesto, como por ejemplo que no gozan de calificación de viviendas protegidas, podemos concluir que no resulta de aplicación, a los contratos de arrendamiento del caso que nos ocupa, el Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid.

Además, así lo entiende y avala la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁸², que asevera lo siguiente: «En todo caso, aunque entendiéramos aplicable el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid, se ha de tener en cuenta lo establecido en la disposición adicional primera del mismo, al disponer: El presente Decreto, con las particularidades que se señalan en las disposiciones siguientes, será de aplicación a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los siguientes grupos de viviendas, transferidas al Patrimonio del Instituto de la Vivienda de Madrid y afectadas por operaciones de renovación o rehabilitación: a) Poblado de absorción de Canillas. b) Poblado de absorción de Caño Roto. c) Poblado de absorción de Comillas. d) Poblado de absorción de Fuencarral A. e) Poblado de absorción de Fuencarral B. f) Poblado de absorción de General Ricardos. g) Poblado de absorción de Villaverde Cruce. h) Poblado de absorción de Viña de Entrevías. i) Cualesquier otros grupos a los que total o parcialmente, previo acuerdo del Consejo de Administración del Instituto de la Vivienda de Madrid, se declare de aplicación. Y no consta que por el Instituto Municipal de la Vivienda de Madrid haya acordado la aplicación del Decreto a la vivienda objeto del presente recurso, o que la misma se encuentre en alguno de los Poblados a los que se refiere la citada disposición adicional, máxime cuando la estipulación décima del contrato de arrendamiento (folio 22 de las actuaciones) solo se remite a las normas de viviendas con Protección Oficial y la LAU de 24 de noviembre de 1994».

Pero, a mayor abundamiento de todo lo dicho sobre la inaplicabilidad al supuesto de hecho en estudio del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, se suma con fuerza la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso⁸³, que concluye que lo determinante para la aplicabilidad de las normas de dicho Decreto es que se trate de viviendas del patrimonio del IVIMA⁸⁴, todo ello en consonancia con la modificación sufrida por dicha norma⁸⁵.

Así, en el Fundamento de Derecho Segundo, sobre la justificación de la Sentencia recurrida, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sostiene lo siguiente⁸⁶: «Por tanto, lo determinante para que proceda la aplicación de esta Disposición Adicional —que conlleva la aplicación de las normas de dicho De-

creto con las particularidades indicadas— es que se trate de viviendas que sean del patrimonio del IVIMA⁸⁷ y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación, con independencia de que sean o no viviendas de promoción pública».

Por consiguiente lo que antecede nos determina, aún más si cabe, que el reiterado Decreto no es aplicable a los contratos de arrendamiento implicados⁸⁸ en el supuesto de hecho objeto del presente estudio, por más que se refieran expresamente en su clausulado y literalidad al propio Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.

IV. ANÁLISIS DE CIERTAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

En la Estipulación Quinta de los propios contratos de arrendamiento tratados se establece⁸⁹: «Las partes se someten a las disposiciones vigentes en todo momento si son de obligada observancia y en otro caso, a las presentes condiciones...». Si se someten a las disposiciones vigentes de obligada observancia y en todo momento, lo hacen, por tanto, a la Ley de arrendamientos urbanos aplicable, que es de rango superior y ámbito estatal, en detrimento del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid.

Pues bien, el artículo 4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁹⁰ establece la normativa general que ordena el sometimiento de todos los arrendamientos a las disposiciones de los Títulos I, IV y V de la mencionada ley. A continuación, el sometimiento de los arrendamientos de viviendas al Título II, por ser normas imperativas. Y finalmente, a los arrendamientos para fines distintos al de vivienda les será de aplicación el Título III, de carácter dispositivo y en defecto de lo establecido por las partes.

A mayor abundamiento, la Estipulación Sexta de los contratos expresa que: «Las partes podrán dar por terminado el presente contrato, avisándose mutuamente con un mes de antelación cuando las Leyes lo permitan». Por consiguiente, se pone una traba en la duración indefinida de los contratos, pues las partes pueden terminarlos, pero cuando las leyes lo permitan, revelando la supremacía de la Ley de arrendamientos urbanos frente a los pactos de las partes contratantes.

No obstante, hay que tener siempre presente a este respecto que tanto en la antigua Ley de arrendamientos urbanos, TRLAU 1964, como en la LAU de 1994 y en la nueva Ley del Gobierno en la materia⁹¹, el propietario tiene un «derecho sustantivo» a recuperar la vivienda.

1. LA TEMPORALIDAD DE LOS CONTRATOS ARRENDATICIOS

Y cabe entender que la precitada estipulación hace referencia al criterio denominado de temporalidad de los contratos de arrendamiento, elemento ventilado por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 2008, cuya doctrina ha sido reiterada, entre otras por ejemplo, en la de 22 de junio de 2009. Por tanto, a juicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida».

Así, el Alto Tribunal al respecto establece en una de sus Sentencias⁹² lo siguiente⁹³: «En los contratos de arrendamiento celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-ley 2/1985, es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda; una de las novedades más importantes introducidas

por el Real Decreto-ley 2/1985, respecto de la legislación arrendaticia anterior, fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, para imperar desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, con la desaparición, por tanto, de la renovación temporal automática, que, por imperativo legal, regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual, consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen.— Por ello, se necesita examinar cuál es la intención de las partes, a fin de determinar si lo realmente querido por el arrendador y el arrendatario es someterse, en cuanto a su duración, al mentado sistema de prórroga forzosa y, en el caso que nos ocupa, la cláusula del contrato de arrendamiento referente a su duración, tras calificar esta como indefinida, no hace ninguna referencia a una supuesta prórroga forzosa, sin que sea lo mismo la tácita reconducción prevista en dicho precepto que la prórroga forzosa de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos».

Análogamente, se pronuncia la Sala Primera del TS en esta otra ocasión⁹⁴ y en el año 2009⁹⁵: «Vamos a examinar en primer lugar el motivo segundo del recurso de casación, que el recurrente sustenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La cuestión que se somete a análisis se centra en si la utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, de expresiones tales como «tiempo indefinido» o «por meses», lleva o no a la conclusión de que las partes se han sometido al régimen de prórroga forzosa. Este asunto ya ha sido resuelto por esta Sala, en el sentido de que el uso de las referidas expresiones no supone, en modo alguno, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa que aparecía regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. Es más, el término «indefinido» resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 26 de febrero de 1992 y 25 de noviembre de 2008) en tanto la temporalidad es una de sus características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Tales razonamientos conducen a la estimación de este motivo del recurso».

El Tribunal Supremo declara, en este otro caso, la resolución del contrato de arrendamiento, suscrito con fecha 1 de agosto de 1987, por expiración del plazo del arrendamiento. En un recurso en que el juez *a quo* había desestimado la demanda rectora. De dicha Sentencia⁹⁶ tiene especial interés, recoger aquí, lo siguiente⁹⁷: «Además, en los contratos de arrendamiento celebrados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/85 es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda. Y es que, como es sabido, una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto Ley 2/1985 respecto de la legislación arrendaticia anterior fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, imperando desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, desapareciendo por tanto la renovación temporal automática que por imperativo legal regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1.255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen. En el mismo sentido se pronuncian las STS de 4 de marzo de 2009, de 29 de diciembre de 2009 (241/2005), y de 7 de julio de 2010.— C) La Audiencia Provincial no ha realizado una interpretación contraria a las normas de hermenéutica.— La interpretación efectuada no solo no con-

traviene la doctrina jurisprudencial alegada, sino que no es incompatible con la misma, además de seguir fielmente las últimas Sentencias dictadas al respecto en procedimientos semejantes».

De acuerdo a la propia mención en los contratos de arrendamiento del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, estos se prorrogarían indefinidamente siempre que se dieran las condiciones económicas y no tener el inquilino otra vivienda, cabe recordar la previsión legal del artículo 1.255 del vigente Código Civil⁹⁸. ¿Pues no sería contrario al espíritu de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 un contrato de arrendamiento de una duración «indefinida»? Piénsese que el antiguo TRLAU de 1964 limitaba el número de subrogaciones posibles y la LAU de 1994, aplicable al supuesto en estudio, no las limita, precisamente, porque limita la duración de los contratos.

2. ANTINOMIA JURÍDICA Y/O CONFLICTO DE LEYES

Si, como parece, entendemos que se plantea respecto a la duración de los tan repetidos contratos, un cuasi-conflicto de normas entre la aplicación a los mismos del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre⁹⁹ o la aplicación de la LAU de 1994 y el Código Civil, recordemos que la Teoría General del Derecho ante el «conflicto normativo»¹⁰⁰ ha propuesto tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable¹⁰¹, a saber:

- 1.º. La jerarquía: la norma de rango superior prima sobre rango inferior y sin duda, la LAU de 1994 es una ley que tiene mayor rango jerárquico que el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.
- 2.º. La especialidad: norma especial prima sobre norma general.
- 3.º. Y la temporalidad: norma posterior prima sobre norma anterior.

En puridad, debe entenderse por «antinomia jurídica»¹⁰² la incongruencia o contradicción real o aparente de las leyes con el sistema jurídico¹⁰³, o consigo mismas, o respecto de otras leyes o de partes de ellas. Es preciso señalar, que todo ordenamiento jurídico procura tener coherencia interna, es decir, que una norma o dos normas aplicables al mismo caso no den soluciones contradictorias. Cuando esto sucede, se aplica al caso concreto la norma posterior, o la de rango superior o la prevalencia de la especial sobre la general, si tales presupuestos no se dan, ocurre propiamente un «conflicto de leyes».

O como define Norberto Bobbio (BOBBIO, 1960, 216), aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.

Así las cosas, uno de los criterios más utilizado para resolver las antinomias jurídicas, es el principio de jerarquía normativa, que establece que la norma superior prevalece sobre la inferior¹⁰⁴. Para Bobbio, cuando se dé el conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico siempre se resolverá a favor del jerárquico¹⁰⁵.

Por otro lado y desde el punto de vista de una antinomia jurídica formal entre dos leyes: la LAU de 1994 y Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal¹⁰⁶, los letrados del IVIMA han defendido —con mal pronóstico— en sede judicial el uso del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, para que el Organismo no abone las cuotas comunitarias de las viviendas patrimonio del IVIMA, cedidas en arrendamiento conforme al repetido Decreto. Y la Audiencia

Provincial de Madrid¹⁰⁷ determinó, básicamente, que el Decreto de tan repetida mención, ha de ceder en favor de la LPH, de la siguiente forma¹⁰⁸:

«El organismo recurrente insiste en la inexigibilidad de la deuda, por cuanto las disposiciones que invoca [Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre], imponen la obligación de pagar las cuotas comunitarias a los beneficiarios de los arrendamientos sobre dichas viviendas. CUARTO.— El recurso es enteramente rechazable, porque en Derecho Privado no se reconoce la transmisión de deudas, ni la subrogación de un deudor por otro, sin cumplir las formalidades y garantías legalmente exigidas, y, sobre todo, sin conocimiento ni consentimiento del acreedor (art. 1205 del Código Civil), que en este caso es la Comunidad de Propietarios».

3. APLICACIÓN DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 y antes del 1 de enero de 1995¹⁰⁹ que sigan vigentes en esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LAU de 1994, se regirán por el TRLAU 1964 y por el artículo 9 del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, regulando este su duración. Por tanto, durarán el tiempo libremente pactado, no existiendo prórroga forzosa *ex* artículo 57 TRLAU 1964, a menos que se pacte expresamente. Concluido el periodo pactado, si el arrendatario continúa en la ocupación, resultará de aplicación el artículo 1.581 en relación con el artículo 1566 del Código Civil, y podrá producirse la tácita reconducción, rigiéndose el arrendamiento renovado por las normas de la LAU de 1994.

Como única diferencia, entre contratos de vivienda y de local, la referida Disposición Transitoria Primera prevé para los primeros (de vivienda), una vez finalizado el plazo contractual, una tácita reconducción por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9. Transcurridos estos tres años, operará la tácita reconducción de acuerdo con los artículos 1566 y 1581 del Código Civil¹¹⁰.

Tras un periodo inicial de confusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de la interpretación y alcance del artículo 9 del Real Decreto-Ley 2/85, se consolidó la postura jurisprudencial según la cual, los contratos de arrendamiento sometidos a la legislación especial de arrendamientos urbanos y concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, se encontraban excluidos del beneficio de la prórroga forzosa. Salvo que las partes contratantes pactasen la sumisión a la misma, bien constando esta expresamente en el contrato, bien porque resulte que fue tal la intención de las partes; de tal manera que, en caso de que tal sumisión sea implícita, esta deberá deducirse de actos inequívocos y concluyentes. Así pues, es preciso determinar cuál fue la voluntad de las partes al concluir el contrato, a través de la interpretación de este.

Como ya se expuso, dicho criterio ha sido suscrito por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de noviembre de 2008, reiterado en la de 22 de junio de 2009. De modo que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida» o con expresiones similares («por años»). Y sin que quepa reconducir tales expresiones a un supuesto de prórroga forzosa, cuyo pacto, siendo posterior al 9 de mayo de 1985, debería constar con toda claridad y sin ninguna duda. Indefinido o por años, no puede significar más que —lógicamente, por aquella

temporalidad— no definido, a «definir» con la expresa previsión que, para el caso¹¹¹, establece el artículo 1981 del Código Civil, es decir será como se fijó el alquiler (anual, mensual, ...). De modo y manera que transcurrido dicho plazo, solo puede continuar por tácita reconducción, salvo denuncia *ex* artículo 1566 del mismo cuerpo legal¹¹².

Si la cuestión es dudosa hay que entender que no existe tal sometimiento a prórroga. Las sentencias de fecha 7 de julio de 2010 (núms. 414/10 y 415/10) van aún más allá y reforzando la STS de 29 de diciembre de 2009, la 415/10, citando a esta última, afirma: «aunque desapareció el sistema de prórroga forzosa, nada impide, según la misma sentencia, que, ‘si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, continúa la misma sentencia ‘es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento», ya que, «en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido’. Y concluye: ‘el referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante».

Por su parte, la STS núm. 414/2010 declara como doctrina jurisprudencial¹¹³ la siguiente:

«1.º. Reiterar como doctrina jurisprudencial que la existencia de cláusulas oscuras en contratos de arrendamiento celebrados una vez se produjo la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985 no permite considerar que existe pacto expreso de sometimiento al régimen de prórroga forzosa regulado en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964».

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado expresa y reiteradamente¹¹⁴ la validez y eficacia de las cláusulas de sumisión expresa a la prórroga forzosa en contratos posteriores al tan repetido Real Decreto 2/1985, que se mantiene a la entrada en vigor de la LAU de 1994. En este sentido la primera de las Sentencias del TS citadas declara: «El RDL 2/1985, de 30 de abril, y concretamente el artículo 9, no suprime de plano la prórroga forzosa en los arrendamientos. Lo que ha hecho es liberar a los nuevos arrendadores de la restricción que de forma imperativa sujetaba a los contratos arrendaticios a través de la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario, a que venía respondiendo el artículo 57 LAU, más sin impedir su inclusión en el contrato por voluntad expresa de las partes, [...], y ello no es incompatible con el carácter temporal consustancial a los arrendamientos puesto que su vigencia es la propia de un contrato celebrado al amparo de un sistema normativamente previsto y jurisprudencialmente aceptado en el que lo que se pacta es un tiempo determinado expresamente vinculado a la prórroga, lo cual no supone «perpetuidad» sino sujeción a un periodo cierto condicionado a las causas de resolución legalmente previstas y al cumplimiento de las obligaciones que a cada parte contratante compete, en un sistema que el propio legislador ha respetado

y que toma como referencia la unidad del contrato de arrendamiento y la consideración de la totalidad de los derechos y obligaciones que las partes voluntariamente asumieron desde la diversa posición que una y otra tienen dada la particular naturaleza del mismo».

Por consiguiente, esta última consideración nos llevaría a determinar de forma simple el marco temporal configurado por la normativa de aplicación al caso concreto que nos ocupa, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997¹¹⁵, aunque existió una tácita reconducción de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente¹¹⁶ desde esa fecha.

4. TÁCITA RECONDUCCIÓN

En este punto, conviene aclarar el concepto y alcance de la tácita reconducción. Habida cuenta, que prórroga y tácita reconducción son figuras distintas que implican consecuencias dispares.

La prórroga implica la continuación del anterior contrato. No es un nuevo contrato sino el mismo, por lo que no se altera su clausulado y las garantías prestadas por terceros se mantienen, así como los pactos celebrados entre las partes durante la vigencia del contrato. La prórroga puede tener diversas acepciones en la legislación arrendaticia, según los supuestos que contemple y en mérito de las mismas implicarán plazos diversos: prórroga voluntaria¹¹⁷, prórroga legal forzosa¹¹⁸, prórroga obligatoria¹¹⁹ o prórroga tácita¹²⁰.

Por la tácita reconducción, continúa la relación arrendaticia mediante la aparición de un nuevo arriendo, consentido en forma tácita y con efectos novatorios respecto al primero. En tal supuesto se extinguen, salvo pacto expreso, las garantías de terceros y el nuevo contrato puede estar sometido a un régimen jurídico distinto del inicial¹²¹.

Cabe recordar la ya tratada cuestión de la quiebra, por venta en bloque o en globo, de los derechos de adquisición preferente a favor de los inquilinos. En estrecha conexión con lo anterior y aunque como hemos dicho las repetidas viviendas implicadas no gozan de calificación alguna, la habilitación legal para vender promociones enteras de viviendas protegidas, asunto también tratado.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. La temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida». Por tanto, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento estudiados del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997¹²², existió una tácita reconducción de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente desde esa fecha¹²³. Sin que, por referirse dichos contratos en su clausulado al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, podamos colegir, con una interpretación literal y simplista, que son inquilinos vitalicios, mientras se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron a la vivienda. Pues lo contrario, primar la duración indefinida basada en el Decreto, pudiera incluso conculcar la previsión legal del artículo 1255 del vigente Código Civil.

II. No es impedimento para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto a favor de los arrendatarios¹²⁴, ya que el artículo 25.7 de la aplicable LAU de 1994 excluye tales derechos: «cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble».

III. La enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid¹²⁵, cuentan con la habilitación legal autonómica tanto del artículo 20 del Decreto 11/2005 de 27 de enero¹²⁶, como del vigente artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio.

IV. La concreta sociedad mercantil local tiene un cien por cien de capital suscrito por el Ayuntamiento de Madrid y su régimen jurídico es, fundamentalmente, el ordenamiento jurídico privado, según el artículo 85 ter de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Además, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 2, excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades mercantiles.

V. La alegación del artículo 47 de nuestra Carta Magna, como impedimento a la enajenación lo es a un principio rector de la política social y económica y, por tanto, no es exigible en vía jurisdiccional. En consonancia con la actuación, que de los poderes públicos se predica en dicho precepto, hay de subrayarse que el importe obtenido de la enajenación de promociones habrá de ser destinado por la sociedad mercantil local a obtener financiación bastante con la que volver a construir Viviendas con Protección Pública.

VI. Mas, el artículo 4.1.p) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos. En definitiva, en la potencial enajenación de promociones de viviendas objeto de estudio, rigen los artículos 1445 y siguientes del Código Civil.

VII. Finalmente, el tan reiterado Decreto regula la cesión de Viviendas de Protección Oficial de promoción pública y las viviendas afectadas no tienen dicha calificación; ni pertenecen al patrimonio del IVIMA, para que les sea de aplicación, como ha establecido la jurisprudencia, el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.

VIII. A mayor abundamiento, la LAU de 1994 tiene, como es evidente, rango normativo de Ley y creo que debe prevalecer al carácter normativo, pero reglamentario, del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre. Además, el artículo 4 LAU de 1994 establece la normativa general que ordena el sometimiento de todos los arrendamientos a las disposiciones de los títulos I, IV y V. A continuación el de los arrendamientos de viviendas, al Título II¹²⁷ y de los otros arrendamientos para fines distintos al de vivienda, al Título III¹²⁸. Es decir, el artículo 25¹²⁹ está ubicado en el Título II, capítulo IV¹³⁰ y es, por consiguiente, norma imperativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

- ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.) (2006). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Edersa.
- BARRERA VILÉS, F. (2009). Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local, *Revista Electrónica CEMCI* [En línea], Número 2: enero-marzo de 2009, p. 2. www.cemci.org/revista/revista2/documentos. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

- BLANCO BAREA, J. Á. (2004). *Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas, normativa estatal y autonómica*, Granada: Comares.
- BOBBIO, N. (1991 traducción), *Teoría General del Derecho*, Madrid: Debate.
- BORRAJO INIESTA, I. (1993). El intento de huir del Derecho administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo* 78. Madrid: Civitas.
- CALAZA LÓPEZ, M. S. (2011). Principios rectores del proceso judicial español, Madrid: *RDUNED*, 8, 49-84.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1925). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II, Obligaciones y Contratos, Madrid: REUS.
- CREMADES MORANT, J. (coord.) (2011). *Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio*. Madrid, 9, 10 y 11 de febrero de 2011. CGPJ [En línea], pp. 17 y sigs. www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.
- DE MIGUEL MARTÍN, P. J. (2001). Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BIB 2000\2046), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 26/2001.
- DE PAGE, E. (1925). *De l'interpretation des lois*. Lausana.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2006). El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, (coord.) Abril Campoy y Amat Llari, vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil*. Vol. III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral, Tanteo y retracto en el arrendamiento urbano, Madrid: Tecnos, 11.^a ed.
- Estatutos Sociales de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., www.emvs.es/. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.
- LASARTE ALVÁREZ, C. (2013). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson. 5.^a ed.
- (2012). *Compendio de Derechos Reales. Los derechos de adquisición preferente*, Madrid: Marcial Pons.
- (2011). *Principios de Derecho civil*, Tomo III. Contratos, Madrid: Marcial Pons, 15.^a ed.
- (1984). Las corrientes metodológicas y el Derecho civil, en *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 371-418.
- LLAMAS POMBO, E. (coord.) (2007). *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia doce años después*, Madrid: La Ley, 1.^a ed.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, 1747-1767.
- (2008a). Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, Madrid, abril-junio de 2008.
- (2008b). *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid: Lex Nova, 1.^a ed.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012). *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Madrid: E. Universitaria Ramón Areces, 1.^a ed.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (et al., Dir.) (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 14, 2.^a ed.
- ZEGARRA VÍLCHEZ, J. C. (2005). *Aplicación del principio de especialidad en las normas tributarias*, [En línea] www.zyaabogados.com. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 19 de octubre de 1989
- STC 20 de marzo de 1997
- STC 8 de julio de 2013
- AUTO 22 de octubre de 2013

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 10 de febrero de 1998
- STS 19 de septiembre de 2002
- STS 6 de noviembre de 2006
- STS 22 de julio de 2008
- STS 31 de octubre de 2008
- STS 31 de octubre de 2008
- STS 25 de noviembre de 2008
- STS 25 de noviembre de 2008
- STS 22 de junio de 2009
- STS 22 de junio de 2009
- STS 18 de diciembre de 2009
- STS 18 de diciembre de 2009
- STS 29 de diciembre de 2009
- STS 29 de diciembre de 2009
- STS 29 de diciembre de 2009
- STS 10 de marzo de 2010
- STS 10 de marzo de 2010
- STS 18 de marzo de 2010
- STS 18 de marzo de 2010
- SSTs 7 de julio de 2010
- STS 11 de noviembre de 2010
- STS (Sala de lo Contencioso) 17 de noviembre de 2010
- STS 20 de julio de 2011

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Zaragoza 18 de noviembre de 1999
- SAP Vizcaya 7 de julio de 2000
- SAP Cádiz 14 de octubre de 2002
- SAP Madrid (Sección 12.^a) 5 de junio de 2007
- SAP Madrid (Sección 9.^a) 12 de junio de 2008
- SAP Madrid (Sección 20.^a) 17 de junio de 2009

NOTAS

¹ En cuanto a la tendencia al sistema de propiedad frente al arrendamiento en España, cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos

de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, 1747-1767.

² Cfr. el artículo periodístico titulado: Los inquilinos con menos recursos acusan a Ana Botella de querer deshacerse de ellos, *El Boletín.com*, año IV, Madrid, jueves 14 de marzo de 2013, sección: Nacional, www.elboletin.com. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013. También GARCÍA GALLO, Bruno, Alquiler difícil, hipoteca imposible: La EMVS [Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.] mantiene su tira y afloja con 117 familias, a las que ofrece una opción de compra inasequible. Madrid, *El País* [En línea], 2 de abril 2013: [...] Dato 3. Los contratos de alquiler de las 117 familias vencen cada dos años, según la EMVS. Las familias creen en cambio que se rigen por el Decreto 100/86, es decir, que la renovación es automática de por vida en las mismas condiciones. La EMVS considera que 24 de esos contratos ya han vencido, y que aproximadamente medio centenar lo hará antes de junio. Por eso, ha dejado de cobrar el alquiler, y ha indicado a esos inquilinos que se dirijan a sus oficinas para formalizar un nuevo contrato. Tendría cinco años de vigencia, con tres de prórroga. El precio sería «en principio» similar al actual. La vivienda, la misma. Las familias deberían demostrar que cumplen los requisitos para beneficiarse del alquiler social. A los ocho años, se renovaría (en caso de seguir cumpliéndolos), aunque no se les asegura que entonces se mantengan las mismas condiciones y la misma vivienda. Los inquilinos se han negado, y han seguido pagando su alquiler en una cuenta de la EMVS de forma irregular. Ese dinero se les devolverá en breve. http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/02/madrid/1364932755_420858.html. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

³ Este Decreto fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del 31 de octubre de 1986 y es una norma vigente, de fecha anterior a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero de rango inferior y de ámbito territorial limitado, no estatal.

⁴ A pesar de la errónea literalidad de las cláusulas contractuales, lo que quiere expresarse es que se prorroga cada dos años, es decir, de forma bienal. Así se corrobora con la Estipulación Segunda, párrafo 1, de tales contratos que expresamente recoge: Las partes comparecientes contratan el arrendamiento de la citada vivienda por el tiempo de dos años...

⁵ Castigando especialmente al mercado inmobiliario, tras la explosión de la llamada, burbuja inmobiliaria.

⁶ En especial, determinadas promociones que pudieran resultar deficitarias.

⁷ Alrededor de los 3 euros por metro cuadrado útil al mes.

⁸ Artículo 9 Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

⁹ Artículo 1289 Código Civil: Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

¹⁰ STS, de 20 de julio de 2011 (Roj: STS 5536/2011), Antecedente Duodécimo: No puede aducirse respecto de la aquí demandante apelada un, *incivilter agere*, —o *incivile ac inusitatum*—; no actúa con, abuso de derecho, porque ella no está postulando sino la consecuencia jurídica anudada por el ordenamiento a la resolución unilateral del contrato de arrendamiento efectuada por la parte arrendataria. Por su parte la STS de 10 de febrero de 1998 recoge la doctrina de la de 5 de junio de 1972, la cual sienta, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de la propia Sala Primera, reflejada, entre otras, en la STS de 28 de noviembre de 1967, que para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios (SSTS, Sala Primera, de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de

junio de 1963 y 12 de febrero de 1964, 30 de mayo de 1995, 5 y 15 de marzo, 20 de julio y 25 de septiembre de 1996, 10 de febrero y 30 de junio de 1998), *id est*, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca del correlativo a una compensación equivalente (STS Sala Primera, de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959, 4 de octubre de 1961, 26 de abril de 1976, 2 de junio y 7 de julio de 1981, 22 de abril de 1983, 25 de junio de 1985, 14 de febrero y 30 de junio de 1986, 9 de septiembre de 1987, 12 de noviembre de 1988, 1 y 27 de febrero de 1990, 5 de marzo y 11 de mayo de 1991, 20 de febrero y 3 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 5 de abril de 1993, 6 de mayo, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994, 13 de febrero de 1995, 5 de marzo y 25 de septiembre de 1996, 4 de julio y 10 de octubre de 1997), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (SSTS Sala Primera, de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima, *qui iure suo utitur neminem laedit* (SSTS Sala Primera, de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966); a salvo, claro está, que el Tribunal Sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de, *iusta causa litigantis* (SSTS, Sala Primera, de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933, 13 de junio de 1942, 14 de febrero de 1944, 17 y 27 de febrero de 1958, 4 de marzo y 22 de septiembre de 1959, 7 de junio y 25 de noviembre de 1960, 4 de octubre de 1961, 10 de junio de 1963, 17 de abril y 17 de noviembre de 1965, 12 de febrero de 1966, 28 de noviembre de 1967 y 5 de junio de 1972, entre otras). Sobre deber acudirse a este expediente solo en casos patentes (SSTS Sala Primera, de 6 de abril de 1987, 20 de febrero de 1992 y 27 de abril, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994), en este caso no concurren los presupuestos determinados en las resoluciones que se acaban de mencionar porque la actora está ejercitando su derecho, con reconocimiento constitucional, a obtener de los órganos judiciales un pronunciamiento, preferiblemente —no exclusivamente— de fondo, sobre la acción que afirma ostentar, con el objetivo —asimismo afirmado— de poner término a una situación jurídica de desconocimiento de los derechos económicos derivados de un contrato de arrendamiento resuelto por la sola voluntad del arrendatario antes del vencimiento del término pactado. Concorre a su favor; por ello, una *iusta causa litigantis* (no *iuxta*, como tan errónea como frecuentemente se acostumbra a escribir), que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar (SSTS, Sala Primera, de 20 de febrero de 1992, 27 de abril y 11 de julio de 1994, 5 de marzo de 1996 y 9 de febrero y 30 de mayo de 1998), ni la falta de un interés legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho instado, cuyos límites normales aparecen respetados (SSTS de 27 de mayo de 1988, 15 de junio de 1995, 5 de marzo y 30 de octubre de 1996 y 3 de julio de 1997).

¹¹ SSAAPP de Zaragoza, de 18 de noviembre de 1999, de Vizcaya, de 7 de julio de 2000, de Cádiz, de 14 de octubre de 2002 y de Madrid, Sección 9.ª, de 12 de junio de 2008.

¹² Eso sí, con distinta intensidad y acierto.

¹³ La existencia de un Estado de Derecho capaz de aprobar normas de funcionamiento y normas de regulación de cualquier actividad, permite la utilización de su *imperium* para proteger a sus ciudadanos y regular comportamientos; es el primer estrato existente desde el punto de vista histórico para la concepción actual de Estado que ha ido evolucionando durante las dos últimas centurias hasta conjugar lo que hoy conocemos en la mayoría del mundo occidental como Estado Social y Democrático de Derecho. Estos distintos tipos de Estado, pueden regular y de hecho así lo han hecho, el derecho al acceso a una vivienda mediante la articulación de mecanismos gubernamentales en función de la naturaleza jurídica y social de cada forma de Estado. Así, el Estado de Derecho permite la posibilidad de emanar normas que ordenen cualquier disciplina, como por ejemplo la materia que nos ocupa, las Viviendas Protegidas, tal y como se ha hecho en España durante prácticamente todo el siglo XX hasta la actual Constitución» (BLANCO BAREA, J. A. (2004). *Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas: normativa estatal y autonómica*. Granada: Comares, p. 8).

¹⁴ En general toda la legislación de la llamada «Vivienda de Protección Oficial» hasta el año 1978.

¹⁵ El moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a su consideración de necesidad de índole colectiva, frente a la cual el Esta-

do no puede mantenerse indiferente y seguir pretendiendo que los ciudadanos deban, con carácter absoluto, autosatisfacer sus necesidades de vivienda conforme a sus posibilidades económicas en el mercado (ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (Dir.) (2006). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Madrid: Edersa, pp. 305-340).

¹⁶ Respecto a la protección del medio ambiente, la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten, normas adicionales, o un plus de protección; es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por solo eso en contradicción con la normativa básica del Estado.

¹⁷ En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el artículo 33 C.E., hemos señalado que el título del artículo 149.1.1. CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada, y su función social ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, esta sí, es competencia del Estado.

¹⁸ En el conjunto del Estado existieron básicamente tres opciones en cuanto a la calificación de las Viviendas Protegidas: —Las Comunidades Autónomas que optaron por la calificación definitiva o cuasi-definitiva. La primera fue la Comunidad Autónoma del País Vasco en el año 2002 y después le siguieron Catalunya (90 años), Extremadura (permanente) y Asturias (vida útil de la vivienda) todas ellas en el año 2004. —Las Comunidades Autónomas que mantuvieron, para sus propias tipologías autonómicas de Vivienda Protegida, más o menos, en el nivel marcado por el Plan Estatal 2005-2009 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda (30 años, susceptibles de ampliación por las Comunidades Autónomas). —Las Comunidades Autónomas que, a través de diferentes tipologías autonómicas de Vivienda Protegida redujeron el periodo de calificación de las mismas. Destacan en este campo las Vivienda de Protección Pública destinadas al alquiler con opción de compra de la Comunidad Autónoma de Madrid descalificable a los 7 años, pero también debemos citar las Vivienda Protegida autonómica descalificable a los 15 años en Andalucía, Cantabria o Valencia y las Viviendas de Precio Tasado descalificables a los 10 años en las Islas Baleares o Castilla-La Mancha.

¹⁹ Dichos requisitos son por ejemplo: la superficie limitada; el precio tasado; el sorteo como vía de acceso a su titularidad y, finalmente, el control de la Administración sobre su disponibilidad.

²⁰ Para arrendamiento, para venta, para arrendamiento con opción a compra, etc.

²¹ Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, o en el caso de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, la Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid.

²² Cuya razón quizá responda a una, "Huída del Derecho administrativo" (Cfr: BORRAJO INIESTA, I. (1993). El intento de huir del Derecho administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, Madrid: Civitas, 233-249).

²³ Cfr. BARRERA VILÉS, F. (2009). Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local, 2, enero-marzo 2009, *Revista Electrónica CEMCI* [En línea], p. 2. www.cemci.org/revista/revista2/documentos. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

²⁴ El número 2 del artículo 85 ter recientemente modificado según redacción del número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 de diciembre, de racionalización y sos-

tenibilidad de la Administración Local, en el sentido de adaptarse al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

²⁵ Cfr. Estatutos Sociales de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., [En línea] www.emvs.es/. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

²⁶ Muy recientemente se ha decidido suspender la promoción de viviendas, según las medidas incluidas en el Plan de Viabilidad 2013-2018 de la EMVS, que conllevan la reorientación de su objetivo y, por lo tanto, a sus trabajadores, dejando a un lado la construcción de nuevas viviendas por la rehabilitación, el alquiler o la gestión del patrimonio municipal.

²⁷ A tal efecto asume las funciones de: a) Construir viviendas, aplicando al efecto sus fondos propios o cualesquiera otros que obtenga para dicha finalidad, asumiendo, además, los convenios para la construcción de viviendas que autorice la legislación aplicable. b) Hacerse cargo de las funciones, asumiendo el patrimonio, del antiguo Patronato Municipal de la Vivienda y de la denominada Sección de Viviendas del Departamento de Patrimonio del Suelo de la Gerencia Municipal de Urbanismo. c) Administrar, conservar, mejorar e inspeccionar, con separación de su régimen financiero respecto de la Administración general del Municipio, las viviendas, fincas, conjuntos urbanísticos o terrenos adquiridos por su cuenta o que le sean transferidos por el Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o por el propio Municipio o cualquier otra persona física o jurídica. d) Llevar a cabo *adquisiciones o transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles* y derechos reales que se estime preciso establecer para el cumplimiento de esos fines, colaborando al efecto con entidades públicas o privadas de interés general o social. e) Desarrollar los acuerdos y Convenios que adopte el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, realizando las aportaciones dinerarias o en especie establecidas en los mismos con otras entidades, consorcios u organismos públicos o privados. f) Llevar a cabo las actuaciones de rehabilitación de promoción pública directa, programadas por la Corporación Municipal. g) Fomentar la rehabilitación privada mediante las subvenciones y ayudas establecidas en los Programas y Planes aprobados al efecto. [El uso de subrayado es propio]. h) Colaborar con la Administración Central y Autónoma en la aplicación, en el Municipio de Madrid, de la legislación vigente en materia de rehabilitación de edificios mediante fórmulas concertadas. i) Contribuir a la rehabilitación del Patrimonio Municipal de Viviendas. j) Ejecutar las adjudicaciones de viviendas, locales de negocio, y garajes construidos siguiendo las instrucciones que sean aprobadas por la Corporación.

²⁸ Por no haberse calificado nunca como tales, lo que se refleja en el registro correspondiente de la Comunidad autónoma, con su número de expediente y en el Registro de la Propiedad, o bien porque dicha calificación se haya extinguido por el transcurso del tiempo de duración de su régimen legal.

²⁹ Al regular la transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros. Además, hay que tener en cuenta que el TC en su recentísima Sentencia de 8 de julio de 2013 desestima el conflicto positivo de competencia número 3.194-2008 promovido por la Comunidad de Madrid. En efecto, el artículo Único, apartado Uno, número 12 del Real Decreto 14/ 2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda fue impugnado por la CAM por inconstitucionalidad y extralimitación competencial. Dicho Plan estuvo vigente hasta el 25 de diciembre de 2008. La regulación derogada exigía la autorización administrativa por el órgano autonómico competente, en cambio la nueva regulación solo requiere notificar previamente la enajenación. El Alto Tribunal considera que la notificación es una técnica de intervención administrativa más idónea que la autorización para el propósito de la liberalización del mercado del alquiler de viviendas. En consecuencia al modificar el Plan Estatal «el Estado ha ejercido sus competencias normativas», ya que «puede ejercer actividades de fomento en el mercado inmobiliario por la evidente conexión de este sector con la economía nacional».

³⁰ A modo de ejemplo, bajo el número de expediente: 06-GC-00013.2/1996, la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación (Área de Calificaciones) de la CAM autorizó con fecha 22 de octubre de 2010 la transmisión de la promoción de viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sita en la PARCELA EBA.26 de Madrid. También, en la misma fecha, con el número de expediente: 06-GP-00149.5/2001, autorizó transmisión de las viviendas

con Protección Pública para arrendamiento, sitas en la C/ Martín Muñoz de las Posadas 7, Parcela 1.10, en Madrid.

³¹ STS, Sala Primera, de 6 de noviembre de 2006 (Roj: STS 6776/2006), Fundamento de Derecho Quinto: «La cesión de contrato consiste “en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido”, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil, aunque sí lo está en el Código italiano (art. 1406) y en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 513.2). La sentencia de 26 de noviembre de 1982 declara que, “puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si estas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión”. Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el co-contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor (sentencias de 9 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 21 de diciembre de 2000 y 19 de septiembre de 2002). Sin el consentimiento de este, no existe cesión, o como afirma la Sentencia de 9 de diciembre de 1997, “la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual”».

³² Podemos citar la STS de 19 de septiembre de 2002 que reúne la descripción de los requisitos (Roj: STS 5966/2002), Ponente: D. Clemente AUGER LINÁN, Núm. de Recurso: 1046/1997, Fundamento de Derecho Segundo: En efecto, la cesión de contrato que conocida y consolidada jurisprudencia construye implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes. La figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deudas. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de julio de 1996, 1 de julio de 1949, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984 y 5 de marzo de 1995...

³³ *Op. cit.*

³⁴ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Ob. cit.*

³⁵ El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador...

³⁶ Por su parte, CASTAN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes (Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J. (1925). *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II — Obligaciones y Contratos*, Madrid: Reus, p. 96).

³⁷ En este sentido, hay que tener en cuenta la recentísima reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, aprobada en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 23 de mayo de 2013. El *Boletín Oficial del Estado* ha publicado el 5 de junio de 2013 dicha Ley, que entra en vigor al día siguiente de su publicación. Tenemos, así, cuatro textos legales que aplicaremos a los arrendamientos de vivienda, dependiendo de la fecha del contrato, a saber: Texto Refundido de la LAU 1964, el RDL 2/1985, la propia LAU 29/1994 antes de la reforma, y la LAU ahora reformada por la Ley 4/2013, de 4 de junio. La reforma debía haber agrupado todos los preceptos para que confluyeran en una única Ley, que contemplara todos los contratos. Por consiguiente nos encontramos ante una vorágine arrendaticia, pues, dependiendo de la fecha del contrato, aplicaremos normas totalmente diferentes. El Preámbulo de la nueva Ley 4/2013 dice textualmente que su intención es, reforzar la libertad de pactos dando prioridad a la voluntad de las partes. Sus características más destacables son: La reducción de la duración obligatoria a la sola decisión del arrendatario, cualquiera que sea la duración pactada, desde los cinco años actuales hasta los tres de la reforma. La posibilidad de desistimiento en cualquier momento, una vez transcurridos seis meses de

contrato, por parte del arrendatario con tan solo 30 días de preaviso, pues la LAU de 1994 garantizaba la permanencia por la anualidad en curso. La falta de inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad, significa la posibilidad de extinción del arrendamiento si el piso cambia de propietario. La eliminación de los llamados *arrendamientos suntuarios* (aunque a efectos prácticos poco cambia: sigue rigiendo para estos y otros arrendamientos, salvo en lo expresamente autorizado, el Título II de la Ley) y exclusión del *arrendamiento por temporadas* de la Ley arrendaticia. La posibilidad de suspender el pago de la renta del contrato cuando el arrendatario acometa obras, por el tiempo que pacten. Libertad para pactar la actualización de la renta. Agilización de plazos en casos de impago, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y creación de un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

³⁸ Al regular las condiciones de ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario en caso de venta de la vivienda arrendada.

³⁹ Lo regulado en este inciso primero parece estar pensado para el supuesto de un arrendatario que pretendiese ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre su parte arrendada, y por eso se le prohíbe; porque en caso contrario, puede que la venta conjunta se frustrara con el consiguiente perjuicio para el propietario [LLAMAS POMBO, E. (coord.) (2007). *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia doce años después*, Madrid: La Ley, p. 650, 1.ª ed.].

⁴⁰ El Profesor LASARTE indica que bajo el título de derechos de adquisición preferente es habitual exponer ciertos derechos que tienen como nota común otorgar a su titular la facultad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa en caso de que su propietario decida enajenarla. Tales derechos, sucintamente enunciados, son el tanteo, el retracto y la opción [Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). *Compendio de Derechos Reales, Los derechos de adquisición preferente*, Madrid: Marcial Pons, pp. 265 y sigs.].

⁴¹ Artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

⁴² Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

⁴³ Plazo de caducidad.

⁴⁴ Garaje, trastero, etc.

⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2006). El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord. ABRIL CAMPOY, Juan Manuel y AMAT LLARI, María Eulalia, vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1063-1086).

⁴⁶ Cfr. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil, vol. III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Tanteo y retracto en el arrendamiento urbano, Madrid: Tecnos, pp. 602-604, 11.ª ed.

⁴⁷ Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881, artículos 1618 y sigs.

⁴⁸ Cfr. CALAZA LÓPEZ, M. S. (2011). Principios rectores del proceso judicial español, *RDUNED*, 8, pp. 49-84.

⁴⁹ De forma similar a las exigencias procesales del artículo 1618.2.º de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil —Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881— de consignar el precio si es conocido, o de dar fianza de consignarlo luego que lo fuere.

⁵⁰ En todo este apartado, Cfr. DE MIGUEL MARTÍN, P. J. (2001), Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BIB 2000/2046), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 26/2001.

⁵¹ Con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor.

⁵² Una sociedad de carácter mercantil.

⁵³ En su última actualización, dada por el Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

⁵⁴ El artículo 1445 del Código Civil establece: Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

⁵⁵ No debiendo eludir que una de las fórmulas para obtener financiación viene recogida en el artículo 25-2 d. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que habilita al municipio, en definitiva, a la promoción y gestión de viviendas y por ende a la sociedad mercantil local a llevar a cabo transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales que se estima preciso establecer para el cumplimiento de sus fines.

⁵⁶ Sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento, que serán los establecidos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

⁵⁷ Incluso *ex* Decreto 100/1986.

⁵⁸ Cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2008). Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1.205 del Código Civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, Madrid, abril-junio de 2008, pp. 622-719.

⁵⁹ Cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2008). *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid: Lex Nova, junio de 2008, pp. 275-285, 1.^a ed.

⁶⁰ Capaces de modificar con secuencias modificativas o acumulativas, fielmente a la tradición del sistema italiano que las contempla. Cfr: *supra*, *ob. cit.* p. 285.

⁶¹ Por el artículo 38 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

⁶² Que no son, en modo alguno, bienes demaniales.

⁶³ Dirección General de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid o Registro de la Propiedad.

⁶⁴ Al igual que ocurre con la definición del concepto de las viviendas objeto de protección.

⁶⁵ Contemplando un régimen transitorio en la Disposición transitoria primera, punto 2, para las viviendas construidas con anterioridad al Decreto.

⁶⁶ Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983.

⁶⁷ Modificada por Ley 2/2005, de 12 de abril, de modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁶⁸ LPO.

⁶⁹ VPO.

⁷⁰ Aprobado por Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

⁷¹ Deroga al Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, a excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del mismo.

⁷² VPP.

⁷³ Incluso significativamente, en años sucesivos.

⁷⁴ Que serán los establecidos en las respectivas calificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

⁷⁵ Así, por ejemplo: —Decreto 43/1997, 13 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del plan de vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de quince años. —Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, por el que se regula el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. —Decreto 11/2001, de 25 de enero, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo Y Transportes sobre financiación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el periodo 2001-2004: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. —La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para Arrendamiento (VPPA), las Viviendas con Protección Pública para Jóvenes y Mayores (VPPJYM) y las Viviendas de Integración Social (VIS) cualquiera que

sea el Decreto al amparo del cual se calificaron es el siguiente: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de diez años. —La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva. —La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial para arrendamiento, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva, si obtuvo la misma con anterioridad al 1 de enero de 1995, o veinticinco años, si fue a posteriori. Si hubiese obtenido préstamo cualificado, será la misma que la del plazo inicial de amortización del préstamo, a contar desde la fecha de calificación definitiva. — La duración del régimen legal de protección pública de las viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto 2114/1968 de 24 de julio de 1968, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964 de 3 de diciembre, es cincuenta años desde su calificación definitiva. Estas viviendas han quedado liberalizadas de precio de venta y alquiler, en virtud del artículo 1 del Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada.

⁷⁶ Con la correspondiente autorización.

⁷⁷ Vivienda de integración social o VIS Plan de vivienda 2005-08.

⁷⁸ Artículo 8 Reglamento de viviendas con protección pública-Decreto 11/2005.

⁷⁹ Debemos tener en cuenta que estas VPO han quedado liberalizadas de precio de venta y alquiler por Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo.

⁸⁰ Actos Jurídicos Documentados e IVA o Trasmisiones Patrimoniales. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (últimas actualizaciones para ambas leyes de 28 de diciembre de 2012).

⁸¹ Previsto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

⁸² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), en su sentencia núm. 381/2009 de 17 de junio (Roj: SAP M 6714/2009), en materia de arrendamientos urbanos (Jurisdicción Civil), Recurso de Apelación núm. 119/2009, ponente: D.^a Sagrario ARROYO GARCÍA, Fundamento de Derecho Tercero, 2.º párrafo.

⁸³ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (Roj: STS 5956/2010), de fecha 17 de noviembre de 2010, Núm. de Recurso: 1383/2008, ponente: D. José Manuel BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT.

⁸⁴ Instituto de la Vivienda de Madrid.

⁸⁵ Por el Decreto 44/1990, de 17 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, que regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección oficial de promoción pública.

⁸⁶ El Acuerdo impugnado, de fecha 24 de febrero de 2003, fue dictado por el Consejo de Administración del IVIMA al amparo de la Disposición Adicional Primera del Decreto 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública, modificada por el Decreto 44/1990, de 17 de mayo, en cuya virtud: El presente Decreto, con las particularidades que se señalan en las disposiciones siguientes, será de aplicación a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los siguientes grupos de viviendas, transferidas al Patrimonio del Instituto de la Vivienda de Madrid y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación. a) Poblado de absorción de Canillas. b) Poblado de absorción de Caño Roto. c) Poblado de absorción de Comillas. d) Poblado de absorción de Fuencarral A. e) Poblado de absorción de Fuencarral B. f) Poblado de absorción de General Ricardos. g) Poblado de absorción de Villaverde Cruce. h) Poblado de absorción de Viña de Entrevías. i) Cualesquier otros grupos a los que total o parcialmente, previo acuerdo del Consejo de Administración del Instituto de la Vivienda de Madrid, se declare de aplicación.— Así pues, aunque el Decreto tiene por finalidad regular,

como su propio enunciado indica, la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública, sin embargo, en la Disposición Adicional Primera del mismo se prevé que estas normas del citado Decreto se apliquen, también —con las particularidades que se reflejan en los siguientes apartados de dicha Disposición Adicional Primera—, a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los grupos de viviendas que se indican, entre los que se encuentran cualesquiera grupos de viviendas a los que por acuerdo del Consejo de Administración del IVIMA se declare de aplicación (apartado i), siempre que se trate de viviendas «transferidas al patrimonio del IVIMA y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación». [...] En este caso, el edificio en el que se encuentran las viviendas y locales de los recurrentes, sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Madrid, es propiedad del IVIMA, aunque no tenga la calificación de protección oficial o promoción pública, y es esta condición de ser propiedad del IVIMA y formar, por tanto, parte de su patrimonio lo que permite que pueda acogerse a cuanto en esta Disposición Adicional se establece, Disposición esta que se refiere, tanto a viviendas, como se desprende de su apartado primero, como a locales comerciales, como se infiere de su apartado séptimo. Nada cabe, por tanto, objetar, desde esta perspectiva, al Acuerdo impugnado que tiene su sustento en la citada Disposición Adicional Primera, pues se trata de viviendas y locales que forman parte del patrimonio del IVIMA, aunque no sean de protección oficial o promoción pública, habiéndose dictado el pertinente acuerdo por su Consejo de Administración (el Acuerdo impugnado) para su inclusión en dicho ámbito de aplicación.

⁸⁷ El uso del subrayado es propio y no del texto original.

⁸⁸ De fecha anterior a la LAU de 1994 y sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pública.

⁸⁹ Sic.

⁹⁰ *Vid.* nota 36.

⁹¹ Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 5 de junio de 2013, que entra en vigor al día siguiente de su publicación.

⁹² STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7443/2009), Ponente: D. Román GARCÍA VARELA, Núm. de Recurso: 1530/2005, Fundamento de Derecho Quinto.

⁹³ El motivo primero de este recurso censura la interpretación del artículo 1285 del Código Civil por la Sentencia de la Audiencia en relación a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, al no considerar sujeto a la prórroga forzosa el contrato de 20 de enero de 1986, pese del contenido de sus cláusulas y de su duración indefinida pactada por las partes, contenida, entre otras, en las SSTs 20 de abril de 1993, 4 de febrero de 1992 y 14 de junio de 1994. El motivo se desestima. Plantea la recurrente el alcance que debe darse a la expresión «duración indefinida», contenida en el clausulado del contrato litigioso, que, a su juicio, permite inferir que la voluntad de las partes era la de someterse, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con sustento de su argumentación casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de SSTs sobre la materia. Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en STS de 25 de noviembre de 2008 y 10 de junio de 2009), que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Resulta, por tanto, plenamente rechazable la argumentación del recurrente, según la cual, en el presente caso, la Sala de instancia no ha interpretado el contrato como un conjunto orgánico, sino que ha concluido que el contrato no se encontraba sujeto a prórroga forzosa para lo que ha puesto solo en relación el pacto de duración indefinida y el que la renta se determinara anualmente, sin embargo las partes pactaron otras cláusulas de las que se reproducen las que para la finalidad del presente recurso se consideran de interés: [...] 48, la renta establecida en el presente contrato, se entiende por valor en el año 1986, por ello de común acuerdo cada año, se fijará el nuevo importe con valor desde el 1 de enero (según el IPC del INE); y 68, los gastos e impuestos, serán por cuenta del arrendatario. Las alegaciones recién expuestas no alteran los razonamientos de la Sentencia de instancia.

⁹⁴ STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7973/2009), Fto. de Derecho Segundo.

⁹⁵ [...] TERCERO: En cuanto a la alegación de oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, que se efectúa en el primer motivo, plantea la recurrente la cuestión de si la calificación de una cláusula como oscura resulta compatible con la exigencia mantenida por esta misma Sala, a través de la sentencias que cita, de que el pacto de sometimiento a prórroga forzosa debe constar de manera expresa. Este motivo ha de ser igualmente estimado. Tras la publicación del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Resulta ser esta una de las novedades más importantes que aportó el Real Decreto-ley citado, al volverse a un sistema en el que los arrendamientos urbanos son concebidos como contratos de duración limitada a los concretos términos fijados por las partes o, en su caso, establecer su duración de acuerdo con el régimen general regulado por el Código Civil. Desapareció así el sistema de prórroga forzosa por el que los contratos de esta naturaleza se prorrogaban por imperativo legal (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964). No obstante, nada impide que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, como razonan las Sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo. Y, en el presente caso, resulta que la propia sentencia recurrida reconoce la oscuridad de la estipulación relativa a la duración del arrendamiento, al exponer que la misma permite justificar las diversas interpretaciones ofrecidas por los litigantes «la mantenida por el arrendatario actor y por la sentencia apelada y la que sostiene la entidad arrendadora». Esta falta de claridad permite concluir que en el contrato no aparece una voluntad implícita de sometimiento al régimen de prórroga forzosa, por lo que, como ya se adelantaba, el motivo debe ser estimado».

⁹⁶ STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5886/2010), Ponente: D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Núm. de Recurso: 602/2007, Antecedente de Hecho Cuarto y Fto. de Derecho Séptimo.

⁹⁷ En los fundamentos de Derecho de la Sentencia, en cuanto interesa para el presente recurso, se declara, en síntesis: 1. La Jurisprudencia afirma que la entrada en vigor del RDL 2/1985 se crearon dos regímenes jurídicos: los anteriores al RDL 2/1985, sujetos a prórroga forzosa, y los posteriores, sujetos a la aplicación del artículo 1566 del Código Civil, a no ser, en este caso, que los contratantes hubiesen convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa (SSTS de 20 de abril de 1993 y 23 de mayo de 1995). 2. Las dudas o la ambigüedad que puedan existir en el contrato de arrendamiento respecto al sometimiento o no a la prórroga forzosa, ha de ser resuelta a favor de la libertad de pacto, es decir, a favor de la inexistencia de prórroga forzosa. 3. Los argumentos en los que se había basado el juzgador de instancia para entender que existía un pacto de sometimiento a la prórroga forzosa, no eran suficientes para considerar acreditada su existencia. 4. El que exista cláusula de actualización de renta no implica que se quiera someter el contrato al régimen de prórroga forzosa, puesto que la tácita reconducción puede llevar a la duración temporal del contrato más allá del plazo inicialmente pactado. 5. El hecho de que el inquilino se hiciera cargo de diferentes gastos (impuestos, obras de conservación y reparación y responsabilidad del inquilino en daños ocasionados a terceros) no determinan la necesidad de que existiera prórroga forzosa. La tácita reconducción permite la duración del contrato más allá del año inicialmente pactado, por lo que la asunción de los gastos por el inquilino se hace conciliable con la tácita reconducción.

6. El mantenimiento de la vigencia del contrato a lo largo del tiempo por la anterior arrendadora, madre del actor, no es un acto contrario a la aplicación del artículo 9 RDL 2/1985. Este precepto permite que el contrato pueda prorrogarse en virtud de la tácita reconducción. La extensión de la duración del contrato más allá de lo inicialmente pactado no lo convierte en un contrato de duración indefinida. QUINTO. En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Miguel Ángel se formulan los siguientes motivos, todos ellos al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC: Motivo primero. La sentencia de alzada se opone frontalmente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por infringir y vulnerar el párrafo segundo del artículo 1281, del Código Civil, el artículo 1282, así como el artículo 1285 del mismo cuerpo legal, revocando la interpretación dada por el Juzgador de instancia. Se fundamenta este motivo, en síntesis, en las siguientes alegaciones: El contrato de arrendamiento no es lo suficientemente claro y preciso para atenerse a la literalidad de sus términos. La Audiencia Provincial declara en la sentencia que las cláusulas del contrato permiten, albergar dudas, respecto a la duración. Sin embargo, aplica y toma en consideración una única e individual cláusula contractual en un sentido estrictamente literal y gramatical. La interpretación literal de la cláusula ha llevado a la Audiencia Provincial a una errónea conclusión de lo que fue la intención de las partes contratantes. Se alega la oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 4 de febrero de 1992, 12 de junio de 1990, 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 18 de mayo de 2005, 30 de noviembre de 2005, 15 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1993, entre otras muchas. Se concluye afirmando la interpretación del clausulado del contrato debería responder a la lógica sistemática y no a la literalidad. [...] SÉPTIMO: Consideraciones generales sobre la interpretación del artículo 9 RDL 2/1985. Con la entrada en vigor del RDL 2/1985, el legislador pretendió acabar con el régimen de prórroga forzosa que obligaba a los arrendadores, por la sola voluntad de los arrendatarios, permanecer en el contrato de arrendamiento indefinidamente, contraviniendo los principios generales del Derecho civil que dotan a las obligaciones y contratos de la naturaleza de la temporalidad y del mutuo acuerdo. Dicha regulación se impuso no obstante la voluntad de las partes, que podían, si así lo deseaban, someterse voluntariamente al régimen del artículo 57 LAU 1964. Ahora bien, el citado sometimiento al régimen de prórroga forzosa ha de ser inequívoco, bien por así ser expresado en el contrato, bien por, de forma implícita, extraerse sin ningún género de dudas del articulado (SSTS 9 de septiembre de 2009 y de 7 de julio de 2010). OCTAVO. Inexistencia de interés casacional. A) En las SSTs de 4 de febrero de 1992 (RC núm. 2837/1989) y de 20 de abril de 1993 (RC núm. 2821/1990) no se fija doctrina jurisprudencial en el sentido pretendido por la parte porque (i) se refieren ambas a arrendamientos de local de negocio, supuesto de hecho distinto del actual y (ii) dan respuesta a dos situaciones de hecho concretas. Las propias sentencias establecen la necesidad de examinar cada contrato individualizadamente. B) La STS de 22 de junio de 2006 (RC núm. 1/2005), en un caso semejante, estableció que «Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida.

⁹⁸ Al expresar: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

⁹⁹ *Ex* Estipulación Tercera.

¹⁰⁰ Esto es, cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho, de modo incompatible entre sí, siendo el problema central la selección de la norma aplicable: ¿cuál se escoge y por qué?

¹⁰¹ Se han escrito verdaderos ríos de tinta en torno a los conflictos normativos, me refiero brevemente y por su simplicidad, que responde bien a la necesidad del presente artículo, al trabajo de ZEGARRA VÍLCHEZ, J. C. (2005). *Aplicación del principio de especialidad en las normas tributarias*, en www.zyaabogados.com [En línea]. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

¹⁰² El profesor LASARTE refleja una antinomia, más bien testimonial, existente en el ordenamiento jurídico español entre la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones y el artículo 22 de la Constitución existente hasta el 26 de mayo de 2002. Cfr: LASARTE

ALVÁREZ, C. (2003). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson. p. 314.

¹⁰³ El profesor LASARTE, en un antiguo trabajo, se hace eco de las palabras del belga Enrique DE PAGE en su obra *De l'interpretation des lois* (LAUSANA, 1925) relativas a que la existencia de dos puntos de vista que se compenetran dentro del campo del Derecho: uno estático (la ley) y otro dinámico, que viene representado por la evolución. DE PAGE trata de salvar la antinomia mediante una armonización que conduce, según él, al verdadero concepto del «droit vivant» [LASARTE ALVÁREZ, C. (1984). Las corrientes metodológicas y el Derecho Civil» en *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. p. 396. Apud. DE PAGE, Enrique, *De l'interpretation des lois*].

¹⁰⁴ Es el brocado, *Lex superior derogat legi inferiori*, se complementa con el artículo 2.2 del Código Civil: Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (et al., Dir.; 1993) *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 14, 2.ª ed., se recoge al respecto: Un tanto impropriadamente se usa la expresión *derogación tácita* (RDGR 21 de octubre de 1985) para referirse a la que produce una ley respecto de las normas o disposiciones anteriores de rango igual o inferior que tienen un contenido incompatible con ella (derogación por incompatibilidad) o que regulan parcialmente la materia reglada con pretensiones de globalidad por la nueva ley (derogación por absorción), (VIVER, Forma, p. 176, críticamente. Lo cual es plenamente aplicable respecto de la antinomia jurídica entre el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre y la LAU de 1994).

¹⁰⁵ Por tanto, será aplicable la norma superior.

¹⁰⁶ Con sus correspondientes modificaciones LPH.

¹⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de fecha 5 de junio de 2007 (Roj: SAP M 6904/2007), Ponente: D. José Vicente ZAPATER FERRER, Núm. de Recurso: 436/2006.

¹⁰⁸ TERCERO: En la alegación Segunda se denuncia la infracción por falta de aplicación del Decreto 100/1986 de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección y oficial y promoción pública, y, en la Tercera, la infracción por interpretación errónea del artículo 5 del Decreto 1007/1986 de 22 de octubre del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección oficial y promoción pública. [...] Es innegable que en el ámbito del Derecho Público y en materia tan específica y socialmente sensible como la vivienda, son frecuentes condicionamientos como los que invoca el recurrente, que tampoco son desconocidos en Derecho Privado, cuando se produce el arrendamiento, o cesión por otros títulos, de las viviendas en régimen de propiedad horizontal, y el arrendatario o cesionario asume el pago de las cuotas comunitarias. Pero en uno ni otro caso, la Comunidad no queda obligada por lo pactado entre los interesados, ni siquiera para exigir el pago periódico al privadamente obligado, respondiendo en todo caso el titular de la vivienda, y, en último caso, la vivienda misma, porque, precisamente, está gravada con el importe de la cuota cualquiera que fuese su titular. QUINTO: El artículo 9.1 e) de la LPH impone a cada propietario la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización; precepto que se completa en el artículo 21 cuando dispone que las obligaciones a que se refiere artículo 9 e) serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Como consecuencia, el deudor de esa obligación personal, es quien ostenta la propiedad del piso o local al tiempo en que deba cumplirse o sea exigible el pago, por lo que tal obligación se viene calificando de ambulatoria o, *propter rem*, puesto que el deudor lo es en función de una titularidad dominical. No deberían plantearse, por tanto, cuestiones de legitimación con relación al pago de cuotas. En el ámbito de la propiedad horizontal existe una vinculación de la titularidad del piso o local con el cumplimiento de dicha obligación, que viene legalmente establecida. Además, la LPH establece una garantía especial para asegurar el cumplimiento de aquella

obligación de pago, que es la afección del piso o local al pago de los gastos comunes, producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, lo que supone una afección real que viene dada por la propia existencia de la propiedad horizontal, sin precisar de una publicidad registral específica (DGRN, Resolución de 1 de junio de 1989, entre otras), pero deudor personal sigue siendo el titular del piso o local. Para los efectos de este recurso lo fundamental es destacar que, conforme establece el artículo 21 de la misma ley citada aplicable al caso, las obligaciones a que se refiere el artículo 9 e) serán cumplidas en el tiempo y forma determinados por la Junta por el que tenga la titularidad del piso o local. Esto significa, primero, que es única la obligación principalísima de contribuir. Segundo, que legalmente viene establecida la legitimación pasiva para el pago, señalando para ello a quien tenga la titularidad del piso o local. Y, tercero, que es un privilegio concedido a la comunidad la afección del inmueble por tiempo determinado, cuya limitación temporal afecta al privilegio como tal, pero no a la obligación que garantiza ni a la acción para hacerla efectiva, que se rige, en exclusiva, por lo dispuesto en el artículo 21.

¹⁰⁹ Fecha en que entró en vigor la LAU de 1994.

¹¹⁰ En este apartado, cfr. Coord. CREMADES MORANT, J. (2011). Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9. 10 y 11 de febrero de 2011, Relatora: Àngels Gomis Masqué, CGPJ [En línea]. https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf

¹¹¹ No se ha fijado el término, o se ha establecido por, años, o meses, etc.

¹¹² En el mismo sentido las SSTs de 22 de julio de 2008, 31 de octubre de 2008, 25 de noviembre de 2008, 22 de junio de 2009, 18 de diciembre de 2009, 29 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2010.

¹¹³ Doctrina jurisprudencial declarada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio de 2010 (ROJ 3519/2010), Ponente: D. Román GARCÍA VARELA.

¹¹⁴ SSTs de 31 de octubre de 2008, 10 de marzo de 2010 y 18 de marzo de 2010.

¹¹⁵ A partir de la entrada en vigor de la LAU el 1 de enero de 1995.

¹¹⁶ Al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato.

¹¹⁷ Es la convenida por las partes.

¹¹⁸ Cfr. artículo 57 TRLAU.

¹¹⁹ Cfr. artículo 9 LAU de 1994.

¹²⁰ Cfr. artículo 10 LAU de 1994.

¹²¹ Así la D.T. 1.^a (1. y 2., *in fine*) LAU de 1994.

¹²² A partir de la entrada en vigor de la LAU en 1995.

¹²³ Al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato.

¹²⁴ Incluso *ex* Decreto 100/1986.

¹²⁵ A pesar de los recelos de los menos doctos en la materia, como podemos comprobar de las «informaciones, aparecidas en los medios de comunicación.

¹²⁶ Como ya hemos advertimos, derogado excepto para las situaciones creadas a su amparo.

¹²⁷ Normas imperativas.

¹²⁸ Normas dispositivas en defecto de las partes.

¹²⁹ Sobre derecho de adquisición preferente.

¹³⁰ De los derechos y obligaciones de las partes.

1.4. Sucesiones

Reforma de la fiscalidad de las sucesiones en España: tratamiento de las adquisiciones por no residentes. Modificaciones de las pensiones compensatorias consecuencia de una herencia*

Reform of the taxation of the inheritances in Spain: treatment of the inheritances for non-residents in Spain: modification of the compensatory pension result of an inheritance

por

MARÍA CRESPO GARRIDO

Profesora Titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá

RESUMEN: La reciente reforma de los principales impuestos configuradores del Sistema Fiscal Español ha puesto de manifiesto la necesidad de introducir una leve modificación en la tributación de las transmisiones lucrativas *mortis causa* o *inter vivos*, realizadas entre personas no residentes en territorio español. Más concretamente, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014 se pronunció en favor de la libre circulación de capitales en los casos de transmisiones gratuitas entre personas no residentes en España, de manera que el lugar de residencia no provocara agravios comparativos en la aplicación de las reducciones de las normativas de las Comunidades Autónomas de referencia, cuando las transmisiones se realizan entre personas residentes en España. Por otra parte, recientemente, la doctrina del Tribunal Supremo ha creado jurisprudencia al inclinarse por la procedencia de modificación o extinción de la pensión compensatoria en favor del cónyuge como consecuencia de la alteración de su capacidad económica derivada de la percepción de una herencia. En particular, estima que el fallecimiento de la causante constituye una causa sobrevenida imposible de prever y, menos aún, de valorar en el momento de la determinación de la pensión compensatoria.

ABSTRACT: *The recent reform of the main taxes of the Spanish Tax System has highlighted the need to introduce a slight change in the taxation of profit transmissions «mortis causa» or «inter vivos» made between non-residents in Spanish Territory. More specifically, the judgment of the European Court of Justice on September 3th 2014 was in favor of free movement of capital in the case of free*

* Este trabajo es uno de los RESULTADOS del PROYECTO: ECONOMÍAS DE ESCALAS DE LAS POLÍTICAS SOCIALES: ESTADOS UNIDOS vs ESPAÑA. INSTITUTO FRANKLIN y del Contrato de Investigación: Análisis de la fiscalidad de las familias numerosas. FUN-DACIÓN MADRID VIVO.

transfers between persons not resident in Spain, so that the place of residence not cause comparative grievances in the implementation of existing reductions in the Autonomous Communities reference when transmissions are made between persons resident in Spain. Moreover, recently the doctrine of the Supreme Court has created case law rule on the merits of modification or termination of spousal support for the spouse as a result of altered economic capacity resulting from the perception of an inheritance, to be estimated that the death of the deceased is impossible to foresee, let alone assess at the time of determination of spousal support supervening cause.

PALABRAS CLAVE: Imposición sobre Sucesiones. Transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual. Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Herencia y pensión compensatoria.

KEY WORDS: *Inheritance Taxation. Inheritance of the residence. Inheritance of the family business. Inheritance and spousal support.*

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES: 1. LA FISCALIDAD DE LAS SUCESIONES EN ESPAÑA: A. *El hecho imponible del impuesto con especial referencia a las presunciones iuris tantum y a los bienes adicionales a la herencia:* a) Presunciones de hecho imponible. b) Bienes adicionales a la herencia. c) Valoración del usufructo constituido en favor de los cónyuges y de la transmisión de la nuda propiedad. B. *Evolución de la recaudación obtenida por el impuesto en los últimos cuatro años y legislación aplicable:* a) Reducciones aplicables en las Comunidades Autónomas. b) Reducciones aplicables a los sujetos pasivos no residentes en España. c) Efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014.—II. TRANSMISIONES ENTRE CÓNYUGES DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL: 1. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS TRANSMISIONES ENTRE PAREJAS DE HECHO. 2. PENSIÓN COMPENSATORIA Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: ASPECTOS FISCALES: A. *Regímenes económico-matrimoniales y pensión compensatoria: Aspectos tributarios:* a) Liquidación de la sociedad de gananciales. b) Separación de bienes. 3. TRIBUTACIÓN DE LOS BIENES ADJUDICADOS TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. 4. ESTUDIO DEL CASO: MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE DIVORCIO DEBIDO AL AUMENTO DE LA CAPACIDAD DE PAGO DERIVADO DE LA PERCEPCIÓN DE UNA HERENCIA POR PARTE DEL EXCÓNYUGE: A. *Cuestiones fiscales.*—III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—V. CITAS BIBLIOGRÁFICAS Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. LA FISCALIDAD DE LAS SUCESIONES EN ESPAÑA

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en España está configurado como tributo estatal cedido a las Comunidades Autónomas, en virtud de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre de 1987¹, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En particular, su artículo 3² establece que quedan sujetos al impuesto, entre otros, los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por una persona física por los siguientes títulos; herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

La fiscalidad de las sucesiones en España en el momento actual es competencia de las Comunidades Autónomas, toda vez que la mencionada construcción legal del impuesto como tributo cedido así lo determina, pese a su consideración de impuesto estatal común en todo el territorio nacional, excepción hecha del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra. Sin embargo, las propuestas de reforma fiscal plantearon la necesidad de establecimiento de una tributación mínima en todo el territorio, con una tarifa impositiva constituida por tres tramos, aplicables según el grado de parentesco con el causante pero sin relación alguna con el patrimonio preexistente del beneficiario³. La progresividad del impuesto se garantizaba con un único mínimo exento fijado por el Gobierno Central, eliminando gran parte de las reducciones aplicables a la base imponible. No obstante, el texto aprobado el 28 de noviembre de 2014, recoge una tarifa estatal aplicable para aquellos casos en los que la Comunidad Autónoma no haya desarrollado una escala específica para su territorio, en la que se mantienen los dieciséis tramos existentes previamente, sin referencia a los planteamientos hechos por la Comisión de Expertos⁴ nombrada para el análisis de la reforma del sistema tributario español.

El impuesto se exige en la totalidad del territorio español, atribuyéndose a las Comunidades Autónomas su rendimiento, sin perjuicio de la aplicación de los regímenes tributarios forales vigentes en el País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra. Para el resto del territorio común los artículos 32⁵ y 48⁶ de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, establecen que las Comunidades Autónomas tienen capacidad para regular los siguientes elementos esenciales del tributo:

- Reducciones de la base imponible en las transmisiones *mortis causa*.
- La tarifa del impuesto.
- La fijación de la cuantía del patrimonio preexistente y los coeficientes multiplicadores aplicables en el cálculo de la cuota tributaria.
- Las deducciones y bonificaciones de la cuota.
- La regularización de la gestión y la liquidación del impuesto.

Para aquellos territorios que no hayan hecho uso de sus competencias, se aplicará la legislación estatal desarrollada al efecto. Por lo que la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Por otro lado, prevé en su artículo 32 que en las transmisiones por causa de muerte estas se acumulan al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario y tributan en la Comunidad Autónoma en la que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del devengo del impuesto.

A. El hecho imponible del impuesto con especial referencia a las presunciones iuris tantum y a los bienes adicionales a la herencia

En particular, la Ley 29/1987, de 18 de diciembre de 1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones define, en su artículo tercero, el hecho imponible. No obstante, tanto los artículos 9.a), 11 y siguientes, como el 22 y sucesivos del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, prevén ciertas circuns-

tancias que obligan a adicionar a la base imponible bienes y derechos, salvo prueba en contrario de su inexistencia. Junto con el hecho imponible, propiamente definido en el artículo 3 de la Ley hay que considerar las presunciones de hecho imponible, así como los bienes adicionales a la herencia.

a) Presunciones de hecho imponible

El artículo 4 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social y el 3.1.a de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, vigente hasta el 11 de marzo de 2004, así como la Disposición Transitoria 3.^a y los artículos 3 y 10 y siguientes del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones regulado por Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, disponen que quedan sujetos al impuesto los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. No obstante, la normativa del impuesto prevé la adición de determinados bienes a la masa hereditaria, salvo prueba de pérdida o transmisión patrimonial, y la acumulación a la herencia de aquellos bienes sobre los que se presume transmisión lucrativa *mortis causa* y sobre los que no exista medio de prueba admisible en derecho para demostrar que la transmisión a título lucrativo no se ha producido.

Sabido es que las presunciones son un medio de prueba por el que a partir de cierto hecho demostrado se llega a una conclusión (CISS, 2014, p. 103). En este sentido, el artículo 4 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre de 1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, en redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social⁷, dispone un elenco de presunciones de hecho imponible, según las cuales y salvo prueba en contrario⁸, se presume el incremento lucrativo. En las adquisiciones lucrativas, en particular, el mencionado artículo 4 de la Ley 29/1987 y el artículo 15 del Reglamento, contemplan la presunción derivada de registros fiscales o de otros datos disponibles por la Administración.

En concreto, la normativa establece que si en los registros fiscales⁹ o de otros datos de la Administración, resultase una disminución en el patrimonio de una persona —dentro del plazo de prescripción señalado en el artículo 66¹⁰ de la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre—, el incremento correspondiente en el de su cónyuge, descendiente, heredero o legatario, sin título que justifique la sincronía entre disminución e incremento (DGT 24 de noviembre de 1992; TEAC 14 de mayo de 1999¹¹ y SAN, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 2.º, 28 septiembre 1999, Rec. 0532/1996) se tratará de una transmisión lucrativa susceptible de ser gravada. Como caso específico de lo expuesto, la DGT ha considerado que la presunción resultará de aplicación en la suscripción de fondos de inversión por un menor mediante aportaciones de los padres, así como el supuesto de un padre que transforma una cuenta corriente a su nombre, en otra mancomunada con su hijo (CISS, 2014, p. 104).

b) Bienes adicionales a la herencia

Estas presunciones de adición, reguladas en los artículos 11 de la LISD y 25 a 29 del RISD, se fundan en la intelección de hecho imponible en determinadas transmisiones realizadas en vida del causante con la intención de eludir el tri-

buto sucesorio. Dada la imposibilidad de acreditar la inexistencia de transmisión lucrativa, los bienes y derechos así transmitidos, se adicionan a la masa hereditaria gravable por el concepto de transmisión *mortis causa*, estableciendo, como no podía ser de otra manera, mecanismos de compensación del impuesto en su caso satisfecho. La *ratio legis* es evitar operaciones de elusión, dictando la normativa del Impuesto ciertas presunciones *iuris tantum* respecto a algunos actos traslativos que, habitualmente, han sido utilizados para traspasar el patrimonio en vida a los sucesores (CISS 2014, p. 128).

Son bienes adicionales¹² —según prevé el mencionado artículo 11 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones en la redacción operada por Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, y de conformidad a los artículos 23 y siguientes del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones—, aquellos bienes que en el momento del fallecimiento no pertenecen al causante pero sobre los que la Ley presume la titularidad del causante por el hecho de haberse desprendido de ellos en fecha anterior y próxima al devengo del impuesto. En concreto, estas presunciones, que en todo caso admiten prueba en contrario¹³ afectan a:

1. Bienes de toda clase que hubieran pertenecido al causante hasta un año antes a la fecha de su fallecimiento. Según prevé el artículo 11.a de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 25 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, esta presunción quiebra si se acredita la transmisión por el causante y están en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del fallecido. Esta presunción se desvirtúa si se justifica suficientemente que en el caudal relicto aparece el valor equivalente, el dinero u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos.
2. Bienes y derechos adquiridos en usufructo por el causante durante los tres años anteriores al fallecimiento. En este punto será de aplicación tanto el artículo 11.b de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones como el artículo 26 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre. La presunción no resultará de aplicación si se acreditase suficientemente que el adquirente de la nuda propiedad entregó al transmitente dinero, bienes o derechos por valor equivalente, como contraprestación.
3. Bienes y derechos transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, con reserva de usufructo¹⁴ sobre los mismos o cualquier otro derecho vitalicio. Así, el artículo 11.c de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y el artículo 27 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, se aplica esta presunción a cualquiera que sea la persona que hubiese adquirido del fallecido, por título de compraventa, el bien. No obstante, se desvirtúa tal presunción si en el caudal relicto figura dinero u otros bienes recibidos en contraprestación por la transmisión de la nuda propiedad.
4. Valores y efectos transmitidos por endoso (art. 11.d de la Ley reguladora del Impuesto de Sucesiones y 28 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre). Este supuesto se refiere a: valores y efectos depositados, generalmente en entidades financieras, así como a los valores nominativos que hayan

sido endosados. La presunción es de aplicación con independencia del parentesco entre endosante y endosatario.

5. Los bienes integrantes del ajuar doméstico¹⁵ (art. 15 LISD y 23 y 24 RISD) salvo prueba fehaciente de su inexistencia¹⁶ o menor valor (TEAC 29 de junio de 2005). La presunción de existencia del ajuar es automática aunque puede desvirtuarse mediante prueba en contrario (TEAC 14 de diciembre de 2005).

La adición afecta a todos los causahabientes en idéntica proporción a la de herederos, salvo que se acredite fehacientemente la transmisión a un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos.

Respecto a los bienes pertenecientes al causante el año anterior al devengo del impuesto, a la Administración le basta con la existencia en el patrimonio del fallecido el año anterior, pues una vez observada esta circunstancia es necesaria la acreditación de la inexistencia de los bienes mediante la destrucción de la prueba (TS 14 de abril de 2003 y 17 de julio de 2003¹⁷).

Si bien la jurisprudencia argumenta que la veracidad de la prueba en contrario se debe fundar en la existencia de recursos materiales para que se haya podido realizar tal adquisición, no siendo suficiente la aportación de documentos en los que se materializan formalidades que no acreditan la existencia de bienes suficientes que garanticen la capacidad adquisitiva necesaria para justificar tal adquisición, desvirtuando así el carácter gratuito de la entrega (STS de 13 de marzo de 2003, STSJ Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2004).

Por su parte, la Dirección General de Tributos (DGT 31 de enero de 1996) estableció que la condición de sujeto pasivo frente a la Hacienda Pública no puede verse alterada por pactos entre particulares, con independencia de su validez entre las partes.

- c) Valoración del usufructo constituido en favor de los cónyuges y de la transmisión de la nuda propiedad

Según dispone el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, en su artículo 51.5¹⁸, en el caso de un usufructo constituido a favor de dos cónyuges simultáneamente, la valoración de la nuda propiedad será calculada considerando el usufructo de mayor porcentaje, si bien no se practica liquidación por la consolidación del dominio hasta el fallecimiento del último de los cónyuges.

Dispone el artículo 51.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que si el nudo propietario transmitiese su derecho a otro, al consolidarse el dominio en la persona del nudo propietario procede hacer otra liquidación, con independencia de la realizada al adquirente de la nuda propiedad.

B. Evolución de la recaudación obtenida por el impuesto en los últimos cuatro años y legislación aplicable

Como ya se ha indicado, el Impuesto sobre Sucesiones es un tributo cedido a las Comunidades Autónomas, siendo competencia de los territorios regionales la aplicación de las reducciones aplicables a la base imponible para la determinación de la base liquidable del impuesto. La Ley 22/2009, continúa el camino abierto por

la Ley 14/1996, ensanchando la capacidad de las Comunidades Autónomas en esta materia, extendiéndola a las transmisiones lucrativas *inter vivos* y mejorando las reglas de coordinación entre la norma estatal y la autonómica, de tal forma que, a la vista del artículo 48 de la Ley 22/2009 y la actual redacción del artículo 20 de la Ley del ISD, desde la perspectiva competencial las reducciones establecidas por las Comunidades Autónomas se pueden clasificar en las siguientes:

1. Reducciones análogas o «de mejora»¹⁹ a las del Estado: son las reducciones que regula el artículo 20 de la Ley y que, en consecuencia, incidan sobre el parentesco, minusvalía, empresa individual, negocio profesional, participaciones en entidades, vivienda habitual, patrimonio histórico, anteriores transmisiones *mortis causa* y seguros. Su coordinación con la normativa estatal se realiza en virtud de los siguientes criterios:

- a. Las reducciones establecidas en la normativa estatal tienen el carácter de mínimo, de tal forma que las CCAA pueden ampliar el importe de la reducción, ampliar los sujetos pasivos que puedan acogerse o disminuir los requisitos precisos para su aplicación, pero en ningún modo pueden minorar su importe ni establecer requisitos adicionales.
- b. La regulación que de las mismas realicen las Comunidades Autónomas excluye la aplicación de la normativa estatal.

2. Reducciones «propias» o específicas sobre presupuestos de hecho no regulados en la normativa estatal, por tanto, que no incidan sobre los regulados por el artículo 20 de la Ley del ISD. Su coordinación con la normativa estatal se realiza de acuerdo a los siguientes criterios:

- a. Se aplican para determinar la base liquidable con posterioridad a las estatales o «análogas» autonómicas.
- b. En ningún caso pueden suponer restricción directa o indirecta sobre las establecidas con carácter mínimo por la normativa estatal (CISS, 2014, p. 169).

De conformidad a lo anterior, la recaudación²⁰ obtenida, según los últimos datos facilitados por el Ministerio de Hacienda del ejercicio 2010, refleja que del total de ingresos impositivos, un 3,1 por ciento corresponde a ingresos recaudados en los territorios autonómicos. Esta recaudación supone una caída del 21,51 por ciento desde el año 2007, debido, fundamentalmente, al ejercicio por parte de las Comunidades²¹ de las competencias conferidas por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, modificada por la Ley Orgánica 3/2009 y, posteriormente, por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, todas ellas ampliaron dichas competencias en este impuesto. De modo que, los territorios autonómicos, han implantado un buen número de beneficios fiscales, analizados a continuación.

a) Reducciones aplicables en las Comunidades Autónomas

El impuesto declara ciertas reducciones subjetivas por razón del parentesco entre el causante y el beneficiario y reducciones por minusvalía. Basadas en la concurrencia de determinadas circunstancias en el sujeto pasivo, de manera que el sujeto pasivo beneficiario puede aplicar la reducción en su base imponible, con independencia del carácter de su adquisición *mortis causa* sea a título de

heredero, legatario u otro concepto, en usufructo, nuda propiedad, pleno dominio y otros derechos de contenido patrimonial. La reducción consiste en una cuantía aplicable sobre la base imponible, variable en función de las condiciones del sujeto pasivo.

Por otro lado, la normativa contempla reducciones objetivas, aplicables en las circunstancias en las que un concreto bien esté presente en la sucesión (CISS, 2014, pp. 170 y 171). Estas reducciones pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) Reducción por cantidades percibidas por seguros de vida para el caso de fallecimiento.
- b) Reducción por adquisición de vivienda habitual del causante.
- c) Reducciones por empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.
- d) Reducción por adquisición de bienes integrantes del patrimonio histórico español o patrimonio histórico o cultural de las Comunidades Autónomas.
- e) Reducciones por adquisiciones de explotaciones agrarias prioritarias de la Ley 19/1995.

Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la competencia normativa conferida por la Ley 22/2009, han desarrollado reducciones aplicables a la base imponible del impuesto, cuya minoración permite el cálculo de la base liquidable sobre la que se girará la tarifa correspondiente.

Esta competencia evidencia diferencias sustanciales entre los distintos territorios, pues el acervo normativo les permite de forma adicional, establecer reducciones propias aplicables, hasta el momento, exclusivamente, a las personas físicas residentes o bienes radicados en su Comunidad Autónoma.

En la actualidad las regiones que han desarrollado reducciones para el territorio de aplicación del impuesto son las siguientes:

- Andalucía²², mejora las reducciones estatales. En concreto, se eleva al 99,99 por ciento del valor de la vivienda habitual que se transmita al cónyuge o parientes directos del causante. Añade una reducción aplicable por discapacidad, así como en las aplicables en las adquisiciones de empresas individuales, negocios profesionales y participaciones en entidades.
- Aragón²³ establece una reducción del 100 por cien a hijos menores de edad y discapacitados. La reducción estatal sobre la transmisión de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades se aplica con ciertas especialidades. Tienen una reducción del 30 por ciento, las adquisiciones *mortis causa* destinadas a la creación de empresas individuales, negocios profesionales o entidades societarias. La transmisión de la vivienda habitual al cónyuge, ascendiente, descendiente o colateral, presenta una reducción del 99 por ciento. Las transmisiones entre cónyuges, descendientes, ascendientes se reducen en un 100 por cien.
- Asturias²⁴ aplica una reducción adicional y acumulable a la estatal, si en la herencia está incluida una empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades. Se aplica una reducción variable en función del valor real del inmueble cuando se realicen transmisiones *mortis causa* de la vivienda habitual.
- Baleares²⁵ reconoce reducciones aplicables por razón de parentesco con el causante, por discapacidad, por adquisición de vivienda habitual, por adquisición de bienes y derechos afectos a actividades económicas y par-

participaciones sociales en entidades, adquisición de dinero para la creación de nuevas empresas y empleo, adquisición de bienes integrantes del Patrimonio Histórico o Cultural, transmisión consecutiva de bienes y adquisición de determinados bienes y participaciones en áreas de suelo rústico protegido o en áreas de interés agrario.

- Canarias²⁶ establece mejoras a las reducciones estatales relacionadas con el parentesco y el grado de discapacidad. Por otro lado, prevé reducción del 99 por ciento en la transmisión de empresas individuales o negocios profesionales y participaciones en entidades. Se reducirá en un 99 por ciento la transmisión de la vivienda habitual del causante en favor de familiares con ciertos requisitos. Se prevé una reducción para las transmisiones de bienes integrantes del Patrimonio Histórico o Cultural, así como reducciones propias por edad del sujeto pasivo o por la transmisión de bienes del Patrimonio Natural. Esta Comunidad Autónoma tiene en cuenta que, cuando unos mismos bienes o derechos sean objeto, en un periodo de diez años, de dos o más transmisiones a favor del cónyuge, descendientes o ascendientes, en la segunda y ulteriores transmisiones se puede reducir la base imponible en la cantidad más favorable entre; el importe de las cuotas satisfechas por el impuesto o, una reducción del 50, 30 o 10 por ciento, del valor real de los bienes y derechos, con ciertos requisitos.
- Cantabria²⁷ reconoce en su legislación reducciones personales superiores a las previstas en la legislación estatal y otro tipo según la condición física o psíquica del adquirente. Para las empresas individuales, negocios profesionales o participaciones en entidades, así como para la transmisión de la vivienda habitual la Comunidad Autónoma prevé reducciones específicas.
- Castilla-La Mancha²⁸, como reducción propia, establece la aplicable a las transmisiones *mortis causa* de derechos o participaciones sobre una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades que no coticen en los mercados organizados.
- Castilla y León²⁹ reconoce reducciones por discapacidad, descendientes y adoptados, cónyuges, ascendientes y adoptantes, por adquisición de bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico, por indemnizaciones públicas, por transmisión de explotaciones agrarias y de la empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.
- Cataluña³⁰ incluye reducciones específicas por razón de parentesco con el causante, por discapacidad y edad del beneficiario, por adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica, por transmisiones de participaciones en entidades, de la vivienda habitual, de fincas rústicas de dedicación forestal, de bienes del patrimonio natural, explotaciones agrarias, bienes culturales, así como otras adicionales por exceso de base imponible e imposición decenal.
- Extremadura³¹ mejora las reducciones estatales referidas a las transmisiones percibidas por causahabientes incluidos en el grupo I de parentesco, a personas con discapacidad, transmisiones de explotaciones agrarias, vivienda habitual del causante, empresa individual, negocio profesional y participaciones en entidades.
- Galicia³² las determina en función del grado de parentesco, por discapacidad, por indemnizaciones públicas, por transmisión de bienes y derechos afectos a una actividad económica y participaciones en entidades, por transmisiones de explotaciones agrarias y elementos afectos, vivienda

habitual del causante, fincas rústicas y parcelas de agrupaciones de propietarios forestales.

- La Rioja³³ establece reducciones específicas a la transmisión de la empresa individual, negocio profesional o participación en entidades, a la transmisión de la explotación agraria y vivienda habitual del causante.
- Madrid³⁴ aplica reducciones personales específicas, en función de la condición física o psíquica del adquirente, en las transmisiones *mortis causa* de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades, vivienda habitual, bienes del Patrimonio Histórico Español e indemnizaciones para las víctimas del síndrome tóxico y terrorismo.
- Murcia³⁵ las concreta a las transmisiones de la empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades.
- Valencia³⁶, presenta dos tipos, las personales, por condición física o psíquica del adquirente, así como en transmisiones de la empresa individual agrícola, Bienes del Patrimonio Histórico Artístico, empresa individual o negocio profesional y participaciones en entidades.

Para la aplicación de cualquiera de las reducciones anteriores, es preceptivo el vínculo del causante o el beneficiario con el territorio de aplicación del beneficio fiscal, en función del lugar en el que uno u otro tengan su residencia habitual. En otro caso, resultarán aplicables las reducciones estatales.

b) Reducciones aplicables a los sujetos pasivos no residentes en España

En aquellos casos en los que no existe conexión personal o real con algún territorio autonómico, hasta la aprobación de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, introducida en la modificación de 28 de noviembre de 2014, se aplicaba la normativa estatal, sin más consideraciones. Ese era el supuesto de los causantes no residentes al carecer de vínculo territorial alguno.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 3 de septiembre de 2014 (asunto C-127/12), estableció que la normativa aplicable, hasta el momento, no afectaba a la libre circulación de personas, como sostenía la Comisión Europea³⁷. Pero, sí afectaba a la libre circulación de capitales³⁸. Previamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) en sentencia de 17 de octubre de 2013, se pronunció en favor de la supresión de las restricciones a los movimientos de capitales³⁹ entre las personas residentes en los Estados miembros⁴⁰.

En aquellos casos en los que una sucesión o una transmisión lucrativa *inter vivos* en la que, o bien el causante, o bien el beneficiario, fuera no residente⁴¹ en territorio español o, en los supuestos en los que se produzcan transmisiones lucrativas —*inter vivos* o *mortis causa*— de inmuebles no situados en España, se impedía la aplicación de las reducciones fiscales⁴² correspondientes. Estas solo serían de aplicación si existiese alguna conexión, en su caso, con el territorio autonómico.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta en esta sentencia⁴³ que dicha restricción afecta a la libre circulación de capitales, ya que el sujeto pasivo por obligación real⁴⁴, lo es con independencia del lugar de residencia. La sentencia declara al régimen estatal del Impuesto sobre Sucesiones español, contrario a lo establecido en los artículos 63 del Tratado de la Unión Europea y

al artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992. El fallo declara contrario al principio de libre circulación de capitales la legislación española, al discriminar el trato fiscal dispensado a las transmisiones lucrativas entre los causahabientes residentes y no residentes en España y sobre los inmuebles situados en territorio español y los situados fuera de este.

La sentencia afirma literalmente que «la normativa de un Estado miembro que hace depender la aplicación de una reducción de la base imponible de la sucesión o de la donación del lugar de residencia del causante y del causahabiente en el momento del fallecimiento, o del lugar de residencia del donante y del donatario en el momento de la donación, o también del lugar en el que está situado un bien inmueble objeto de sucesión o de donación, cuando da lugar a que las sucesiones o las donaciones entre no residentes, o las que tienen por objeto bienes inmuebles situados en otro Estado miembro, soporten una mayor carga fiscal que las sucesiones o las donaciones en las que solo intervienen residentes o que solo tienen por objeto bienes inmuebles situados en el Estado miembro de imposición, constituye una restricción de la libre circulación de capitales».

La Ley reguladora del Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas, en los artículos 32 y 48, prevé la posibilidad de que estas establezcan reducciones fiscales aplicables a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que tengan conexión con la autonomía y, en consecuencia, sean residentes en territorio español.

c) Efectos de la sentencia del TJUE, de 3 de septiembre de 2014

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, obligó a modificar la forma de tributación de las entregas lucrativas *mortis causa* en favor de personas no residentes en territorio español⁴⁵, y en las establecidas en favor de residentes en España, cuando percibieran bienes situados fuera del ámbito de aplicación del impuesto⁴⁶.

En consecuencia, la Disposición Adicional Segunda de la Ley, que adecúa la normativa estatal⁴⁷ del Impuesto a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014, que establece los siguientes supuestos:

- a) Sujeto pasivo residente en España⁴⁸ y causante no residente en España, en fecha anterior al fallecimiento, habiendo residido en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo: En las adquisiciones de bienes y derechos por cualquier título sucesorio y, en los casos en los que el causante hubiera sido residente en un Estado de la Unión Europea distinto de España, a los sujetos pasivos se les aplicará la normativa aprobada por la Comunidad Autónoma en la que se encuentre la mayor parte de los bienes que conforman el caudal relicto. Si no existieran bienes en España, se le aplicará la normativa aprobada por la Comunidad Autónoma de residencia del sujeto pasivo.
- b) Transmisiones lucrativas *mortis causa* cuando el causante haya sido residente en España y sujetos pasivos no residan en territorio español: La liquidación del impuesto se realizará según la normativa de la Comunidad Autónoma de residencia previa del causante.
- c) Donación o transmisión lucrativa *inter vivos* de bienes inmuebles situados en España a contribuyentes residentes en un Estado miembro de la Unión

Europea o del Espacio Económico Europeo, distinto de España: En este caso se aplicará el ordenamiento de la Comunidad Autónoma en la que el inmueble esté situado.

- d) Donaciones o transmisiones gratuitas *inter vivos* de inmuebles situados en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, distinto de España, por un contribuyente residente en España: concurre la normativa de la Comunidad Autónoma de residencia del sujeto pasivo.
- e) Adquisiciones gratuitas de bienes muebles situados en España por contribuyentes residentes en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo: A dicha transmisión le será aplicable la normativa de la Comunidad Autónoma en la que hayan estado situados los bienes muebles un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo del impuesto.
- f) Transmisiones de bienes en las que resultan aplicables normativas de diferentes Comunidades Autónomas: Procederá la liquidación del impuesto teniendo en cuenta los siguientes criterios: —cálculo del tipo medio de gravamen resultante de la aplicación de la normativa estatal y de cada Comunidad Autónoma, al conjunto de bienes y derechos transmitidos; —aplicación de este tipo medio, obtenido en virtud de la normativa propia, valor de los bienes y derechos situados en la Comunidad Autónoma.

Con esta modificación del Impuesto sobre Sociedades estatal que, según la doctrina comunitaria, incumplía el principio de movilidad de capitales, queda adaptada a los principios constitutivos del Tratado de la Unión Europea.

II. TRANSMISIONES ENTRE CÓNYUGES DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. TRATAMIENTO FISCAL DE LAS TRANSMISIONES ENTRE PAREJAS DE HECHO

El artículo 20.2.a de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y las Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE, 31 de diciembre de 2001), que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y las Ciudades con Estatuto de Autonomía (BOE, 31 de diciembre de 2001), en las transmisiones realizadas entre cónyuges se prevé una reducción general de 15.956,87 euros, deducidos de la base imponible y que da lugar al cálculo de la base liquidable.

No obstante lo anterior, en las transmisiones *mortis causa* realizadas entre parejas de hecho se aplica la tarifa correspondiente a la sucesión efectuada entre personas sin parentesco con el causante, y no la tarifa que procedería en transmisiones efectuadas entre cónyuges (TEAC 25 de febrero de 2004; 10 de marzo de 1999).

Sin embargo, la mayor parte de las Comunidades Autónomas han equiparado esta relación al matrimonio, tal es el caso de; Andalucía, Asturias⁴⁹, Baleares⁵⁰, Cantabria⁵¹, Castilla y León⁵², Extremadura⁵³, Galicia⁵⁴ y Madrid⁵⁵, por lo que el

tratamiento fiscal aplicable es idéntico al otorgado a las transmisiones efectuadas entre cónyuges.

El tratamiento fiscal dado a la pensión compensatoria, percibida por uno de los excónyuges, disuelta la sociedad conyugal o en su caso, la relación de hecho, está influida tanto por el régimen económico-matrimonial existente, constante matrimonio, como con la forma en la que tal pensión se percibe, como a continuación se describe.

2. PENSIÓN COMPENSATORIA Y DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: ASPECTOS FISCALES

El artículo 97 del Código Civil reconoce el derecho a favor de un cónyuge, a recibir una pensión en los casos de separación o divorcio en la medida en la que esta circunstancia suponga un desequilibrio económico tal, que implique un empeoramiento de su situación económica.

No obstante lo anterior, el artículo 99 del Código Civil contempla la posibilidad de sustituir dicha pensión por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero (LASARTE, 2015, *Principios* 6 y 7).

A. Regímenes económico-matrimoniales y pensión compensatoria: Aspectos tributarios

Los regímenes económico-matrimoniales constituyen el marco jurídico regulador de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Desde el punto de vista civil común, están previstos en los artículos 1315 y siguientes del Código civil. Desde la óptica fiscal, tienen una gran trascendencia ya que determinan las reglas de atribución y titularidad patrimonial de los bienes.

a) Liquidación de la sociedad de gananciales

La liquidación de la sociedad de gananciales⁵⁶ se realiza de acuerdo a lo previsto en los artículos 1392 y sigs. del Código civil, sin que proceda liquidación alguna en concepto de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según el artículo 27 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del tributo. Por otra parte, la adjudicación de bienes de la sociedad a los cónyuges, está exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, según el artículo 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, planteándose el interrogante sobre si esta exención es aplicable o no a la adjudicación de bienes correspondientes al haber ganancial y atribuidos a uno de los cónyuges. En este sentido se pronuncia el TSJ de Cataluña en sentencia de 4 de enero de 2000, 7 de julio de 2000, 17 de julio de 2000 y 27 de noviembre de 2000⁵⁷.

Según afirma CALVO VÉRGUEZ (2011) «La adjudicación de bienes se encuentra exenta cuando consiste en la compensación económica por las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal, dentro de las que debe entenderse comprendidas, no ya solo las aportaciones económicas, sino también la dedicación a la familia o al trabajo del hogar. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 4 de enero de 2000 declaró la aplicación de la exención del artículo 45.I.B) TRLITP y AJD en la adjudicación de la mitad indivisa de un inmueble perteneciente al otro cónyuge en pago de la pensión compensatoria derivada del convenio de

separación, siendo además el régimen económico matrimonial existente el de separación de bienes. Tal y como precisó el Tribunal «El dato determinante a efectos de tributación o exención en el ITP y AJD no es la tributación separada del bien en su mitad, sino su imposibilidad de disposición y disfrute independiente en el caso de que la sociedad conyugal se disuelva si el bien es indivisible y se posee el pro indiviso y sobre todo, el dato determinante de que al liquidarse se adjudique a uno de sus miembros en compensación de sus aportaciones anteriores constante convivencia»⁵⁸.

Sin perjuicio de las discrepancias doctrinales a las que ha dado lugar la interpretación del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, es preciso puntualizar que se trata de una exención⁵⁹ prevista para estos casos, distinguiéndose claramente de los supuestos de no sujeción contemplados por la Ley⁶⁰.

b) Separación de bienes

El régimen económico matrimonial de gananciales, se fundamenta en la idea de que los cónyuges hagan comunes sus bienes, derechos y ganancias obtenidos a partir del momento de su constitución, de forma que si se disuelve, serán atribuidos por mitades a cada uno de ellos. Si se produjera la ruptura de la pareja, y ya que la intención de los cónyuges fue poner en común todos los bienes generados vigente el matrimonio, parece muy coherente que tras su disolución, se establezca una pensión compensatoria en favor de aquel miembro de la pareja que vea mermado su patrimonio tras la disolución del matrimonio.

Sin embargo, en el régimen económico de separación de bienes la cuestión no está exenta de polémica, ya que no faltan argumentos en favor⁶¹ y en contra⁶² de tal reconocimiento. No obstante, la doctrina mayoritaria entiende que es compatible el régimen económico de separación de bienes con el reconocimiento de una pensión compensatoria tras la ruptura del matrimonio, con el fundamento del desequilibrio económico producido por la disolución del vínculo conyugal.

No obstante lo anterior, el artículo 1438 del Código Civil reconoce el derecho al cónyuge que ha realizado el trabajo para la casa, a ser compensado por el otro cónyuge una vez producida la extinción del régimen de separación, compensación que se puede realizar en metálico o mediante la adjudicación de determinados bienes. El desplazamiento patrimonial originado por dicha compensación no queda sujeto al ISD, pues no tiene carácter gratuito, aunque sí queda sujeto a la modalidad de TPO pues presenta causa onerosa —compensar al otro cónyuge— salvo que se satisfaga en metálico. Finalmente, puede propugnarse el disfrute de la exención del artículo 45.I.B).3) del TR pues la transferencia patrimonial se funda en una norma de liquidación del régimen de separación de bienes. En tal sentido se pronuncian las Sentencia de del TSUPJ de Cataluña de 1 de julio de 1996, 24 de marzo de 2005 y 26 de abril de 2007⁶³.

3. TRIBUTACIÓN DE LOS BIENES ADJUDICADOS TRAS LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El régimen fiscal aplicable a las adjudicaciones que se produzcan tras la disolución del vínculo matrimonial, hace indiferente cuál ha sido el régimen económico previo, y la forma de tributación no distingue si las adjudicaciones

se corresponden a la finalización de un régimen de gananciales o de separación de bienes.

La tributación de la adjudicación de bienes, disuelta la sociedad conyugal, la exención prevista en el artículo 45.I.B) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, alcanza también a las adjudicaciones realizadas habiendo estado vigente el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Como indica CALVO VERGEZ, J. (2011) «su extinción tampoco determina el surgimiento de una ganancia o pérdida patrimonial, siempre que por imposición legal o por resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión entre los cónyuges. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.3.D) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF, este supuesto tampoco da lugar a las actualizaciones de los valores de bienes o derechos adjudicados».

4. ESTUDIO DEL CASO: MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE DIVORCIO DEBIDO AL AUMENTO DE LA CAPACIDAD DE PAGO DERIVADO DE LA PERCEPCIÓN DE UNA HERENCIA POR PARTE DE LA EXCÓNYUGE

La pensión compensatoria del artículo 97⁶⁴ de Código Civil común, está concebida como medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges tras la separación o divorcio⁶⁵. Así lo considera el Tribunal Supremo en diversas sentencias (SSTS 864/2010, de 19 de enero, 25 de noviembre 2011 y 20 de junio de 2013). De forma que si el desequilibrio económico entre ambos desaparece, también lo hace la razón de ser de tal pensión, atendidos los artículos 100 y 101 del Código Civil.

Así ocurre en el caso que nos ocupa, que plantea la modificación de las medidas de divorcio, instado por el marido, por la que pretendía la extinción de la pensión compensatoria concedida a la esposa, al haberse superado el desequilibrio económico que determinó la pensión, ya que esta había percibido una herencia tras el fallecimiento de su madre. El Tribunal Supremo (TS 1.^a, sentencia 17/3/2014. Rec. 1482/2012) anula la sentencia recurrida en lo referido a la percepción de la pensión compensatoria.

De esta forma se consolida como doctrina jurisprudencial que recibir una herencia, como hecho no previsible y susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario de la pensión y, como tal sobrevenida, de conformidad a los artículos 100 y 101 del Código Civil hace aplicable la modificación o extinción de la pensión compensatoria fijada antes del fallecimiento de la madre de la beneficiaria.

Por otra parte, el carácter temporal de la prestación, reforzado⁶⁶ por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, subraya el carácter de la pensión como elemento que sirva para ayudar y aportar sustento eventual al excónyuge, en tanto no obtenga recursos suficientes como para situarse en una posición económica similar a que hubiera tenido de no haber existido el vínculo matrimonial.

Como se analizó en páginas anteriores, la pensión tiene una finalidad niveladora más que indemnizatoria, pues su objetivo es dar cumplimiento al principio de equidad por el que, tras el cese de la convivencia, aquel cónyuge que experimente algún desequilibrio económico, le sea compensado, con carácter temporal mientras dure tal circunstancia.

En el caso que nos ocupa, la herencia percibida por la esposa es una circunstancia sobrevenida, como afirma el Alto Tribunal, y no previsible en el momento de la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria tras la disolución del vínculo matrimonial. En consecuencia, este incremento patrimonial, justifica la modificación o incluso la extinción de la pensión reconocida en un momento anterior, pues la capacidad económica de la beneficiaria se ha visto alterada tras la aceptación de la herencia.

El Tribunal Supremo interpreta que el fallecimiento de la madre de la esposa no estuvo ni en la causa del convenio regulador suscrito, ni en la sentencia de divorcio, ni se tomó en consideración para la determinación de la cuantía de la pensión compensatoria, pues se desconocía tanto la salud de la madre como la cuantía que percibiría la mujer como herencia, no era posible su valoración *a priori*.

En atención a estas circunstancias y a tenor de la interpretación dada a los artículos 100⁶⁷ y sin considerar el artículo 101⁶⁸, el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que la motivó, y, en consecuencia, por la desaparición del desequilibrio económico.

Dos son los aspectos controvertidos y resueltos por el Alto Tribunal, como son la duración de la pensión y la obligatoriedad de su mantenimiento una vez modificada la situación económica de la mujer.

Respecto a la temporalidad de la pensión, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo afirma que la jurisprudencia otorga al órgano judicial la posibilidad de fijar la pensión con carácter temporal. Al constituirse como posibilidad y no una obligación, resulta viable la pensión indefinida o vitalicia. El mero transcurso del tiempo no es causa suficiente que motive la extinción de la pensión, pues es necesario que se haya producido una alteración patrimonial sustancial en el perceptor.

A. Cuestiones fiscales

La extinción del derecho a la percepción de la pensión compensatoria no tiene efecto tributario alguno ya que, como se vio antes, el pagador no se deduce cantidad alguna por la entrega de estas cantidades de dinero, ni es objeto de reducción de la base imponible o aplicación de beneficio fiscal alguno.

Por su parte, la perceptora, como se ha constatado, habrá tributado en concepto de rendimientos del trabajo personal en el momento en el que estas cantidades fueron percibidas y dejará de tributar una vez cese el derecho a la pensión.

Por otra parte, el tratamiento fiscal de la herencia, tributará en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin efecto alguno sobre las bases imponibles declaradas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por incompatibilidad entre la tributación por incremento patrimonial derivado de una transmisión *mortis causa* y su gravamen en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

III. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. A lo largo de las páginas anteriores, se ha evidenciado la heterogeneidad del tratamiento de las transmisiones *mortis causa* en cada una de las Comunidades Autónomas derivado del acervo normativo de los territorios regionales. Esta heterogeneidad plantea una diversidad en la carga fiscal soportada, que poco o

nada tiene que ver con la capacidad de pago de los ciudadanos, como podría esperarse de un trato fiscal tan desigual.

II. El Impuesto sobre Sucesiones, como tributo personal, se exige atendiendo al principio de residencia efectiva, pero en el caso de transmisiones de bienes por parte de personas físicas no residentes en territorio español o, en su favor, la obligatoriedad de aplicación de la normativa estatal impedía que los no residentes pudieran beneficiarse de las reducciones aplicables en las Comunidades Autónomas de residencia, como sí se aplicaría de ser residente en territorio español el sujeto pasivo o el causante.

III. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2014, se pronunció en favor de la libre circulación de capitales, estimando que la diferencia de tributación según se tratara de un residente en territorio español o en cualquier otro territorio de la Unión Europea provocaba agravios comparativos que obstaculizan la libertad de capitales en el espacio comunitario.

IV. Por su parte, la reciente reforma del Impuesto ha eliminado los agravios comparativos por inaplicabilidad de las reducciones autonómicas, según el causante o el beneficiario de la herencia fuera residente o no en territorio español.

V. La determinación de la capacidad de pago de uno de los cónyuges en el momento de la determinación de la pensión compensatoria tras la disolución de la sociedad de gananciales, puede verse alterada con posterioridad, como consecuencia de la percepción de una herencia o incremento patrimonial a título gratuito.

VI. La posibilidad de que la percepción de una herencia altere la capacidad de pago de un cónyuge, es una circunstancia imposible de determinar y constatar en el momento de la fijación de la cuantía, por lo que su percepción debe dar lugar a la valoración y, en su caso posible modificación de la cantidad percibida por el ex cónyuge en concepto de pensión compensatoria.

IV. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STJUE (Sala Segunda) de 3 de septiembre de 2014
- STS de 17 de marzo de 2014
- STS de 20 de junio de 2013
- STS de 25 de noviembre de 2011
- STS de 19 de enero de 2010
- STSJ Cataluña de 26 de abril de 2007
- STSJ Cataluña de 24 de marzo de 2005
- STSJ Cataluña de 24 de diciembre de 2005
- STSJ Cataluña de 27 de noviembre de 2000
- STSJ Cataluña de 17 de julio de 2000
- STSJ Cataluña de 7 de julio de 2000
- STSJ Cataluña de 4 de enero de 2000
- STSJ Cataluña de 1 de julio de 1996

V. CITAS BIBLIOGRÁFICAS Y BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALLINGHAM, M. G. Y SANDMO, A. (1972). Income tax evasion: A theoretical analysis, *Journal of Public Economics*, 1.

- BOZA I RUCOSA, M. y SÁNCHEZ MOLERO, J. (2008). La necesaria reforma del Impuesto sobre Sucesiones. *Diario La Ley*, núm. 6984, Sección Tribuna, 8 de julio de 2008, Año XXIX, Ref. D-214. La Ley 22990/2008. Disponible en: http://diariolaleyley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO-2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkraY4hgKrIH9-fB8_In7ROq-v3-Tv2s-eZ58s82neZHWRfVln51W9yD6Z5eUnZ4vVom_a6pOmmT5J6_X1KiolnnzC5vrZbW8Xnz2pl7nv7DNJs1nu7_7g-ke_f_eL8ym7Torn1bTz3bxe3GZv8km9HtbtVn5Km8-O_iFVT3L6yfXn-38wmZeXb3ILouLrCXIT7JaQBaz2WdP3-zgeXh_Z3f3F17mNbr7CeLi3zZ5r9wXlzMn9P_W2mfNU3RnFQlddPkWT2dv8wu8s-eF02bUY_rss1mVfM8Wy-n83HWRN79wqxs83qZATtuSuiFwS5-ja9U9XF-tJJ25ftffWaYXJX_w9YqDZlNwEAAA=WKE [15 de diciembre de 2014].
- BOSCH, N. (2009). El Modelo de Financiación Autonómica de 2009: Un Análisis Bajo la Perspectiva del Federalismo Fiscal», en VV.AA., *Informe Sobre Federalismo Fiscal en España '09*, Barcelona: Instituto d'Economia de Barcelona, pp. 10-21.
- CALVO VÉRGEZ, J. (2011). Fiscalidad de las operaciones de disolución y liquidación de los regímenes económico matrimoniales: en torno a la STS de 30 de abril de 2010, *Diario La Ley*, núm. 7595, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2011. Año XXXII. Disponible en: http://diariolaleyley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAZO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkraY4hgKrIH9-fB8_In7ROq-v3-Tv2s9W-blIpquUn02qBX7O2qovsk3le58tpkf3C-5npZLa8Xn72p1_kvblNJ89nu7_5gukf_v_cLs2m7zsqn1fSsz3T38UVVzmb7LJ-Z7u_sK3arHyVN5_t7f7Cqp7l9ZPrz3Z-YTOvrl5kl8VF1lKHT7JagBaz2WdP3-zQs3t_98GD-7_wMq-B0Wc_WVzkyzb_hfPiYv6c_t9K-6xpuiakKqmfJs_q6fxldpF_RlisF9S8GmfN6t0vzMo2r5cZUAq_nbRYIRTbVc0x6tVXV3ms8_2dnb3d-7vHuw_e7B38wnL5l155zfC52_8HFv108TEBAAA=WKE
- CISS (2014). *Todo Sucesiones*. Wolters Kluwer CISS.
- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL (2014): *Informe*. Febrero de 2014.
- CRESPO GARRIDO, M. y VALMAÑA OCHAITA, S. (2013). El interés del menor en la mediación: Programas de Actuación, *Estado del arte de la mediación*. Aranzadi.
- ESEVERM MARTÍNEZ (2014). El impuesto sobre sucesiones de No Residentes y la Sentencia del TJUE de 4 de septiembre de 2014: problemas de ejecución 1. www.ccopyme.es (febrero de 2015).
- FERRE NAVARRETE, M. (2014). La política tributaria del Estado en 2014, *Presupuesto y Gasto Público* 74/1. Instituto de Estudios Fiscales.
- JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M. (2014). Informe sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014. Respecto de la tributación en España por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Disponible en: www.notariosyregistradores.com [15 de enero de 2015].
- LAGARES CALVO, M. J. (1974). Hacia una teoría económica de la evasión tributaria», *Hacienda Pública Española*, 28.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho civil*, tomos 6 y 7. Madrid. Marcial Pons.
- LEFEBVRE, F. (2014a). *Memento Fiscal 2014*. Madrid.
- (2014b). *Memento Express. Novedades Tributarias 2014*, Madrid.
- (2013). *Memento Fiscal 2013*. Madrid.
- LÓPEZ, J. (2007). La Nivelación Horizontal, en S. Lago (Dir.), *La Financiación del Estado de las Autonomías: Perspectivas de Futuro*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 165-188.

- LUCAS DURÁN, M. (2012). *Fiscalidad y libre circulación de capitales y pagos en el Derecho de la Unión Europea: análisis jurisprudencial*. Documentos de Trabajo UC-CIFF-IELAT.
- (2010). Aspectos tributarios de las transferencias internacionales de tecnología, *Derecho de la I+D+i; Investigación, desarrollo e innovación. Cuestiones jurídicas actuales relacionadas con propiedad industrial y transferencias de tecnología*, pp. 583-680. Ed. Bosch.
- POUS DE LA FLOR y MORETÓN SANZ (2014). Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico matrimonial, *RCDI*.
- REGISTRO DE ECONOMISTAS Y ASESORES FISCALES (2013). Panorama de la Fiscalidad Autonómica y Foral». *Economistas. Consejo General. REAF*.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA (2010). Financiación de las Comunidades Autónomas por los Impuestos Cedidos, el Fondo de Suficiencia y la Garantía de Financiación de los Servicios de Asistencia Sanitaria Correspondiente al Ejercicio 2008, disponible en <http://www.meh.es/es-ES/Estadistica%20e%20Informes/Estadisticas%20territoriales/Paginas/Estadisticas%20Territoriales.aspx> (14 de noviembre de 2010).
- VV.AA. (2007). *Estudio comparativo del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las Comunidades Autónomas*. Cátedra ALTAE de Estudios Financieros y Fiscales. Universidad Pontificia de Comillas. ICAI-ICADE.

NOTAS

¹ Según la última modificación introducida a 28 de noviembre de 2014.

² 1. Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier título sucesorio. b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, *inter vivos*. c) La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, salvo los supuestos expresamente regulados en el artículo 16.2.a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. 2. Los incrementos de patrimonio a que se refiere el número anterior; obtenidos por personas jurídicas, no están sujetos a este impuesto y se someterán al Impuesto sobre Sociedades» (art. 3 de la Ley 29/1987 de 18 de diciembre según redacción dada en la modificación introducida el 28 de noviembre de 2014).

³ Así lo planteó el Informe emitido por la Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno al efecto de establecer un marco normativo que reformara el Sistema Fiscal Español.

⁴ Comisión nombrada por Acuerdo del Gobierno, de 5 de julio de 2013.

⁵ Ley 22/2009, de 18 de diciembre: Artículo 32, Alcance de la cesión y puntos de conexión en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. Se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones producido en su territorio. 2. Se considera producido en el territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de los sujetos pasivos residentes en España, según los siguientes puntos de conexión: a) En el caso del impuesto que grava las adquisiciones, mortis causa, y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario, en el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. b) En el caso del impuesto que grava las donaciones de bienes inmuebles, cuando estos radiquen en el territorio de esa Comunidad Autónoma.— A efectos de lo previsto en esta letra, tendrán la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. c) En el caso del impuesto que grava las donaciones de los demás bienes y derechos, en el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. 3. Cuando en un solo documento se donasen por un mismo donante a favor de

un mismo donatario distintos bienes o derechos y por aplicación de los puntos de conexión el rendimiento deba entenderse producido en distintas Comunidades Autónomas, corresponderá a cada una de ellas el que resulte de aplicar, al valor de los donados cuyo rendimiento se le atribuye, el tipo medio que, según sus normas, correspondería al valor de la totalidad de los transmitidos. 4. Cuando proceda acumular donaciones, corresponderá a la Comunidad Autónoma el rendimiento que resulte de aplicar, al valor de los bienes y derechos actualmente transmitidos, el tipo medio que, según sus normas, correspondería al valor de la totalidad de los acumulados. A estos efectos se entenderá por totalidad de los bienes y derechos acumulados, los procedentes de donaciones anteriores y los que son objeto de la transmisión actual. 5. En los supuestos previstos en las letras a) y c) del apartado 2 anterior, se aplicará la normativa de la Comunidad Autónoma en la que el causante o donatario hubiere tenido su residencia habitual conforme a lo previsto en el artículo 28.1.1.º b) de esta Ley.

⁶ Ley 22/2009, de 18 de diciembre: Artículo 48 Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. 1. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre: a) Reducciones de la base imponible: Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones, ínter vivos, como para las mortis causa, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.— Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por este o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.— Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, estas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado. b) Tarifa del impuesto. c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente. d) Deducciones y bonificaciones de la cuota.— Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado. 2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando este conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.

⁷ La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social modifica el artículo 4 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece que con efectos desde el 1 de enero del año 2001, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Uno. Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 4, que quedará redactado de la siguiente forma: «1. Se presumirá la existencia de una transmisión lucrativa cuando de los registros fiscales o de los datos que obren en la Administración resultare la disminución del patrimonio de una persona y simultáneamente o con posterioridad, pero siempre dentro del plazo de prescripción del artículo 25, el incremento patrimonial correspondiente en el cónyuge, descendientes, herederos o legatarios.

⁸ Cuando aparezcan bienes en la última declaración del Impuesto sobre el Patrimonio que no existan en la relación de bienes aportada por los herederos, esta presunción puede desvirtuarse por los siguientes medios: —se justifique que en el caudal figuran incluidos el metálico u otros bienes subrogados en el lugar de los desaparecidos, con valor equivalente; —los interesados prueben, de modo fehaciente, que los bienes fueron transmitidos a persona distinta de un heredero, legatario, pariente (dentro del tercer grado), o cónyuge de cualquiera de ellos o del fallecido. b) Los bienes y derechos adquiridos durante los 3

años anteriores a título oneroso en usufructo por el fallecido y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del fallecido, según prevén el artículo 11.1.b de la Ley y el artículo 26 del Reglamento. —No se aplica, si se acredita que los adquirentes de la nuda propiedad hicieron efectiva la contraprestación. c) Bienes y derechos transmitidos por el causante durante los 4 años anteriores a su fallecimiento reservándose el usufructo —o cualquier otro derecho vitalicio— de los mismos o de otros del adquirente. Se excluyen las transmisiones a cambio de renta vitalicia a entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones.

Se desvirtúa si en el caudal hereditario figura dinero u otros bienes recibidos en contraprestación de la nuda propiedad. d) Valores y efectos depositados: — los valores y efectos depositados —generalmente en entidades financieras—, cuyos resguardos se hubiesen endosado, si con anterioridad al fallecimiento del endosante no se hubieran retirado aquellos o tomado razón del endoso en libros del depositario; y —los valores nominativos —aunque no estén depositados— que hubieran sido igualmente objeto de endoso, si la transferencia no se hubiese hecho constar en los libros de la entidad emisora, con anterioridad también al fallecimiento del causante.

⁹ a) Presunción derivada de Registros Fiscales o de datos que tenga la Administración. La presunción se aplica cuando: 1. Disminuye el patrimonio de una persona. 2. Se produzca un correlativo incremento en otra persona. La disminución y el incremento deben referirse a los mismos bienes y derechos. 3. La persona que tiene el incremento sea cónyuge (no separado), descendiente, heredero o legatario del que sufre la disminución. En el caso de herederos o legatarios se plantea el problema de que: salvo los herederos forzosos, hasta el momento del fallecimiento no se sabe si lo son. 4. Que entre la disminución y el correlativo incremento no haya transcurrido un plazo superior a cuatro años. 5. Que la disminución y el incremento se constaten a partir de algún Registro Fiscal o de datos que tenga la Administración. CISS 2014, p. 103.

¹⁰ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, según la última modificación, de 17 de septiembre de 2014 (BOE A 2003-23186): Artículo 66 Plazos de prescripción. Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas. c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías. d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.

¹¹ El TEAC (14 de mayo de 1999) considera aplicable la presunción en el supuesto de venta de un bien privativo de un cónyuge a otro formalizado a través de un contrato privado de préstamo entre ellos, préstamo que no reúne ninguna de las condiciones del artículo 1227 del Código Civil para gozar de eficacia frente a terceros. CISS 2014, p. 104.

¹² El Comité de expertos nombrado para la Reforma del Sistema Fiscal Español preveía el mantenimiento de la deducibilidad de las cantidades satisfechas en las adquisiciones lucrativas *inter vivos* que se acumulen a la herencia (DGT CV 0145-12, 25 de enero de 2011).

¹³ La adición se realiza exclusivamente a efectos de la liquidación y pago del impuesto, sin repercusión, por tanto, en los problemas civiles de división y partición de la herencia. Es importante concretar qué personas quedarán afectadas por las adiciones que se realicen, es decir, cuáles son las adquisiciones individuales que se van a ver incrementadas a consecuencia de la adición. Las presunciones no operan de forma automática. Se tiene que requerir a los interesados para que presten su consentimiento a la adición. Si estos rechazan la incorporación, el valor de los bienes a que se refiere la presunción de adición no se incorpora, de momento, a la masa hereditaria o a la porción hereditaria individual que se trata. El expediente de comprobación continúa solo con los bienes declarados y, en su caso, con la adición del ajuar doméstico, pero debe iniciarse un nuevo expediente para decidir, en vía administrativa, sobre la procedencia de la adición (RISD artículo 93).— No procede adición en el supuesto, infrecuente pero posible, de que lo satisfecho por ITP y AJD sea superior a lo que correspondería pagar por ISD.—Si la cantidad ingresada por ITP y AJD es inferior, procede la adición, pero el sujeto pasivo tiene derecho a que se le deduzca de la liquidación practicada por ISD lo satisfecho por aquel impuesto (LISD art. 11.3 y RISD

art. 29).— Cuando el adquirente de un bien, o de su nuda propiedad, es alguien ajeno al grupo de personas que resultan ser herederos o legatarios en virtud de ley o testamento, se considera como legatario. Lefebvre (2014a).

¹⁴ Las reglas de valoración de los derechos de usufructo, uso y habitación están previstos en el artículo 26 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, según redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. (BOE, 31 de diciembre de 2002) así como en el artículo 49 y sigs. del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y pueden sintetizarse de la siguiente forma: Valoración del usufructo temporal: Se computa el 2% por cada periodo de un año, sin exceder del 70% del valor del bien. Valoración del usufructo vitalicio: Su valoración es igual al 70% del valor total del bien cuando el usufructuario tenga menos de 20 años. Este porcentaje se minora en un 1% menos por cada año superior a 20 que tenga el usufructuario, con el límite mínimo del 10% del valor total del bien. Respecto a la valoración dada a la nuda propiedad, el valor de este derecho se computa por diferencia entre el valor total de los bienes y el valor atribuido al usufructo. El valor de la nuda propiedad no puede ser inferior al 30% del valor total de los bienes.

¹⁵ El artículo 15 de la LISD se limita a indicar que el ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria. Ni la Ley ni el artículo 34 del Reglamento establecen una definición de ajuar doméstico que permita delimitar con exactitud los bienes y derechos que se entienden incluidos y los que se deben considerar excluidos y, por tanto, deben incluirse con independencia del ajuar en la masa hereditaria gravable. Por su parte, el artículo 4.4 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio tampoco define el ajuar doméstico pero expresamente excluye a efectos de exención en dicho tributo del ajuar doméstico las joyas, las pieles de carácter suntuario, vehículos, embarcaciones y aeronaves, así como las obras de arte y antigüedades. De otro lado, el diccionario de la Real Academia define el ajuar doméstico como el conjunto de muebles, enseres y ropa de uso común en la casa. Se cuantifica el ajuar familiar por el artículo 15 de la LISD en un valor estimativo o *forfait* determinado en un porcentaje del 3% del importe del caudal relicto del causante, es decir, los bienes y derechos del causante a su fallecimiento, sin incluir para su cálculo los bienes objeto de incorporación mediante las presunciones de adición del artículo 11 de la LISD, ni las donaciones acumuladas, ni las cantidades que se perciban por los sucesores por seguros para el caso de fallecimiento del causante que se integran en la sucesión *mortis causa* (art. 34.3. RISD). El valor así obtenido, caso de que el causante esté casado, se minora por el 3% del valor catastral de la vivienda habitual del matrimonio, en concepto de ajuar que corresponde al cónyuge viudo por disposición del artículo 1321 del Código Civil o disposición análoga de Derecho foral. Por tanto, es de aplicación cuando el causante estuviese casado sujeto al régimen del Código Civil o cuando estando casado en régimen foral, el Derecho foral le reconozca igual derecho (casos, por ejemplo, de Aragón y Cataluña).

En régimen de declaración-liquidación, el ajuar se calcula sobre el 3% del valor declarado de los bienes integrantes del caudal relicto. La comprobación de valores por la administración de dichos bienes conlleva un nuevo cálculo del ajuar sobre el valor comprobado del caudal relicto. CISS, 2014, p. 124.

¹⁶ Incluso en el caso de que el causante hubiese sufrido el síndrome de Diógenes, la mera constancia de ello no acredita la inexistencia de ajuar, como tampoco prueba el que se destruyesen todos los bienes existentes en el domicilio del causante (TEAC 29 de junio de 2005, 13 de septiembre de 2006). Lefebvre (2014a mg 5396-98).

¹⁷ Afecta a todos los sucesores universales o herederos en proporción al título sucesorio cuando los bienes hayan dejado de formar parte del patrimonio del causante sin que se acredite fehacientemente la transmisión a un sucesor (CISS, 2014, p. 129).

¹⁸ Artículo 51. Reglas especiales. 1. Al adquirirse los derechos de usufructo, uso y habitación se girará una liquidación sobre la base del valor de estos derechos, con aplicación, en su caso, de la reducción que corresponda al adquirente según lo dispuesto en el artículo 42 de este Reglamento.

¹⁹ Con el fin de evitar dudas interpretativas que suscitó la deficiente técnica empleada por alguna Comunidad Autónoma en el ejercicio de la capacidad normativa durante la vigencia de la Ley 14/1996, las Comunidades Autónomas deben indicar al regularlas si la reducción

es análoga o de mejora, respecto a la estatal o, propia, o específica. Las reducciones autonómicas «análogas» o de «mejora» que conlleven un recorte del ámbito de aplicación o de la cuantía de las reducciones estatales, adolecen de vicio de incompetencia y, en nuestra opinión, a la vista de la Ley 22/2009, no impiden la aplicación de la normativa estatal si es, en efecto, más favorable. Las Comunidades Autónomas pueden dictar normas de desarrollo de las normas que dicten en el ejercicio de su capacidad normativa, e igualmente a las mismas corresponde la Resolución de las Consultas que sobre su normativa se planteen. En tanto ello no se produzca parece que se deben de aplicar en lo que fuera susceptible de aplicación analógica las normas inferiores estatales y los criterios de la DGT del Estado, en especial la Resolución 2/1999. CISS, 2014, p. 170.

²⁰ En 2010 la recaudación total del impuesto fue de 2.018.732, según datos de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, mientras que en 2009 se recaudaron 2.273.142, y en 2007 las cifras habían sido de 2.572.111.

²¹ Esta caída de recaudación no es exclusiva del Impuesto sobre Sucesiones, sino que el Impuesto sobre el Patrimonio, entre 2007 y 2010 experimentó una disminución del 94,86%, fundamentalmente por la eliminación del tributo en muchas Autonomías.

²² D. Leg. Andalucía 1/2009 artículo 18, 19, 20 —redacción L. Andalucía 11/2010-21 y 22 ter. Rec. L. Andalucía 8/2010.

²³ L. Aragón 10/2012 (art. 131-1 a 131-7).

²⁴ L. Asturias 6/2008, artículos 4 y 5.

²⁵ L. Balear 22/2006, artículo 1 a 12; L. Balear 3/2012, artículo 7.

²⁶ D. Leg. Canarias 1/2009 artículo 19 a 24 bis rec. L. Canarias 4/2012.

²⁷ D. Leg. Cantabria 62/2008 artículo 5.1 a 5.6 rec. L. Cantabria 1/2012.

²⁸ L. Castilla-La Mancha 9/2008 artículo 8 rec. L. Castilla-La Mancha 2/2012.

²⁹ D. Leg. Castilla y León 1/2008 artículos 15 a 21, rec. L. Castilla y León 9/2012 y 26 rec. L. Castilla y León 10/2009.

³⁰ L. Cataluña 19/2010 artículo 1 a 29 —rec. L. Cataluña 7/2011 — 30 a 23, 33 rec. L. Cataluña 52012—, 34 a 36 y dis. Final 1.ª —redacc. L. Cataluña 3/2011.

³¹ D. Leg. Extremadura 1/2006 artículo 9 a 15 rec. L. Extremadura 6/2008, L. Extremadura 19/2010 artículo 14 rec. L. Extremadura 4/2012.

³² D. Leg. 1/2011, artículo 6, 7, 8 seis y disp. Trans. 1.ª.

³³ L. La Rioja 7/2012 artículo 4 a 7 y disp. trans. primera.

³⁴ D. Leg. Madrid 1/2010 artículo 21, 22 y disp. trans. 1.ª rec. L. Madrid 9/2010.

³⁵ D. Leg. Murcia 1/2010. Artículo 3.1.

³⁶ L. C. Valenciana 13/1997. Artículo 10 —rec. L. C. Valenciana 14/2005 y L. C. Valenciana 10/2006.

³⁷ La sentencia ha sido dictada tras la interposición por parte de la Comisión Europea de un recurso, en marzo de 2012, contra España, al considerar que se infringía la normativa europea que garantiza la libre circulación de capitales.

³⁸ Es esta una cuestión que puede afectar a los ocho millones de ciudadanos europeos que residen fuera de las fronteras de su país de nacimiento, y que provoca diferencias fiscales en el modo de tributación de los dos millones y medio de inmuebles que son propiedad de ciudadanos que viven en países diferentes al de localización del inmueble. Anualmente se autorizan alrededor de 450.000 herencias transfronterizas por un valor aproximado de 123.000 millones de euros.

³⁹ El tenor literal de la sentencia dice: Constituyen restricciones de los movimientos de capitales las medidas nacionales que causan una disminución del valor de la herencia o de la donación de un residente de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se grava la sucesión o la donación, o de un residente de un Estado distinto de aquel en cuyo territorio se encuentran los bienes afectados y que grava la sucesión o la donación de estos. Sentencia TJUE, de 3 de septiembre de 2014.

⁴⁰ La sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de octubre de 2013, declaró que *por lo que respecta al importe que se ha de pagar en concepto de impuesto de sucesiones por un bien inmueble situado en Alemania, no existe ninguna diferencia objetiva que justifique una desigualdad en el tratamiento fiscal entre la situación de personas que no residen en dicho Estado miembro y aquella en la que al menos una de ellas resida en el referido Estado, res-*

pectivamente. En efecto, el importe a pagar por el impuesto sobre sucesiones correspondiente a un inmueble situado en Alemania se calcula, con arreglo a la ErbStG, en función al mismo tiempo del valor de dicho bien inmueble y del vínculo personal que exista entre el causante y el heredero. Pues bien, ninguno de esos dos criterios depende del lugar de residencia de estos (véanse, en este sentido, las sentencias Jäger, apartado 44; Eckerlkamp y otros, apartado 61, y Arens-Sikken, apartado 55).

⁴¹ Respecto a la aplicación de la deducción por doble imposición internacional para el caso de un residente en España que percibe un legado libre de impuestos procedente de Holanda véase Lefebvre (2014b mg 4610) donde según DGT (CV 5 de septiembre de 2013) si el consultante tiene la residencia habitual en España, al no haber convenio de doble imposición con Holanda en materia de herencias, se atiende a las normas del Impuesto sobre Sociedades y, por tanto, está sujeto por obligación personal por la adquisición hereditaria de los bienes del causante, lo que implica la obligación de pagar el impuesto por la totalidad de los bienes adquiridos con independencia del lugar dónde se encuentren.— No obstante, si satisface realmente el impuesto en el país de situación de los bienes, y para evitar la doble imposición, de la liquidación que proceda practicar en España se puede aplicar la deducción por doble imposición y el aplicable la LISD artículo 23.

⁴² El artículo 20.4 establece que: *En el caso de obligación real de contribuir, las reducciones aplicables serán las establecidas en el apartado 2. Las mismas reducciones serán aplicables en el caso de obligación personal de contribuir cuando el sujeto pasivo o el causante fuesen no residentes en territorio español.*

⁴³ El examen debe destacar los siguientes aspectos: (I) Es dictada como consecuencia de un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España. Por tanto, no deriva de una petición de decisión prejudicial suscitada por un órgano jurisdiccional español. La diferencia no es baladí, especialmente en cuanto a determinar sus efectos y alcance. (II) Resulta de su lectura la actitud obstruccionista del Reino de España, que pretendió paralizar y dilatar el recurso. (III) La misma no se refiere a la normativa de las CCAA, sino esencialmente a la normativa estatal, en concreto a la Ley 22/2009, de Cesión de Tributos, que delimita los puntos de conexión para determinar la administración y normativa autonómica aplicable en el ISD, excluyendo a los no residentes que quedan sujetos en todo caso a la competencia y normativa estatal, tal y como resulta del inicio del artículo 32 de dicha ley. Por tanto, no afecta a la legislación emanada de las CCAA en el ejercicio de su capacidad normativa. (V) Parte de la base que la normativa autonómica, consecuencia del ejercicio de las atribuciones conferidas a las CCAA por la Ley 22/2009, es más favorable al contribuyente, al tener la normativa estatal el carácter de, “mínimo”. (IV) Declara a la normativa estatal contraria al derecho originario de la UE (que constituye una especie de constitución europea) como se ha indicado al inicio y no al derecho derivado, lo que supone un, “plus”, de gravedad. JUÁREZ GONZÁLEZ (2014).

⁴⁴ El artículo 7 LISD establece que: A los contribuyentes no incluidos en el artículo inmediato anterior se les exigirá el Impuesto, por obligación real, por la adquisición de bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza, que estuvieran situados, pudieran ejercitarse o hubieran de cumplirse en territorio español, así como por la percepción de cantidades derivadas de contratos de seguros sobre la vida cuando el contrato haya sido realizado con entidades aseguradoras españolas o se hayan celebrado en España con entidades extranjeras que operen en ella.

⁴⁵ De la sentencia y del fallo, a mi criterio, son los siguientes: (I) Sucesiones, *mortis causa*, en las que el causante es residente en territorio español y alguno o algunos o todos los sucesores-contribuyentes son no residentes. Se justifica en la discriminación que conlleva de los sujetos pasivos no residentes (que quedan sujetos a la normativa estatal) con respecto a los sujetos pasivos residentes (que quedan sujetos a la normativa autonómica correspondiente a la CA donde el causante hubiere tenido su residencia habitual al devengo). (II) Sucesiones en que el causante es no residente en España. En este caso, conforme a la Ley 22/2009 el régimen en principio es igual para todos los sujetos pasivos: es competente y rige la normativa del Estado. Pues bien, aunque el trato fiscal es igual para todos, sin embargo, es de peor condición que la carga fiscal soportada cuando el causante es residente en una Comunidad Autónoma, lo que justifica la vulneración del Derecho Comunitario primario.

(III) Donaciones de inmuebles situados en territorio español, en cuanto que los no residentes deben tributar por la hacienda y normativa estatal y los residentes por la hacienda y normativa autonómica correspondiente a la ubicación del inmueble. (IV) Donaciones de inmuebles radicados fuera del territorio español, en cuanto que los no residentes no tributan en España (sujetos por obligación real) y los residentes en España deben tributar por la normativa estatal (sujetos por obligación personal). (V) Donaciones de otros bienes y derechos situados en territorio español, puesto que los no residentes deben tributar por la hacienda y normativa estatal y los residentes por la hacienda y normativa autonómica correspondiente a la Comunidad Autónoma de su residencia habitual. (VI) Donaciones de otros bienes y derechos situados fuera del territorio español. En este caso, los donatarios no residentes no tributan en España (sujetos por obligación real) mientras que los residentes en España deben tributar por la hacienda y normativa correspondiente a la Comunidad Autónoma en donde tienen su residencia habitual. JUÁREZ GONZÁLEZ (2014).

⁴⁶ Para un análisis sobre aspectos tributarios de las transferencias internacionales ver LUCAS DURÁN (2010), pp. 605 y sigs.

⁴⁷ *Sin embargo, queda ilesa la normativa propia de las CCAA dictadas al amparo de la capacidad que les otorga el artículo 48 de la Ley 22/2009. La sentencia que comentamos no entra a valorar ni por tanto emite juicio sobre la legislación de las CCAA, tan solo se limita a constatar que la normativa estatal de coordinación conlleva la desigualdad tributaria y, en consecuencia, constituye un obstáculo para la libre circulación de capitales.* JUÁREZ GONZÁLEZ (2014).

⁴⁸ La Disposición Adicional segunda de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, según última modificación de 28 de noviembre de 2014, establece: 2. *A efectos de lo dispuesto en este artículo, se considera que las personas físicas residentes en territorio español lo son en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando permanezcan en su territorio un mayor número de días del periodo de los cinco años inmediatos anteriores, contados de fecha a fecha, que finalice el día anterior al de devengo.*

⁴⁹ Las parejas estables definidas en la Ley Asturias 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables se equiparan a cónyuges.

⁵⁰ Se hace extensivo a los miembros de la parejas estables reguladas en la Ley de Baleares 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, siempre que los convivientes verifiquen todos los requisitos y las formalidades requeridas, incluida la inscripción en el Registro de Parejas Estables de esta Comunidad Autónoma. En todo caso, el conviviente que sobreviviera al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares prevé para el cónyuge viudo, tanto en la sucesión testada como en la intestada. (L. Baleares 22/2006, Dis. Adic. Única). Lefebvre (2014a).

⁵¹ Según la Ley 1/2005 de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, a los efectos de aplicar las reducciones aplicables a la base imponible en las adquisiciones *mortis causa* y la bonificación aplicable a las adquisiciones *mortis causa* de los herederos comprendidos en los grupos I y II de parentesco, se asimilan a cónyuges las parejas de hecho que estén inscritas en el Registro conforme a lo previsto en la Ley.

⁵² Se asimilan al matrimonio las uniones de hecho que hayan tenido convivencia estable durante, al menos, dos años anteriores a la fecha de devengo del impuesto y cuya unión se haya inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León, según lo previsto por el artículo 25 del Decreto Legislativo 1/2008, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de Tributos cedidos por el Estado. *Artículo 25. Equiparaciones.* A los efectos de la aplicación de los beneficios fiscales regulados en este capítulo se asimilarán a los cónyuges los miembros de uniones de hecho que hayan tenido convivencia estable de pareja durante, al menos, dos años anteriores a la fecha de devengo del impuesto y cuya unión se haya inscrito en el Registro de Uniones de Hecho de Castilla y León.

⁵³ En Extremadura se equiparan a los cónyuges los miembros de las parejas de hecho inscritas en el Registro de Uniones o Parejas de Hecho de la Comunidad, según lo dispuesto en el D. Legislativo 1/2006, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Extremadura en materia de

Tributos Cedidos por el Estado y la Ley 4/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Financieras y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

⁵⁴ Según lo previsto en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1/2011 de 28 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, se equiparan al matrimonio las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que estén inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, cuando hayan expresado su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

⁵⁵ A los efectos de la aplicación de las reducciones, coeficientes multiplicadores y bonificaciones pertinentes de carácter autonómico, se asimilan a los cónyuges los miembros de las uniones de hecho que cumplan con los requisitos exigidos en la Ley Madrid 11/2001 y el artículo 26 del Decreto Legislativo de Madrid 1/2010.

⁵⁶ El régimen económico matrimonial de gananciales está regulado en los artículos 1344 y sigs. del Código Civil; sobre la materia *vid.*, POUS DE LA FLOR y MORETÓN SANZ (2014), Comunidad conyugal y partición hereditaria: la previa liquidación del régimen económico matrimonial, *RCDI*.

⁵⁷ STSJ Cataluña 27 de noviembre de 2000: Ciertamente los bienes de cada cónyuge en el régimen de separación de bienes guardan una titularidad individual y separada; sin embargo, al permanecer en común y pro indiviso a la disolución de la sociedad conyugal se hace necesaria su distribución separada, siendo el dato determinante a efectos de tributación o exención por ITP y AJD, no la titularidad separada del bien en su mitad, sino su imposibilidad de disposición y disfrute independiente de no procederse a la liquidación de los que se encuentran en común y pro indiviso. Citado en CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

⁵⁸ *Pues bien, desde el punto de vista fiscal, y en congruencia con su naturaleza sustantiva, la liquidación de gananciales, al ser un acto de disolución de una comunidad, no origina una transmisión sujeta como tal a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPyAJD. Hemos de reconocer, no obstante que a ello se opone la dicción literal del artículo 45.I.B) 3 del Texto Refundido de la Ley reguladora del citado impuesto (TR)m, tenor literal que no ha impedido, sin embargo, que lo anterior constituya una consolidada doctrina común de los Tribunales jurisdiccionales. Véase a este respecto las SSTs de 23 de mayo de 1998 y de 28 de junio de 1999. También la Dirección General de Tributos (DGT) ha defendido esta línea de interpretación en contestaciones a Consultas de 5 de octubre de 1999 y de 8 de febrero de 2000.* CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

⁵⁹ (...) si se admite que el fundamento de la exención reside en la protección a la familia, o en la intención de otorgar un tratamiento fiscal más favorable a cualquier hecho imponible que se produzca en el contexto cónyuge-sociedad conyugal, habría que plantearse la posibilidad de aplicar la exención a supuestos relacionados con otros regímenes económico matrimoniales. Concretamente, debería considerarse también la posibilidad de que la exención pudiera aplicarse a supuestos de adjudicación y de transmisión de bienes realizados como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal, a pesar de que el régimen económico del matrimonio fuera el de separación de bienes o el de participación en las ganancias, regulados en los artículos 1411 a 1434 del Código Civil. Ello parece una exigencia derivada del principio de igualdad. CALVO VÉRGEZ, J. (2011).

⁶⁰ Especial referencia merece la posibilidad de sustituir dicha pensión por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. En este caso nos encontramos ante un desplazamiento patrimonial análogo a la dación o adjudicación en pago cuya tributación por la modalidad de TPO se haya prevista en el artículo 7.2.A) del TR del ITP y AJD, por lo que pueden distinguirse dos supuestos: 1) Caso de que la adjudicación del derecho real de usufructo o de los bienes se establezca en la resolución judicial que aprueba el convenio regulador. En este caso no tiene el carácter de desplazamiento patrimonial y no puede resultar sujeta un a la modalidad del TPO ni en el ISD. 2) Caso en el que la adjudicación se produzca una vez declarada judicialmente la pensión y en sustitución de la misma. Nos encontramos ante una dación en pago que queda sujeta a la modalidad de TPO —Artículo 7.2.A del TR—. Ahora bien, entendemos que no es en absoluto infundado considerar la aplicación de la exención del artículo 45.I).B)3 del TR, pues es un desplazamiento patrimonial consecuencia del matrimonio y como tal debe

quedar amparado por la exención, dirección interpretativa acogida por el TSJ Cataluña en la sentencia 24 de diciembre de 1999. CISS (2014).

⁶¹ Entre las sentencias que afirman la procedencia del reconocimiento del derecho a la percepción de una pensión compensatoria disuelto el matrimonio cuyo régimen matrimonial era el de separación de bienes, conviene citar las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2005, de 28 de abril de 2005 y de 10 de marzo de 2009.

⁶² Quienes se oponen al reconocimiento de la pensión compensatoria en los casos de separación de bienes, suponen una opción minoritaria en la doctrina. No obstante sus argumentos se basan en que la solicitud de tal pensión supondría una infracción de los artículos 1091 y 1258 del Código Civil, ya que las capitulaciones matrimoniales tienen un carácter contractual. Entienden que con esta petición se va en contra de uno de los principios esenciales del Derecho Privado *Pacta Sunt Servanda*. Por otro lado, se entiende que tal solicitud va en contra de la voluntad de los esposos al pretender desvincularse uno del otro en el momento en el que optaron por el régimen económico de separación de bienes.

⁶³ CISS, 2014, p. 450.

⁶⁴ Se trata de una cuantía que uno de los cónyuges debe satisfacer al otro, normalmente bajo la forma de renta periódica, y cuyo objeto es el resarcimiento de uno de los cónyuges por el deterioro sufrido tras la ruptura matrimonial (art. 97 del Código Civil).

⁶⁵ Para un análisis cuantitativo de la situación del divorcio en España ver CRESPO (2013).

⁶⁶ El artículo 97 queda redactado de la siguiente forma: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.— A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

⁶⁷ RD 1/1898, de 24 de julio, según redacción operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio (BOE de 20 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, artículo 100, Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, solo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge.

⁶⁸ Artículo 101 según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

1.5. Obligaciones

La nulidad del contrato de arrendamiento
de larga duración sin que se realice por
unanimidad de los copropietarios

*The revocation of the lease for long term
in properties with co-ownership*

por

RAMÓN HERRERA DE LAS HERAS
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de Almería*

RESUMEN: Este breve trabajo trata de resolver la problemática surgida en torno a los arrendamientos de larga duración de bienes que son copropiedad de varios titulares. Durante el mismo se analiza cuando nos encontramos ante un acto de administración, y por lo tanto solo requiere la mayoría de las cuotas, y cuando nos encontramos ante un acto de disposición y es exigible, en cambio, la unanimidad de todos los propietarios y el contrato, por lo tanto, es radicalmente nulo por falta de consentimiento.

ABSTRACT: *This paper attempts to resolve the problems arising the leases of property that is jointly owned by several people. its analyzed when is an act of administration, and therefore only requires a majority, and when is an act of disposition and is enforceable, however, unanimity of all owners and contract, therefore, is radically void for lack of consent.*

PALABRAS CLAVE: Copropiedad. Arrendamiento. Acto de disposición. Nulidad.

KEY WORDS: *Co-ownership. Leasing. Disposition act. Nullity.*

SUMARIO: I. LEGITIMIDAD Y PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.—II. LA NULIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS SUPERIORES A SEIS AÑOS SIN CONTAR CON LA UNANIMIDAD DE LOS COPROPIETARIOS.—III. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS.—IV. CONCLUSIONES

I. LEGITIMIDAD Y PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD

Señala el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que lo son —legitimados— quienes comparecen y actúan en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Pero hemos de tener en cuenta que en los casos de

nulidad radical se permite a «cualquier perjudicado» poder ejercitar la citada acción de nulidad sin necesidad de tener que haber participado en la relación contractual. Es evidente, entonces, que al tratarse de una acción meramente declarativa, la legitimación activa corresponde a cualquier persona que ostente un interés legítimo, por lo que el abanico se abre de manera muy significativa¹. Es por eso que lo realmente importante en este sentido es acotar el concepto de perjudicado. Como señala ESPÍN, ha de tratarse de un negocio —contrato en este caso— que ocasione un perjuicio al tercero al frustrar un derecho que en otro caso le correspondería².

Así, es evidente que, sobre la legitimidad en el ámbito de los contratos de arrendamiento en los que los titulares del derecho de propiedad son varias personas, cualquiera de ellos podrá ejercitar la acción de nulidad, independientemente de que hayan participado o no en la constitución del mismo. Y ello porque, de una forma clara, ven perjudicado su derecho, ya sea de posesión o patrimonial, por el contrato suscrito entre el arrendador —que no tenía capacidad para ello— y el arrendatario, independientemente de que este último tuviera o no conocimiento de la circunstancia mencionada. En este sentido, conforme reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras las SSTs de 21 de noviembre de 1997, 8 de junio de 1999, 8 de abril de 2000 y 28 de febrero de 2004), «*el tercero que no haya sido parte en el contrato, goza de legitimación para ejercitar la acción de declaración de inexistencia del mismo, o la de nulidad, si tiene un interés jurídico en ello, o lo que es lo mismo, siempre que se vea perjudicado o afectado de alguna manera por el referido contrato*», siendo evidente la existencia del expresado interés, pues priva a los copropietarios de sus derechos legítimos³.

Por lo que respecta al momento en el que se puede ejercitar la acción de nulidad, al tratarse esta de nulidad absoluta recogida en el artículo 1261 del Código Civil, no tiene plazo de prescripción, por lo que puede ser ejercitada en cualquier momento. Son muchos los autores que se han expresado en esta línea desde muy antiguo, sirva el ejemplo del citado anteriormente ESPÍN, quien afirma que la acción «*es imprescriptible, pues no es de aplicación el plazo del artículo 1300, pues este precepto es solo aplicable a los contratos en que concurran todos los requisitos del artículo 1261*»⁴.

Así, ante un caso de nulidad absoluta la acción no prescribiría nunca, como ha afirmado el Tribunal Supremo en sus ya clásicas sentencias como la de 20 de diciembre de 1975 que establece que «*con arreglo a la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo previsto en el artículo 1961 del mismo ordenamiento no está sujeta a prescripción extintiva*». En los mismos términos lo hace la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1996 cuando afirma de forma taxativa que «*la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción*». Más recientemente la de 18 de octubre de 2005 señala que «*aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 del Código Civil podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 del Código Civil se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción*. Así «*los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio "quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis con-*

lescere”, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles» (STS 14 de marzo de 2002, entre tantísimas otras). Igualmente, la STS de 21 de enero de 2000 establece que «las relaciones afectadas de nulidad absoluta, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad».

En contra de esta clara línea jurisprudencial y doctrinal se encuentra PASQUAU LIAÑO, quien sostiene, con argumentación racional, que «la imprescriptibilidad de la nulidad radical es un dogma sin fundamento, y que... debe más bien mantenerse que la acción de nulidad, como acción personal que no tiene señalado plazo especial, prescribe a los quince años, a contar no desde el momento de su celebración, pero sí desde que el interesado en la ineficacia del contrato «pudiera» ejercitar la acción o «debiera» invocar la nulidad»⁵. El argumento, que se sostiene en que, como es lógico, lo que caduca es la acción de nulidad y no la nulidad en sí misma, no lo comparto. Es cierto que el ordenamiento jurídico no debe proteger indefinidamente los derechos que no se usan, ni son reconocidos, puesto que, ello atentaría contra la seguridad jurídica general⁶, pero no es menos cierto que en los casos de la acción de nulidad, una nulidad radical, no ha de operar esta lógica pues, lo que se estaría haciendo de facto es convalidar aquello que no es convalidable en ninguna circunstancia. Así se acude a la máxima *quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*, y se argumenta que lo mismo que los citados contratos no son susceptibles de confirmación en virtud de lo establecido en el artículo 1310 del Código Civil, tampoco podrán convalidarse por la «renuncia tácita» que supone el dejar pasar el tiempo sin pedir la nulidad, que conllevaría la existencia de un plazo de prescripción —de quince años— como señalan algunos autores⁷.

Cosa distinta es que, pasado el tiempo, el tercero legitimado para ejercitar la acción desaparezca, por cualquier circunstancia, y, por lo tanto, a pesar de la nulidad del acto, no pueda ejercitarse acción alguna. Imaginemos que, en el caso del que estamos hablando, el arrendador, a pesar de haber alquilado algo para lo que no tenía capacidad, adquiere por prescripción adquisitiva, la propiedad de la totalidad de la finca. En ese caso el contrato celebrado con anterioridad seguiría siendo nulo —inexistente—, pero ya no habría tercero alguno legitimado para ejercitar la correspondiente acción de nulidad, porque nadie vería privado o perjudicado su derecho, puesto que el derecho de propiedad recaería ya sobre el arrendador.

Como afirma, de forma acertada, O'CALLAGHAN, el contrato no es que sea nulo en sí mismo, es que realmente es inexistente por falta de un elemento esencial del mismo⁸. Así, no tiene sentido que esa inexistencia no pueda ser declarada una vez transcurridos quince años, porque eso sería tanto como reconocer su existencia. A pesar de ello, por intentar no confundir al lector utilizaré el mismo término que aparece tanto en el Código Civil como en la Ley de Enjuiciamiento Civil: Nulidad, como aseveraba DE CASTRO, en un sentido amplio, «abarcando los negocios contrarios a la Ley y los inexistentes»¹⁰. A pesar de compartir la opinión de O'CALLAGHAN, hay autores que niegan que se produzca la citada diferencia entre nulidad e inexistencia. Así PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER dicen sobre la mencionada distinción entre nulidad e inexistencia es «absolutamente inexacta, no tiene rigor técnico, pues no cabe duda que el llamado negocio inexistente es un hecho jurídico que el Derecho objetivo toma en cuenta y que, a veces, produce efectos jurídicos, siquiera estos no sean precisamente los del acto válidamente realizado. Además, en el Derecho no hay una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer y el no valer; entre

la validez y la nulidad. Así como en la naturaleza no hay hechos nulos, sino que los hechos existen o no existen, en el orden jurídico, de los actos solo puede decirse que valen o que no valen»¹¹.

Es evidente que, en algunos casos, se produce cierta confusión entre la nulidad y la anulabilidad. La nulidad de pleno derecho o radical, como es sabido, sucede cuando no existe alguno de los elementos esenciales del contrato recogidos en el artículo 1261 del Código Civil. En el caso al que hacemos referencia del contrato de arrendamiento sin el consentimiento de todos los copropietarios no habría consentimiento alguno. En cambio, si se hubiese prestado el consentimiento, en la creencia de que el precio sería distinto, por ejemplo, sí que habría consentimiento, distinto es que este haya podido estar viciado por un error. Por lo tanto nos hallaríamos ante una posible anulabilidad o nulidad relativa conforme a lo establecido en el artículo 1300 del Código Civil, cuando, dichos requisitos, existen vicios que pueden llegar a invalidar el contrato. Y es aquí donde la diferencia señalada toma relevancia.

II. LA NULIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS SUPERIORES A SEIS AÑOS SIN CONTAR CON LA UNANIMIDAD DE LOS COPROPIETARIOS

Al encontrarnos en el supuesto estudiado ante una copropiedad, los actos de administración, como señala el artículo 398 del Código Civil, han de ser adoptados por la mayoría de los copropietarios —de cuotas con carácter general—, cosa que no sucede en el caso al que hacemos mención, pues tan solo contaría con la aprobación de alguno de ellos, pero en ningún caso se trataría de la unanimidad ya señalada anteriormente. Pero a mayor abundamiento, al tratarse de un arrendamiento de bienes inmuebles que, pertenecen a varios copropietarios en proindiviso tan solo se considera acto de administración si no supera los 6 años de duración; y se considera acto de disposición o gravamen si supera dicha duración, para lo que requiere la unanimidad de los copropietarios. Así nos encontraríamos ante un contrato realizado por quien carece de poder suficiente para perfeccionarlo.

Este criterio se mantiene en numerosas sentencias en las que se sancionan tales actos con la nulidad absoluta o radical, como las del TS de 12 de noviembre de 1987 y de 28 de marzo de 1990, AP Valencia de 7 de julio de 1999, AP León de 21 de diciembre de 2001, AP Valencia de 2 de noviembre de 2002, AP Murcia de 4 de diciembre de 2003, AP Alicante de 18 de febrero de 2004 y AP Zaragoza de 20 de junio de 2008. También se ha manifestado en este sentido la Dirección General de los Registros y del Notariado al afirmar, en su resolución de 22 de abril de 2006 que *«la doctrina Jurisprudencial pacífica hasta la extenuación, en virtud de la cual, se entiende que el arrendamiento de un bien propiedad dominical de varias personas, es un acto de administración del condominio y por ende aplicable la regla de las mayorías del artículo 398 del Código Civil, siempre que su duración no supere los 6 años»*.

Igualmente nos encontraríamos ante la falta de un elemento esencial del contrato de arrendamiento, cual es la del consentimiento de los arrendadores. En este sentido existe una evidente falta de capacidad de contratar, pues no hay consentimiento de los arrendadores —todos—, requisito que unido al objeto y a la causa son necesarios para la existencia de todo contrato, como señala el artículo 1261 del Código Civil. Es por ello que al no existir consentimiento el contrato es radicalmente nulo o, mejor dicho, inexistente.

En este sentido la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990 proporciona una importante pauta interpretativa, al señalar que *si bien como se dice, el arrendamiento es un acto de administración, ello quiebra cuando o bien por la naturaleza de la cosa o bien, como en el presente caso, por el largo tiempo que para su duración se estipule en el contrato, puede constituir un derecho real a favor del arrendatario inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 2, núm. 5 de la Ley Hipotecaria) por lo que al rebasar los límites de la que es pura administración, obligado es reconocer no se hallaba facultada la demandada como condueña, aun representando la mayor suma de intereses, para dar en arriendo el piso en común al exceder el plazo de arrendamiento de los seis años, sin la anuencia de todos los partícipes, cuyos derechos dominicales expresamente reconocidos por la Ley quedarían restringidos o anulados por un contrato de tan larga duración, y como ante tal falta de capacidad de contratar, hay que entender falta el consentimiento de los arrendadores contratantes, requisito que unido al objeto cierto y a la causa de la obligación son los necesarios para la existencia de todo contrato, al no existir aquel, como se dice requisito esencial de contrato, es radicalmente nulo, sin que la buena fe de uno de los contratantes, el arrendatario pueda subsanar la falta de dicho requisito.* En el mismo sentido se pronuncia, entre otras, la AP de Asturias en su sentencia de 8 junio 1995, que concluye *«que se está ante un contrato radicalmente nulo por falta de uno de sus requisitos esenciales, cual es el consentimiento, «sin que la buena fe de uno de los contratantes, el arrendatario, pueda subsanar la falta de dicho requisito».*

La única opción de darle cierto carácter de útil al citado contrato, sería la de alegar la existencia de un consentimiento tácito por parte de los copropietarios que no consintieron de forma expresa. Aunque esto que señalo no sería tarea fácil puesto que, como señala la sentencia de 8 de junio de 1995 de la AP de Asturias para ello deberían de haber *«realizado acto alguno que revelase su intención de autorizar o consentir el arriendo, ni quepa interpretar su silencio de modo distinto al que constituye su significado propio de ausencia de manifestación de voluntad».*

III. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

Una vez que hemos llegado a la conclusión que, en estas circunstancias, los contratos de este tipo son nulos, hemos de preguntarnos qué derechos, además del ejercicio de la acción de nulidad, le asisten al copropietario que no ha prestado su consentimiento para el arrendamiento. Es obvio que, a pesar de que el contrato es inexistente, ha tenido apariencia de legalidad y, por lo tanto, ha tenido consecuencias económicas.

Una vez declarada la nulidad del contrato, el artículo 1303 del Código Civil señala que *«los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses».* En esta línea se ha pronunciado de forma clara la jurisprudencia, entre otras en la STS de 11 de febrero de 2003 que afirma: *«declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses».* Pero hemos de tener en cuenta que, en este caso, aquel que ha ejercitado la acción de nulidad no ha sido un contratante, sino un copropietario que, precisamente, no ha participado ni ha sido parte en el citado contrato. Pues bien, lógicamente la restitución de la cosa operará igualmente a su favor —si perdió la posesión de una finca por que

fue arrendada la recuperará—, pero ha de poder reclamar los daños que se le hayan podido producir como perjudicado.

Hemos de partir entonces de la existencia de una fuente de la obligación como es la actuación ilícita del arrendador y la infracción de un principio fundamental en el derecho de daños que no es otro que el del «*alterum non laedere*», cuya concreción, en el caso examinado, se establece en los artículos 1101, 1106 del Código Civil y 1902.

Así, el copropietario procede a arrendar la totalidad de una extensión de terreno de la que solo es titular en parte, sin contar con el consentimiento o aprobación de los demás titulares. De modo que es evidente la obligación de indemnizar al copropietario no arrendador, en tanto que se ha causado un daño. Ese daño consistiría, de forma resumida, en la limitación de sus derechos y expectativas legítimas a raíz de la formalización contractual. Siguiendo la Sentencia de 12 de diciembre de 2000 de la AP de Málaga entendemos que ha lugar dicha indemnización, puesto que se ha «*constatado el objetivado perjuicio que para la comunidad hereditaria ha significado el disfrute del local de negocio por una merced arrendaticia...* —en nuestro caso el gravamen del arrendamiento de la finca del copropietario— *cuyo detrimento económico auspiciado por un contrato nítidamente alumbrado en fraude de los actores, toda vez que no puede otorgarse otra calificación a un contrato en el que se abstrae de la voluntad de la mayoría de condóminos*».

Es evidente que, en este caso, el copropietario que no prestó su consentimiento para el arrendamiento, no podría haber conseguido arrendar o vender la finca en cuestión, pues difícilmente un tercero hubiera suscrito contrato alguno al comprobar el gravamen existente sobre la misma. ¿Qué tercero hubiese comprado una finca que se encuentra, como se señala en el Registro de la Propiedad, arrendada a una empresa y por la que no se recibe contraprestación alguna? Es, por lo tanto, indiferente el uso que el arrendatario le haya dado, para que se haya causado un perjuicio evidente a los demandantes.

Por lo que se refiere a la cuantificación de los daños y perjuicios cuya indemnización se podría solicitar, señala de forma reiterada la jurisprudencia, a modo de ejemplo sirva la STS de 6 de octubre de 1994, que «*tras el contrato que declaramos nulo, —la indemnización— se cuantificarán conforme al precio del arrendamiento durante el tiempo que haya existido, a precios habituales de la comarca; sin que proceda analizar la devolución o no del precio del arriendo*». En el mismo sentido se ha pronunciado el TSJC en su sentencia 51/2011 de 1 de diciembre en la que señala que «*aplicando el contexto normativo-jurisprudencial al caso de autos resulta que los comuneros codemandados ... ocasionan un perjuicio a la comunidad de bienes formada por ellos dos y el actor, fijada por la sentencia en una ganancia dejada de obtener estimada por el precio de las rentas —a valor de mercado— que por el arrendamiento de los bienes podrían obtenerse*». Continúa la sentencia referida afirmando que «*dicha conclusión sobre el perjuicio material o ganancia dejada de obtener por la comunidad no resulta arbitraria ni ilógica, sino todo lo contrario, ajustada a la necesaria reparación del daño causado a la comunidad por una actuación de los comuneros mayoritarios que, prevaleciendo de dicha condición, obtienen un arrendamiento a favor de su sociedad (participada al 100% por ambos comuneros codemandados) mediante el pago de una renta vil y provocan con su actuación un perjuicio evaluable y cierto. Por tanto, las bases para su fijación no son ni arbitrarias ni caprichosas*».

En este sentido, el contrato de arrendamiento pudo haber generado unos ingresos para el copropietario arrendador, pero esta indemnización, reiteramos, no surge como derecho a recibir una parte del pago del contrato de arrendamiento,

pues venimos afirmando, y así lo volvemos a reiterar, que el contrato de arrendamiento no ha existido en ningún momento. Lo que sí mantenemos es que el precio que se hubiese fijado sí que se puede entender como precio de mercado, por lo que es un hecho objetivable. En este mismo sentido se ha pronunciado la ya citada sentencia del TSJC 51/2011 de 1 de diciembre con el siguiente tenor literal: *«nada puede afirmarse en contra de que el perjuicio evaluado se determine por las rentas —a precios de mercado— que se hubieran podido obtener por el arrendamiento de la cosa»*.

Igualmente cabría acudir a la vía de la responsabilidad civil extracontractual, según el artículo 1902 del Código Civil: *«El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»*. Como ha venido reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los elementos necesarios para que se produzca la existencia de responsabilidad civil son los siguientes: Acción u omisión, daño, culpa y nexo causal, elementos todos ellos que se dan en nuestro caso. Correspondería en consecuencia proceder a la reparación de daños y perjuicios en concepto de indemnización por el lucro cesante y el daño emergente.

En el presente caso se aprecian todas ellas, ya que el arrendador realiza una acción voluntaria en la cual presta su consentimiento y realiza las operaciones oportunas hasta la formalización final del contrato de arrendamiento con un tercero. En tanto que para el ejercicio de dicha acción era necesario el consentimiento de la totalidad de los titulares del bien, se puede apreciar un ánimo culposo al ser el responsable del contrato de arrendamiento que priva de sus derechos al resto de copropietarios. Junto a esa conducta, existe a su vez un ánimo de enriquecimiento injusto ya que se ha apropiado de la totalidad de los pagos efectuados por el arrendatario al ir estos destinados con exclusividad a su persona. Como consecuencia de lo anterior, se ha creado un resultado lesivo en tanto en cuanto se ha visto privado el copropietario no arrendador de su posesión y uso sin obtener contrapartida alguna. No ha podido arrendar, ni usar el bien durante todos estos años, por lo que existe un evidente perjuicio.

El resultado lesivo no es sino más que el daño que constituye el tercer requisito de la responsabilidad civil. Existiendo un nexo causal que permite atribuir dicha responsabilidad al arrendador como responsable directo del daño al ser este el propio contrato de arrendamiento. El resultado lesivo y que se pretende sea reparado, consiste tanto en el perjuicio por la indisponibilidad del terrero en tanto que ha existido un contrato de arrendamiento desde 2009 hasta el presente momento, que ha limitado desde entonces los derechos de los demás titulares de la extensión de tierra objeto de litigio. Correspondería, en consecuencia, proceder a la reparación de daños y perjuicios en concepto de indemnización por el lucro cesante y el daño emergente.

IV. CONCLUSIONES

A pesar de que con carácter general contando con la mayoría de los copropietarios la realización de un contrato de arrendamiento es perfectamente válido, la realización de un contrato de este tipo de larga duración se trata de un acto de disposición y no de un acto de administración. Esta afirmación cobra especial relevancia en tanto en cuanto al tratarse de un acto de disposición, como establece el artículo 398 del Código Civil, requiere la unanimidad de los copropietarios.

Celebrado este contrato, nos encontraríamos con la inexistencia del mismo, puesto que falta uno de los elementos esenciales del artículo 1261 del Código Civil, el consentimiento. Y digo inexistencia porque, como he venido defendiendo a lo largo de este trabajo, la falta de cualquiera de los elementos referidos provoca que el contrato nunca llegase a existir. La nulidad, en cambio, sería la que se produce con «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas».

Llegados a este punto, cuando falta uno de los requisitos esenciales del contrato, cualquiera que se vea perjudicado por el mismo podrá ejercitar la acción de nulidad —así denominada por la Ley de Enjuiciamiento Civil—. Y podrá ejercitarla en cualquier momento, puesto que es una acción imprescriptible, a pesar de lo que algunos autores señalan limitando su acción a 15 años.

Por último, hemos de señalar que el copropietario que no ha consentido el arrendamiento tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios, puesto que ha visto limitado sus derechos sobre el bien arrendado, tanto del uso como de una posible compraventa.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 20 de diciembre de 1975
- STS de 12 de noviembre de 1987
- STS de 28 de marzo de 1990
- STS de 6 de octubre de 1994
- STS de 21 de noviembre de 1997
- STS de 8 de junio de 1999
- STS de 21 de enero de 2000
- STS de 8 de abril de 2.000
- STS 14 de marzo de 2002
- STS de 11 de febrero de 2003
- STS de 28 de febrero de 2004
- STS de 18 de octubre de 2005
- STS de 6 de septiembre de 2006
- STSN de 5 de septiembre de 2011
- TSJC de 1 de diciembre de 2011
- SAP Valencia de 7 de julio de 1999
- SAP Málaga de 12 de diciembre de 2000
- SAP Segovia de 6 de marzo de 2001
- SAP León de 21 de diciembre de 2001
- SAP Valencia de 2 de noviembre de 2002
- SAP Murcia de 4 de diciembre de 2003
- SAP Alicante de 18 de febrero de 2004
- SAP Zaragoza de 20 de junio de 2008
- Resolución de 22 de abril de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

NOTAS

¹ VARGAS BENJUMENA, I.: La nulidad radical o absoluta, en *Actualidad Civil*, núm. 17, p. 2021, 2006.

² ESPÍN, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. III, Ed. Revista de Derecho Privado, 1957, p. 427.

³ En el mismo sentido la STS de 12 de julio de 2001 establece que «*pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos a la que se refiere el artículo 1302 del Código Civil, además de los en él contemplados, los obligados en virtud del mismo, por los terceros a los que perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual*».

⁴ ESPÍN, D.: *Manual de Derecho... op cit.*, p. 434.

⁵ PASQUAU LIANO, M.: *La acción de nulidad sí prescribe, principal*, 2006 (Especial Coloquio)NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia Nulidad de los actos jurídicos document.php?id=288.

⁶ FIGUEREDO PANEQUE, O.: Polémicas en torno a la Institución de la prescripción extintiva como forma de extinción de la Relación Jurídica Civil, en *Ámbito jurídico*, 2015.

⁷ ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, Ed. La Ley, 2010, p. 110.

⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Ed. La Ley, 2008, p. 1271.

⁹ Un estudio más amplio sobre la precisión de los conceptos de inexistencia y nulidad viene recogido en la citada obra de ALERRUCHE. ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.M.: *La rescisión por lesión en el Derecho Civil español*, Ed. La Ley, 2010.

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, vol. III, Ed. Thomson, 2008, p. 472.

¹¹ Sobre la distinción entre nulidad e inexistencia, PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, *Notas a Enneccerus, Derecho civil*, Tomo I, vol. 2, Bosch.

1.6. Responsabilidad civil

Cuando el empresario responde casi solo por el hecho de serlo: requisitos jurisprudenciales de su responsabilidad por hecho ajeno*

When the employer responds almost only by the fact of being: jurisprudential requirements of vicarious liability

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Dra. de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: Las resoluciones judiciales relativas a la responsabilidad civil del empresario por hecho ajeno, en los últimos años, están asentando el criterio de que el empresario debe responder prácticamente en cualquier caso en el que su empleado o dependiente incurra en responsabilidad civil. Esta circunstancia se agrava cuando existe un seguro de responsabilidad civil del empresario que cubre dichos «sinistros», pues de este modo, se «asegura» con más probabilidad que la víctima cobre su indemnización, que si tuviera que dirigir su acción de responsabilidad civil contra el causante directo del daño.

Así, se empieza a pensar que, el empresario, por los hechos cometidos por sus dependientes (responsabilidad por hecho ajeno) responde por el hecho de serlo, pasando de una responsabilidad subjetiva basada en la culpa *in vigilando* del empresario, a una responsabilidad de corte objetivo. La amplia interpretación hecha por los tribunales de los requisitos necesarios para que el empresario incurra en esta responsabilidad por hecho ajeno, han contribuido a dibujar este cambio en su naturaleza. Analizamos en este trabajo, la interpretación jurisprudencial de dichos requisitos.

ABSTRACT: *Judgments concerning the liability of employers, in recent years, are settling the view that the employer must respond in almost any case in which their employees or dependents incur liability. This is exacerbated when exists a liability insurance of the employer who covers these «accidents», because in this way, it «ensures» most likely the victim coppers the compensation, if he has to direct its action for damages against the direct cause of the damage.*

* Este artículo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación «Derecho y Sociedad: La responsabilidad de la empresa», proyecto subvencionado a través de Convocatoria Pública y Competitiva a nivel nacional, de la Fundación Hergar para la Investigación y Promoción Educativa, REF: FH-2013-06, marzo de 2014 - marzo de 2015, investigador responsable: Esther MONTERROSO CASADO.

So, it seems that the employer takes responsibility for the acts committed by its subsidiaries (vicarious liability) for the fact of being employer; changing from a subjective (based on guilt in watching the employer) to an objective responsibility. The broad interpretation by the courts of the requirements for the employer incurring this vicarious liability have helped to draw this change in nature. We analyzed in this paper, the judicial interpretation of these requirements.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad por hecho ajeno. Empresario. Empleado o dependiente. Responsabilidad subjetiva.

KEY WORDS: Vicarious liability. Businessman. Employer. Employee or dependent. Subjective responsibility

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS. 1. EL EMPRESARIO. 2. EL DEPENDIENTE O EMPLEADO.—III. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS. 1. RELACIÓN DE DEPENDENCIA. A. Relación jurídico-laboral. B. Relación derivada de un contrato de obra. C. Gestión representativa: relación de mandato, poder, comisión mercantil. D. Relación de amistad, relaciones de favor o de encargo familiar. 2. OCASIONALIDAD. 3. ¿CULPA DEL EMPLEADO? A. La culpa del empleado como requisito de la responsabilidad empresarial. B. La culpa exclusiva del empleado.—IV. RECAPITULACIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. PLANTEAMIENTO

El Código Civil, en su artículo 1903.4, recoge la responsabilidad civil del empresario por los daños ocasionados por sus empleados con ocasión del desempeño de sus funciones como tales. Se trata, por tanto, de una responsabilidad por hecho ajeno, pero directa: responde directamente el superior responsable (empresario) porque él ha infringido su deber de vigilancia, sin que sea necesario reclamar en primer lugar al agente del daño y de forma subsidiaria al responsable. Es una responsabilidad directa ex 1903 del Código Civil.

Eso sí, también es una responsabilidad solidaria, pues si coincide con el actuar también culpable del agente dañador, ambos sujetos pueden responder de forma conjunta si así lo considera el perjudicado, que será quien decidirá si demanda solo al responsable ex 1903 del Código Civil, solo al agente ex 1902 del Código Civil, o a ambos por tratarse de una responsabilidad directa, pero no excluyente, pudiendo repartirse la reparación del daño entre ambos sujetos¹.

Esta responsabilidad por hecho ajeno responde a la culpa como criterio de imputación: la culpa, entendida en este caso como culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, lo que nos lleva a calificar, en principio, este tipo de responsabilidad como subjetiva.

Además, existe otro tipo de responsabilidad por hecho ajeno que no es directa, si no subsidiaria; es decir, el sujeto superior jerárquico y vigilante responde solo cuando el sujeto agente y verdadero responsable no puede hacerlo. En estos casos, de forma indirecta, y previa reclamación al agente y solo cuando este no

pueda responder por insolvente, lo hará el sujeto superior. Es la responsabilidad subsidiaria típica y existente cuando los daños producidos por un subordinado son consecuencia de un delito, tanto cuando el subordinado es un empleado, de cuyos daños responde subsidiariamente su empleador (*ex* 120 CP), o un hijo menor, de cuyos daños responden sus padres (art. 120 CP), o como cuando es un funcionario, de cuyos daños responde la Administración de forma subsidiaria (*ex* 121 CP y 145 y 146 LRJPAC), y en muchos casos esta responsabilidad es objetiva, sin necesidad de culpa alguna.

Dos son, por tanto, las responsabilidades del empresario por daños de sus empleados: la subjetiva y directa, basada en la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, *ex* 1903.4 del Código Civil y la objetiva y subsidiaria derivada del artículo 120.4 CP.

Analizaremos, ahora, los elementos o requisitos necesarios para que exista esa responsabilidad.

Estos requisitos han sido ampliamente interpretados y abordados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, generando una rica doctrina jurisprudencial en torno a los mismos que ha ido evolucionando en el tiempo, con interpretaciones distintas, según se trate de responsabilidad *ex* delito o *ex* acto dañoso, y con ciertas dudas y vacilaciones en el orden civil que pasamos a analizar a continuación, que conducen, a mi juicio, a un acercamiento entre ambos tipos de responsabilidades.

De este modo, creo que la inicial responsabilidad subjetiva del empresario por su falta de vigilancia respecto de sus dependientes muda o gira hacia una responsabilidad de corte más objetivo, similar a la responsabilidad derivada de los delitos cometidos por los empleados. Esto es así ya que cada vez es más difícil —por no decir imposible— probar la debida diligencia del empresario en sus funciones de vigilancia, lo que conduce a que no haya exoneración de responsabilidad (*ex* 1903.5 del Código Civil); y, además, la jurisprudencia cada vez interpreta de forma más laxa los requisitos que exige para que exista responsabilidad empresarial, lo que conduce casi de forma unívoca a que siempre se aprecie la misma.

Lo vemos a continuación, separando los requisitos o elementos subjetivos y objetivos de la misma.

II. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS

En esta responsabilidad por hecho ajeno, dos son los sujetos concretos que intervienen en la misma: el empresario, o sujeto responsable, y el empleado o dependiente, agente causante del daño que debe indemnizarse. Existe por tanto, una disociación entre el agente y el responsable como en todos los casos de responsabilidad por hecho ajeno.

1. EL EMPRESARIO

El empresario, o empleador, es la persona que tiene contratado a su empleado o dependiente, o tiene una relación jurídica con él, de dependencia, en virtud de la cual se establece esa relación de subordinación y vinculación entre ambos que va a ser la base sobre la que se organiza este especial tipo de responsabilidad.

El empresario, según el Código Civil es el «dueño o director de un establecimiento o empresa», mientras que el Código Penal en el artículo 120.4, afirma que son «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio». De estas dos definiciones no parece que pueda extraerse que se refieran a personas diferentes, si no más bien, parece que se está pensando tanto en los sujetos coincidentes con el concepto de comerciante del Código de Comercio, como, ese concepto trasladado a la actualidad como empresario (individual) o sociedad mercantil², entendiendo por tal todos los que realizan una actividad económica organizada dirigida a la producción de bienes o servicios para el mercado. Jurídicamente, el empresario es el titular de la empresa. Por tanto, hoy en día «empresario» es cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica, y como dice MONTERROSO, siendo indiferente «la naturaleza del título jurídico que ostente sobre la explotación (propietario, poseedor, subarrendatario, usufructuario)»³.

Sin embargo, habría que plantearse si, además, del empresario persona física o jurídica, puede también ser responsable por daños de sus dependientes, el dueño o director de una organización sin ánimo de lucro, una fundación, una asociación, que tuviera sus empleados.

El Tribunal Supremo no dice nada al respecto, pero podemos pensar que no es necesario que exista ánimo de lucro, pues lo que realmente justifica esa responsabilidad es la relación de dependencia que se genera entre el empleador y el subordinado, de la que responde aquel, y no tanto por su vínculo laboral o empresarial. Esta idea puede confirmarse igualmente con la interpretación que hace la jurisprudencia, como luego veremos, del requisito de «relación de dependencia entre ambos» que se interpreta de manera amplia. Esta laxitud en la interpretación nos lleva a pensar que cualquier tipo de relación interna entre ellos que obligara a vigilar o a reducir el riesgo que se genere por su actividad, sería suficiente.

En segundo lugar, y con relación al empresario, debemos preguntarnos si el legislador se refiere solo a empresarios, dueños o titulares de la empresa o actividad, o también alcanza esta responsabilidad a los directivos, puesto que el 1903.4 del Código Civil habla de «dueños o directores».

En un primer momento, se hacía responsable tanto a los dueños (verdaderos empresarios), como a los directivos que tuvieran encargada la función de gerencia, pues se entendía que a ellos correspondía esa labor de vigilancia, siempre que hubieran tenido relación con la producción del daño (correspondería a ellos exactamente esa vigilancia o minoración del riesgo). Sin embargo, esta postura jurisprudencial ha cambiado, y hoy mayoritariamente se rechaza que los directivos, o gerentes, tengan esta responsabilidad, puesto que ellos son también dependientes y empleados de la entidad, y solo el titular de la actividad empresarial es quien debe responder. En este sentido la STS 27 de mayo de 2003 afirma que la responsabilidad por los daños producidos por accidente laboral no pueden achacarse al directivo sino a la persona jurídica responsable⁴.

Por último, nos podemos plantear si la empresa— sociedad mercantil puede ser responsable civil, al tratarse de una persona jurídica y no física, a la que, en consecuencia, difícilmente se le puede atribuir una responsabilidad basada en la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, pues esas funciones no puede realizarlas como tal persona jurídica. Si esto es así, la responsabilidad del 1903.4 del Código Civil, basada —*a priori*— en la culpa, no se predicaría de este tipo de sujeto.

Según esta tesis, la culpa «in vigilando» no la puede asumir una persona jurídica, sino las personas físicas. Sin embargo, el TS, en varias sentencias ha

confirmado que sí cabe una responsabilidad propia de las personas jurídicas, tal y como sostiene en la sentencia que se acaba de citar de 27 de mayo de 2003, afirmando lo siguiente ante la afirmación de que las personas jurídicas no puedan responder por culpa «in vigilando»: «lo que obviamente no resulta aceptable porque una cosa es que no tengan voluntad y otra distinta que sí puedan responder con responsabilidad civil «propia», en cuanto que los actos (acciones u omisiones) de sus representantes orgánicos o necesarios lo son de la propia persona jurídica»⁵.

En resumen, el sujeto activo, responsable por los daños cometidos por sus empleados, puede ser: el comerciante, el empresario individual, las sociedades mercantiles o civiles (sus titulares), los titulares o dueños de otras personas jurídicas sin ánimo de lucro (fundaciones, asociaciones, ONG), siempre que exista una persona vinculada a las mismas a través de una relación de subordinación y dependencia con ellas, que produzca un daño en el desempeño de su actividad profesional como ahora veremos.

2. EL DEPENDIENTE O EMPLEADO

El otro sujeto que interviene en la responsabilidad que estamos analizando es el dependiente o empleado que es el agente o productor del resultado dañoso.

El Código Civil habla de «dependientes», mientras que el Código Penal describe más situaciones: «empleados o dependientes, representantes o gestores».

Corresponde averiguar y analizar ahora quién es el «empleado o dependiente» a los efectos de averiguar si existe responsabilidad del empresario.

Pero, además, el empresario no responde de cualquier daño producido por sus empleados, por el hecho de que estos lo sean; para que exista responsabilidad civil del empleador, deben darse los requisitos propios de la misma en cuanto al daño, el nexo causal e imputación del mismo. Es decir, el empleado será el agente, pero solo responderá el empleador cuando ese daño se haya causado por el dependiente en el ejercicio de sus funciones.

Es decir, el empleado será sujeto partícipe en este tipo de responsabilidad, con relación a un concreto objeto que es el que analizamos a continuación.

III. ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR DAÑOS DE LOS EMPLEADOS

Para que exista responsabilidad es necesario, como dice el Código Civil, que el empleado o dependiente haya causado el daño con ocasión del desempeño de sus funciones.

Es por tanto necesario analizar cada uno de los elementos o presupuestos que se recogen en esa afirmación: empleado o dependiente (relación de dependencia), con ocasión del desempeño de sus funciones (ocasionalidad), y por último, analizaremos si es también presupuesto de la responsabilidad del empresario la culpa del propio empleado.

1. RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Es el empleado o dependiente el que produce el daño. Pero, ¿quién es el empleado? ¿Quién es el dependiente? ¿El que tiene una relación laboral con el empre-

sario o alguien mas? ¿Es necesario un contrato laboral entre ambos sujetos para que se genere la responsabilidad del empresario u otro tipo de relación jurídica?

Está claro que el primer concepto que podemos dar de empleado o dependiente es aquel que tiene con la empresa una relación laboral y se somete a ella. No hay duda de que esta persona, además de dependiente, es empleado y trabajador por cuenta ajena y la relación jurídico-laboral que les une, determina la relación de dependencia y jerárquica que, como veremos a continuación, es la determinante para que surja la responsabilidad del empresario.

Sin embargo, una persona también puede ser dependiente sin tener estrictamente una relación laboral, pongamos por ejemplo, un empleado mercantil, o un gestor, o un subcontratado... se trata de personas vinculadas también en relación de dependencia con otras superiores, sin que con ellos exista un contrato de trabajo propiamente dicho. ¿Se genera en estos casos responsabilidad del superior? Incluso, como veremos, no existe a veces, ni siquiera, una relación jurídica, no hay relación contractual, ni laboral desde luego, pero tampoco de otro tipo, bastando a veces, una mera relación de amistad o confianza. No importa que la relación entre ambos sea retribuida o no, y ni siquiera es determinante que sea una relación estable y duradera, permitiéndose, a veces, una relación esporádica.

Vamos a analizar a continuación cada una de estos supuestos, a la luz de lo que la jurisprudencia ha ido estableciendo, delimitado los contornos de esa relación de dependencia, determinante y presupuesto de la responsabilidad del empresario y como veremos, nos llevará a la conclusión de que hay que interpretar la relación de dependencia como requisito de la responsabilidad empresarial de forma amplia.

A. Relación jurídico-laboral

La existencia de un contrato de trabajo crea una relación laboral entre los sujetos agente y responsable, clara. Es el supuesto mas frecuente en la práctica y no se duda de que si entre ellos existe una relación jurídico laboral, la relación de dependencia que exige el 1903.4 del Código Civil y 120.4 CP existe.

No obstante, dentro de las relaciones laborales, se ha planteado parte de la doctrina si esta relación de dependencia exige control o dirección técnica de sus trabajadores, o no. En el primer caso, si exige esa dirección técnica, quedarían exonerados muchos empresarios por los daños cometidos por sus empleados técnicamente cualificados (vgr. médicos, arquitectos, ingenieros) que no están sometidos a esa dirección o control por parte del titular de la empresa. YZQUIERDO TOLSADA⁶, con buen criterio, afirma que también van a ser «dependientes» a los efectos de la responsabilidad civil, aunque su actividad profesional no esté dirigida o controlada directamente por el empresario, pues «la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las injerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de las *lex artis*», pero a los efectos de la responsabilidad no cabe deducir de ellos, como hace GITRAMA⁷, que «el organismo que con el médico contrató los servicios de este, no puede ser considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte».

La relación de dependencia que exige la responsabilidad del empresario se encuentra por tanto y desde luego en la relación laboral, sin que sea necesario que esta implique la dirección o control técnico del empleado. Dentro del supuesto más común y restrictivo, hay una interpretación amplia de la misma, como luego

veremos, esto contribuye también a que prácticamente y en todo caso responda el empresario, en una responsabilidad casi objetiva.

B. *Relación derivada de un contrato de obra*

Por el contrato de obra, una de las partes se obliga a ejecutar mediante precio (contratista), no ya un trabajo en beneficio de otro, si no un trabajo materializado en una obra que es el objeto de contrato que ha de entregar a la otra parte (comitente). El contratista, a su vez, puede subcontratar con otras personas para la realización del trabajo encargado (subcontratistas o auxiliares), y por regla general, responde de los daños que estos produzcan (art. 1596 del Código Civil)⁸.

A *priori*, hay que decir que la relación entre comitente y contratista está basada en la autonomía, pues el contratista dirige y controla el trabajo encargado, y responde de forma autónoma de los riesgos y daños producidos en la misma. En este caso, se puede decir que no existe relación de dependencia entre el comitente y el contratista, y por lo tanto, no se genera responsabilidad civil del comitente por los daños producidos por el contratista o sus auxiliares o subcontratados, tanto en el ámbito civil como penal⁹.

Sin embargo, y siendo esta la regla general pues falta la estricta dependencia entre ambos, en algunos supuestos, el Tribunal Supremo ha considerado que sí puede existir responsabilidad civil del comitente: en aquellos casos en los que, además de encargar la obra o trabajo, asume expresamente las funciones de dirección, control o supervisión. Si esto es así, parece lógico pensar que exista relación de dependencia en sentido amplio y que además, si el comitente o empresario responde de esa vigilancia o control, puede perfectamente incurrir en culpa *in vigilando*, en teoría fundamento de esta responsabilidad.

En este sentido el TS considera que hay responsabilidad del comitente en los siguientes supuestos:

- Cuando existe mal estado de la cosa sobre la que se ejecutan las obras.
- Cuando las obras se realizan bajo las órdenes, supervisión y dirección del comitente¹⁰.
- Cuando el contratista, contratado y elegido por el comitente, es manifiestamente incompetente y carece de la cualificación profesional necesaria para llevar a cabo la obra¹¹.
- A veces, también se desliza el argumento del provecho económico del comitente en relación con la obra encargada¹².
- Cuando el contratista se encuentra incardinado en su organización. En este caso, es clara la relación de dependencia entre ambos, pues hay vínculos empresariales más allá de la obra concreta que les una. Y procede aunque el contratista sea un trabajador autónomo, si normalmente presta sus servicios para el comitente, lo que conlleva a una relación duradera y permanente entre ellos.

C. *Gestión representativa: relación de mandato, poder, comisión mercantil*

En estos supuestos, una persona actúa en representación de otra, por encargo, mandato o poder. Entre ellas existe una relación jurídica de encargo, que no tiene carácter laboral, pero que faculta al comisionista, mandatario o representante a

desempeñar funciones o realizar servicios por cuenta del representado, mandante o comitente. Hay que plantearse si todos estos sujetos que encargan a otro una determinada función responden de los daños producidos por sus representantes o gestores.

Por regla general, el TS establece que el comitente, o empresario, sí responde de los daños producidos por sus gestores, sobre todo en el ámbito penal, y basa su responsabilidad en la apariencia y confianza que estos gestores producen en el cliente, que contrata con ellos porque lo hacen en nombre de sus mandantes o comitentes, como si contrataran directamente con aquellos. Existe una especial relación de dependencia entre estos y aquellos (pues actúan en su nombre), y si el daño se produce dentro de la actividad encargada exactamente por estos, es lógico que se responda. De este modo, la STS 23 de diciembre de 1971 afirma que «cualquiera que sea la relación jurídica que a su quehacer y relación quiera otorgarles, de comisionista, de empleados laborales o de mera personas actuantes en provecho de aquella sociedad... todas ellas encajan... en la relación subjetiva de dependencia propia de la responsabilidad objetiva subsidiaria, sin tener que analizar normas legales más o menos directamente aplicables». Igualmente, la STS 4 de marzo de 1997, en un supuesto de un daño derivado de delito cometido por un gestor, afirma que es necesario que «el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación». La falta de relación de representación impide la responsabilidad civil del representado o mandante, pues se excluye entonces la relación de dependencia¹³.

Es clara la doctrina jurisprudencial de considerar responsable subsidiario a la empresa o al Estado por los delitos patrimoniales cometidos por sus agentes, mandatarios, etc., así como se hace responder también a la empresa beneficiaria de los ingresos ilícitos, y sin que sea preciso comprobar hasta el extremo si estos actuaron sometidos al control e instrucciones de las empresas responsables¹⁴.

También podemos plantearnos si existe responsabilidad del arrendador por los hechos dañosos de su arrendatario en el uso de la cosa arrendada. Este supuesto se plantea sobre todo en el arrendamiento de bienes muebles (no hay responsabilidad en el inmueble, donde la relación de arrendamiento en ellos no se entiende en ningún caso de dependencia a los efectos 1903 del Código Civil, y de cuyos daños responde el arrendatario¹⁵), y en concreto en los vehículos de motor. En estos casos, responde por regla general el propietario del vehículo, pero no como superior en la relación de dependencia con el arrendatario, si no porque así lo establece la Ley de responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos de motor (art. 1.1. 5 y 6) y el CP (art. 120.5). Se trata de un supuesto especial de responsabilidad por hecho ajeno del 1903 del Código Civil, no previsto exactamente en el mismo, y sí que cabría considerarlo como supuestos de responsabilidad empresarial en el caso del 120.5 CP que contempla solo la responsabilidad por los daños producidos por los conductores de los vehículos propiedad del empresario. Pero este supuesto es distinto del que realmente se produce en el alquiler de vehículos a particulares. En este caso, entiendo que aunque hay responsabilidad del dueño, no es una responsabilidad empresarial, por lo que la relación de arrendamiento, entiendo que no cabe incluirla en este apartado y como relación de dependencia que genera una responsabilidad del empresario.

En cuanto al contrato de distribución, no hay jurisprudencia al respecto, pero se puede destacar la sentencia de 15 diciembre 2006 en relación a un supuesto

de franquicia en el que se hace responder al franquiciador, en concurrencia con el franquiciado, en virtud de la teoría objetiva del riesgo de la empresa¹⁶.

D. Relación de amistad, relaciones de favor o de encargo familiar

En este supuesto se analizan aquellos casos en los que una persona realiza actos que producen un resultado dañoso, pero dichos actos se realizan por encargo de un familiar, de amistad o de relaciones no propiamente jurídicas con los que lo encargaron. ¿Deben responder estos de los daños producidos por aquellos? Pues, si en el epígrafe anterior, hemos dicho que si falla la relación jurídica de representación o mandato el gestor no responde, esta debería ser la misma respuesta, pues si no hay encargo, no hay relación de dependencia propiamente dicha que hiciera surgir la responsabilidad empresarial.

Sin embargo, y sorprendentemente, el TS en varias ocasiones ha determinado que, a veces, también en estos casos existe responsabilidad de aquel que por razones de amistad, familiares o de favor, encargara a otro la realización de una determinada actividad.

En la STS 15 de noviembre de 1989, el Alto Tribunal afirma lo siguiente: «a) no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga carácter jurídico concreto ni, menos aun, que se corresponda con una determinada categoría negocial. b) Es irrelevante que tal relación sea más o menos estable o más o menos transitoria u ocasional. c) No se exige que la actividad concreta del inculcado penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario. d) Basta con que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo aunque aquel haya obrado con alguna extralimitación». En esta sentencia, un Agente de la Propiedad Inmobiliaria cede su título y subarriendo su local a dos personas que vendían viviendas inexistentes a los compradores que les entregaban una señal a cuenta. Los vendedores fueron condenados por estafa, y el API declarado responsable por la relación de cesión y subarriendo que se produjo entre ellos que, aunque no es de estricta dependencia, sí generaba la apariencia suficiente para que los compradores compraran; amén de que él recibió una contraprestación a cambio, lo que sin duda, confirmaba su relación jurídica. Debería haber vigilado las consecuencias de la cesión de su título.

Pero, en otras ocasiones, el TS va mas lejos, pues no existe relación jurídica alguna, como puede ser el caso de la STS 9 de diciembre de 1992, en la que responde el propietario de un bar por el homicidio causado por la persona que realizaba labores de guarda, y protección de las chicas que trabajaban en él, por pura «amistad o benevolencia», sin que mediara relación jurídica alguna entre este sujeto y el bar. El Supremo afirma que «no resulta necesario que entre el responsable directo y el subsidiario exista una relación jurídica concreta, ni menos que se corresponda con una categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica de su principal». «Lo que vincula al responsable civil subsidiario no es la naturaleza de la relación existente si no la existencia de esa relación» (STS 16 de octubre de 1958).

De igual manera, y con base en esos argumentos, otras sentencias entienden que la mera relación personal, familiar o encargo, origina responsabilidad civil empresarial: STS de 10 de julio de 1987, un supuesto parecido al anterior, el

dueño de un club responde de la muerte y las lesiones que produjo el acompañante del guarda del bar a unos clientes. STS 20 de febrero de 2002, en la que dos personas acuden a un bar a cobrar una deuda, una de ellas por descuido dispara al dueño del bar y se hace responsable subsidiario a la otra persona que le acompañó, porque se benefició del delito. Igualmente, la STS 14 de julio de 2003 hizo responsable al esposo de la persona que sustrajo dinero del patrimonio de su sobrina, pues se benefició económicamente de la conducta de su esposa. También, y en un caso de préstamo de vehículo, cesión gratuita de un coche a otra persona, que produce daños resultado de un delito, como consecuencia de su conducción, responde el propietario del vehículo (STS 31 de octubre de 1985).

Al leer estos razonamientos no nos sorprende entonces que la relación de dependencia sea interpretada con una gran laxitud, y que hoy se puede entender que hay relación de dependencia en cuanto hay relación —cualquiera que sea su naturaleza— entre dos sujetos, siempre que uno de ellos, deba o responda, o simplemente sean consentidos, de alguna manera por el otro por los hechos que realiza. Si estos hechos traen consecuencia directa, indirecta, o casual de aquella otra persona, hay relación de dependencia. Como dice el Tribunal Supremo en sentencia 4 de marzo de 1997, existe relación de dependencia a los efectos de responsabilidad empresarial cuando «el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa y gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario».

Si esto es así, entendemos que se aumenten los supuestos de responsabilidad empresarial a muchos en los que, sinceramente, creemos que no deberían alcanzar. Es otro paso, en la objetivación y ampliación de esta responsabilidad.

2. OCASIONALIDAD

Para que exista responsabilidad del empresario no es suficiente con que exista esa relación de «dependencia» (con toda la amplitud que hemos visto que tiene el término) entre los sujetos agente y responsable. Es preciso, además, que los daños que deben indemnizarse se hayan producido «con ocasión de sus funciones» —dice el Código Civil—.

Es el requisito de la ocasionalidad, y significa que el empleado o dependiente debe producir los daños cuando está realizando su actividad profesional en la que depende jerárquicamente del superior. Quedarían fuera todos aquellos daños que se produzcan como resultados de actividades personales o fuera del establecimiento y horario laboral, siempre que no estuviera desempeñando tarea alguna relacionada con su trabajo; es decir, que se realizaran con total independencia de las tareas asignadas o encomendadas por el empresario.

Este requisito también ha sufrido cierta evolución en el tiempo, y se ha ido interpretando de forma más amplia. En un principio, los supuestos de ocasionalidad eran más restringidos, y el empresario se exoneraba más fácilmente de su responsabilidad en cuanto los daños no se producían en el ámbito y órbita estricta del desempeño de las funciones encargadas, y tal y como se le habían encomendado. En este sentido, la STS 20 de mayo de 1958, ante el homicidio producido por un obrero agrícola en la finca donde prestaba sus servicios como

tal, exonera al dueño de la finca, por entender que el trabajador agrícola cuando disparó contra los presuntos ladrones —cazadores furtivos—, aunque lo hizo para defender las tierras y enseres de estos, se excedió en su cometido como obrero agrícola, pues no le correspondían dichas labores de guarda, y por tanto, no actuó con ocasión de sus funciones, estableciendo la siguiente doctrina, que confirma la de sentencias anteriores (STS 21 de octubre de 1932, 13 de junio de 1929, y 6 de julio de 1934): «La constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a los amos, maestros, personas, empresas, padres, tutores, etc., de los directamente obligados, pero tan solo por las infracciones delictivas o culposas en que estos hubieren incurrido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con ocasión de sus funciones, y por la de 6 de julio de 1934, declarativa de que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1903 del Código Civil por los perjuicios causados por sus dependientes, solo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones»¹⁷.

Hoy, sin embargo, para que haya exoneración del empresario es preciso que los daños se produzcan como consecuencia de actuaciones que nada tienen que ver con el trabajo asignado, sin que quepa aducir como causa de exoneración una extralimitación temporal o variaciones respecto de lo encargado, como a continuación veremos¹⁸ (SSTS 2 de julio de 1990, 19 de noviembre de 1991, 26 de febrero de 1996).

Se trata de delimitar cuándo surge la responsabilidad del empresario. Como dice CREMADES, es «el marco que delimita o establece la frontera dentro de la cual se marca la relación de dependencia», y si se excede de ese marco, el empresario responde. La única posibilidad de exoneración del empresario hoy en día, es demostrar que el empleado se extralimitó de sus funciones, que no actuó con ocasión de las mismas¹⁹. Para concretar ese ámbito o marco, se suele acudir a criterios como el que el daño se produzca dentro de horario de trabajo, dentro de las instalaciones de la empresa, que la actividad dañosa se produzca por utilizar máquinas o herramientas de la empresa, que se lleve a cabo por defender el interés empresarial etc. Sin embargo, no siempre estos criterios son determinantes a la hora de exigir o exonerar la responsabilidad del empresario, pues, y sobre todo en la responsabilidad vicaria derivada de delito, la responsabilidad es objetiva, y el empresario va a responder casi siempre²⁰.

Prueba de ello, y de que no es necesario para que haya responsabilidad empresarial que el daño se produzca en horario o jornada laboral, encontramos las SSTS 12 de febrero de 1968 y 6 de julio de 1990²¹. En ellas no existe exoneración del empresario, a pesar de que el delito se ha cometido fuera del horario de trabajo, pues, como entiende YZQUIERDO TOLSADA basta que los hechos dañosos «tengan relación directa con las funciones encomendadas», y al revés, no todas las actuaciones que se produzcan en horario o lugar de trabajo, tienen relación con sus funciones.

En el mismo sentido, la STS 18 de octubre de 2010 condena al empresario por los daños producidos por su empleado, fuera del establecimiento mercantil, porque se produjeron con ocasión de sus funciones, pues se trataba de dos porteros de un pub que persiguieron a dos personas que trataron de entrar en el mismo, y les produjeron fuera del establecimiento dichas lesiones²².

El hecho de utilizar herramientas o instrumentos de trabajo puede ser significativo de responsabilidad empresarial, pues si se utilizan dichos instrumentos, en principio parece lógico que se esté desempeñando sus funciones, sin embargo, no siempre es así, y a veces, se produce una utilización incorrecta de dichas

herramientas, sin que se esté desempeñando sus funciones, lo que conduce, al revés, a la exoneración del empresario. Piénsese en un vigilante jurado que utiliza su arma reglamentaria un fin de semana que tiene permiso y ocasiona lesiones a unos viandantes (en contra STS 17 de mayo de 2007, en la que la empresa del vigilante de seguridad sí responde). Con mayor frecuencia, aunque no es la norma general²³, esa exoneración se da respecto de la administración pública: un funcionario de policía que utiliza su arma reglamentaria fuera de su prestación de servicios normal (STS 8 de mayo de 1996, en la que un guardia civil en su casa, y fuera de servicio, asesina a su esposa por celos. La administración del Estado queda exonerada); STS 5 de julio de 2002: policía que mata a su mujer con un revolver oficial, el Estado no responde porque el hecho no deriva del servicio de seguridad pública.

También, el realizar la actividad dañosa en defensa del interés de la empresa, en la esfera del servicio o beneficio de la empresa lleva a considerar que se realiza con ocasión de sus funciones, del ejercicio normal de las mismas. Y es llamativo en este punto la STS 12 de abril de 1995 que recoge un supuesto muy parecido al de la anterior STS 20 de mayo de 1958 ya citada, en la que el vigilante de una finca, comete un asesinato frustrado contra otra persona, excediéndose de sus funciones, pero no por interés particular, sino en defensa de los intereses de la empresa²⁴.

De igual forma, y aunque no haya un interés o beneficio empresarial claro, la empresa va a responder en muchos casos, en los que la persona perjudicada ha contratado por la confianza que genera una empresa determinada, y la apariencia de seguridad que el nombre de dicha empresa le ofrece, cuando el empleado comete algún delito patrimonial en su nombre (sobre todo en el ámbito de la actividad bancaria) (SSTS 6 de marzo de 1975, 18 de diciembre de 1981, 4 de marzo de 1997 y 26 de abril de 1996).

En definitiva, se trata de criterios que tratan de delimitar cuándo el empleado o dependiente se encuentra en el ejercicio normal de sus funciones, pero ninguno de ellos, como hemos visto, es claro y determinante, pues todos ellos tienen excepciones o matices que la realidad práctica ofrece, siendo muy rica en este aspecto. Pero sí, puede apreciarse una, cada vez mayor, tendencia a responsabilizar al empresario, ampliando la interpretación del requisito «con ocasión de sus funciones», pues en la mayoría de los casos se aprecia esa «ocasión», pasando a existir casi una presunción de que el dependiente siempre está actuando en el desempeño o ejercicio normal de sus funciones, salvo que se pruebe en contrario, y esto raras veces ocurre²⁵. Es más, si el daño es consecuencia del delito, siempre responde el empresario, y como apunta YQUIERDO TOLSADA, si además hay un seguro de responsabilidad civil del empresario, esa responsabilidad siempre se aprecia.

3. ¿CULPA DEL EMPLEADO?

El último de los requisitos o presupuestos que debemos analizar es si es preciso para que exista responsabilidad civil empresarial que el daño producido por el empleado se produjo por su culpa o negligencia. Es decir, solo un daño achacable al dependiente por su negligencia (o dolo) generaría la responsabilidad del superior, mientras que si ese daño es consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor o de alguna de las causas de exoneración de la responsabilidad (vgr. legítima defensa), el empresario queda exonerado.

Debemos analizar también en este apartado, qué ocurre cuando se demuestra que el daño indemnizable se debe a la culpa exclusiva del empleado, sin que parece que exista negligencia o culpa *in vigilando* o *in eligiendo* del empresario, ¿puede liberarse entonces este?

Analizamos estas dos cuestiones.

A. La culpa del empleado como requisito de la responsabilidad empresarial

La actuación culposa del dependiente como causa del daño producido es requisito para que responda el empresario. Esa acción culposa, negligente, deberá ponerse siempre en relación con el nivel de diligencia debida en la realización o desempeño profesional del empleado. Es decir, debe medirse su negligencia con la diligencia debida profesional, y ponerse también en relación, por lo tanto, con la *lex artis* que se exija en su ámbito laboral, así como con las circunstancias que rodean la actuación culposa (lugar, tiempo, sujeto...).

Cuando exista y se pruebe su negligencia, concurren la culpa del empleado y la del empresario (*in vigilando*), y el perjudicado o víctima podría dirigirse contra ambos sujetos a la vez (responsabilidad solidaria), o frente a cada uno de ellos por separado, aunque en esta segunda opción, como dice MONTERROSO CASADO²⁶, —dirigirse solo contra el empleado—, no compensará al perjudicado dirigirse contra el empleado, pues deberá probar su culpa (*ex* 1902 del Código Civil), cuestión más complicada que dirigirse contra el empresario cuya culpa (*in vigilando*) se presume, o como luego veremos, ni siquiera es necesaria (objetivada).

El hecho de exigir como requisito la culpa del agente, y luego hacer responder solo al empresario por culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, —pues ya hemos dicho que esto es lo mas eficaz—, no deja de ser un contrasentido, como apunta YZQUIERDO TOLSADA²⁷, y si a esto añadimos que si se prueba esa culpa del dependiente, existe acción de repetición contra él, nos lleva a replantearnos cuál es el verdadero fundamento de la responsabilidad empresarial, pues no parece que sea la culpa propia del empresario... Si es necesario que haya culpa del dependiente, no es la culpa del propio superior lo que genera la responsabilidad.

Es comúnmente admitido que la culpa del empleado es requisito para que exista responsabilidad empresarial, pero, ¿si no existiera culpa del dependiente? ¿Debe responder igualmente el empresario? Si esta falta, no procedería la misma, si no que el empresario quedaría exonerado, tal y como pone de manifiesto la jurisprudencia en la sentencia 6 de febrero de 2009, donde se exonera al centro hospitalario del pago de la indemnización por la muerte de un paciente, cuando no se consigue acreditar la culpa de la enfermera demandada. En parecido sentido, la STS 16 de octubre de 2007, en la que se exonera al dueño de la farmacia por la venta que ha realizado su empleado de cianuro potásico a un joven de apariencia normal que aseguraba adquirirlo para una aplicación industrial y que lo ingiere, sin embargo, con intenciones suicidas y muriendo. El empleado actuó correctamente y con la diligencia debida en el caso. Si no hay actuación culposa del empleado, no hay responsabilidad, y por tanto, parece confirmarse que el fundamento de esta responsabilidad empresarial, no derivada de delito, no es la propia culpa del empresario. Se asimila más a una responsabilidad vicaria u objetiva.

En cualquier caso, si el empleado actuó con culpa, el empresario responde, esto queda claro. Es más, y aunque no sea posible determinar con exactitud cuál de los empleados fue el causante del daño indemnizable, el empresario también

responde de ese daño (STS 28 de febrero de 1992, 1 de febrero de 1994, 27 de enero de 1997, 29 de octubre de 2002, 20 de septiembre de 1997, 11 de noviembre de 2002, 20 de julio de 2009²⁸), y en varias de esas sentencias, se les imputa la responsabilidad por no poder individualizar el trabajo de sus empleados, y por no haberlo coordinado o dirigido correctamente, lo que impide saber quién fue el agente culpable; el daño se imputa a la actividad de la empresa. En estos casos, como dice CREMADES²⁹, «la responsabilidad es verdaderamente directa, y no tanto por hecho ajeno, es decir no tanto por culpa *in eligiendo* o *in vigilando*», sería una responsabilidad por hecho propio, del 1902 del Código Civil, quedando fuera del supuesto que aquí se analiza, lo que incide, una vez más, en el disiento fundamento de esta responsabilidad, y a la vez, cierta ampliación de la responsabilidad empresarial, pues responde aunque no se pruebe exactamente la actuación culpable de un sujeto dependiente concreto.

Podríamos decir, entonces, que en los daños producidos por los subordinados, que no son consecuencia de un delito, la culpa del empleado es siempre requisito necesario para que exista la responsabilidad por hecho ajeno. Pero, conviene a estos efectos distinguir la responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, y la *ex* 120.4 CP. Si se trata de daños derivados de un delito cometido por el empleado, parece que la responsabilidad del empresario procede solo si hay culpa del empleado³⁰. Esta responsabilidad en principio es subsidiaria, cuando el empleado es insolvente, y solo y siempre que el daño fuese consecuencia de un delito doloso o culposo del dependiente. Es necesario, a diferencia de la responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, que exista una imputación criminal a un sujeto concreto sin que quepa la culpa indeterminada para que responda el empresario. Solo ante un delito del dependiente se genera esta responsabilidad, que es objetiva y no se basa en la culpa propia del empresario.

Pero si cuando existe culpa propia del empresario —cuando se prueba su falta de organización, o coordinación del trabajo—, no es responsabilidad por hecho ajeno, sino propia (*ex* 1902 del Código Civil), en los demás casos en los que se presume la culpa (pero no se prueba), y sí se prueba la del empleado, en estos casos, se asimilan a los de responsabilidad empresarial *ex* delito, pues el detonante real de la responsabilidad es la culpa del dependiente y no la propia, y en estos casos podemos decir que se asemejan ambos a una responsabilidad objetiva y del tipo vicario, sin que las diferencias entre una y otra sean ser tan claras.

B. La culpa exclusiva del empleado

Siguiendo la doctrina mas tradicional sobre la responsabilidad empresarial basada en la culpa del empresario, siendo necesaria, además, la culpa del agente subordinado, y teniendo en cuenta que la culpa del empresario se presume, si consiguiéramos probar que la culpa del daño es exclusiva del empleado y que el empresario actuó en todo momento con diligencia, pues supervisó, eligió, coordinó y dirigió a la perfección, en estos casos, la prueba de la culpa exclusiva del empleado y la correspondiente diligencia empresarial, exoneraría al empresario, tal y como recoge el último párrafo del 1903 del Código Civil, cuando hace cesar la responsabilidad si el sujeto consigue probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia.

Está claro: si no hay falta de diligencia empresarial, y ese es su fundamento tradicional, no hay responsabilidad; luego la prueba de su diligencia le exoneraría, y solo respondería el empleado.

El problema es que, como ya hemos apuntado, la prueba de la diligencia de un buen padre de familia parece tornarse extrema en este caso, con lo que se hace complicadísima, pues siempre puede haber algo que justifique su falta de control, supervisión, o previsión. La jurisprudencia una y otra vez condena al empresario a pagar las indemnizaciones, sin que existan casi casos de la culpa exclusiva del empleado³¹. Por eso, consideramos que si en la realidad esto no se puede probar, y siempre se achaca a algún tipo de negligencia al empresario, es porque la responsabilidad tiene un fundamento distinto a su culpa. No es necesario rizar el rizo tanto para conseguir hacerle pagar a él. ¿No sería mucho más práctico considerar que se trata de una responsabilidad objetiva, como la derivada de delito, para hacerle responder en todo caso?

IV. RECAPITULACIÓN

A la vista de lo que se acaba de exponer, parece que no es muy arriesgado afirmar que el empresario responde cada vez más y por más causas de los daños cometidos por sus dependientes. Es difícil exonerarse de esa responsabilidad por hecho ajeno. Pero, no obstante, si usted es empresario y quiere tratar de exonerarse, de responder, y probar su diligencia escrupulosamente cumplida, deberá tomar una serie de medidas que le faciliten la prueba de su diligencia en el procedimiento. Estas medidas, las recoge MAGRO SERVET³², como válidos elementos de prueba en el proceso que consigan desvirtuar la presunción de culpa in vigilando de la empresa demandada, y se resumen en lo siguiente:

- a) Sería conveniente conseguir la implementación de un programa específico de formación y prevención para directivos y empleados para fijar marcos de prevención de daños.
- b) Designar un nuevo cargo «director de implementación de los planes de cumplimiento normativo» que se encargue de la elaboración y control del cumplimiento de los planes normativos, y que estos consten documentalmente.
- c) Poder acreditar el *conducting regular trade practices compilance risk assessments and compilance program reviews*; es decir que se están aplicando, ejecutando y revisando correctamente esos planes normativos.
- d) Poder adaptar los planes normativos a cada una de las unidades diferentes de negocio.
- e) Nombrar un *Keeping track*, o persona que se encarga de detectar y conocer (y poner en conocimiento de la empresa) los posibles fallos en la conducta de directivos o empleados que puedan generar luego daños.
- f) Establecer un sistema de evaluación de riesgos o *risk assessments* por la actuación de directivos y/o empleados, y un sistema de puntos de control o *control points*, a fin de reforzar el control de riesgos según las distintas áreas de la empresa.

Como vemos, se trata de un ambicioso programa de prevención y control del riesgo que, si se cumple, aunque no evite en todo caso el daño que puedan producir sus empleados, al menos, sí puede pensarse que se hizo todo lo posible para prevenirlo o evitarlo.

En cualquier caso, y esto ya es opinión personal, tal y como se ha objetivado en los últimos años la responsabilidad empresarial, entiendo que ni aun

implantando estas medidas, se garantiza que se exonere siempre el empresario, pues algo habrá fallado para producirse ese daño, y por lo tanto, algo falló en la vigilancia y control del dependiente.

En definitiva, la culpa exclusiva del empleado, o la prueba de la diligencia del empresario son prácticamente quimeras. Son muy difíciles de probar en la realidad, y el empresario raramente se va a exonerar, por lo que es más que recomendable que contrate un buen seguro de responsabilidad civil que asuma las indemnizaciones derivadas de esta responsabilidad, cuasi objetiva. Aunque, desde luego, ello no impide que el empresario trate, a su vez, de poner toda su diligencia en la prevención, pues así probablemente se eviten daños; pero si se producen, difícil es que se libre de pagarlos.

V. CONCLUSIONES

I. Dos son los tipos de responsabilidad por hecho ajeno en que incurre un empresario: a) la puramente civil, derivada de actuaciones culposas de los dependientes, que es subjetiva, basada en la culpa *in vigilando*, y por tanto directa y solidaria con el empleado, y b) la responsabilidad civil «penal» derivada de los delitos cometidos por aquellos, responsabilidad objetiva, casi vicaria y subsidiaria.

II. Para que exista esta responsabilidad empresarial es necesario que concurren una serie de requisitos, subjetivos y objetivos, que la jurisprudencia, a nuestro entender, ha ido interpretando de forma cada vez más laxa, con el fin de que se aprecie responsabilidad empresarial en más casos.

III. De este modo, habrá responsabilidad empresarial siempre que exista una relación de dependencia, de subordinación, del dependiente hacia el empresario, entendida en un sentido laxo: esa relación se justifica, por supuesto, en una relación laboral, pero también hasta las relaciones de pura amistad o familiares pueden hacer que una persona tenga «relación de dependencia» con el empresario para que este responda por sus actuaciones dañosas.

IV. Además, la «ocasionalidad» que requiere la responsabilidad empresarial también se entiende de forma amplia, pues para que el dependiente se encuentre en el desempeño de sus funciones, no es estrictamente necesario que esté en el centro de trabajo, ni en horario laboral, e incluso a veces no desempeñando las funciones típicas o propias de su puesto de trabajo, bastando muchas veces para que responda el empresario que el perjudicado hubiese contratado o relacionado con el agente por la confianza que daba la apariencia empresarial que le otorgaba el hecho de ser empleado de una entidad.

V. En definitiva, el ámbito de responsabilidad del empresario se ha ampliado, se han ido interpretando extensivamente sus requisitos, se ha objetivado, y en conclusión se ha transformado en una responsabilidad casi inherente a la empresa, ineludible, y de obligado cumplimiento, donde el empresario raramente va a poder probar que mostró toda la diligencia debida en su elección y vigilancia.

VI. Esto viene confirmado y aumentado por la creciente preocupación que muestra el Tribunal Supremo por la víctima o perjudicado del daño, a quien se sobreprotege, a veces en demasía, y para quien siempre se procura la reparación del daño recibido, siendo mucho más fácil —y solvente— que pague la empresa que el propio sujeto agente.

VII. Podríamos afirmar, si bien no de forma tajante, pero sí con apoyo en esta interpretación jurisprudencial que, hoy en día, el empresario responde prácticamente por el hecho de serlo.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS 13 de junio de 1929
- STS 21 de octubre de 1932
- STS 6 de julio de 1934
- STS 20 de mayo de 1958
- STS 16 de octubre de 1958
- STS 12 de febrero de 1968
- STS 23 de diciembre de 1971
- STS 6 de marzo de 1975
- STS 18 de diciembre de 1981
- STS 31 de octubre de 1985
- STS 10 de julio de 1987
- STS 15 de noviembre de 1989
- STS 2 de julio de 1990
- STS 6 de julio de 1990
- STS 19 de noviembre de 1991
- STS 28 de febrero de 1992
- STS 9 de diciembre de 1992
- STS 1 de febrero de 1994
- STS 12 de abril de 1995
- STS 26 de febrero de 1996
- STS 26 de abril de 1996
- STS 8 de mayo de 1996
- STS 27 de enero de 1997
- STS 4 de marzo de 1997
- STS 20 de septiembre de 1997
- STS 20 de febrero de 2002
- STS 5 de julio de 2002
- STS 29 de octubre de 2002
- STS 11 de noviembre de 2002
- STS 27 de mayo de 2003
- STS 14 de julio de 2003
- STS 15 de diciembre de 2006
- STS 17 de mayo de 2007
- STS 16 de octubre de 2007
- STS 6 de febrero de 2009
- STS 20 de julio de 2009
- STS 18 de octubre de 2010

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CAVANILLAS MÚGICA, S. (1989). *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi.
- CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, pp. 1-20.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1989). *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Madrid: Tecnos.

- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1963). Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho público y privado en Homenaje al profesor Serrano y Serrano*, Valladolid, pp. 364 y sigs.
- MAGRO SERVET, V. (2013). Responsabilidad por culpa *in vigilando*. *El Derecho*, 21 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elderecho.com>, 1-5. (última visita, 21 de noviembre de 2014).
- MIQUEL GONZALEZ, J. M. (1983). Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente. *ADC*, 1501 y sigs.
- MONTERROSO CASADO, E. y ESCUDERO HERRERA, C. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Ediciones CEF.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: Bercovitx Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, pp. 2126-2127.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial (daños causados por empleados a terceros). Disponible en <http://www.asociacionabogadosrscs.org/ponencias/pon2-5.pdf>, (última visita, 12 de diciembre de 2014).
- (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

¹ En este sentido, las SSTs 27 de octubre de 1982, 4 de abril de 1997.

² El Código de Comercio da una definición de comerciante y no de empresario; el comerciante es estrictamente, el que intermedia entre la producción y el consumo. Pero este concepto, mas restringido que el de empresario, era lógico en el S. XIX, antes de la revolución industrial, cuando los productores eran artesanos, y por lo tanto, quedaban fuera. Posteriormente, la producción se organiza, y el concepto de empresario se perfila en el sentido que se ha expuesto. Véase https://www.uam.es/personal_pdi/derecho/bbagooria/Hoja%20Web%20RJM/El%20Empresario.pdf.

Artículo 1. C. Com: Son comerciantes para los efectos de este Código: 1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.

³ MONTERROSO CASADO, E. y ESCUDERO HERRERA, C. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Ediciones CEF, p. 102.

⁴ En un caso de un accidente laboral en el que el empleado cae de un andamio mal sujeto, y sin llevar las correspondientes medidas de seguridad, se exige de responsabilidad al gerente de la empresa, porque aunque la empresa —persona jurídica— sí puede tener responsabilidad civil propia, esta estimación no autoriza a condenar también, como se hace, a D. Juan en el concepto de representante legal, gerente y administrador de la empresa mercantil. Podría haberlo sido en otro concepto, —como persona física independiente—, pero no exclusivamente por ser órgano de la sociedad (STS 27 de mayo de 2003).

⁵ En el mismo sentido, véanse SSTs: 13 de octubre de 1994, 3 de julio de 1995, 5 de octubre de 1995, 12 de julio de 1996.

⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, p. 268.

⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1963). Configuración jurídica de los servicios médicos. En: *Estudios de Derecho público y privado en Homenaje al profesor Serrano y Serrano*, Valladolid, p. 364.

⁸ En este sentido, confirman la responsabilidad del contratista por sus auxiliares y exigen al comitente: SSTS 14 de febrero, 26 de julio de 1991 y 10 de octubre de 1994. Así como 15 de julio de 2000, 2 de noviembre de 2001, 27 de mayo de 2002, 18 de julio de 2002, 3 de diciembre de 2003, 1 de abril de 2004, 14 de octubre de 2004, 13 de diciembre de 2004, 13 de mayo de 2005, 6 de marzo de 2006, 17 de septiembre de 2008, 23 de junio de 2010.

Véase sobre la responsabilidad del comitente, el estudio de MIQUEL GONZALEZ, J. M. (1983). Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente. *ADC*, p. 1501.

⁹ Véase, en este sentido, CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2, p. 9.

¹⁰ Véase SAP Málaga 17 de julio de 2003, SSTS 27 de mayo de 2002, 7 de abril de 2003, 27 de octubre de 2005, 14 de diciembre de 2006, 30 de marzo de 2007, 23 de junio de 2010.

¹¹ Véase SAP Pontevedra 7 de julio de 1999, STS de 18 julio de 2005, en la que se condena al comitente a responder por la muerte de un trabajador que reparaba una nave industrial, cuya reparación se había encargado a una comunidad de bienes que no tenía asegurados a sus empleados, no cumplió con las normas de seguridad, y que era insolvente, por lo que incurrió el comitente en culpa *in eligiendo*. Esta sentencia parte del análisis de la aplicación del 1903 del Código Civil y para ello, afirma que es necesario «que se pruebe que entre el contratista y el subcontratista ha existido dependencia, de forma que este último no era autónomo porque el contratista se hubiese reservado la vigilancia o la participación en los trabajos encargados al subcontratista». Como considera probado que existía una cláusula en cuya virtud entre los subcontratistas uno de ellos asume la responsabilidad de la realización de las obras y de las medidas de seguridad e higiene, el TS concluye que en principio no ha lugar a una responsabilidad *ex* 1903 del Código Civil, porque eran responsabilidad única del subcontratista esas funciones, pero, sin embargo, considera que la empresa no eligió correctamente a la subcontratada y por tanto incurrió en culpa *in eligiendo*, y le considera responsable. Esta sentencia manifiesta lo siguiente: «En los modernos planteamientos sobre responsabilidad por daños causados por actividades empresariales se tiende a considerar que, como ha venido afirmando también esta Sala, el riesgo inherente a determinadas actividades debe ser asumido por quien recibe el provecho o la utilidad del contrato y más cuando para la realización de las actividades a que se ha comprometido, elige a un subcontratista sin controlar la capacidad y aptitud del mismo para llevar a cabo de forma adecuada y segura, las actividades que se había comprometido a ejecutar en virtud del contrato»; Así concluye que al optar «por una empresa que ni tan solo tenía asegurados a sus empleados, que dejó de observar las medidas de seguridad exigidas... y que además era insolvente, incumplió su obligación «in eligiendo». Igualmente la STS 26 de septiembre de 2007, aunque en este caso se exonera de responsabilidad al comitente, pues no se pudo probar que se contrató a una empresa sin capacidad técnica o profesional para realizar la obra que produjo el daño a un viandante. Recogen la misma doctrina establecida en la STS 2005, las siguientes sentencias: 3 de abril de 2006, 7 de diciembre de 2006, 25 de enero de 2007, 1 de febrero de 2007, 17 de septiembre de 2008, 23 de junio de 2010. De todas ellas se puede extraer claramente que el requisito de la dependencia a los efectos del 1903 del Código Civil puede ser únicamente el deber de control, vigilancia y elección del contratista.

¹² YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial (daños causados por empleados a terceros). Disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-5.pdf>, (última visita, 12 de diciembre de 2014). p. 16, lo que conduce de nuevo a una clara objetivación de esta responsabilidad. STS 11 de julio de 1980: basta para dar por existente el nexo o relación del que deriva la responsabilidad civil subsidiaria, que el responsable civil subsidiario reciba cualquier utilidad, ventaja, satisfacción o goce, máxime si es valorable económicamente, de la actuación del responsable penal. Repetido por STS 5 de diciembre de 1989.

¹³ En este sentido, la SAP Ciudad Real 26 de junio de 2001, excluye la responsabilidad civil empresarial por los actos realizados por el vocalista de un grupo musical que no estaba habilitado para actuar como representante legal del grupo, ni para cerrar contratos, galas o conciertos. Al no contar con el consentimiento expreso de la mercantil para actuar en su

nombre, la empresa no responde de sus actos. Sin embargo y en contra, la STS 26 de enero de 2004 declara la responsabilidad subsidiaria de la empresa ante la apropiación indebida de un intermediario financiero del dinero de sus clientes le habían dado para invertir en servicios financieros. El TS confirma la responsabilidad subsidiaria de la empresa pues considera que el intermediario era representante y existía relación de dependencia aunque no existiera vínculo jurídico entre ambos. Asimismo, la STS 9 de octubre de 2003 señala la responsabilidad de UGT aunque el condenado no desempeñase cargos orgánicos del sindicato, pues intervino en las promociones de las viviendas inexistentes vendidas por el condenado, y su vinculación con el mismo no era indirecta, pues fue elegido por UGT para que dirigiera las operaciones de PSV.

¹⁴ Véase en este sentido, las siguientes sentencias: SSTS 5 de marzo de 1977, 5 de junio de 2002: el administrador único de varias sociedades se apropió de cuantías que se debían abonar a terceros. Responden todas las sociedades porque el condenado actuó en el ámbito de los servicios prestados por ellas y fueron creadas para dotar de credibilidad a los mismos. STS 24 de julio de 2002, estafa bursátil de un empleado de hecho, se condena a las sociedades porque actuó como un verdadero empleado al haber aparecido frente a terceros como integrado en la empresa. STS 24 de septiembre de 2002, un agente de seguros comete estafa de la que responde la compañía de seguros al ser su dependiente. Y muy parecidas: SSTS 17 de octubre de 2002, 15 de febrero de 2003, 23 de mayo de 2003.

¹⁵ Véase la STS 4 de diciembre de 2007, se exonera a la propietaria de la vivienda, y responde la arrendataria por los daños causados por la caída de una maceta del edificio.

¹⁶ Véase STS 15 de diciembre de 2006, que después de definir los requisitos propios del contrato de franquicia: «contrato denominado de franquicia o, *franchising* es que, una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje», concluye haciendo responder a la franquiciadora por un delito de estafa cometido por el administrador de la agencia franquiciada basado en la teoría del riesgo, estableciendo la siguiente doctrina: «Según la doctrina de esta Sala, —por ejemplo S. 822/2005 de 23.6 (RJ 2005, 5627)— para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del artículo 120.4 del Código Penal, es preciso de un lado, que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por él haya contado con su anuencia o conformidad; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciente a su ámbito de actuación. Por lo demás, la interpretación de estos parámetros de imputación se hace con amplitud, no solo según los criterios de la culpa *in eligendo* y la culpa *in vigilando*, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

Por ello la jurisprudencia ha venido interpretando el artículo 120.4 de forma cada vez más flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales, y ha declarado incluso de manera reiterada que no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto, tampoco se exige que la actividad concreta del inculpa penal redunde en beneficio del responsable civil subsidiario; y basta con que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo; y añade que basta la realización de actividad o prestación de servicios que potencialmente beneficien al responsable, sin que tampoco sea preciso un beneficio efectivo. Por otra parte —dice la STS 29 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 1986) —, el delito siempre supone una extralimitación para la que no

hay autorización del principal, y termina reconociendo que la actividad realizada redunda siempre en beneficio de la compañía, el cual se habría producido de no existir el ilícito penal. Extremo en el que incide la STS 29 de noviembre de 2001 al señalar que tal beneficio se habría producido de no existir ilícito penal... y de hecho se pudo producir en los contratos culminados correctamente. Y la STS 14.7.2000 (RJ 2000, 6583), admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener esta la posibilidad de incidir sobre la misma, lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba.

¹⁷ Véase los considerandos de la STS 20 de mayo de 1958: «Probado en el juicio que el procesado, obrero agrícola del conde de XXX, por consiguiente desprovisto de toda función de guarda jurado de la finca, únicas que conceden licencia de uso de armas para la guardería, con la prevención verbal de la Guardia Civil, de que tan pronto como viesan gente extraña sospechosa la avisasen, sus funciones y obligaciones de mero obrero agrícola, no le imponían la de ejecutar los hechos que realizó y tuvieron tan funestas consecuencias, y en aquéllas o con su ocasión, no se produjeron los hechos que ocasionaran la muerte al cazador furtivo, no puede hablarse de responsabilidad civil subsidiaria para el demandado. Y Considerando que según tiene declarado esta Sala en su sentencia de 13 de junio de 1929, conforme al contexto claro y terminante del párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil, el principio general reconocido por el 1902 de que quien por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado, únicamente es extensivo a los dueños o directores de los establecimientos en que se producen los perjuicios, cuando son originados por sus dependientes en el servicio de los amos en que los tuvieran colocados o con ocasión de las funciones que ejercen, doctrina confirmada entre otras sentencias por las de 21 de octubre de 1932 expresiva de que la responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito y, cuasi, delito declarada en los artículos 21 del Código Penal y 1902.3 1903 del Código Civil, alcanza, según el contexto de estos preceptos legales y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, a los amos, maestros, personas, empresas, padres, tutores, etc., de los directamente obligados, pero tan sólo por las infracciones delictivas o culposas en que éstos hubieren incurrido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en los ramos en que se hallasen empleados o con ocasión de sus funciones, y por la de 6 de julio de 1934, declarativa de que la responsabilidad impuesta a los dueños en el artículo 1903 del Código Civil por los perjuicios causados por sus dependientes, solo es exigible cuando los causen en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones».

¹⁸ PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona: Aranzadi, Pamplona, pp. 2126-2127.

¹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial..., *ob. cit.*, p. 19.

²⁰ CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes, *ob. cit.*, pp. 1-20; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial, *ob. cit.*, pp. 1-33.

²¹ En este sentido, la STS 12 de febrero de 1968 condena al Estado como responsable civil subsidiario por los daños producidos por un peón contratado por la Administración pública, que arroja una piedra desde el vehículo en el que es transportado para realizar su trabajo, aun cuando en ese momento no se contaba como su jornada laboral propiamente dicha, sin embargo, la Administración debe responder también durante esos traslados, estableciendo la siguiente doctrina: «CONSIDERANDO que para los obreros de la empresa se prolonga, a efectos laborales, la relación de dependencia hasta los periodos accesorios para su transporte del domicilio a la obra y viceversa, según los reglamentos de accidentes y seguros, porque son en servicio de aquella que encuentra personal en estas condiciones y en esta forma se establecen los contratos, bien sean verbales, en los que va implícita la sumisión del trabajador durante el empleo de tales medios para rendir su labor o cesar en ella, cuestión aceptada en el motivo único, el cual, sin embargo, razona indirectamente

de modo contrario, sobre esta consideración general ha de añadirse como razón primera el carácter profesional del procesado, unido permanentemente a Obras Públicas por razón de su cargo el procesado peón auxiliar caminero, trabajaba para Obras Públicas en la realización de sus tareas en el término municipal de Barbado de la Paz y al término de la jornada era recogido en un camión de dicho Organismo para ir desde el pie de obras a su domicilio en Cubillo del Campo; dependía en el trayecto del dador de trabajo, quien respondía civilmente de su conducta, no dolosa, por esta subordinación, sin eximirle de ella porque su acción concreta no fuera mandada, puesto que en ocasión del servicio realizó los actos de que responde personalmente, siendo ineficaz el argumento vacío del motivo único de que tirar la piedra a la carretera era contrario a su deber de dejarla expedita, ya que el caminero negligente que obstruye con materiales la vía crea responsabilidad civil para el empresario ante los accidentes que provoque, aunque en realidad con su conducta no reporte beneficio ni haya sido ordenado directamente tan imperfecto cometido; el perjudicado por una acción imprudente acude primero a su autor y subsidiariamente contra quien le manda y se sirve del que no se comportó bien cuando estaba en ocasión del servicio, porque el inculpa, fuera de los móviles accidentales que le movieran, continuaba en esta situación sin desligarse de las relaciones subordinadas de trabajo salarial no se referían a su actividad propia, entre las que cuenta la obligación de no entorpecer la carretera en su libre paso a lo que se oponía el lanzar a ella una piedra de volumen y peso considerables, causa del mortal accidente».

²² Sin embargo, la STS 6 de mayo de 2009 exonera al empresario porque el daño que había que indemnizar se produjo como consecuencia de un accidente de tráfico de uno de los empleados que utilizó el vehículo en un desplazamiento particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que había establecido la empresa para ello.

²³ Se establece la responsabilidad del Estado por uso de armas reglamentarias de los funcionarios en las SSTs: 12 de marzo de 2002, 4 de diciembre de 2002, 24 de marzo de 2003, 30 de abril de 2003, 19 de septiembre de 2003, 27 de octubre de 2003, 8 de febrero de 2005.

²⁴ STS 12 de abril de 1995, en la que se hace responsable civil a la empresa que contrató al vigilante que cometió el asesinato frustrado y con una enfermedad psíquica. Véanse sus considerandos: «El inicial motivo de impugnación del responsable civil subsidiario, Masegu, SA, se formula por infracción de ley, aduciendo aplicación indebida del artículo 22 del Código Penal, pues se arguye que la acción del autor de los hechos no se enmarca dentro de una situación en el desempeño de sus funciones de guardia, sin que ello suponga un beneficio para la entidad, y motivado únicamente por la "locura" que padecía en dicho momento aquel, una psicosis paranoide delirante en fase crítica.

En relación con el artículo 22 del Código Penal, cuya infracción se denuncia en el motivo, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que, para que resulte obligada una persona o entidad, en concepto de responsable civil subsidiaria de otra, se precisan los siguientes requisitos: 1.º) que el infractor y el presunto responsable se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica de su principal, o al menos, que la actividad, servicio o función que realice, cuenten con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; 2.º) que el delito que genera una u otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas, en el ámbito de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera de actuación —cfr. Tribunal Supremo sentencias 1 julio y 29 octubre 1994 (RJ 1994, 6409 y RJ 1994, 8330)—.

Igualmente se ha dicho que el artículo 22 del Código Penal, se viene interpretando de forma cada vez más flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionados de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes reparaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales, siendo posible declarar responsabilidades civiles en supuestos que aun no encajando en los términos literales en que tal norma se expresa, si responden al mismo espíritu en el que aparece inspirada, que no es otro que el permitir la condena de una empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad y objeto, aún con extralimi-

taciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse, pues dicho precepto, aunque incorporado al Código Penal, tiene naturaleza estrictamente civil, lo que permite una aplicación extensiva que en materia criminal —en contra del reo—, no sería posible por exigencias del principio de legalidad —cfr. Tribunal Supremo sentencia 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7377)—.

En el presente caso, y dada la vía procesal elegida, ha de partirse de la intangibilidad del relato fáctico de la sentencia recurrida. En tal sentido, hay que destacar que el acto penalizado, asesinato frustrado, está relacionado con la actuación del agente en la sociedad para la que presta sus servicios, siendo guarda de la finca donde tuvieron lugar los hechos, y por tanto, su misión consistía en velar por la no intromisión de personas ajenas, no describiéndose los hechos si los operarios agredidos con arma de fuego, eran o no personas conocidas por el autor; si bien los tomó como enemigos que iban a vigilarlos. Con estos antecedentes fácticos, la presencia como guardia de quien padece una enfermedad como la que se describe, bajo la dependencia de la sociedad del recurrente, en evidente que ha de ser condenada como responsable civil subsidiaria, por cuanto que el autor del hecho, con una concreta relación que le ligaba con la empresa, Masegu, SA, y aun cuando hubiera efectuado un ejercicio anormal de las tareas encomendadas por dicha empresa, debe responder civilmente y con carácter subsidiario de la indemnización que en favor de los perjudicados se fija en la sentencia de instancia. El motivo, pues, ha de desestimarse».

²⁵ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1989). *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Madrid: Tecnos, pp. 626 y 627.

²⁶ MONTERROSO CASADO, E. (2014). *Presupuestos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil extracontractual*, ob. cit., pp. 102-103.

²⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M. (2003). La responsabilidad civil en el ámbito empresarial, ob. cit., pp. 10-12. En el mismo sentido CAVANILLAS MÚGICA, S. (1989). *La transformación de la responsabilidad civil en la Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, p. 92, insisten en lo sorprendente de que se exija la culpa del empleado para que haya responsabilidad civil, si es que esta se basa en la propia culpa del empresario, por su falta de diligencia en la vigilancia.

²⁸ En las tres últimas, se hace responsable a un centro hospitalario o al INSALUD por las negligencias de su personal médico, no individualizadas, haciendo responsable directo al centro hospitalario por su mala coordinación, o no adoptar todas las medidas necesarias para obtener un buen resultado clínico, sin que sea requisito necesario para la responsabilidad empresarial la identificación de los concretos sujetos responsables. En la STS de 29 de octubre de 2002 también se hace responsable al empresario dueño de una discoteca cuando no se pudo identificar qué camarero fue quien vertió el contenido de un botellín de agua mineral en un vaso que ingirió una menor; y que le produjo lesiones, pues no era agua el contenido de aquel.

²⁹ CREMADES GARCÍA, P. (2011). La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes, ob. cit., p. 15. En el mismo sentido PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil, ob. cit., p. 2128.

³⁰ SSTS 23 de febrero de 1966, 25 de octubre de 1980 que exigen la culpa del empleado para la responsabilidad del empresario.

³¹ De hecho, y como afirma PEÑA LÓPEZ, no existen supuestos en los que la jurisprudencia exonere de responsabilidad al empresario, probando su comportamiento diligente, haciéndole indemnizar en todo caso, basando dicha responsabilidad en el riesgo o beneficio obtenido por la actividad. Véase en: PEÑA LÓPEZ, F. (2001). Comentario al artículo 1903 del Código Civil, ob. cit., p. 2128. Y confirman esta idea las SSTS 13 de mayo de 1967, 9 de junio de 1998, 4 de abril de 2000, entre otras.

³² MAGRO SERVET, V. (2013). Responsabilidad por culpa in vigilando. *El Derecho*, 21 de noviembre de 2013. Disponible en <http://www.elderecho.com>, 1-5. (última visita, 21 de noviembre de 2014), pp. 3-4.

1.7. Concursal

El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero*

The second-chance procedure introduced by Royal Decree-Law 1/2015 of 27 February

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reforma introducida en la Ley Concursal por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reforma que consolida legalmente una tendencia jurisprudencial existente que concedía una exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación concursal a deudores consumidores sin recursos. Tras examinar los requisitos objetivos y de trámite para el acceso a las dos modalidades de *fresh start* existentes, se explicitan los requisitos subjetivos (buena fe objetivada legalmente) que han de concurrir en el deudor solicitante. Concluyendo con el examen de las diferencias entre las dos vías de segunda oportunidad (satisfacción de un umbral de pasivo mínimo en la liquidación concursal o sometimiento al plan de pagos), y sus efectos sobre los créditos de los acreedores en caso de revocación del beneficio, en los cinco años posteriores, así como en el caso de consolidarse el beneficio obtenido.

ABSTRACT: *In this article the author examines the reform introduced into the Insolvency Law by Royal Decree-Law 1/2015 of 27 February, on the second-chance mechanism, a reform which consolidates into law an existing caselaw practice whereby consumers without resources had unpaid debts written off following the bankruptcy settlement. After examining the objective and procedural eligibility requirements for the two existing 'fresh-start' arrangements, there follows an explanation of the subjective requirements that the applicant debtor must meet (good faith objectively determined by law). The article concludes with an examination of the differences between the two second-chance channels (meeting the requirement for a minimum debt threshold in the bankruptcy settlement or agreeing to be subject to the repayment plan), and their effects on creditors' loans in those cases where this status is revoked or consolidated in the five years following the decision.*

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

PALABRAS CLAVE: Concursado persona física. Liquidación concursal. Pasivo insatisfecho. *Fresh start*.

KEY WORDS: *Bankrupt (private individual). Bankruptcy settlement. Unpaid debts. Fresh start.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.—III. REQUISITOS DE TRÁMITE, OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, PARA OBTENER LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. 1. REQUISITOS OBJETIVOS Y DE TRÁMITE. A) *En caso de conclusión del concurso por liquidación de la masa activa* (art. 176.1.2.º LC). B) *En caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa* (art. 176.1.3.º LC). 2. REQUISITOS SUBJETIVOS.—IV. LAS DOS MODALIDADES DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO. 1. MODALIDAD A: UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO SATISFECHO EN LA LIQUIDACIÓN. 2. MODALIDAD B: SOMETIMIENTO A UN PLAN DE PAGOS, SIN NECESIDAD DE HABER SATISFECHO UN UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social ha modificado el régimen de *fresh start* o segunda oportunidad, que ya había introducido en el ordenamiento jurídico español la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (art. 21, que modificaba el art. 178.2.º LC). El Real Decreto-ley, modifica también el acuerdo extrajudicial de pagos introducido por dicha Ley 14/2013 (art. 21 que añadía un Título X a la LC, con la rúbrica «El acuerdo extrajudicial de pagos»).

El Real Decreto-ley persigue, según se desprende de su Exposición de Motivos, desincentivar la economía sumergida e incentivar el acometimiento de nuevas actividades empresariales (emprendimiento), ofreciendo una solución pre-concursal al deudor persona física, empresario o no, (acuerdo extrajudicial de pagos), que pueda impedir su concurso y, por otro lado, *modulando el rigor del principio de responsabilidad patrimonial universal* (1911 del Código Civil), en caso de liquidación concursal del patrimonio del deudor y en caso de concurso sin masa.

Con relación a esta última medida se señala que carece de sentido diferenciar el régimen de responsabilidad patrimonial por las deudas contraídas cuando una persona natural acomete una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta con limitación de la responsabilidad de los socios, y cuando la acomete contrayendo las obligaciones de forma directa. Si en el primer caso puede beneficiarse de una limitación de responsabilidad (de manera que solo el patrimonio social responda de las deudas, sin contagio al patrimonio personal de los socios), no parecería lógico que en el segundo caso, la persona física quedase sujeta en todo su rigor al 1911 del Código Civil, cuando muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe (alteraciones sobrevenidas e imprevistas de las circunstancias económicas en que se contrajo la obligación contractual, que exigen tener en cuenta el principio *rebus sic stantibus*)¹.

Partiendo de esta fundamentación jurídica, y teniendo presente la regulación de las Partidas (Ley 3.^a, Título XV, Partida 5.^a), el legislador establece un sistema de segunda oportunidad o *fresh start* sobre la base de dos principios básicos: permitir que el deudor que ha liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores quede exonerado del pago de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación (con los debidos controles y garantías para evitar insolvencias estratégicas o daciones en pago selectivas) y permitir, como una exigencia de justicia y de tutela de los derechos de los acreedores, que los acreedores puedan instar la revocación de tal beneficio en caso de mejora sustancial de la fortuna del deudor.

Esta figura estaba presente en otros ordenamientos jurídicos europeos y en el Derecho norteamericano y había sido acogida, de manera condicionada y por vía interpretativa, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, con anterioridad a la Ley 14/2013^{2, 3}.

Otras sentencias más recientes habían acogido también la figura. El Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, en sentencia de 22 de enero de 2014, acuerda la conclusión del concurso de dos personas físicas con liberación de todo el pasivo pendiente tras la liquidación. La administración concursal puso de manifiesto las operaciones llevadas a cabo en la liquidación, mediante las cuales se había adjudicado a los acreedores privilegiados las fincas propiedad de los concursados por mitades indivisas resultando satisfechos los créditos contra la masa y prácticamente el 50 % de los créditos privilegiados (aplicando el importe de la adjudicación). Igualmente puso de manifiesto que no existían acciones de reintegración viables y que habían sido archivadas las respectivas piezas de calificación, por haber solicitado tanto la Administración concursal como el MF que los concursos fueran declarados fortuitos. Por todo ello, la Administración concursal solicitó que se declarase la extinción de los créditos que subsistiesen tras la liquidación. El Juzgado señaló que, si bien la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013 prevé que los concursos *declarados antes de la fecha de entrada en vigor [19 de octubre de 2013] — en cuanto a las normas establecidas en el Capítulo V del Título I— seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, tal Ley serviría como interpretación de cuándo debe considerarse que el deudor ha hecho todo el esfuerzo económico posible para considerar canceladas sus deudas y evitar así una indefinida reapertura del concurso. A estos efectos el Juzgado cita el AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010 (cuya resolución, sin embargo, no comparte plenamente)*. Igualmente, cita el AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013⁴.

II. LA SEGUNDA OPORTUNIDAD COMO EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

El Real Decreto-ley 1/2015 ha modificado el tenor del artículo 178.2 LC en el siguiente sentido: «*Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme*».

De la redacción del precepto se desprende que todos aquellos deudores personas físicas, que no presenten en tiempo y forma (art. 178.bis.2) su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, o habiéndola presentado no reúnan los requisitos de buena fe indicados en el artículo 178.bis.3 (*vid.*, art. 18.bis. 4.3.º LC), quedan sujetos al principio de responsabilidad patrimonial del artículo 1911 del Código Civil en toda su extensión (responden con sus bienes futuros). La exoneración prevista es, pues, una excepción al régimen general del artículo 1911 del Código Civil, que el legislador ha otorgado en vista a la alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias económicas (crisis económica) en que los deudores personas físicas contrajeron sus obligaciones (circunstancias que obedecen a factores que escapan al control del deudor de buena fe).

III. REQUISITOS DE TRÁMITE, OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, PARA OBTENER LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

1. REQUISITOS OBJETIVOS Y DE TRÁMITE

De acuerdo con el artículo 178.bis.1 puede acceder a este beneficio el deudor persona natural (empresario o consumidor), *una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa* (requisito objetivo), debiendo presentar el deudor su solicitud de exoneración ante el Juez del concurso (requisito de trámite).

A) *En caso de conclusión del concurso por liquidación de la masa activa* (art. 176.1.2.º LC)

En este caso, el legislador señala que el deudor deberá presentar su solicitud dentro del plazo de audiencia a que se refiere el artículo 152.3 LC. De acuerdo con el artículo 152.2 LC, «concluida la liquidación de los bienes y derechos del concursado y la tramitación de la sección de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas *ni otros bienes o derechos del concursado. No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.* También incluirá una completa rendición de cuentas conforme a lo dispuesto en esta ley». La conclusión del concurso por liquidación en este caso, pues, permite el mantenimiento al deudor de ciertos bienes (lo que no va a ser obstáculo para la concesión de la exoneración, art. 178.bis.1 en relación con art. 152.2. LC). Presentada la mencionada documentación por la administración concursal, se concede un plazo de audiencia a las partes en el cual se puede formular oposición a la conclusión del concurso (oposición que se tramitará mediante incidente concursal). En este plazo de audiencia, el deudor persona natural puede presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. Siempre que no haya oposición a la conclusión del concurso, o haya sido esta resuelta favorablemente para el deudor, se podrá juzgar sobre la concesión o no del beneficio de la exoneración, para lo cual el Secretario Judicial da traslado a la Administración concursal y a los

acreedores personados para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. La Administración concursal y los acreedores personados pueden mostrar su conformidad a la exoneración o no oponerse a la misma, o bien formular oposición, la cual solamente podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del artículo 178.bis.3 (ausencia de alguno de los requisitos de buena fe objetivados por el legislador). A la oposición se le dará el trámite del incidente concursal (art. 176.bis.4), no pudiendo dictarse el auto de conclusión del concurso hasta que sea firme la resolución recaída en el incidente concediendo o denegando el beneficio de la exoneración.

B) En caso de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176.1.3.º LC)

La conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (que puede decretarse en cualquier momento de la tramitación del concurso siempre que concurran las circunstancias del art. 176.bis.1 LC), presenta especialidades reguladas en el artículo 176.bis LC (art. que en sus apartados 3 y 4, recibe nueva redacción por el artículo 1.º del Real Decreto-ley 1/2015). De acuerdo con el artículo 176.bis.3 «una vez distribuida la masa activa (con arreglo a lo previsto en el artículo 176.bis.2), la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. *No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal*». Presentado el informe por la administración concursal, y concedida audiencia a las partes, en dicho plazo pueden formular oposición a la conclusión del concurso y el deudor; solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. No formulada oposición a la conclusión del concurso, o resuelta favorablemente para el deudor, podrá entrarse a decidir por el Juzgador sobre la solicitud de exoneración, previendo el artículo 176.bis.3.3.º *in fine*, que «la tramitación de dicha solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178.bis».

Si la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa se acuerda en el mismo auto de declaración de concurso (art. 176.bis.4), y el concursado fuere persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del artículo 176.bis.2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso, remitiendo el artículo 176.bis.4.2.º *in fine* al artículo 178 bis en cuanto a tramitación de la solicitud, requisitos para beneficiarse de la exoneración y efectos de esta.

2. REQUISITOS SUBJETIVOS

El artículo 178.bis señala que puede acogerse al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho el deudor persona natural (consumidor o empresario),

entendiéndose por este último de acuerdo con el artículo 231.2 LC, en relación con el artículo 178.bis.3.3.º, aquellos que tuvieren tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

De acuerdo con el artículo 178.bis.3 se exige que en tal deudor concurra buena fe. Para apreciar esta concurrencia el legislador no se remite a una valoración por el juzgador de las circunstancias de sobreendeudamiento pasivo (infortunios) que pudiese haber atravesado el deudor, sino que de forma objetiva (y por lo tanto permitiendo su aplicación a personas que atraviesan graves dificultades y a las que les resultase difícil o imposible probar tales circunstancias de infortunio), entiende que ostenta buena fe el deudor si:

1.º. Su concurso no hubiese sido declarado culpable⁵.

2.º. Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso debe suspender su decisión respecto a la concesión del beneficio de la exoneración hasta que exista sentencia penal firme absolutoria, lo que supone una excepción a la regla del artículo 189.1 LC, relativa a la prejudicialidad penal, según la cual la incoación de procedimientos criminales relacionados con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este.

3.º. Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231 LC, haya celebrado, o al menos intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Como veremos después, este requisito solo es exigible para la segunda vía de exoneración (plan de pagos, vía B) prevista en el art. 178.bis.3.5.º.i) y 178.bis.5 y 6, pudiendo faltar en el caso de la primera vía de exoneración (satisfacción previa, a través de la liquidación concursal, de un umbral de pasivo mínimo, vía A). Para poder iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor persona natural debe encontrarse en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LC (lo que incluye la insolvencia actual, esto es, no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y la insolvencia inminente, o sea, prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones) y tener un pasivo que en estimación inicial no supere los cinco millones de euros. Ahora bien, no podrán solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos (y por lo tanto no podrán acceder al plan de pagos, aunque sí a la vía A, satisfaciendo un umbral de pasivo mayor), quienes se encuentren en las situaciones descritas en el artículo 231.3 y 4 LC⁶. Se considerará intentado el acuerdo extrajudicial de pagos en los casos de imposibilidad de alcanzar el acuerdo; incumplimiento no imputable al deudor del acuerdo alcanzado y anulación del acuerdo extrajudicial de pagos (siempre que la anulación no tenga su causa última en un comportamiento malicioso del deudor)⁷.

4.º. Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º. Que, alternativamente al número anterior, esto es, si no ha sido posible satisfacer ese umbral de pasivo mínimo en la liquidación concursal (y con mayor motivo, en el concurso sin masa), el deudor: acepte someterse a un plan de pagos (art. 178.bis.6), no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas

en el artículo 42^s (en concordancia con el artículo 165.2.^a que permite presumir la existencia de dolo o culpa grave cuando el deudor o sus representantes legales «hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso...»), no haya obtenido el beneficio de la exoneración dentro de los últimos diez años (para evitar insolvencias estratégicas), no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad (para garantizar que el beneficio lo recibe quien no permanece en economía sumergida)⁹ y acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración que formule, que la obtención de este beneficio se haga constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

IV. LAS DOS MODALIDADES DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

Como ya hemos indicado, el legislador contempla dos modalidades para la exoneración del pasivo insatisfecho:

1. MODALIDAD A: UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO SATISFECHO EN LA LIQUIDACIÓN

Esta modalidad está pensada para el deudor cuyo concurso ha sido un concurso con masa que concluye en liquidación. Y al que no se le exige necesariamente haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, ni los requisitos adicionales del artículo 178.bis.3.5 LC. Se le exige el pago de los créditos contra la masa y privilegiados (con privilegio especial o general) y el 25% de los créditos concursales ordinarios si no hubiere intentado el acuerdo extrajudicial de pagos. El resto de crédito ordinario y subordinado le sería exonerado de forma provisional (o en otros términos, de forma definitiva pero con posibilidad de revocación por ciertas causas tasadas), impidiéndose que los acreedores inicien ejecuciones singulares durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso (art. 178.bis.5.2). Parece que tampoco procedería una reapertura del concurso. Precisamente, como la declaración de concurso dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior por liquidación o insuficiencia de masa activa, tiene la consideración de reapertura de este, se ha hecho coincidir por el legislador el periodo de buena conducta del deudor para hacer irrevocable el beneficio de la exoneración con este plazo en que una nueva declaración de concurso supone reapertura del anterior (art. 179 LC).

Quedarían a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado.

Si el concursado estuviese casado en régimen de gananciales u otro de comunidad y no se hubiera procedido a la liquidación del régimen económico matrimonial, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso (pues todo el patrimonio ganancial ha quedado liquidado por las deudas de su responsabilidad [art. 49 LC y 94.2. *in fine*], más el privativo del cónyuge concursado [art. 77 LC]), respecto de deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común. Quedaría así excluida

la responsabilidad subsidiaria del cónyuge del concursado por deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (por el cónyuge concursado), que fuesen anteriores a la declaración de concurso, y no hubiesen podido satisfacerse mediante la liquidación del patrimonio ganancial (art. 1319 del Código Civil). Hay que tener en cuenta que en relación con dichas deudas, el cónyuge del concursado no es deudor solidario sino subsidiario.

El beneficio concedido puede ser revocado a instancia de cualquier acreedor concursal, cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. A tal efecto habría que tener en cuenta las conductas que permiten declarar un concurso culpable y la condena por los delitos señalados en el artículo 178.bis.3.2.º. Igualmente, si las conductas contrarias a la buena fe (art. 164. 2 LC) hubiesen sido anteriores a la obtención del beneficio de la exoneración en un concurso sin masa, podría revocarse la obtención del beneficio (art. 179.3 LC) y proceder a una reapertura del concurso.
- b) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. La Ley de Partidas (Ley 3.ª, título XV, Partida 5.ª), invocada en la Exposición de Motivos habla también de la posibilidad de pago de «parte de las deudas», expresión que el legislador considera confusa. En efecto, parece que si la ganancia que permite el mejoramiento *sustancial* de la situación económica del deudor debe tener la condición de una ganancia atípica, debería ser suficiente para el pago de, en principio, todas las deudas (de lo contrario no tendría la consideración de «atípica» o «sustancial»). Por lo tanto, la aparición de bienes futuros (art. 1911 del Código Civil), no permite la reapertura del concurso (art. 179.1 y 180.2 LC), salvo que impliquen una ganancia atípica que justifique la revocación del beneficio obtenido. Ahora bien, la aparición de bienes realmente integrados en la masa activa del concurso conforme al artículo 76.1 LC, pero desconocidos en la fecha de otorgamiento del beneficio de la exoneración, justificaría también la revocación del beneficio y la reapertura del concurso con los efectos del artículo 179.2 LC, en la medida en que el umbral de pasivo satisfecho es un requisito mínimo para obtener la exoneración, pero no impide que puedan satisfacerse más créditos si el patrimonio del concursado lo permite.
- c) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos, sin llegar a constituir las conductas del artículo 164.2 LC.

Esta posibilidad de revocación constituye un incentivo muy importante a una conducta leal y diligente por parte del deudor.

La solicitud de revocación se tramita conforme a lo establecido en la LEC para el juicio verbal. En caso de que el Juez acuerde la revocación del beneficio, *los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.*

Por el contrario, transcurrido el plazo de 5 años sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará *auto reconociendo con carácter definitivo (o sea, irrevocable) la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.* La irrevocabilidad alcanzaría a la imposibilidad de

los acreedores de ejercitar acciones rescisorias (art. 1291.3.º del Código Civil), para impugnar, por fraude de acreedores el convenio forzoso de quita, acciones que tienen un plazo de caducidad de 4 años, a contar desde el otorgamiento de la exoneración con carácter provisional (arg. *ex* art. 37.2 LH). De ahí también la necesidad de un plazo de cinco años para hacer irrevocable el beneficio concedido.

La concesión de la exoneración de forma provisional, constituye una nueva interrupción del plazo prescriptivo de las acciones derivadas de los créditos insatisfechos (frente al deudor principal). De manera que pese a lo dispuesto en el artículo 60.4 LC¹⁰, el precepto queda exceptuado en virtud de lo dispuesto en el artículo 178.bis.5.2. No así, frente a los deudores solidarios y avalistas (arg. *ex* art. 60.2 LC), respecto de los cuales el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente¹¹.

2. MODALIDAD B: SOMETIMIENTO A UN PLAN DE PAGOS, SIN NECESIDAD DE HABER SATISFECHO UN UMBRAL DE PASIVO MÍNIMO

Esta modalidad está prevista para los concursos que concluyen por insuficiencia de masa activa o con liquidación concursal sin haber satisfecho la totalidad de los créditos privilegiados (con privilegio general), pues por definición, la parte de crédito satisfecha con la realización de los bienes y derechos afectos, supone pago del crédito privilegiado con privilegio especial (art. 157.2 LC *a sensu contrario*). Y la satisfacción de todos los créditos con privilegio general permitiría acceder a la modalidad A, en caso de haber intentado el acuerdo extrajudicial de pagos.

Si no se intentó el acuerdo extrajudicial de pagos y al mismo tiempo, no se satisface el umbral de pasivo mínimo del artículo 178.bis. 3.4.º LC (25% del crédito ordinario), el deudor quedaría fuera del ámbito de la exoneración concursal, pudiendo recurrir exclusivamente a la moderación de la responsabilidad patrimonial universal, introducida en la LEC por la Ley 1/2013 (*vid.*, art. 579 LEC) y sujeto a las ejecuciones ordinarias y reapertura del concurso (siempre que concurriesen sus presupuestos). No obstante, el abono por esta vía del umbral de pasivo necesario según el artículo 178.bis. 3.4.º LC, podría justificar la reapertura del concurso con dicho fin de pago o bien con el único fin de obtener la exoneración del pasivo insatisfecho (al haberse satisfecho por vía extraconcursal los créditos reconocidos en el mismo, arg. *ex* art. 178.2 *in fine* y art. 180.1 LC y Disposición Transitoria.3 LC¹²).

Cumplidos los requisitos de buena fe exigidos en el artículo 178 bis.3, el deudor, deberá presentar junto con la solicitud de exoneración dentro del plazo de audiencia que se le hubiese conferido según el artículo 152.3 LC o 176.bis.3 y 4, un plan de pagos. Oídas las partes sobre el mismo, el plan será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones oportunas. No cabe que los acreedores se opongan a la exoneración por falta de conformidad con el plan de pagos (art. 178.bis. 4.3.º), cuya aprobación es de arbitrio judicial (art. 178.bis. 6.2.º LC).

Concedida la exoneración por esta vía, y concluido el concurso, el beneficio de la exoneración se extiende a la parte insatisfecha de los siguientes créditos:

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados (pero que, en todo caso, deben ser créditos anteriores a la declaración de concurso), y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos (los cuales deberán satisfacerse

mediante el plan de pagos, si bien respecto de los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica [art. 178.bis. 6.3.º LC], quedando excluidos del plan de pagos).

2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1 [créditos con privilegio especial], la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a crédito ordinario o subordinado.

No son exonerables, pues, los créditos contra la masa, los créditos con privilegio general, ni los créditos de derecho público ni los créditos por alimentos. Estos acreedores no podrán iniciar ningún tipo de acción para el cobro de los mismos mientras esté pendiente de cumplimiento el plan de pagos, quedando a salvo sus derechos frente a obligados solidarios, fiadores o avalistas (quienes no podrán invocar el beneficio de la exoneración obtenido por el concursado). Rige también la exoneración para el cónyuge del concursado en los términos explicados antes (art. 178.bis. 5 LC).

Los créditos no exonerables deben ser satisfechos por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante esos cinco años las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178.bis.6 LC), ya sea legal o convencional, aunque parece que tendrían que quedar exceptuados de tal previsión, según el espíritu del artículo 59.1 LC, los créditos salariales, los cuales podrían devengar interés conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos.

El beneficio de la exoneración puede revocarse a instancia de cualquier acreedor concursal cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 del artículo 178 bis hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración, en este caso, también las reseñadas bajo el número 5.º del apartado 3 del artículo 178 bis (así, no prestar la colaboración debida para el cumplimiento del plan de pagos o rechazar una oferta de empleo adecuada a su capacidad [lo que evitará que el deudor recurra a la economía sumergida]).
- b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos. Dicho incumplimiento debe tener su origen en dolo o culpa del deudor; esto es, debe serle imputable. Si bien parece que es preciso elaborar un plan en función de los recursos de que dispone el deudor en el momento de solicitarlo, entiendo que el plan de pagos es revisable durante el periodo de cinco años en función del aumento de los recursos del deudor (así, inicia una actividad exitosa de emprendimiento; obtiene un puesto de trabajo adecuado a su capacidad). Si los ingresos son inexistentes el plan de pagos deberá determinar la imposibilidad del deudor de atender el pago de las deudas no exonerables (por el momento), sin perjuicio de ulterior revisión del mismo en caso de modificarse las condiciones económicas del deudor. En todo caso, el juez, atendiendo a las circunstancias del caso, y previa audiencia de los acreedores, puede declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante dicho plazo *que no tuviesen la consideración de*

*inembargables. Entendiéndose por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, así como los reseñados en el artículo 152 in fine y 176.bis. 3.1.º in fine de la LC. Si dichos ingresos fuesen inexistentes o fueren todos ellos inembargables, hay que entender que el deudor se haría acreedor a obtener la exoneración irrevocable aun sin haber cumplido un plan de pagos (deudor sin recursos)*¹³.

- c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos (obtiene ingresos cuantiosos derivados de herencia, donación, juegos de azar o de una ganancia atípica derivada de una actividad de emprendimiento).
- d) Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos (singularmente, que el deudor recurre a la economía sumergida, impidiendo el buen fin del plan de pagos).

Si el juez acordase la revocación del beneficio de la exoneración, los acreedores (todos, pues el artículo 178.bis. 7.2.º no hace distinción, y por lo tanto, los que no deben ser atendidos mediante el plan de pagos [art. 178.bis. 5.1.º y 2.º] y los que sí debían ser atendidos mediante el mismo) recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor *para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso* (art. 178.bis. 7.2 in fine). Esta revocación, y en estos términos, constituye un poderoso incentivo para el regular cumplimiento del plan de pagos, y el mantenimiento del deudor en su posición de buena fe inicialmente verificada, y para que, en la medida de sus posibilidades, inicie una nueva actividad. En relación con esta última cuestión parece que los ingresos que pudiera percibir por créditos o préstamos para la financiación de su nueva actividad estarían excluidos de la atención al plan de pagos (no así los derivados de su nueva actividad). A estos efectos, se prevé la constancia en la sección especial del Registro Público Concursal de la obtención del beneficio de la exoneración, circunstancia que debe ser conocida por quien efectúe un préstamo al deudor durante el periodo en que la exoneración es revocable por estar vigente el plan de pagos.

Transcurrido el plazo de cinco años sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del *pasivo insatisfecho en el concurso* (*créditos que no debían ser atendidos por el plan de pagos y créditos que debían ser atendidos, hayan sido o no totalmente satisfechos*). Cabiendo la exoneración incluso en caso de que, por las circunstancias del deudor, mediante el plan de pagos no se haya satisfecho cantidad alguna (art. 178 bis. 8.2 LC). Por esta vía, la deuda remanente tras la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar, quedaría totalmente exonerada (aunque no se hubiere atendido el pago parcial indicado en el art. 579.2 LEC).

Contra el auto que reconozca con carácter irrevocable la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso, no cabrá recurso alguno. La resolución se publicará en el Registro Público Concursal (lo que constituirá una información a terceros del *fresh start* o *segunda oportunidad concedida al deudor*, y por lo tanto, de la vinculación de su patrimonio a sus obligaciones futuras [art. 1911 del Código Civil]).

V. CONCLUSIONES

I. Jurisprudencia anterior al Real Decreto-ley 1/2015 había acogido en España por vía interpretativa la figura del *fresh start*.

II. La exoneración prevista es una excepción al régimen general del artículo 1911 del Código Civil, que el legislador ha otorgado en vista a la alteración sobrevenida e imprevista de las circunstancias económicas en que los deudores personas físicas contrajeron sus obligaciones (cláusula *rebus sic stantibus*).

III. Existen dos vías para la obtención del beneficio de la exoneración, una en la que ha de satisfacerse un umbral de pasivo mínimo en la liquidación concursal y otra, en la que sin satisfacer tal pasivo mínimo el deudor ha de someterse a un plan de pagos durante cinco años.

IV. La falta de ingresos embargables durante esos cinco años permite al juez otorgar una exoneración irrevocable al deudor sin recursos.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STS de 30 de junio de 2014
- SJM núm. 9 de Barcelona, de 22 de enero de 2014
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010
- AJM núm. 10 de Barcelona de 13 de febrero de 2013
- AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ LATA, N. (2010). Sobreendeudamiento del consumidor: análisis del marco actual del problema y apuntes sobre su previsible reforma. En: *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 160-162.
- CÁBANAS TREJO, R. (2015). El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero). *Diario La Ley*, núm. 8505, pp. 1-27.
- (2015). No es broma, una nueva reforma concursal, y en los próximos meses tampoco será la última. *El Notario del S. XXI*, núm. 60, 20-25.
- CUENA CASAS, M. (2011). *Fresh Start* y mercado crediticio. *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com
- (2011). *Fresh start* y mercado crediticio español y estadounidense. *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 565-593.
- (2012). Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente. *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, 289-320.
- (2012). Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: intentos, de regulación y ninguna solución. *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, 97-110.
- (2013). Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal. *Escritura pública*, núm. 80, p. 13.
- (2013). ¿Una segunda oportunidad para los emprendedores? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 52, 40-43.
- (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 123-159.
- (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: L. Prats. Albentosa y M. Cuenca

- Casas (Coord). *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi, pp. 27-89.
- (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 60, 10-18.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2015). Aspectos concursales de la Ley de Segunda Oportunidad. *Diario La Ley*, núm. 8500, 1-19.
- GÓMEZ ASENSIO, C. (2015). Real Decreto-ley 1/2015 y mecanismos de segunda oportunidad: una paradójica reforma. *Diario La Ley*, núm. 8514, 1-12.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012). El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 516-557.
- (2013). La figura del *fresh start*. ¿Es conveniente su incorporación al ordenamiento jurídico español? En: Cuenca Casas, Matilde (Coord.). *Homenaje a Joaquín Rams Albesa*. Madrid, Dykinson, pp. 543-558.
- (2014). El *fresh start* introducido en el Derecho español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2585-2610.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (2014). ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de persona física? *Diario La Ley*, núm. 8276, 1-24.
- PARRA BAUTISTA, J. R. (2014). De la Segunda Oportunidad, y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. *La Ley Derecho de Familia*, núm. 4, 1-10.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2013). Ley de emprendedores y segunda oportunidad. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 51, 14-21.
- (2015). Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1). *Diario La Ley*, núm. 8141, 1-20.
- (2015). Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad.
- RUBIO VICENTE, P. (2011). La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 229-250.
- SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física. En: M. Cuenca Casas (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 23-96.

NOTAS

¹ Puede verse la reciente STS de 30 de junio de 2014, sobre dicho instituto.

² Se llama sobreendeudamiento a la situación en que se encuentra el consumidor motivada por una asunción excesiva de deudas (sobreendeudamiento activo) o bien desencadenada por eventos imprevistos y sobrevenidos (desempleo, precariedad del trabajo, muerte del cónyuge, problemas de salud, aumento de los tipos de interés...). Una economía basada en el consumo excesivo, así como en la concesión fácil de créditos, incrementan las posibilidades de sobreendeudamiento del consumidor, cuya acuciante situación se hace más patente en situaciones de crisis económica. Para aliviar al consumidor sobreendeudado de buena fe, cuya situación de dificultad financiera tiene cierta permanencia, parte de la doc-

trina ha venido postulando la concesión al mismo de un *fresh start* o *segunda oportunidad*. Casos *claramente reversibles* no podrían activar mecanismos específicos de protección del deudor que exceptionasen la aplicación de los principios generales sobre cumplimiento de las obligaciones (1911 del Código Civil) (ÁLVAREZ LATA, 2010, 160-162). En efecto, se entiende por *fresh start*, o concesión de una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe, la *liberación o exoneración de las deudas pendientes, tras la conclusión de un procedimiento de insolvencia*, lo que supone una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código Civil). España, a diferencia de otros países como EEUU, Francia, Alemania o Portugal carecía de una regulación de este tipo. No obstante, en fechas relativamente recientes una resolución judicial, por vía interpretativa, acogió en cierta manera la figura del *fresh start* en España. Se trata del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. Vid.: JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2012). El *fresh start*, o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, 516-557. RUBIO VICENTE, P. (2011). La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo. A propósito del Auto del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, sobre conclusión del concurso y extinción de deudas. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 14, 229-250. Básicamente existen dos modelos respecto al tratamiento concursal de la persona física insolvente. El modelo anglosajón, volver a empezar (*fresh start* o *discharge*), adoptado también en algunos países europeos se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, a excepción de las deudas jurídicamente no condonables... Una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso... El otro modelo vigente es el *modelo de la rehabilitación* (p. ej. Alemania), que prevalece en algunos países europeos y se basa en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, pero no por ello debe ser exonerado pura y simplemente del deber de cumplir con sus obligaciones (*pacta sunt servanda*). Este modelo, que se fundamenta en la idea de sobreendeudamiento, culpable, ya sea por falta de previsión o simple negligencia, se centra en torno a la renegociación de las deudas con los acreedores con vistas a la aprobación de un plan global de reembolso. Este plan puede negociarse en los tribunales o por vía extrajudicial, y es importante el papel que desempeñan los servicios de asesoramiento y mediación en materia de deudas. La condonación de deudas no es nunca automática como en la ley americana. El deudor tendrá que pasar por un periodo de prueba, durante el que destinará una parte de su renta al reembolso de la deuda restante. Solo después de eso, y a condición de que haya tenido un comportamiento honesto y de buena fe, podrá beneficiarse de la condonación [CUENA CASAS, 2011, (1)]. Este último sistema se denomina de *earned start*. Un estudio sobre los modelos americano, francés y alemán, es el realizado por SERRANO GÓMEZ, E.; ANGUITA VILLANUEVA, L. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010): Sistemas de tratamiento de la insolvencia de la persona física. En: M. Cuenca Casas (coord.). *Familia y Concurso de Acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi (pp. 23-96). Para el estudio del Derecho norteamericano, vid. el trabajo ya citado de CUENA CASAS, M. (2011). *Fresh Start* y mercado crediticio. *InDret* [En línea], núm. 3, disponible en www.indret.com. Asimismo vid: CUENA CASAS, M. (2011). *Fresh start* y mercado crediticio español y estadounidense. *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 565-593. CUENA CASAS, M. (2012). Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente. *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 125, pp. 289-320. CUENA CASAS, M. (2012). Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución. *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 17, 97-110. CUENA CASAS, M. (2013). Son necesarios cambios en la Ley de Enjuiciamiento Civil y Concursal. *Escritura pública*, núm. 80, p. 13.

³ La Ley 14/2013 contenía una Disposición Transitoria según la cual los concursos declarados antes de la entrada en vigor del Capítulo V del Título I (19 de octubre de 2013,

según lo previsto en la Disposición final decimotercera), *que es el que contiene todas las modificaciones de la LC, continuarán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a esta Ley, lo que significaría que en tales concursos no cabría la aplicación del fresh start de modo retroactivo, aunque como veremos, no es así como lo ha interpretado la Jurisprudencia*. La Ley 14/2013, y el Real Decreto-ley 1/2015, junto con la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (fruto de la STJUE de 14 de marzo de 2013), constituyen el nuevo panorama legislativo regulador de la insolvencia de la persona física (consumidora, empresaria o profesional). Cabe añadir a estas normas, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto-Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, y que da cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE, modificando el artículo 83 del TRLGDCU que queda redactado con el siguiente tenor: 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. Si bien el régimen transitorio prevé que las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con consumidores celebrados a partir del 13 de junio de 2014.

⁴ Señala este auto: «Adicionalmente y como ha quedado indicado, nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar de “sobreendeudamiento pasivo” en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisibles, habiendo actuado siempre con buena fe, por lo que el Ordenamiento Jurídico no puede penalizar, a los que han solicitado su amparo a través, en este caso, del mecanismo del concurso de acreedores. Dicha protección es un imperativo constitucional, ya que el artículo 51 de la Carta Magna impone a los poderes públicos el mandato de garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo sus intereses económicos mediante procedimientos eficaces. Además, es sabido que en el Derecho Comparado más avanzado se regulan mecanismos de exención del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso. Es paradigmático, en este sentido, el modelo norteamericano que, a pesar de las correcciones, sigue concediendo el *discharge* al consumidor de buena fe que cumple determinados requisitos, a fin de darle una *second chance* o *fresh start*. El derecho francés abordó la cuestión hace muchas décadas, haciendo hincapié en mecanismos preventivos de sobreendeudamiento. El Derecho alemán y el Derecho portugués también regulan la liberación de deudas, exigiendo al consumidor, además del cumplimiento de requisitos previos, que se tengan en cuenta otros posteriores, para evitar los llamados planes cero o comportamientos irresponsables con efecto llamada. El Derecho italiano, finalmente, también se ha incorporado recientemente a esta tendencia. Debemos citar también la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) de 25 de junio de 2004, que recomienda incorporar a las distintas legislaciones concursales el mecanismo de la *discharge* anglosajona, a fin de, “incentivar las solicitudes de procedimientos concursales, al menos voluntarios, y favorecer la recuperación patrimonial del deudor una vez concluido el procedimiento” (capítulo VI A Exoneración). Dicha necesidad de protección del consumidor ha encontrado también eco en la mejor doctrina española, la cual solicita incorporar al Derecho concursal español mecanismos de liberación de deudas... Si bien la actual Ley Concursal no prevé explícitamente mecanismos de exoneración del pasivo, dejando formalmente inalterado el principio de responsabilidad universal por deudas del artículo 1911 del Código Civil, de acuerdo con el artículo 178.2 LC, es evidente que es necesario dar “un paso más” en este aspecto. Así, el hecho de que la LC no habilite mecanismos de liberación de deudas para los consumidores no implica que los prohíba tajantemente, si partimos de una interpretación flexible de la misma. Entiendo que dichos mecanismos son posibles, caso por caso, a la vista de las amplias facultades que la Ley concede al juez del concurso». Partiendo de estas premisas y «teniendo en cuenta la vocación del concurso de persona física y el intento en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, de prever una salida a la persona física que haya presentado el concurso y realizado todo el sacrificio patrimonial posible, en atención a las resoluciones dictadas en otros Juzgados de esta ciudad en supuestos de perso-

na física», el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona pasa a examinar si se encuentra ante un supuesto que merezca una remisión total o parcial de las deudas pendientes. En el presente caso se han satisfecho 383.251 euros de crédito con privilegio especial y la suma de 70.546,06 euros en concepto de créditos contra la masa. Según consta en autos D. Victoriano tiene un salario variable de 1500 a 1600 euros y D.^a Eugenia un subsidio de 416,98 euros, de los que 1.200 euros se han destinado a alimentos lo que determina que cada uno de ellos, una vez concluidas las operaciones de liquidación, no dispongan de otros activos realizables. La Administración concursal ha cumplido con los requisitos del artículo 176.4 LC en cuanto a la información al juzgado respecto de posibles acciones de reintegración — que descarta —, el concurso se calificó como fortuito, y dado traslado a los acreedores personados no consta oposición a la conclusión del concurso. Pues bien (concluye el Juzgado), habiéndose realizado por la unidad familiar todo el sacrificio patrimonial realizable, siendo el resultado de la liquidación económica el pago de los créditos contra la masa y casi la mitad de los créditos privilegiados, debemos matizar respecto a los créditos privilegiados que las entidades bancarias con crédito privilegiado no optaron por la dación en pago —ni consecuencia del convenio propuesto ni del plan de liquidación aprobado— y se adjudicaron cada una de las entidades que ostentaban dichos créditos —a través de sus correspondientes filiales inmobiliarias— en subasta por precio muy inferior [al] ...que constaba en el inventario de bienes así como por el que fueron tasadas en su día, a saber: «Finca A, precio de adjudicación en subasta (140.130 euros), en inventario de bienes (326.000 euros), precio de tasación (415.334 euros); en garantía (332.030,88 euros). Finca B, precio de remate (243.121,01 euros), en inventario de bienes (446.000 euros), precio de tasación (639.000 euros), en garantía (458.974,98 euros)». Hay que enfatizar que de haberse optado, por las entidades crediticias, por la dación en pago, se habría satisfecho el 100% de los créditos privilegiados. «Pues bien, en el presente supuesto; dado que el origen del sobreendeudamiento es ajeno a la voluntad de los concursados, habiendo sido su comportamiento conforme a la buena fe y a pesar de las dificultades económicas, en fase de liquidación, los concursados, han conseguido hacer pago de parte de su pasivo en la forma que hemos señalado lo que, por otro lado, ha comportado un sacrificio indudable — ha provocado que los concursados hayan perdido todo: su vivienda habitual y el escaso patrimonio inmobiliario adicional que poseían—; no habiéndose opuesto los acreedores afectados por la medida solicitada y teniendo en cuenta las amplias facultades reconocidas al juez del concurso, así como el merecimiento objetivo que debe reconocerse a los concursados, la conclusión del concurso debe conllevar la liberación del 100% de las deudas pendientes de pago tras la fase de liquidación». Esta resolución supuso la aplicación del fresh start a supuestos no previstos por el régimen transitorio de la Ley 14/2013, pero sobre la base de los siguientes tres argumentos. El primero, la de amplitud de facultades con que la LC inviste al Juez del Concurso; el segundo, sobre la base de que una dación en pago de los inmuebles (por su valor de tasación inicial o por el valor actual con el que se les incluyó en el inventario) hubiese permitido extinguir todo el crédito privilegiado, esto es, el total crédito garantizado con las hipotecas que recaían sobre los inmuebles (pareciendo que no existen otros créditos ordinarios pendientes). Además, se cuenta con la aceptación de los acreedores, conformes en que se conceda la condonación de deudas, que realmente en este caso es voluntaria, y no *ex lege* o judicial. La resolución judicial, fue, pues, correcta, pues los acreedores hipotecarios hicieron renuncia expresa al uso del artículo 157.2 LC en el seno del concurso, y por lo tanto, al uso, una vez concluido el concurso, de las ejecuciones ordinarias individuales a las que se refiere el artículo 579 LEC. Con distinta apoyatura jurídica se pronuncia el AJM núm. 3 de Barcelona, de 2 de abril de 2014. Señala esta resolución, que de acuerdo con la Disposición Transitoria que regula el momento de aplicación de la reforma de la Ley 14/2013 (Capítulo V del Título I), el concurso del Sr. V, que se solicitó en 2009, no podría verse beneficiado por el nuevo régimen legal introducido en el artículo 178.2 LC. El deudor ha pagado el 37,70% del crédito ordinario, el crédito con privilegio general y los créditos contra la masa. No hay acreedores con privilegio especial. El único activo de que dispone el Sr. V es su sueldo de 2.171,15 euros al mes, pues el resto de su patrimonio embargable ha sido realizado. De ese sueldo, 1509,86 euros configurarían conforme a la LEC el patrimonio inembargable, por lo que serían necesarios por lo menos cinco años largos (se llevan ya tres de

situación concursal) durante los cuales habría que prolongar la liquidación, para poder terminar de satisfacer el crédito pendiente ordinario, llegando prácticamente el deudor a la edad de la jubilación. Aparte de haberse superado con creces el plazo máximo de duración de la liquidación (un año con arreglo al art. 153 de la LC), «tanto en la legislación penal como en la legislación laboral se ha permitido la aplicación, con carácter retroactivo, de aquellas disposiciones que resultan más favorables para la parte más débil en los procedimientos judiciales. En el caso de la reforma de la LC el régimen transitorio impide a los deudores acogerse a las novedades de la reforma, hay una remisión genérica a todo el capítulo V del Título I de la Ley de Emprendedores, que parece razonable respecto del nuevo título X de la LC —el acuerdo extrajudicial de pagos— pero no parece tan razonable respecto de otros preceptos ajenos al título X. Si se da por concluido el concurso y se aprueba la rendición de cuentas que realiza el administrador concursal, el deudor, el Sr. V., se verá sometido de nuevo a las ejecuciones singulares y, como consecuencia de estas [art. 2.4.2.º LC], volverá a quedar en situación de insolvencia actual —cuando se inicien las ejecuciones—, o inminente, por ello el Sr. V podría solicitar de nuevo la declaración de concurso al día siguiente de archivar los presentes autos. Si solicitara nueva declaración de concurso podría acogerse a los mecanismos de remisión de deudas concursales del artículo 178.2 LC, le bastaría con satisfacer un 25% del crédito ordinario... [pendiente tras el concurso anterior] ¿Tiene sentido someter al Sr. V a un nuevo proceso concursal para que puedan aplicarse los criterios del nuevo régimen legal?; ¿Ha de solicitar de nuevo el concurso asumiendo los gastos de abogado y procurador, someterse a la fase común, a la evaluación de su patrimonio para constatar que percibe un sueldo que apenas supera los 2.000 euros al mes, habilitar una fase de convenio en la que los mismos acreedores que en su día frustraron el convenio concursal tengan la oportunidad de aceptar nuevo convenio, someterle a la capitidisminución de la intervención de la administración concursal, a la asunción de los gastos de justicia como créditos contra la masa, para reencontrarnos con la misma situación dentro de unos meses y poder, entonces, aplicar el nuevo artículo 178.2 LC? Con estos datos no parece razonable privar al deudor del derecho a ver remitidas sus deudas si ha cumplido con los umbrales del artículo 178.2 LC, si se ha constatado que su concurso no es culpable, que carece de patrimonio realizable en términos y plazos razonables, si no ha sido condenado por el delito previsto por el artículo 260 del CP o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso. Por ello considero que el régimen transitorio de la Ley 14/2013 impide al deudor poder acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos de los del nuevo título X de la LC, pero no impide aplicar la remisión de deudas en los términos que prevé el artículo 178.2 LC». En vista de la argumentación expuesta el Juzgado dispone la aprobación de la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal, ordenando la conclusión del concurso y la remisión de los créditos concursales ordinarios y subordinados pendientes de pago. En este caso, es la resolución judicial la que concede la exoneración de deudas, sin contar con la voluntad de los acreedores ordinarios, haciendo una aplicación retroactiva del *fresh start*, por la vía de excluir el artículo 178.2 LC de lo dispuesto en el régimen transitorio de la Ley 14/2013. Ciertamente, razones de equidad, que apunta el juzgador pueden conducir a esta solución, pero no contándose con la aprobación de los acreedores ordinarios, nosotros nos inclinábamos por hacer una interpretación del artículo 178.2 LC y de la Disposición Transitoria de la Ley 14/2013, en sus más estrictos términos, en términos generales, no aplicando, el artículo 178.2 LC a supuestos que no estuviesen previstos por la norma.

⁵ De acuerdo con el artículo 163 LC, el concurso se califica como fortuito o culpable, no vinculando tal calificación a los jueces del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito. El concurso se califica como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor, o si los tuviere, de sus representantes legales (art. 164.1). En todo caso, se calificará como culpable cuando concurren las circunstancias del artículo 164.2 LC. Se presumirá *iuris tantum*, la existencia de dolo o culpa grave en los casos del artículo 165 LC. La formación de la sección de calificación se ordena en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias, excepto en el caso de haberse aprobado un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores, o para

los de una o varias clases (art. 94.2 LC), una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años, salvo que resulte incumplido (art. 167.1 LC). Como la obtención del beneficio de la exoneración presupone la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación, hay que entender que siempre se habrá abierto la sección de calificación, aunque inicialmente se hubiera obtenido por el deudor un convenio en los términos señalados antes (art. 167 LC).

⁶ Artículo 231.3 LC: «No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos: 1.º. Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. 2.º. Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso». Por su parte, el artículo 231.4 LC señala: «No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite». Esta última previsión incentiva que el deudor (para no cerrarse las vías de una posible exoneración) acuda al mecanismo preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. El legislador, pues, incentiva las soluciones convenidas de la insolvencia de la persona física. Hay que tener presente también la Disposición Transitoria Primera.5 del Real Decreto-ley 1/2015, según la cual, «durante el año siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley (29 de febrero de 2015, Disp. Final Tercera), no será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2.º LC».

⁷ De acuerdo con el artículo 236.4, «el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo [plazo de diez días naturales, posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, y durante el cual, estos pueden presentar propuestas alternativas, propuestas de modificación o abandonar las negociaciones] decidieren no continuar con las negociaciones los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente». El acuerdo también se entenderá intentado si, celebrada la reunión con los acreedores (art. 237 LC), la propuesta de acuerdo (art. 236.1), el plan de pagos y el plan de viabilidad (art. 236.3 *in fine* LC, los cuales integran el acuerdo) no hubiesen alcanzado las mayorías indicadas en el artículo 238.1 LC. El artículo 238.3 prevé que «si la propuesta de acuerdo no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley». Igualmente, puede hablarse de acuerdo intentado en el caso del artículo 239 LC, relativo a la impugnación del acuerdo, posible dentro de los diez días siguientes a la publicación del mismo en el Registro Público Concursal (art. 238.2 *in fine*), por el acreedor que no hubiera sido convocado a la reunión o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad a la reunión su oposición (art. 237.1 LC), ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor. La impugnación solo podrá fundarse en la falta de la concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir *no hubieren sido convocados*, en la superación de los límites del artículo 236.1 al contenido del acuerdo, o en la desproporción de las medidas acordadas. Si bien la impugnación no suspende la ejecución del acuerdo, la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242. Si el acuerdo fuera incumplido, también el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3). Ahora bien, parece que para poder considerar que el acuerdo se intentó a los efectos del

artículo 178.bis. 3.º, el incumplimiento del acuerdo debería no ser imputable al deudor, esto es, debería obedecer a un caso fortuito o a fuerza mayor. Además, intentado un acuerdo, e incumplido de forma dolosa o culposa, habría que entender que el deudor no cumple los parámetros de buena fe objetiva señalados por el legislador (arg. ex art. 178.bis. 3.º, en relación con el artículo 164.2.3.º, según el cual, «en todo caso, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos: ... 3.º. Cuando la apertura de la liquidación (léase, concurso consecutivo) haya sido acordada de oficio (instada por el mediador concursal) por *incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado*». Hay que tener presente, además, que, abierto el concurso consecutivo (art. 242.1 LC), que se rige por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con las especialidades del artículo 242.2, a la solicitud formulada por el mediador (y a la que hay que acompañar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación y el informe a que se refiere el art. 75 LC) se le debe añadir, en caso de concurso de persona natural, un informe en que el mediador se pronuncia sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración, o en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación. Igualmente, se prevé que «el concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones *sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado la apertura de la sección de calificación*». En todo caso, si el deudor es persona natural y el concurso consecutivo se calificara de fortuito, el juez, en el auto de conclusión del concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178.bis (art. 242.2.9.ª LC). Todas estas previsiones son un incentivo a la honestidad de comportamiento del deudor. En relación con la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, también habría que tener presente la honestidad de comportamiento del deudor para poder entender intentado sin éxito el acuerdo con los efectos que ello conlleva conforme al nuevo artículo 178.bis. Así, no podría entenderse intentado sin éxito si la impugnación obedeciera a las razones señaladas en el artículo 164.2.1.º, 2.º y 6.º LC, en relación con, «falta de concurrencia de las mayorías exigibles para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados». De acuerdo con el artículo 242 bis LC, que recoge las especialidades para el acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios, «si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones», abriéndose el concurso consecutivo directamente en fase de liquidación (art. 242 bis.9.º y 10.º).

⁸ Artículo 42 LC: «El deudor tiene el deber de comparecer personalmente ante el Juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido y el de colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso...».

⁹ Este requisito, de conformidad con lo previsto en la Disposición transitoria primera.4 no será exigible durante el año siguiente a la entrada vigor del Real Decreto-ley 1/2015.

¹⁰ Artículo 60 LC: «1. Desde la declaración hasta la conclusión del concurso quedará interrumpida la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración. 2. La interrupción de la prescripción no perjudicará a los deudores solidarios, así como tampoco a los fiadores y avalistas. 3. ...También quedará interrumpida la prescripción de las acciones cuyo ejercicio quede suspendido en virtud de lo dispuesto en esta ley. 4. En el supuesto previsto en los apartados anteriores, el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso».

¹¹ No obstante, también cabría interpretar que en la modalidad A no cabe revocación del beneficio, pero parece más razonable, a nuestro juicio, que el mejoramiento sustancial de la fortuna del deudor sea tenido en cuenta en ambos casos (Modalidad A y B), por un criterio de justicia y de igualdad de trato, en la medida en que la posición de un acreedor puede ser incluso más débil que la del deudor.

¹² La Disposición Transitoria.3 Real Decreto-ley 1/2015 señala: «Los apartados 3 y 4 del artículo 176 bis y los artículos 178.2 y 178 bis de la LC se aplicarán a los concursos que se encuentren en tramitación [efecto retroactivo de la norma]. En los concursos concluidos

por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, el deudor podrá beneficiarse de lo establecido en los artículos 176 bis y 178 bis de la LC, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario».

¹³ Al deudor sin recursos lo que le va a quedar por pagar como pasivo insatisfecho tras un concurso sin masa son los créditos contra la masa derivados del concurso, en relación con los cuales hay que tener en cuenta que la Disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 1/2015 establece que, «por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo».

2. DERECHO MERCANTIL

Acerca de la limitación de la retroactividad de la «*cláusula suelo*» en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 en base al régimen general restitutorio de la nulidad y al Orden Público

On the limitation of the retroactive nature of floor clauses in the Supreme Court ruling of 25 March 2015 on the basis of the general restitutive procedure in nullity and public policy

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 vuelve a sentar la falta de retroacción *ex tunc* de las prestaciones a causa de la nulidad de la cláusula suelo sobre determinados argumentos que resultan criticables, entre los que destacamos el relativo a la limitación de dichos efectos en función de la naturaleza de las prestaciones y el recurso al Orden Público.

ABSTRACT: *The Supreme Court ruling of 25 March 2015 establishes anew that nullity of floor clauses does not have the effect of making contract considerations retroactive ex tunc. There is room to criticize some of the court's arguments on this point, such as the argument concerning the limitation of said effects depending on the nature of the contract considerations and the court's decision to resort to public policy as an argument.*

PALABRAS CLAVE: Derecho mercantil. Derecho de contratos y de consumo.

KEY WORDS: *Commercial law. Contract law and consumer protection.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE LA LIMITACIÓN RESTITUTORIA *EX TUNC* EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES.—III. DEL RECURSO AL ORDEN PÚBLICO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) núm. 139/2015 de 25 de marzo (*RJ* 2015, 735) vuelve de nuevo a tratar la delicada cuestión del régimen restitutorio de la nulidad y los efectos de la misma en el ejercicio de una acción individual de nulidad de la conocida «cláusula suelo». Lejos de apartar y de silenciar definitivamente la polémica levantada al respecto tras la conocida y criticable en muchos aspectos sentencia del Tribunal Supremo dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088), la argumentación realizada en la de 25 de marzo de 2015 vuelve a reproducir en aspectos esenciales la que efectuase la sentencia de 9 de mayo de 2013.

La cuestión argumental ha sido objeto de arduo debate tanto en los Juzgados de Primera Instancia, en las Audiencias Provinciales y en nuestra doctrina científica, llegándose incluso a hablar en relación con los primeros de una auténtica rebelión de las instancias inferiores frente al Tribunal Supremo, cuando en buena parte de asuntos se han desviado de la decisión de este acerca de considerar aplicable solo la restitución de los intereses de la cláusula declarada nula a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, por considerarse los Juzgados de Instancia que atentaba al sistema de fuentes del Derecho legalmente establecido en el artículo 1 del Código Civil el hecho de no aplicar la retroactividad *ex tunc* claramente predicada en nuestro artículo 1303 del Código Civil, con carácter general, «salvo lo que dispone en los artículos siguientes», inciso este último de la referida norma jurídica absolutamente despreciado —a nuestro juicio— por el Tribunal Supremo¹.

El problema lejos de dejar relevancia práctica sigue teniéndola tanto desde un punto de vista procesal ya que algunos Juzgados tras la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 denegaban la legitimación activa al consumidor en ejercicio de una acción individual sobre la cuestión, cuando previamente se había ejercitado la acción colectiva por parte de la correspondiente asociación de consumidores y usuarios. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, que el pasado 27 de junio de 2014 planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre si el efecto suspensivo de las acciones colectivas suponen un obstáculo para el consumidor y, por lo tanto, infringe el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CE.

Con la finalidad de unificar criterios y esperar a que el Tribunal de Justicia resuelva la anterior cuestión planteada, los Juzgados Mercantiles de Barcelona fijaron los siguientes acuerdos en fecha 21 de noviembre de 2014:

- a) En los juicios en los que se haya dictado alguna resolución sobre la prejudicialidad o la litispendencia deberá el Tribunal estar a lo acordado conforme a lo previsto en el artículo 207.3 de la LEC.
- b) No se admitirán las excepciones que se planteen después de la contestación a la demanda, conforme a lo previsto en el artículo 405.3 LEC, por lo tanto, el juez desestimarán por extemporánea la excepción de litispendencia o la prejudicialidad civil que se plantea después de dicho momento, cuando los hechos en los que se base sean anteriores.
- c) Alegada en forma la litispendencia o la prejudicialidad en la contestación a la demanda, el Juez acordará la suspensión del plazo para resolver, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, asunto C/381-14, en el que se plantea al Tribunal si es conforme al artículo

7.1 y 3 de la Directiva la suspensión o el archivo de un procedimiento por prejudicialidad o litispendencia en otro proceso en el que se ejercite una acción colectiva.

- d) El artículo 721 LEC, permite a todo actor, bajo su responsabilidad, solicitar medidas cautelares, que con carácter temporal, provisional, condicionado y susceptibles de modificación y alzamiento, pueda consistir en órdenes y prohibiciones de contenido similar a los que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte, artículo 726 LEC.

Estas medidas podrán ser solicitadas basándose en el posible perjuicio que se ocasiona al actor por la suspensión del procedimiento hasta que resuelva el Tribunal de Justicia aquella cuestión, artículo 730.4 LEC, siempre que la aplicación de dicha cláusula sea económicamente significativa para el actor y sin perjuicio de la resolución que se dicte valorando la apariencia de buen derecho.

Por otro lado y según nuestro conocimiento, aunque no sepamos el resultado de la misma, también se ha solicitado por determinados consumidores ante los Juzgados de Málaga que se interponga cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el tema de la retroactividad *ex tunc* denegada en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, a la luz de los razonamientos efectuados en el Voto Particular al Fallo de la misma que efectuó el Magistrado ORDUÑA MORENO al que se adhirió el Magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ.

Por ello, reproducir el extenso debate surgido a raíz de esas sentencias del Tribunal Supremo no es nuestro propósito en el presente trabajo sino mostrar unas breves reflexiones acerca de dos argumentos que nos llamaron la atención desde que se publicara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 de los que sigue siendo deudora esta sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, a saber, el recurso que se realiza a la limitación *ex tunc* de los efectos retroactivos en los casos donde la restitución no pueda ser restituible de forma específica y la utilización a estos efectos del Orden Público.

II. DEL ARGUMENTO AL CASO DE LA LIMITACIÓN RESTITUTORIA *EX TUNC* CUANDO LAS PRESTACIONES FUERAN IRRESTITUIBLES

En las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, se utiliza como argumento interpretativo (a los efectos perseguidos de invalidar los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad) el siguiente:

«También esta Sala ha admitido la posibilidad de limitar los efectos de la nulidad ya que «[l]a «restitutio» no opera con un automatismo absoluto, ya que el fundamento de la regla de liquidación de la reglamentación contractual declarada nula y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad» (STS 118/2012, de 13 de marzo, RC 2009, 675)».

En primer lugar nos llama poderosamente la atención que el razonamiento anterior se realice sin ofrecer una mayor explicación de la cuestión, dada la trascendencia de su finalidad —que no es otro que la de servir de refuerzo inter-

pretativo o razonamiento a la invalidación de los efectos *ex tunc* de la nulidad, admitida sin ambages como regla general en el artículo 1303 del Código Civil, aunque si bien es cierto, «salvo lo que dispone en los artículos siguientes»— así como sin contrastar si las circunstancias de la invalidez que se analizaban en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 resultaban extrapolables al caso enjuiciado en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015.

Ello supone que inevitablemente tenga el intérprete que acercarse a los hechos que sustentaron el Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 para analizar la semejanza con el tema de la cláusula suelo y su incidencia en el régimen restitutorio previsto en los artículos 1303 y siguientes del Código Civil, para concluir que estos hechos no pueden sustentar, ni siquiera a mayor abundamiento, el nuevo Fallo del Alto Tribunal sobre la irretroactividad de la cláusula suelo.

Pues bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012 se analizó un caso de nulidad de condiciones abusivas, declarándose la procedencia de dicha declaración, por la imposición junto con el suministro de los canales y servicios digitales por satélite ofertados, del uso oneroso de un instrumento accesorio no solicitado por ellos —el descodificador—, sin que procediera la devolución de las cantidades cobradas por las demandadas con causa en las cláusulas nulas ya que las cantidades reclamadas por la actora constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas.

La sentencia de apelación pese a declarar la nulidad de las cláusulas, desestimó la pretensión —deducida en la demanda por Unión de Consumidores de Pontevedra —de condena de Canal Satélite Digital, SL y DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA al reembolso de las cantidades que habían recibido de los abonados por el arrendamiento de los aparatos descodificadores y, por tanto, con causa en las cláusulas declaradas abusivas ya que «constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas —aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil».

En lo que ahora nos interesa, el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012, razonó expresamente lo siguiente, desestimando el motivo de casación:

«NOVENO

Vinculan los artículos 1303 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 12, apartado 2, de la Ley 7/1998 (RCL 1998, 960) a la nulidad del contrato o de alguna cláusula abusiva una propia «restitutio in integrum», como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar —«quod nullum est nullum producit effectum» (lo que es nulo no produce ningún efecto)—, dado que esta se queda sin causa que la justifique, al modo de lo que sucedía con la «condictio in debiti» —sentencia 1385/2007, de 8 de enero—.

Se trata del resultado natural de la propia nulidad de la reglamentación negocial que impuso el cumplimiento de la prestación debida por el adherente —«solvens»—.

No obstante, la «restitutio» no opera con el automatismo que le atribuye la recurrente. Antes bien, el fundamento de la regla de liquidación de

la reglamentación contractual declarada nula que contienen los artículos identificados en los dos motivos y por la que se pretende conseguir que las partes afectadas vuelvan a la situación patrimonial anterior al contrato, no es otro que evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra —sentencias 485/2000, de 16 de mayo (RJ 2000, 5082), y 541/2008, de 23 de junio— y esta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Es el caso, por ejemplo, de relaciones integradas por obligaciones recíprocas de ejecución continuada o sucesiva que han funcionado durante un tiempo sin desequilibrio económico para ninguna de las partes —sentencia 109/2009, de 26 de febrero (RJ 2009, 1522)—, tanto más si la prestación de una de ellas no puede ser restituida.

Por lo tanto, pese a la constancia de que la atribución no tuvo causa, la condena a restituir dependerá de que se haya producido el enriquecimiento.

Pues bien, en el caso enjuiciado el Tribunal de apelación declaró probado —en el fundamento de derecho quinto de su sentencia y con el efecto que ello tiene para la casación— que las cantidades reclamadas por Unión de Consumidores de Pontevedra constituyeron la adecuada contraprestación por el continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados de las demandadas —aprovechamiento que, además, no están en condiciones de devolver y cuyo valor sería compensable con el crédito cuya satisfacción reclaman: artículos 1307 y 1308 del Código Civil—.

Los dos motivos se desestiman».

Es decir, cuando la cosa es imposible de restitución *in natura* por una de las partes contractuales es cuando el Tribunal Supremo mitiga el efecto retroactivo *ex tunc* de la nulidad en esta sentencia de 13 de marzo de 2012 (aunque ni siquiera en esta sentencia, entendemos que el razonamiento sea del todo correcto) en la que se apoyan las sentencias del Alto Tribunal de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015, para la deducción de su equivocada —a nuestro juicio— solución.

En este sentido, conviene recordar el régimen reparatorio de la nulidad estudiado en nuestra Doctrina y tomamos como ejemplo los razonamientos de DELGADO ECHEVARRÍA², quien opina acertadamente a nuestro juicio lo siguiente: «Los artículos 1303 y 1308 están pensados para los supuestos en que el contrato inválido produzca obligaciones para ambas partes y que ambas las hayan cumplido, y el primero de ellos atiende más específicamente a la compraventa. A pesar de lo cual, la norma ha de ser generalizada cuando sea posible (Sentencia de 22 de noviembre de 1983), de modo que servirá de fundamento también para la restitución de la prestación única realizada; y lo mismo cuando se hayan entregado cosas o dinero como cuando la prestación sea por su naturaleza irrestituible *in natura* (p. ej., servicios: entonces, en su equivalente dinerario).

Tanto en este último caso, como en los de contratos con prestaciones continuas o recurrentes se ha planteado por un sector doctrinal si la declaración de invalidez habrá de producir efectos exclusivamente hacia el futuro (*ex nunc*), debiendo respetarse los efectos ya producidos como una suerte de relación contractual de hecho (se piensa, en particular, en los contratos de trabajo, sociedad o arrendamientos); pero, salvo, disposición distinta del legislador, más adecuado es entender obligada la restitución de las prestaciones mediante el pago de su valor en dinero, calculado, no de acuerdo con la contraprestación pactada, sino según apreciación objetiva (el art. 1307 sirve de argumento para ello).

Así parece entenderlo la jurisprudencia que, por ejemplo, frente a la pretensión del arrendatario —declarado nulo el arrendamiento— a la restitución de las mercedes pagadas opone la del arrendador indemnizatoria de la privación de la cosa «y por el lucro que torticeramente había venido obteniendo el ocupante mientras duró la ocupación indebida» (sentencia de 17 de mayo de 1973); *vid.* sentencias de 10 de noviembre de 1906, 24 de febrero de 1962 (Soc.) y 10 de noviembre de 1966 (esta última argumenta a partir del art. 1547).

Por otro lado, CARRASCO PERERA³, razona lo siguiente: «Si las prestaciones recíprocas son del mismo género, las obligaciones de restitución se compensan entre sí hasta la cantidad concurrente. La obligación de restitución derivada de la nulidad se reconduce a una deuda de dinero cuando aquella no es restituible en forma específica. Es el caso, por ejemplo, de la restitución del uso disfrutado sobre la base de un contrato (de arrendamiento) nulo o las prestaciones de servicios o de obras realizadas por uno de los contratantes en favor del otro en cumplimiento del contrato nulo o anulado, o la nulidad en un contrato de abanderamiento con suministro de carburantes para su reventa, o las atenciones y cuidados prestados al cedente en un contrato de vitalicio nulo, o la restitución del valor de una opción de compra de la que se disfrutó a cambio de una prima por medio de un contrato nulo. En esta tesitura caben dos opciones. O bien se restituye el valor que el uso o los servicios tenían al tiempo en que se prestaron, más los intereses de esta cantidad a contar desde tal fecha (cfr. artículo 1307 del Código Civil), compensando con el pago en dinero recibido por el otro contratante más los intereses desde entonces, o bien se calcula el valor del uso o los servicios en función del precio o renta que fue pagado por ello, compensando ambas cantidades. Si la razón de la nulidad no es precisamente la lesión producida en la equivalencia de prestaciones, lo correcto será operar de esta segunda forma, considerando siempre que el precio del contrato sea la medida del valor del uso, de los servicios o de las obras realizadas y no restituibles. De hecho, esto conduce casi necesariamente a que en los contratos de uso o servicios de tracto sucesivo, así como en los de suministro para reventa, la nulidad acabe limitándose a producir un efecto *ex nunc*, manteniéndose cumplidas y ejecutadas conforme al contrato las prestaciones que ya fueran hechas. Y para las realizadas y no pagadas, el precio del contrato acabará siendo también determinante del valor de la prestación a retribuir. El asunto es singular sin duda en alguna clase de contratos. Así el TS aprecia que la restitución que procede de un contrato de abanderamiento y suministro de carburante, nulo infracción del artículo 101 TFUE (antiguo art. 81 TCE), no alcanza sino al carburante ya suministrado ni a su precio, cobrado por el suministrador o cobrado por el revendedor. Y en la constitución onerosa de un derecho de superficie nulo, el concedente ha de restituir la parte del precio recibido que se correspondería con el tiempo de disfrute que el superficiario no va a disponer por causa de la nulidad».

Sin embargo, en el supuesto de la nulidad de las cláusulas suelo no nos encontramos ante obligaciones de distinto género como en el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012.

Para limitar los efectos de las variaciones de los tipos de interés variables a los que suelen sujetarse los préstamos concedidos por las entidades de crédito, es cuando se ha recurrido en la práctica bancaria a la limitación de las posibles oscilaciones de los mismos mediante la estipulación de las conocidas «cláusulas techo» y «cláusulas suelo». Así, cuando el tipo de interés variable baja por debajo del tope (suelo) fijado, estas cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario, y a la inversa sucede con las cláusulas techo. Al hilo de lo anterior;

hemos de recordar que la deuda de intereses tiene la consideración de frutos civiles, tal y como a los mismos, con carácter general, se refiere nuestra Doctrina⁴.

Por lo tanto, en nuestro supuesto de las cláusulas suelo nos encontramos ante una deuda de intereses dineraria, generalmente a pagar por el prestatario de forma indebida de acuerdo con el control que de la misma se hiciere y a devolver por la entidad de crédito como consecuencia de la nulidad operada, que en todo caso podría ser compensada con otra deuda dineraria de la misma especie que tuviera el prestamista con el prestatario —vgr. un descubierto en cuenta corriente, si efectivamente concurrieran los requisitos de la compensación de créditos (legal, convencional o judicial)— manteniéndose evidentemente la declaración de nulidad de la cláusula suelo con efectos *ex tunc*, por aplicación de lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil.

Por ello y en la cuestión que nos ocupa, no podemos compartir los argumentos que se han esgrimido en apoyo a la limitación de la retroactividad *ex tunc* que efectúa el Tribunal Supremo, cuando se ha afirmado por ejemplo por GARCÍA-VILLARUBIA⁵ lo siguiente: «No cita el Tribunal Supremo —pero podría haberlo hecho— sus sentencias núm. 863/2009, de 15 de enero de 2010 y núm. 109/2009, de 26 de febrero que, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil para determinar los efectos de la nulidad de contratos de abanderamiento (en los que las acciones ejercitadas no tenían naturaleza colectiva), ya habían dispuesto la necesidad de limitar o modular su eficacia restitutoria. Así, la última de las sentencias citadas afirmó con claridad que «la restitución recíproca de las prestaciones establecida en el artículo 1303 del Código Civil puede tener unos límites racionales similares a los que la jurisprudencia ha reconocido para algunos casos de resolución contractual (p. ej. SSTs 17 de julio de 2007 y 28 de junio de 1977)» (FJ 2.º, apdo. 2)».

De nuevo el error sobre el caso concreto enjuiciado por el Tribunal Supremo vuelve a ponerse de manifiesto. Basta una lectura desapasionada de los diferentes supuestos de hecho, tanto de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2012, como de las de 15 de enero de 2010 y 26 de febrero de 2009, para observar que en estos supuestos se limitaba el efecto retroactivo *ex tunc* de la restitución para supuestos, en estos casos, de restitución de prestaciones de diferente género o bien en caso de contratos con prestaciones continuadas⁶.

Quizás la discusión se pudiera plantear a efectos dialécticos en los supuestos de nulidad de contratos con prestaciones de carácter duradero (vgr. préstamo con intereses), aunque nunca basándose en la doctrina de los efectos de resolución de los contratos de prestaciones duraderas donde sí se puede admitir la declaración *ex nunc* restitutoria, debido a que la resolución contractual no es un supuesto de ineficacia al modo de la nulidad contractual^{7, 8, 9}.

Sin embargo, en nuestra opinión, la llamada repristinación de la situación jurídica («*in pristinum restituere*»), o sea, la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad ordenada en nuestro artículo 1303 del Código Civil es tal que no encuentra excepción ni para los casos de imposibilidad de restitución *in natura* ni para los supuestos de contratos con prestaciones de carácter duradero, debido a que no se encuentran los mismos excepcionados en el artículo 1307 del Código Civil, desapareciendo por otro lado cualquier atisbo de utilidad en la prestación del prestatario consistente en el pago de los intereses en el caso de aplicación de la cláusula suelo que pudiera justificar una salvedad a esta regla general.

El Voto Particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, también se pronuncia a favor de la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, razonando que:

«Esta conclusión, y ello resulta ilustrativo del prematuro contexto metodológico con el que se abordó la cuestión, sin duda por la urgencia y novedad que acompañó su resolución, es seguida, inadvertidamente, por la propia sentencia de 9 de mayo que destaca la necesaria proyección de futuro de la acción de cesación a tenor de la normativa citada (parágrafos 279 y 280) y, no obstante, elabora la fundamentación técnica de la ineficacia derivada en el incorrecto plano de los efectos retroactivos tanto respecto del alcance del concepto de nulidad contractual, como de la propia eficacia de la sentencia dictada. En síntesis, la consecuencia de esta indebida asimilación de los planos señalados, que excede del campo de aplicación, tanto procesal como sustantivo, de la acción de cesación que fue objeto de la sentencia de 9 de mayo, hizo posible que dicha sentencia se pronunciara con un fundamento de retroactividad, respecto de los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la misma y, por tanto, con relación a consumidores que no habían sido parte del proceso (pronunciamiento 10.º del fallo) sin cobertura legal para ello. Cuando lo procedente hubiese sido pronunciarse, respecto a la petición del Ministerio Fiscal, precisándose que el efecto temporal de la sentencia carece de efectos retroactivos, cuestión que no es obstáculo para no estimar el efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas, en los contratos que pudieron resultar afectados por la nulidad declarada de la cláusula suelo, tanto en base a la naturaleza de la acción de cesación ejercitada y con los argumentos que directamente sobre esta cuestión se esgrimieron, como en que no hubo acumulación de acciones individuales o accesorias al respecto.

Sin embargo, las consecuencias de esta indebida asimilación conceptual se han agravado con la presente sentencia, pues al no revisar la fundamentación jurídica de la sentencia de 9 de mayo en esta materia su pronunciamiento, igualmente carente de fundamento normativo de eficacia retroactiva, se ha realizado en atención a acciones individuales de impugnación con la consecuente y lógica pretensión del efecto de devolutivo de las cantidades ya apagadas».

(...) Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside. (...)

Pues bien, dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuesto.

En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la acción individual de impugnación que se ejercita. En efecto, de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, y fuera del contexto dialéctico acerca de la naturaleza declarativa o constitutiva de la acción de anulación, lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) , en donde el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma hayan de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance «ex tunc». Extremo, como fácilmente puede observarse, completamente diferente al fenómeno de la retroactividad normativa y su aplicación judicial. Pues bien, en el presente caso, debe señalarse que nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 de abril de 2013 [RJ 2013, 8001], núm. 275/2013 y 22 de abril de 2014 [RJ 2014, 3282], núm. 763/2013)».

Es decir, en el Voto Particular efectivamente se razona con acierto que los efectos de la sentencia de 9 de mayo de 2013, carecían de efectos retroactivos, pero que eso es diferente a la conclusión que ha de predicarse de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, aunque dado el análisis profundo que realiza el Voto Particular sobre la cuestión, sí que hemos echado en falta una atención y crítica al apoyo jurisprudencial que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 realiza a la llamada «limitación de los efectos retroactivos» de la nulidad, lo que a nuestro juicio resulta incorrecto, es decir, la utilización del recurso a casos anteriormente analizados que no conservan la identidad suficiente como para haber sido considerados como motivación del Fallo de esta sentencia.

III. DEL RECURSO AL ORDEN PÚBLICO

El Voto Particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 también da por zanjado un debate que abrió la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, de una forma incompleta por no decir incorrecta a la hora de abordar el tratamiento de la cuestión o recurso al Orden Público, aunque adelantemos que coincidimos con el Voto Particular en que el Orden Público no justifica en estos casos la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, discrepando sin embargo en cuanto al razonamiento efectuado.

El Voto Particular, se pronuncia sobre la cuestión de la siguiente forma:

«En suma, mal se compadece esta simple transcripción con el reconocimiento de la ausencia de cosa juzgada que compromete, a todas luces, una necesaria fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características del nuevo caso planteado; sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula *traen causa*, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (parágrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 93) (parágrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (parágrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (parágrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (parágrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico).

Como puede observarse, ninguno de ellos se plantea con relación a las características y naturaleza del caso aquí planteado; de ahí la denunciada falta de fundamentación técnica al respecto. Todo ello, sin contar que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula, en su momento, no fue otro que el posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras; riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado».

Razón tiene, a nuestro juicio, cuando afirma el Voto Particular que los argumentos de la irretroactividad que esgrime el Tribunal Supremo son inaplicables al caso ya que están destinados principalmente a los efectos de la limitación temporal de la sentencia, aunque el hecho de que afirme que en la actualidad no existan riesgos de trastornos económicos graves (orden público económico) no deje de preocuparnos si efectivamente la apreciación económica hubiera sido otra y pudiera entonces haber justificado la limitación de la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad.

La cuestión sin embargo, no ha pasado desapercibida en los autores.

De esta forma, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ¹⁰ claramente afirma con rotundidad en relación con el recurso al orden público económico que efectuó la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, que «la verdadera razón de este pronunciamiento, entendemos que no es jurídica, sino económica (...). Cabe plantearse entonces, con qué fundamento el orden público económico puede anteponerse a una consecuencia contractual de orden civil como es la restitución de las prestaciones del artículo 1303 del Código Civil —EDL 1889/1—. El orden público económico no es fuente del derecho, ni criterio de interpretación de las normas jurídicas, por lo que conforme con el artículo 1.6 del Código Civil una decisión del TS fundada en razonamientos económicos, que no es una interpretación jurídica de las normas, no podría sentar jurisprudencia».

Por el contrario, GARCÍA-VILLARUBIA¹¹, opina que: «Conviene destacar, en primer lugar, que el principio de seguridad jurídica se halla plenamente recono-

cido en el artículo 9.3 de la Constitución —EDL 1978/3879— y su valor normativo es indudable en la labor de limitación o modulación del artículo 1303 del Código Civil —EDL 1889/1—. Por otra parte, el concepto de orden público es un elemento central dentro de nuestro sistema normativo, que sirve como criterio perfectamente válido de interpretación de las normas atento al mandato del artículo 3.1 del Código Civil. Así lo ha venido estableciendo en reiteradas ocasiones el Pleno del Tribunal Constitucional, que ya en su sentencia de 5 de diciembre de 1984 (RTC\1984\117) afirmaba que «el «orden público» es un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones».

En primer lugar, ha de sentarse que no cabe confundir Orden Público con Orden Público Económico. De nuevo DE CASTRO¹² nos enseñó que existen dos clases de orden públicos, ya que «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas»¹³.

Por lo tanto, resulta completamente inverosímil que se plantee el recurso al Orden Público Económico (trastorno grave o sistémico de las entidades financieras) como un elemento a tener en cuenta en la interpretación de los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, para limitar la retroactividad *ex tunc* de la declaración de nulidad de la cláusula suelo¹⁴.

Como apreció DE CASTRO en relación con el Orden Público Económico, al Juez «no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta)», por tanto ninguna norma jurídica positiva ni ningún criterio interpretativo puede coadyuvar al propósito limitativo que realiza el Tribunal Supremo de los efectos *ex tunc* de la nulidad, ya que el Juez ha de cumplir lo mandado expresamente por el legislador.

El Orden Público Económico ni es Fuente del Derecho ya que ni siquiera tiene el fundamento en los Principios Generales del Derecho, ni está basado en la realidad social por lo que no puede servir como criterio interpretativo de una norma jurídica y su recurso en el caso analizado se nos revela más que nada como un auténtico y desmesurado arbitrio judicial y en cuya decisión no se sigue el sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil).

Además y a mayor abundamiento, en relación con el conocido método interpretativo sociológico, cabe hacer notar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha resaltado, con carácter general, la importancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (sentencias de 31 de marzo de 1978, y 7 de enero y 25 de abril de 1991 [RJ 1991, 3029], entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 —sentencias 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970—, como con posterioridad —sentencias de 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989 (RCL 1980, 2295)—, que se refieren a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (Sentencias de 10 de abril de 1995 [RJ 1995, 3245] y 18 de diciembre de 1997 [RJ 1997, 9101]). Y lo ha aplicado en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar, las siguientes 17 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2574) y 6 de junio de 1984 (RJ 1984, 3216) —sobre influencia del criterio objetivo o minorismo del culpabilismo originario en relación con el artículo 1902 del Código Civil (LEG 1889, 27)—; 10 de diciembre de 1984 (RJ 1984, 6055) —el progreso técnico concretado en la evolución en la construcción de edificios en sede de medianería—; 13 de julio de 1994 —innecesariedad en determinadas situaciones de la unanimidad *ex* artículo 16 LPH (RCL 1960, 1042)—; 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9102) —realidad social del mundo laboral—; 13 de marzo de 2003 (RJ 2005, 4336) —evitar supuestos de abuso notorio de derecho—.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9102), establece que el elemento sociológico en la interpretación de las normas, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto. Es, pues, la realidad social un elemento de la interpretación de la Ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación, no puede tergiversar la Ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria. La sentencia de 3 de julio de 1997 (RJ 1997, 5844), declara que la interpretación de los preceptos, al igual que la de los contratos, es función de la Sala sentenciadora, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación a no ser que pueda ser calificada de ilógica o contraria a la Ley.

El artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) no es una Ley directamente aplicable al caso del pleito, sino una guía para interpretar las Leyes sustanciales que hayan de aplicarse, por lo que dicha norma solo de manera general es vinculante para el juez, y su violación no permitiría su cita directa a efectos de casación. Por otro lado, al preconizarse en definitiva aplicar un criterio sociológico en la interpretación de las Leyes, exige prudencia.

Es decir y a pesar de que el Orden Público no tiene valor como criterio interpretativo, ni siquiera sociológico, en relación con este último («la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», *ex* artículo 3.1 del Código Civil) no permite al juez inaplicar una norma jurídica, que es en realidad lo que se está haciendo en este supuesto con lo previsto en los artículos 1303 y 1307 del Código Civil, excluyendo los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad.

Así y como hemos recogido en otro lugar, reflexionaba DE DIEGO¹⁵, en relación con las sentencias «*contra legem*» «su admisibilidad o procedencia en

contados, contadísimos casos, no es dudosa. Precisamente la interpretación llamada deformante por los autores y el imperio de la equidad en la resolución de casos que a seguir literalmente a la ley darían en el absurdo, en lo injusto o contrario al derecho natural, dan lugar a ellas, según criterio y opinión de los más sesudos teólogos y juristas.

Por su parte CASTÁN¹⁶, razonaba que muchos tratadistas solo hablan de la *interpretatio abrogans* con relación a aquellos casos de concurrencia de normas legales en los que el intérprete se arroga la facultad de abolir una ley aparentemente vigente, por razón de incompatibilidad con otra (Coviello, *Manuale di Diritto civile italiano* (Parte generale), 2. ed. Milano, 1915, p. 78; Ferrara, *Tratato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, p. 222). Otros conceptúan la *interpretatio abrogans* como la que tiene por finalidad el subsanar aquellos errores de orden material o aun intelectual en que puede incurrir la ley cuando emplee expresiones que estén en indudable oposición con lo que constituya la voluntad legislativa (PIOLA-CASELLI, *Interpretazione delle Leggi*, en el *Digesto italiano*, vol. XIII, parte 2, núm. 22, p. 85), o bien ven en ella una clase de interpretación que se encamina a mejorar la expresión legislativa sin cambiarla (WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, edic., italiana con el título de *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, t. I, S 21, p. 67; ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*, edic. española, t. I, vol. 1.0, S 52, p. 215.). No faltan tampoco quienes dan un alcance mayor a la figura de que se trata, entendiendo que la interpretación abrogante significa que el jurista puede corregir no solo la expresión literal de la ley, sino la ley misma, dejándola de aplicar en aquellos casos en los que se presenta como injusta por no corresponder al sentido lógico que la ley debe tener (THIBAUT, *Theorie der Logischen Auslegung des Romischen Rechts*, 1799, p. 76; *cit.* por Piola, *op. cit.*, p. 85.), conectándose así la *interpretatio abrogans* con el principio *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.

No obstante, lo anterior y como también afirmaba CASTÁN (*vid. op. cit.*) en su examen de la cuestión de la función correctora en relación con la justicia de la norma, «De este inventario de opiniones, ciertamente no siempre muy precisas y firmes, podemos sacar las conclusiones siguientes: 1. Hay que partir de una presunción favorable a la justicia de las leyes positivas, reconocida de antiguo por los doctores. Como ha dicho en nuestros días De Diego, mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes, las leyes se estiman o presumen justas y conformes al bien público. 2. Si bien, de un lado, es ciertísimo, dentro de la concepción jurídica tradicional entre nosotros, que la ley injusta no es derecho, no es menos cierto, de otro, que en muchos casos deberá ser cumplida como si fuera derecho. Las exigencias de la justicia han de ser ponderadas, a través del más profundo sentido de responsabilidad histórica, con las exigencias de la seguridad. La teoría de la ley injusta no puede convertirse en instrumento de anarquía. Las leyes contrarias al bien común pueden seguir obligando, según reconoce la doctrina tomista y recuerdan ilustres expositores modernos pertenecientes a otros sectores filosóficos, por razón del escándalo o del desorden que el incumplimiento de las mismas pudiera originar. La injusticia de una ley no será un motivo suficiente para desligarse de ella si esto provocase un desorden mayor que el que de por sí supone la injusticia. 3. El ordenamiento positivo español está severamente fundado en el debido acatamiento por el Juez de las normas legislativas. La infracción de este deber por los Tribunales inferiores puede dar lugar al recurso de casación, que impone al Supremo la obligación de anular las sentencias dictadas en oposición a la ley. 4. No obstante, el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de

producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y, en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez, cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del derecho, habrán de reducir al *mínimum* la posibilidad trágica de que el magistrado se vea irremisiblemente forzado a aplicar, contra su conciencia, una ley que juzgue contraria al derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo».

El problema conecta, de nuevo y a nuestro juicio, con la conocida Jurisprudencia de intereses. Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista^{17, 18}, como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS MOZOS, en otro trabajo publicado también en esta Revista¹⁹.

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ²⁰ que para la Jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que²¹ «... si el juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del Juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la Jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ²² no le quita ciertos méritos a la misma aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: a) el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; b) la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK²³ uno de los acuñadores de esta Jurisprudencia de intereses entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO²⁴ hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: «La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como IHERING, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incomprensión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta, que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo... El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».

Por tanto, resulta claramente arbitraria y contraria a Derecho la práctica de una interpretación correctora de tal calibre —inaplicación de los efectos *ex tunc* de la declaración de nulidad— por parte del Juez sin argumentos hermenéuticos al efecto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2010.
- Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CASTÁN TOBEÑAS. *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho*. (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, a virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).
- CORDERO LOBATO. Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- CORDÓN MORENO. Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997.
- DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, 1985.
- DE DIEGO. Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo. (Discurso

- inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones, Pegaso.
- DE LOS MOZOS. Jerónimo GONZÁLEZ, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.
- DELGADO ECHEVARRÍA. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol 2.º: Artículos 1281-1314 del Código Civil (2.ª ed.), 2005.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Las relaciones obligatorias. Sexta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- GARCÍA VILLARRUBIA. La retroacción de efectos derivada de la declaración de nulidad. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17.
- GONZÁLEZ, Jerónimo. Jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.
- La Escuela de Tubinga. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.
- GONZÁLEZ CARRASCO. STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad. *Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*.
- GONZÁLEZ CARRASCO y CARRASCO PERERA. ¿Hay que «quitar» las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios? *Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha*.
- ORDUÑA MORENO. Control de transparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 87/2013.
- PEÑA LÓPEZ. Comentario a la sentencia de 30 de julio de 2009 (RJ 2009, 4580). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83/2010.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ. La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 21 de noviembre de 1934
- STS de 24 de enero de 1970
- STS de 31 de marzo de 1978
- STS de 17 de mayo de 1982
- STS de 6 de junio de 1984
- STS de 28 de enero de 1989
- STS de 25 de abril de 1991
- STS de 20 de abril de 1994
- STS de 10 de abril de 1995
- STS de 3 de julio de 1997
- STS de 18 de diciembre de 1997
- STS de 28 de febrero de 2002
- STS de 13 de marzo de 2003
- STS de 9 de octubre de 2003
- STS de 26 de febrero de 2009
- STS de 30 de julio de 2009
- STS de 15 de enero de 2010

- STS de 13 de marzo de 2012
- STS dictada por el Pleno el 9 de mayo de 2013
- STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 25 marzo de 2013

NOTAS

¹ Así y a título de ejemplo, podemos citar: PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013, en *Diario La Ley* núm. 8154, 23 de septiembre de 2013; ORDUÑA MORENO. Control de transparencia y cláusulas suelo, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 87/2013; GARCÍA VILLARRUBIA. La retroacción de efectos derivada de la declaración de nulidad. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17; Encarna CORDERO. Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; González CARRASCO, STS 9 de mayo de 2013: requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de su nulidad. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; González CARRASCO y CARRASCO PERERA. ¿Hay que «quitar» las cláusulas suelo de todos los préstamos, de todas las entidades financieras, de cualquier naturaleza, aunque no fueran préstamos ni créditos hipotecarios? Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; CORDÓN MORENO. Eficacia de la declaración de nulidad de una cláusula (suelo) abusiva y sus efectos en el sobreseimiento de un procedimiento de ejecución judicial. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha; CARRASCO PERERA. Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. Notas Jurisprudenciales del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Asimismo, puede consultarse en los meritados trabajos la abundante jurisprudencia menor existente en favor y en contra del Tribunal Supremo acerca de la cuestión del efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo.

² DELGADO ECHEVARRÍA. *Comentarios al Código Civil*. Tomo XVII, vol 2.º: artículos 1281-1314 del Código Civil (2.ª ed.), 2005.

³ CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*. Thomson Reuters, 2010, pp. 710, 711 y 712.

⁴ Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Las relaciones obligatorias. Sexta edición. Thomson Civitas, 2008. p. 321: El interés es considerado como un fruto o producto del capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles (cfr. arts. 354 y 355).

⁵ *Vid. op. cit.*

⁶ También y en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4580), PEÑA LÓPEZ opina lo siguiente: 3.º. Acerca de la falta de efectos restitutorios de la nulidad total declarada por el Tribunal Supremo.— Pese a que el Tribunal Supremo dice aplicar el artículo 1303 del Código Civil, en esta sentencia, al igual que en la de 26 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1522) —también en materia de nulidad por infracción del Derecho de la libre competencia—, el Alto Tribunal acoge una tesis en torno a los efectos de la nulidad de pleno derecho, que postula que, cuando se trata de prestaciones continuadas, estos efectos deben producirse solo hacia el futuro, al modo en el que opera la resolución en los contratos de tracto sucesivo. Sin perjuicio de que esta tesis carece de cualquier tipo de apoyo normativo, ya que el artículo 1307 del Código Civil dispone que la restitución de las contraprestaciones debe efectuarse con independencia de que estas sean irrestituibles *in natura* o de que estas sean de tracto sucesivo (*vid.* mi comentario de esta sentencia en CCJC núm. 82), lo cierto es que el TS la aplica con corrección. Únicamente, con los datos de los que dispongo, suscita alguna duda la denegación de la devolución del depósito de dinero constituido por el franquiciado a la fecha de celebración del contrato. Sobre todo si se tiene en cuenta que la devolución de la cantidad depositada se compensa con determinados gastos del franquiciador en publicidad. No debe olvidarse que hacer publicidad de

los centros y servicios que prestan los franquiciados es una de las obligaciones que asume normalmente el franquiciador en el contrato, constituyendo precisamente uno de los atractivos de su oferta de franquicia. Es una obligación contractual que el franquiciador ejecuta, por añadido, en beneficio propio (si la publicidad produce un incremento de la clientela y de las ventas, supondrá igualmente un aumento de los ingresos del franquiciador por cánones periódicos durante la vida del contrato), y, por tanto, me extraña que sea correcta una consideración de la misma como si fuese un beneficio exclusivo para el franquiciado». PEÑA LÓPEZ, Comentario a la sentencia de 30 de julio de 2009 (RJ 2009, 4580). *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 83/2010.

⁷ Debe añadirse a ello que la resolución de la relación jurídica no opera necesariamente con efectos retroactivos y que la jurisprudencia así lo admite en el caso de relaciones jurídicas de tracto sucesivo cuando las recíprocas prestaciones de las partes hubieran sido, total o parcialmente, realizadas (sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1994 [RJ 1994, 3216], 28 de febrero de 2002 y 9 de octubre de 2003 [RJ 2003, 8232], entre otras).

⁸ DíEZ-PICAZO (*vid. op. cit.* p. 815) explica sobre el fundamento y la naturaleza jurídica de la resolución en las obligaciones sinalagmáticas que: Se ha dicho también que en la base de la situación que da lugar a la resolución, existe una «anomalía sobrevenida de la relación obligatoria, que no tiene necesariamente que enlazarse con la culpabilidad. La responsabilidad, y el consiguiente deber de indemnización de daños y perjuicios, del incumplidor, se producirá si concurren los presupuestos específicos de tal responsabilidad, pero se impone, antes que nada, una determinada protección del contratante que sufre el incumplimiento, que como medida de protección no va necesariamente ligada con la idea de sanción, ni con la idea de culpabilidad.

Por ello, una exacta definición de la figura de la resolución exige considerarla como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria, la que sufre la inexecución del programa de la prestación, que no tiene ya razones de peso para continuar vinculada, para verse forzada a ejecutar su propia prestación, si todavía no lo hubiere hecho, o para no recuperar la atribución patrimonial que hubiese llevado a cabo.

⁹ DíEZ-PICAZO (*vid. op. cit.* pp. 365, 366, 368 y 369) acerca del tiempo en la relación obligatoria expone que: Existe una relación obligatoria instantánea cuando inmediatamente queda extinguida la relación con la realización de la prestación o de las prestaciones previstas en ella. En cambio, son relaciones obligatorias duraderas cuyo desenvolvimiento supone un periodo de tiempo más o menos prolongado y por tanto una pervivencia temporal, toda vez que su continuación implica una conducta duradera o bien la realización de una serie de prestaciones periódicas (arrendamiento, préstamo, depósito, trabajo, sociedad, gestión, suministro, etc. (...)) BECHMANN ha caracterizado la distinción entre los contratos con prestaciones instantáneas y los contratos duraderos con prestaciones continuadas o contratos sucesivos, apuntando que los primeros tienen por efecto la creación de un estado de derecho o de una nueva situación jurídica y los segundos crean un estado o situación de hecho. Mientras que en los casos de resolución o de anulación, en el primer tipo de relaciones, es posible admitir que se produzca la restitución de las cosas con pleno efecto retroactivo respecto de la situación jurídica y de los efectos jurídicos producidos, en los segundos tal retroactividad no parece admisible. Sin embargo, la distinción así trazada dista mucho de ser exacta, pues todos los contratos y todas las relaciones obligatorias constituyen nuevas situaciones jurídicas y, al mismo tiempo, son el fundamento de nuevas situaciones de hecho. Por ello, la no destrucción de los efectos anteriores, en las relaciones duraderas, debe ponerse en conexión más que con el hecho de que exista una situación jurídica, con el hecho de que la continuidad y repetición de las recíprocas prestaciones, desenvueltas a lo largo del tiempo transcurrido, haya sido útil para ambas partes y haya permitido cumplir, aunque sea parcialmente, las finalidades previstas por ellas.

¹⁰ *Vid. op. cit.*

¹¹ *Vid. op. cit.*

¹² *Vid.* DE CASTRO. Notas sobre las limitaciones. Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Estudios Jurídicos del Profesor Federico De Castro*. Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997, pp. 1306 y 1307. En consecuencias prácticas sobre los dos conceptos de orden público, DE CASTRO, razona que: ...Las diferencias señaladas se

traducen en la distinta situación en que se halla el juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbre y de lo justo, immanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor, los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta).

¹³ Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, DíEZ-PICAZO, (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato). Sexta edición. Thomson-Civitas, 2007, p. 54), expone lo siguiente: En otro plano, es indiscutible que existe lo que con aciertos se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o dicho de otro modo el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro de la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos en sentido estricto orden público económico.

¹⁴ Incluso DE CASTRO razonaba también lo siguiente cuando analizó la naturaleza y las funciones del Orden Público (*Vid.* pp. 1290 y 1293): Dentro ya de las cláusulas generales de las leyes, el orden público ofrece especiales caracteres. No solo por su novedad, sino por su falta de apoyo en la realidad social. Las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia, están referidas al querer y sentir del pueblo, a lo que dicta la conciencia del hombre normal y decente; los Tribunales tienen con ellas una guía suficiente para salvar las dificultades que pueda ofrecer su aplicación en el caso concreto. El orden público, figura creada por los juristas desconectada del lenguaje y el pensar de las gentes, parece que responda a otro aspecto, al de atender al buen orden del sistema jurídico, al del debido ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. Lo que podrá verse observando cómo y para qué funciona la cláusula de orden público, en los campos en que ella se aplica; en la esfera de los contratos, en la de la colisión de leyes en el espacio (Derecho Internacional privado) y en el de la colisión de leyes en el tiempo (Derecho intertemporal o transitorio) (...). Por todo ello, parece más prudente y adecuado a la realidad, entender que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público, no se refieren a los llamados principios generales del Derecho (art. 1.º 4, del Código Civil) que son verdaderas fuentes independientes del Derecho, sino y especialmente en Derecho interno, a los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto de otra, sea de los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico. Estas ideas (las de lo justo, las de las buenas costumbres), son las que orientan la interpretación de las normas y las que funcionan como de orden público, cuando actúan de modo negativo, rechazando apoyo jurídico a un resultado que repugnaría el buen sentido de lo equitativo y decente.

¹⁵ De Diego. *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo*. (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones, Pegaso, p. 14.

¹⁶ CASTÁN TOBENAS. La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho. (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBENAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1946, a virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).

¹⁷ Don Jerónimo GONZÁLEZ. Jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 126, 1935.

¹⁸ Don Jerónimo GONZÁLEZ. La Escuela de Tubinga. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 128, 1935.

¹⁹ DE LOS MOZOS. Jerónimo GONZÁLEZ, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.

²⁰ La Jurisprudencia de intereses, p. 414.

²¹ La Jurisprudencia de intereses, p. 417.

²² La Escuela de Tubinga, pp. 574 y 575.

²³ HECK. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

²⁴ DE CASTRO y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, p. 455.

3. URBANISMO

El incumplimiento del deber de urbanizar como infracción urbanística y los requisitos para su constancia registral

Failure to develop as an urban law infringement. Requirements to record the infringement in the Land Registry

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La consideración de la procedente ejecución de la urbanización en plazo en una actuación integrada como deber legal y su correlativo incumplimiento como infracción urbanística expresamente tipificada como tal por el legislador determina que por la administración haya de tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo de incumplimiento del respectivo deber y de cambio de sistema de actuación, procedimiento cuya iniciación y resolución final es susceptible de ser inscrita en el Registro de la Propiedad siempre y cuando sea objeto de tramitación con audiencia previa de los titulares de derechos reales inscritos, correspondiendo al registrador el control del cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento y, con ello, la verificación, en su caso, del carácter irrelevante de los eventuales defectos formales cuando no fueran causantes de indefensión material.

ABSTRACT: *The obligation to develop an integrated urban program in due time is considered a legal duty. The failure to develop in due time is considered an infringement of administrative law. In order to declare said infringement and to change the system to develop the integrated urban program, the administration has to open an administrative procedure.*

Opening and conclusion of the administrative procedure to declare the infringement may be recorded in the Land Registry after hearing other registered rights in rem holders.

The Registry is under an obligation to confirm that all the essential requirements have been met. If any formal defects are detected, the Registry has to confirm that they are not relevant and have not caused any material breach of the rights of defense.

PALABRAS CLAVE: Disciplina urbanística. Incumplimiento. Deber legal. Sistema de actuación. Inscripción. Calificación. Documento administrativo. Defecto formal.

KEY WORDS: *Urban discipline. Failure to perform. Legal duty to develop. integrated urban program. Record in the Land Registry. Administrative document. Formal defect.*

SUMARIO: I. LOS HECHOS DE LOS QUE TRAE CAUSA LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015 Y LA NOTA DE CALIFICACIÓN.—II. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN.—III. SOBRE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL TITULAR REGISTRAL RESPECTO DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS CON ESPECIAL MENCIÓN A LOS DEFECTOS DE FORMA.—IV. LA DISCUTIBLE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE URBANIZAR COMO INFRACCIÓN URBANÍSTICA.—V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015.

I. LOS HECHOS DE LOS QUE TRAE CAUSA LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015 Y LA NOTA DE CALIFICACIÓN.

Los hechos tomados en consideración por la resolución comentada de 1 de abril de 2015 fueron los siguientes:

- a) El 28 de abril de 2005 quedó reflejado en el Registro de la Propiedad de Granada núm. 2 el inicio del procedimiento de compensación urbanística del Plan Parcial O1 y O2 mediante nota marginal de expedición de certificación de cargas y afección de las fincas al resultado del proyecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.
- b) Prácticamente dos años después, en concreto el 18 de julio de 2007, se practica la inscripción del Proyecto de compensación.
- c) El 7 de noviembre de 2014, es decir, más de siete años después de la inscripción del Proyecto de compensación, se presenta en el Registro un acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Granada en virtud del cual se declaran incumplidos los deberes legales y obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística y se acuerda la sustitución del sistema de compensación por el de cooperación al tiempo que fue iniciado un procedimiento de infracción urbanística y sanción por dicho incumplimiento.
- d) Por fin, se destaca que la suspensión por el Registrador de la inscripción solicitada se debió a la concurrencia de los tres siguientes defectos: «a) al procedimiento declarativo de incumplimiento de los deberes legales y las obligaciones inherentes derivadas de la ejecución del sistema de compensación urbanística (necesidad de audiencia de los propietarios afectados y falta de anotación preventiva de la declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos sobre las fincas de resultado); b) a la constatación registral del cambio de sistema de actuación urbanística, y c) a la falta de expresión de la firmeza en vía administrativa del acuerdo».

II. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

A fin de proceder al análisis de la resolución y dada la diversidad de cuestiones que suscita su lectura, parece oportuno diferenciar los distintos niveles de sus pronunciamientos, según así se hace seguidamente.

1. EN RELACIÓN CON EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE DECLARACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DETERMINANTE DEL CAMBIO DE SISTEMA

A. Si bien los artículos 125 y 126 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía contemplan el posible cambio de sistema de actuación de compensación a cooperación cuando el incumplimiento de los plazos o las dificultades planteadas por los propietarios pudieran poner en peligro la ejecución de una determinada actuación urbanística, tal sustitución no operaba de modo automático por ser precisa la previa tramitación de un procedimiento de declaración de incumplimiento con audiencia de los propietarios afectados, lo que así disponía el artículo 109.2 precedente.

B. En el procedimiento anterior dice el artículo 110 siguiente que habrán de identificarse los deberes y obligaciones legales o voluntariamente asumidos que hubieran sido incumplidos y su respectivo alcance, así como los pendientes de cumplimiento y las obras de urbanización y edificación que estuvieran pendientes de ejecución.

C. A tal fin, dice en particular la resolución de 1 de abril de 2015 que *«en esencia, el procedimiento de sustitución del sistema de compensación por el de cooperación consta de las siguientes fases: En cuanto al inicio del procedimiento, conforme al artículo 110.1, en coherencia con las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos que regula la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente, con su artículo 68, el procedimiento se iniciará de oficio o a instancia de parte. En lo que a la tramitación del procedimiento se refiere, si el inicio del procedimiento es a instancia de parte, la Administración deberá examinar que cumple con los requisitos legales y, en caso contrario, requerirá que en un plazo de diez días subsane la solicitud conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La ordenación del procedimiento corresponde en todo caso a la Administración urbanística competente, que realizará de oficio los actos de instrucción para comprobar la existencia de incumplimiento de deberes y obligaciones, su identificación, alcance y, constatado el incumplimiento, concreción de los deberes y obligaciones pendientes con arreglo al artículo 78 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 110.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía»*.

D. Más adelante continúa diciendo la Resolución que *«en cualquier momento del procedimiento y antes del trámite de audiencia, los interesados podrán presentar alegaciones, aportar documentos y solicitar la práctica de la prueba. Es decir, la Administración deberá notificar a los interesados del sector el inicio del procedimiento para la declaración de incumplimiento de los deberes y obligaciones urbanísticas. Desde ese momento y hasta la propuesta de resolución del expediente, los interesados podrán presentar las alegaciones y proponer los medios de prueba que estimen convenientes para su defensa o para corregir el expediente»*.

E. Y, ya por fin y referido al procedimiento, según lo ya indicado *«el único trámite anterior a la finalización del procedimiento que establece expresamente la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía en su artículo 109.1 es la audiencia a los interesados "... en el que habrá de oírse a todos los propietarios afectados»*, a lo cual se añade en la Resolución, después de afirmar la necesidad de que la declaración final de incumplimiento sea motivada y que contenga los extremos referidos en el artículo 125.2 siguiente, que *«de todo ello, como es lógico, debe quedar constancia en el Registro de la Propiedad»*.

2. EN RELACIÓN CON LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

A. Con base en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, el cual dispone que *«la calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro»*, recuerda la resolución la doctrina de la Dirección General según la cual tal calificación tiene por objeto comprobar *«que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de resolución, no ha tenido la intervención prevista en la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal (...)»*.

B. Respecto de la referencia reglamentaria a *«los trámites e incidencias esenciales del procedimiento»*, dice la resolución que, dejando al margen de la calificación registral las razones del pronunciamiento final del procedimiento administrativo, sí se extiende sin embargo, en el caso analizado, a la verificación de si *«se ha cumplido con el trámite de audiencia que impone el artículo 109 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía»* y si *«dicho trámite resulta esencial del procedimiento»*, doble tarea que, si revelara la ausencia de su cumplimiento, añade aquella que *«vicia el acto administrativo que ponga fin al procedimiento»*.

C. Después de citar la resolución de 20 de octubre de 2005, la cual fue objeto de un anterior comentario en esta Revista¹, se rechaza por la Dirección General la posibilidad de que se niegue *a priori* la competencia registral para ejercer la correspondiente función calificadora con motivo del control de legalidad que le viene reconocido efectuar sobre la condición del trámite como elemento esencial del procedimiento o el alcance jurídico de su omisión, ante lo cual sería irrelevante, como advirtió la resolución de 7 de septiembre de 1992, que los posibles defectos fueran causa de anulabilidad y no de nulidad de pleno derecho.

3. EN RELACIÓN CON EL CONCRETO ACTO ADMINISTRATIVO CUYA INSCRIPCIÓN FUE RECHAZADA POR EL REGISTRADOR

A. El supuesto del que parte la resolución es la afirmación recogida en el expediente municipal según la cual su tramitación tuvo lugar *«teniendo en cuenta a la totalidad de los propietarios afectados incluidos en la unidad de ejecución (...) a fecha de inicio del mismo»*, ante lo cual dice aquella que, *«sin embargo, resulta acreditado que el Ayuntamiento no instó la constancia registral del inicio del expediente para la declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos inherentes al sistema de compensación, ni solicitó certificación registral de dominio y cargas de las fincas incluidas en la unidad de actuación reparcelada mediante el sistema de compensación»* de tal modo, sigue diciendo, que *«tampoco se practicó ningún asiento, ya fuera de nota marginal o de anotación preventiva, que cumpliera la finalidad legal de que los ulteriores titulares registrales que accedieran al Registro con posterioridad a tal constancia registral pudieran entenderse legalmente notificados, por virtud del mismo contenido del Registro, de la iniciación de tal expediente»*.

B. De lo anterior deduce la resolución que *«la afirmación del Ayuntamiento de que el expediente ha tenido en cuenta “a la totalidad de los propietarios afectados*

a fecha de inicio del mismo”, resulta ya de por sí claramente insuficiente, pues los titulares registrales que debieron haber sido notificados, para salvaguarda de sus derechos, no son solo los propietarios, sino también los demás titulares de otros derechos reales inscritos o anotados en el Registro, como tampoco debieron serlo solo los existentes al inicio del expediente, sino también, precisamente por la falta de constancia registral del inicio del mismo, todos los que ulteriormente hubieran accedido al Registro y con anterioridad a la presentación del documento ahora calificado negativamente»

C. Sucesivamente la Resolución identifica al procedimiento administrativo que culminó con la adopción del acuerdo cuya inscripción denegada fue pretendida como manifestación de la disciplina urbanística según su procedente *«interpretación en el sentido amplio que tiene en el lenguaje urbanístico comprendiendo tanto los expedientes relativos a medidas de protección de la legalidad urbanísticos como los expedientes disciplinarios por infracción urbanística propiamente dicha»*, lo que así es afirmado a fin de amparar la procedencia de su reflejo registral de conformidad con lo dispuesto en los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

D. Con base en la identificación por la Resolución del incumplimiento de los deberes inherentes al sistema de compensación como expresión de la disciplina urbanística, en ella se hace saber que así como su constancia registral ha de quedar limitada a la práctica de una nota marginal al amparo del artículo 63.3 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, y sujeta a los efectos del artículo 73 siguiente, la constancia registral del cambio de sistema ha de constar también mediante nota marginal si bien en este caso según la respectiva *«aplicación de los artículos 5 y siguientes»* de dicho Real Decreto.

E. Sobre el rechazo del Registrador a admitir el cambio de sistema una vez ya inscrito el proyecto de reparcelación, manifiesta su oposición la resolución al entender que tal inscripción *«no significa que ya consten cumplidos todos los deberes urbanísticos, sino tan solo los relativos a las cesiones obligatorias y a la equidistribución de los beneficios y cargas, pero no constan aún cumplidos los deberes de llevar a cabo materialmente y costear las obras de urbanización»*, siendo así que es *«precisamente, para tratar de asegurar el cumplimiento de ese concreto deber de ejecutar y costear la urbanización (por lo que) se impone legalmente, y con constancia registral, la afección legal y real de las fincas de resultado»*.

F. Por lo demás, la Resolución concluye confirmando los dos siguientes defectos planteados por el Registrador en su nota de calificación: primero, que la constancia registral del cambio de sistema ha de predicarse y practicarse respecto de la unidad de actuación íntegra, sin excluir, por lo tanto, a las fincas de resultado procedentes de cesiones obligatorias respecto de cesiones o del aprovechamiento perteneciente a la Administración por ministerio de la Ley, por mucho que no estuvieran afectas al pago de los gastos de urbanización o que su propietario ya los hubiera satisfecho; segundo, que debe ser confirmado *«el defecto relativo a la falta de constancia de la firmeza del acuerdo, toda vez que, como expresa el registrador, únicamente se acredita su publicación en el diario oficial, y como exige el artículo 2.2.b) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, la certificación debe expresar que el acto ha puesto fin a la vía administrativa»*.

III. SOBRE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TRÁMITES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO Y SU RELACIÓN CON EL TITULAR REGISTRAL RESPECTO DE LOS DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS CON ESPECIAL MENCIÓN A LOS DEFECTOS DE FORMA

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Si la calificación registral de los documentos administrativos ha de extenderse, como resulta del artículo 99 del Reglamento Hipotecario y entre otras cuestiones, «a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento» y «a la relación de este con el titular registral», no parece razonable que en su valoración sobre el cumplimiento de los requisitos y exigencias formales del procedimiento administrativo el Registrador no tome en consideración la doctrina del Tribunal Supremo al respecto según la cual tan solo los vicios de forma causantes de efectiva indefensión son determinantes de la nulidad del acto.

En este sentido, una de las cuestiones planteadas por la resolución comentada trae justamente a colación la necesidad de detenerse sobre la relevancia de los defectos de forma en el procedimiento administrativo, lo cual cabe advertir desde el siguiente triple plano que, en todo caso, deja para más adelante la cuestión no menor sobre la identificación del incumplimiento del deber de urbanizar un ámbito sujeto a un proceso reparcelatorio como decisión que fuera manifestación propia de la potestad administrativa en materia de disciplina urbanística.

A tal fin, las cuestiones en efecto relevantes desde el plano formal han de ser contempladas en razón de la exigibilidad por sí mismo del trámite de audiencia y el tratamiento de los defectos de forma y su incidencia en la validez del acto y, en fin, en cuanto se refiere al papel de los titulares registrales de otros derechos reales inscritos distintos del dominio en el procedimiento administrativo de declaración de incumplimiento por el motivo señalado.

Todo ello partiendo de la muy discutible posición, que constituiría una de las bases implícitas de la Resolución, según la cual la sola falta de instancia por el Ayuntamiento de la constancia registral del inicio del expediente vendría a ser causa bastante para revelar que «la afirmación del Ayuntamiento de que el expediente ha tenido en cuenta "a la totalidad de los propietarios afectados a fecha de inicio del mismo, resulta ya de por sí claramente insuficiente"»

2. SOBRE EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

Como ya tuvimos oportunidad de señalar en el comentario indicado², dejando a un lado la acepción del concepto de audiencia como principio general del derecho constitucional³ dada su recepción en el artículo 105.c), de la Constitución cuando dice que «la Ley regulará (...) el procedimiento administrativo a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando cuando proceda la audiencia del interesado», su relevancia ha sido destacada como exigencia impuesta para la efectividad de los derechos de contradicción y defensa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en las sentencias de 16 de junio de 1997 y 22 de noviembre de 1989 en cuanto al primero, y las de 25 de mayo de 1995 y 10 de febrero de 1997 en cuanto al segundo, lo que también fue asumido por los Tribunales de la Comunidad Europea en las STJCE de 29 de junio de 1994, caso *Fiskano*, y 15 de julio de 1970, caso *ACF-Chemiefarma* al haberla impuesto⁴ como garantía en todos los procedimientos administrativos, los sancionadores

y aquellos, como sostiene la doctrina científica, que puedan concluir con una decisión gravosa para el ciudadano, imponiéndose la exigencia de propiciar la defensa «*incluso en ausencia de una reglamentación específica*» (sentencias *Bélgica c. Comisión*, de 10 de julio de 1986; *Francia c. Comisión*, de 11 de noviembre de 1987, y *Bélgica c. Comisión*, de 20 de marzo de 1990).

A su vez, con arreglo a la regulación prevista en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre se ha destacado su condición como aplicable a todas las Administraciones públicas a fin de permitir al interesado realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses⁵, hasta el punto de haber sido calificado por el Tribunal Supremo como un trámite esencial⁶ sin el cual, se ha dicho, no puede mantenerse que exista realmente procedimiento en sentido propio⁷, lo que llevó a una jurisprudencia que si bien inicialmente declaró que su ausencia determinaba un vicio de nulidad de pleno derecho (STS de 11 de noviembre de 1996) ha basculado mayoritariamente hacia su consideración como un vicio de mera anulabilidad (STS de 5 de noviembre de 2001), giro que en cualquier caso no es aplicable en los procedimientos de carácter sancionador pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 42/1989, en este caso son trasladables al procedimiento administrativo las garantías del artículo 24 de la Constitución del que forma parte el derecho de defensa.

Ante lo cual, en fin, en un caso como el planteado en la resolución comentada en el que la razón de la incoación del procedimiento se hace depender de un incumplimiento de deberes legales, la ausencia del trámite de audiencia parezca notoriamente evidente que habría de ser causa suficiente por sí sola para el rechazo del acceso al Registro de cualquier resolución administrativa precedida de un procedimiento así seguido, circunstancia, por lo demás, no concurrente en el caso en ella tratado pues no se pone en duda que al menos quienes fueron propietarios afectados en el origen fueron debidamente emplazados.

3. SOBRE LOS DEFECTOS FORMALES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU INCIDENCIA EN LA VALIDEZ DEL ACTO

Situados en el contexto de actuaciones administrativas llamadas a ser comunicadas a los interesados como exigencia impuesta para poder sostener la validez de la resolución final, en cuanto se refiere a la práctica de las notificaciones resultan de aplicación una diversidad de reglas.

En cuanto al contenido de la notificación, la misma debe contener, según expresa el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el texto íntegro de la resolución, la indicación de si es o no definitivo en vía administrativa, los recursos procedentes y órgano y plazo ante el que presentarlos, lo que, respecto de actos de trámite como el aquí tratado y en cuanto a la referencia a los recursos, habría de entenderse sustituido por el ofrecimiento de la posibilidad de formular alegaciones derivado de la apertura del periodo de audiencia. De contener la notificación el texto íntegro de la resolución con omisión de alguno de los restantes requisitos, según dispone el apartado 3 del mismo artículo se reputará como defectuosa y solo surtirá efecto desde que se haga patente su conocimiento.

Por cuanto se refiere a la notificación practicada mediante la publicación del anuncio en el Boletín Oficial respectivo según lo que se advierte a continuación, en cuanto tal publicación constituye una mera reproducción de la notificación, ha de contener iguales menciones que esta, lo cual fue precisado por el Tribunal Supremo en sentencias de 4 de noviembre de 1972 y 20 de febrero de

1987 ante el silencio de la anterior legislación de procedimiento administrativo dando finalmente lugar a la redacción del actual artículo 60.2 al señalar que *«la publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el punto 2 del artículo 58 exige respecto de las notificaciones»* y que *«será también aplicable a la publicación lo establecido en el punto 3 del mismo artículo»* respecto de las notificaciones defectuosas.

En cuanto a su práctica, para entenderla producida en forma se exige un primer intento al domicilio del interesado que, si nadie pudiera hacerse cargo de ella y con constancia de esta circunstancia en el expediente, se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes y, finalmente y para el caso de imposibilidad de práctica de este segundo intento, uno último mediante anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento, en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia. En el caso del segundo intento, el Tribunal Supremo ha entendido, por ejemplo en su Sentencia de 28 de octubre de 2004, que es válida la notificación practicada el mismo día en que se intentó la primera siempre que se haya practicado con una diferencia, al menos, de sesenta minutos con respecto a la hora en que tuvo lugar el primer intento de notificación. A su vez, por lo que se refiere a la notificación edictal, el Tribunal Supremo destaca (sentencias de 22 de julio de 1999 y 27 de marzo de 2002) que, fuera del caso apuntado de seguir a los dos intentos precedentes de notificación en domicilio, *«no puede utilizarse válidamente en menoscabo de las garantías procedimentales de los administrados en todos aquellos supuestos en los que la Administración pueda, con el empleo de la diligencia exigible, llegar a conocer la identidad y lugar idóneo para notificar personalmente a cualquiera de los posibles interesados»*.

Pues bien, fundado el rigor formal de la regulación del régimen legal de las notificaciones en garantía del interesado a fin de poder participar en el periodo de audiencia en que su intervención en el procedimiento administrativo no requiere de la asistencia de letrado y en la gran fugacidad de los plazos de impugnación, la consecuencia que como regla general se sigue de su práctica de forma indebida será que no producirá efectos; ni ella, la notificación, ni la resolución respectiva, pues, como dicen también los últimos autores citados⁸, *«la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto»*.

La excepción, en todo caso, es la que resulta del artículo 58.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a lo que se une el fundamental artículo 63.2 siguiente según el cual *«el defecto de forma solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados»* y a cuya luz se hace necesario reproducir la doctrina de los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa y del propio Tribunal Constitucional, siendo posible a tal fin dar cuenta de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2012 que, citada por la más reciente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2014 y con expresión de una larga serie de sentencias sobre la cuestión tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, dice lo siguiente:

«(...) Una vez reconocida la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo, resulta necesario poner de manifiesto que es doctrina del Tribunal Constitucional que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el artículo 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo «el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el

ordenamiento jurídico frente a dicha resolución» (SSTC 155/1989, de 5 de octubre [RTC 1989, 155], FJ 3; 184/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 184], FJ 2; y 113/2001, de 7 de mayo [RTC 2001, 113], FJ 3), con el «conseguidor perjuicio real y efectivo para los interesados afectados» (SSTC 155/1988, FJ 4; 112/1989, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91]; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; 19/2004, de 23 de febrero [RTC 2004, 19]; y 130/2006, de 24 de abril [RTC 2006, 130], FJ 6. En igual sentido sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1996 [rec. apel. núm. 13199/1991], FD Cuarto; y de 22 de marzo de 1997 [rec. de apel. núm. 12960/1991], FD Segundo).

Lo anterior implica, básicamente, en lo que aquí interesa, que sí, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio —y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo—, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia (SSTC 101/1990, de 4 de junio [RTC 1990, 101], FJ1; 126/1996, de 9 de julio [RTC 1996, 126], FJ 2; 34/2001, de 12 de febrero [RTC 2001, 34], FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo [RTC 2003, 55], FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo [RTC 2003, 90], FJ 2; y 43/2006, de 13 de febrero [RTC 2006, 43], FJ 2).

Igual doctrina se contiene en distintos pronunciamientos de esta Sala. En particular, hemos aclarado que el rigor procedimental en materia de notificaciones «no tiene su razón de ser en exagerado formulismo, sino en constituir una pieza clave para la proscripción de la indefensión y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva que consagran el Artículo 24 de la Constitución» (sentencias de 25 de febrero de 1998 [rec. apel. núm. 11658/1991], FD Primero; de 6 de junio de 2006 [RJ 2006, 6996] [rec. cas. núm. 2522/2001], FD Tercero; de 12 de abril de 2007 [RJ 2007, 4117] [rec. cas. núm. 2427/2002], FD Tercero; y de 27 de noviembre de 2008 [RJ 2008, 8041] [rec. cas. núm. 5565/2006], FD Cuarto); hemos afirmado que las exigencias formales «solo se justifican en el sentido y en la medida en que cumplan una finalidad» (Sentencia de 6 de junio de 2006, cit., FD Tercero); hemos dicho que «todos los mecanismos y garantías con que las leyes procesales o procedimentales rodean los actos de comunicación» entre el órgano y las partes «no tienen otra finalidad o razón de ser que la de asegurar que, en la realidad, se ha producido aquella participación de conocimiento, o que, en la ficción jurídica, se ha producido en determinadas circunstancias o no se ha producido» (sentencia de 25 de febrero de 1998, cit., FD Primero); hemos destacado que «el objeto de toda notificación administrativa y de las formalidades de que ha de estar revestida, para tener validez, es el de garantizar que el contenido del acto, en este supuesto de la liquidación tributaria, llegue a conocimiento del obligado» (sentencia de 7 de octubre de 1996 [RJ 1997, 1759] [rec. cas. núm. 7982/1990], FD Segundo); hemos declarado que «[l]os requisitos formales de las notificaciones, que las diferentes normas invocadas establecen, tienen por finalidad garantizar que el contenido del acto administrativo llegue cabalmente a conocimiento del interesado y que incluya los medios y plazos de impugnación, de forma que cuando ese fin está cumplido, pierden las referidas formalidades su razón de ser y cualesquiera que sean otras consecuencias que pudieran producir su inobservancia (responsabilidad del funcionario, por ejemplo), lo que no

puede causar es la anulación de la notificación misma pues resultaría absurdo convertir el medio (el requisito garante de que la notificación se produce) en fin de sí mismo» (Sentencia de 2 de junio de 2003 [RJ 2003, 5591] [rec. cas. núm. 5572/1998], FD Tercero); y, en fin, hemos dejado claro que «lo relevante, pues, no es tanto que se cumplan las previsiones legales sobre cómo se llevan a efecto las notificaciones, sino el hecho de que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas», de manera que «cuando se discute acerca del cumplimiento de las formalidades legales, sobre el cómo han de hacerse las notificaciones, lo decisivo no es que se cumplan esas previsiones legales, sino que efectivamente el sujeto pasivo tenga o haya podido tener conocimiento efectivo del acto notificado» (Sentencia de 7 de mayo de 2009 [rec. cas. núm. 7637/2005], FD Cuarto).

En otros términos, «y como viene señalando el Tribunal Constitucional “n[i] toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del artículo 24.1 CE” ni, al contrario, “una notificación correctamente practicada en el plano formal” supone que se alcance “la finalidad que le es propia”, es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece (SSTC 126/1991, FJ 5; 290/1993, FJ 4; 149/1998, FJ 3; y 78/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 78], FJ 2), lo que sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que la Administración no indaga suficientemente sobre el verdadero domicilio del interesado antes de acudir a la notificación edictal, o habiéndose notificado el acto a un tercero respetando los requisitos establecidos en la Ley, se prueba que el tercero no entregó la comunicación al interesado» (Sentencia de 16 de diciembre de 2010 [RJ 2010, 9143] [rec. cas. núm. 3943/2007], FD Tercero).

Una vez establecido que en el ámbito de las notificaciones de los actos y resoluciones administrativas resulta aplicable el derecho a la tutela judicial efectiva, conviene comenzar aclarando, como presupuesto general, que lo trascendente en el ámbito de las notificaciones es determinar si, con independencia del cumplimiento de las formalidades legales, el interesado llegó a conocer el acto o resolución a tiempo para —si lo deseaba— poder reaccionar contra el mismo, o, cuando esto primero no sea posible, si, en atención a las circunstancias concurrentes, debe presumirse o no que llegó a conocerlos a tiempo (...).

La anterior sentencia reproduce, en consecuencia, la más clara doctrina reveladora del carácter instrumental de las formas en el Derecho Administrativo, consideración así sostenida nuevamente por los últimos autores citados⁹ cuando afirman que «el vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración». A lo cual añaden, primero, la cita de una ya lejana sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1915 que afirmaba, con una cláusula luego repetida en otras muchas, que «cuando las Leyes y Reglamentos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña la nulidad depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurren, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos», y, sucesivamente, la de 6 de noviembre

de 1963 según la cual, para llegar a declarar la nulidad de un acto afectado de un vicio formal, habrá que atender *«sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido»*.

En razón de ello, como reglas generales de interpretación aplicables en el caso de notificaciones practicadas de forma indebida cabría destacar las siguientes:

A. Admitido en el ámbito del procedimiento administrativo el derecho a la tutela judicial efectiva, su lesión como consecuencia de la práctica de notificaciones requiere de una indefensión material y no meramente formal por impedir, en el caso que nos ocupa, la formulación de alegaciones con el consiguiente perjuicio que ello representa.

B. Siendo correlato de lo anterior la aplicación en la materia de los principios antiformalista y el general de buena fe, si el interesado, cualquiera que fuera la gravedad de los vicios padecidos en la notificación, conoció el acto o no lo hizo por negligencia o mala fe, no podrá alegar lesión alguna de sus derechos.

C. Las reglas contempladas en la legislación procedimental para los actos de comunicación entre el órgano y las partes tienen por objeto garantizar el conocimiento de su contenido o que, de modo jurídicamente ficticio, así se ha producido.

D. A la vista de ello, procurado el conocimiento del acto la consecuencia a ello ligada es el decaimiento de la razón de ser de las formalidades legales, de tal modo que los vicios en su caso padecidos no podrán comportar la anulación de la notificación so pena de *«convertir el medio (el requisito garante de que la notificación se produce) en fin de sí mismo»*.

E. Dicho en otros términos, lo relevante en último término no es cómo se lleva a cabo la notificación sino si el interesado ha tenido o ha podido tener conocimiento efectivo del acto notificado, lo que significa que no toda deficiencia da necesariamente lugar a indefensión del interesado.

F. La notificación no constituye un requisito de validez sino de eficacia del acto, lo que por ejemplo pone de relieve también el Consejo de Estado en Dictamen de 5 de febrero de 1959.

G. Por fin, en caso de incurrir en un defecto de forma habrá que atender, sobre todo, a lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen, en su caso, del recurso de haber sido observado el trámite omitido.

Todo ello, en fin, expuesto con arreglo a la jurisprudencia que ha quedado señalada y que quedaría sintetizada en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1990¹⁰ según la cual *«las infracciones formales (...) únicamente producirán la anulabilidad y ni siquiera esta se produce respecto de algunas de dichas infracciones —cual son las de las normas reguladoras de las formas— si no son esenciales ni dan lugar a indefensión»*.

4. LA REFERENCIA A LA CONSTANCIA REGISTRAL DEL INICIO DEL PROCEDIMIENTO COMO CONDICIÓN PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA RESOLUCIÓN FINAL

Según quedó ya dicho, en la resolución de 1 de abril de 2015 se manifiesta que la falta de constancia registral del inicio del procedimiento para la declaración del incumplimiento sería causa bastante para el rechazo de la inscripción del acuerdo final y el consiguiente cambio de sistema, lo cual así se considera toda vez que con tal proceder no se practicó ningún asiento *«que cumpliera la finalidad legal de que los ulteriores titulares registrales que accedieran al Registro con posterioridad a tal constancia registral pudieran entenderse legalmente notificados»*,

añadiendo, en fin, que a quienes debió notificarse no fue solo a los propietarios afectados sino también los titulares registrales de otros derechos reales inscritos.

Consideración la anterior que se comparte en la medida, no manifestada en la Resolución, en que la inscripción de la resolución final se pretendiera cuando los titulares registrales en tal momento no coincidieran con quienes fueran los interesados en el inicio del procedimiento a quienes les hubiera sido concedido el plazo de audiencia, no, sin embargo, en el caso de tratarse de los mismos pues es evidente que en tal caso no se les habría causado indefensión de ningún género por más que no se hubiera tomado en el Registro razón del inicio del procedimiento.

IV. LA DISCUTIBLE CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE URBANIZAR COMO INFRACCIÓN URBANÍSTICA

En la resolución comentada se afirma que la declaración de incumplimiento del deber legal de ejecutar en plazo la urbanización constituye una infracción urbanística en virtud de la cual resulta correcto acceder a la práctica de la anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística a que se refieren los artículos 56 a 66 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Así, siendo de aplicación en materia de derecho administrativo sancionador los principios propios del Derecho Penal, es claro que la calificación de la falta de urbanización en plazo de un ámbito como infracción urbanística requeriría de su precisa tipificación legal, lo cual en efecto tiene lugar en la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía pues después de afirmar en su artículo 191 que *«son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta Ley»*, dice más adelante, en su artículo 207, que son infracciones graves *«los incumplimientos, con ocasión de la ejecución de los instrumentos de planeamiento, de deberes y obligaciones impuestos por esta Ley o, en virtud de la misma, por dichos instrumentos y los de gestión y ejecución, salvo que se subsanen voluntariamente tras el primer requerimiento formulado al efecto por la Administración, en cuyo caso tendrán la condición de leves»*.

De este modo la legislación urbanística andaluza puede decirse que, más allá de lo discutible de su calificación como infracción, vio reflejada la postura mantenida por un sector de la doctrina¹¹ que, en relación con los incumplimientos determinantes de la aplicación de la llamada expropiación-sanción, afirmó que se trataba de un acto de gravamen impuesto por una autoridad administrativa dictado con *«finalidad represiva»* por tratarse de un *«comportamiento que se considera reprobable y contrario a Derecho»* y que constituye la respuesta *«a la realización de un ilícito»*, de donde, a la vista de la regulación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones de Suelo, se concluía con que *«la expropiación por incumplimiento (...) es una medida de carácter sancionador»*.

Posición doctrinal que, por lo demás, quedaba abiertamente confrontada con la doctrina del propio Tribunal Constitucional cuando en su sentencia 319/1993, de 27 de octubre, relativa a la Ley 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria de Andalucía, afirmó que *«con la expresión 'sanción' (expropiación-sanción, en expresión doctrinal de cierto arraigo) a las expropiaciones por incumplimiento de la función social de la propiedad de la tierra' (...) no prejuzga, por sí sola, la cuestión de si este tipo especial de expropiaciones maraca la calificación jurídico-constitucional de sanción a los efectos de lo establecido en el artículo 25.1 de la Constitución»*. Respecto de lo cual reitera que *«no tiene carácter sancionador en*

sentido estricto», ya que del sentido de estas expropiaciones «no se sigue que se trate de una decisión con finalidad punitiva por infracción de normas penales o sancionadoras de inexcusable observancia, imputable a la culpabilidad del infractor; sino de las consecuencias objetivas derivadas del estado de explotación insuficiente o nula de una finca que, por ser incompatible con la función social de la propiedad agraria, se hace necesario remediar en atención a esa prioritaria necesidad».

Ante lo que concluye afirmando que «no estamos ante sanciones, sino ante un instrumento de acción pública en pro del cumplimiento de la función social de la propiedad».

En todo caso, en la actualidad, a partir de la redacción dada al artículo 51 de la Ley del Suelo del Estado de 20 de junio de 2008 por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, norma afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 29/2015, de 19 de febrero, en concreto respecto de su artículo 23, resulta más favorable la interpretación a favor de la consideración del incumplimiento tratado como infracción urbanística así como del consiguiente deber de la Administración de ordenar la práctica de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 siguiendo y los correlativos ya señalados del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 1 DE ABRIL DE 2015

En cuanto a las dos últimas consideraciones de la resolución de 1 de abril de 2015, se comparte, en efecto, la necesidad de que el cambio de sistema se hiciera constar en todas las fincas del ámbito pues, más allá de que parte de ellas no estuviera afecta al pago de los gastos de urbanización, la culminación de los deberes legales se extiende a la conclusión y recepción de la urbanización.

Por otro lado, en cuanto a la necesaria firmeza del acuerdo de declaración de incumplimiento de los deberes legales para la práctica de la inscripción, se comparte la posición del Registrador respaldada por la resolución pese a omitir esta que tal exigencia procede directamente de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 63 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no, como dice, de que «la certificación debe expresar que el acto ha puesto fin a la vía administrativa».

Y es que, en efecto, no es el hecho de que haya puesto fin a la vía administrativa sino el de ser firme en tal vía la circunstancia que permite practicar los respectivos asientos registrales, debiéndose entender por firme en vía administrativa el que no haya sido interpuesto en plazo recurso administrativo alguno o que, interpuesto, haya sido resuelto en el sentido que en cada caso fuera.

CONCLUSIONES

I. Entre los deberes legales exigibles a la propiedad del suelo se encuentra el de ejecutar la urbanización en plazo, deber que cuando es objeto de incumplimiento puede o no ser tipificado como infracción urbanística por el legislador autonómico.

II. En el caso particular de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, el incumplimiento del citado deber es en efecto identificado como infracción y, por ello, habilita a la Administración para la tramitación del correspondiente procedimiento de disciplina urbanística susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad tanto en la fase de formación del acto como en la de resolución definitiva.

III. A tal efecto, la calificación registral ha de detenerse en la verificación del cumplimiento de los trámites esenciales del procedimiento, trámites entre los cuales cobra una singular relevancia la necesidad de actuar con el titular registral tanto en el inicio del procedimiento mediante la apertura del trámite de audiencia a fin de practicar la correspondiente anotación preventiva de su incoación, como en su terminación mediante el reflejo registral de la resolución final mediante nota marginal.

IV. Para dicha calificación registral, en fin, parece correcto que el Registrador aplique la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la incidencia de los defectos formales en la validez del acto, doctrina según la cual solo una indefensión material y no meramente formal es causante de invalidez, hasta el punto de que en caso de incurrir en un defecto de forma habrá que atender, sobre todo, a lo que hubiera podido variar el acto administrativo.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJCE de 15 de junio de 1970
- STJCE de 10 de julio de 1986
- STJCE de 11 de noviembre de 1987
- STJCE de 20 de marzo de 1990
- STJCE de 29 de junio de 1994
- STC 319/1993, de 27 de octubre
- STC 42/1989, de 16 de febrero
- STC 29/2015, de 19 de febrero
- STS de 16 de junio de 1997
- STS de 22 de noviembre de 1989
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 10 de febrero de 1997
- STS de 11 de noviembre de 1996
- STS de 5 de noviembre de 2001
- STS de 4 de noviembre de 1972
- STS de 20 de febrero de 1987
- STS de 22 de julio de 1999
- STS de 27 de marzo de 2002
- STS de 28 de octubre de 2004
- STS de 12 de julio de 2012
- STS de 29 de enero de 2015
- STS de 6 de noviembre de 1963
- STS de 21 de marzo de 1990
- STSJ de Madrid de 7 de marzo de 2014
- RDGRN de 1 de abril de 2015
- RDGRN de 20 de octubre de 2008
- RDGRN de 7 de septiembre de 1992

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Civitas, Madrid 1993, p. 768.
- LASO BAEZA, V. (2010). El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2984-2993.
- SUAY RINCÓN, J. (1991). La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 123, pp. 71-90.
- TARDÍO PATO, J. A. (2006). El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 93-142.

NOTAS

¹ LASO BAEZA, V. (2010). El trámite de audiencia y la adopción del acuerdo de anotación preventiva de incoación de expediente de disciplina urbanística. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2984-2993.

² LASO BAEZA, V., *op. cit.*, p. 2985.

³ TARDÍO PATO, J. A., 2006, El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 93-142.

⁴ El principio de audiencia fue también recogido en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, según el cual «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder a expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus resoluciones».

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Ed. Thomson-Civitas, Madrid.

⁶ Los términos utilizados en la jurisprudencia son categóricos sobre el citado carácter esencial del trámite de audiencia. Así, recogidos estos calificativos en la sentencia de 27 de marzo de 1984, se ha dicho en la sentencia de 13 de mayo de 1948 que es un trámite «de observancia obligatoria», en la de 4 de marzo de 1947 que es «de extraordinaria relevancia», en la de 25 de abril de 1950 se le denomina como trámite «más cualificado», en la de 2 de marzo de 1931 como «sustancial», en la de 11 de julio de 1932 como «sustancial», en la de 7 de marzo de 1950 como «esencial», en la de 27 de mayo de 1935 como «esencial», en la de 15 de junio de 1925 como «sagrado», etc...

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 513.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 587.

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *op. cit.*, p. 648.

¹⁰ A la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1990 se refieren GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., en su obra *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común*, Ed. Civitas, Madrid 1993, p. 768.

¹¹ SUAY RINCÓN, J. (1991), La expropiación por incumplimiento en la nueva Ley del Suelo. Su carácter sancionador y sus consecuencias jurídicas, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 123, 71-90.

4. DERECHO BANCARIO

La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria*

The abusive nature of early maturity clauses in foreclosure procedures

por

VÍCTOR BASTANTE GRANELL

*Personal investigador en Formación (Becario FPU)
Universidad de Almería*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto la repercusión en la práctica judicial de la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC, así como de la jurisprudencia del TJUE, respecto a la determinación del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios, así como sus efectos, distinguiendo, por un lado, las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma y, por otro, las suscritas con posterioridad.

ABSTRACT: *The aim of the present paper is to study the impact that the new draft of Article 693 2 of the CCP (Code of Civil Procedure) has had on judicial practice. At the same time, it seeks to establish the repercussions of the ECJ (European Court of Justice) jurisprudence with regard to determining the abusive nature of early maturity clauses in mortgage loans, as well as the effects caused by them. On the one hand, we analyze early maturity clauses, while on the other, we examine those subsequently signed.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Cláusulas de vencimiento anticipado. Ejecución hipotecaria.

KEY WORDS: *Abusive clauses. Early maturity clauses. Foreclosure procedures.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PROBLEMAS SUSCITADOS TRAS LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC.—III. LA ABUSIVIDAD

* Dicho trabajo fue aceptado con fecha de 15 de abril de 2015. Comunicar que, desde entonces, se han publicado dos resoluciones del TJUE, Auto de 11 de junio de 2015 y Auto de 8 de julio de 2015, que afectan a lo comentado. Este trabajo se realiza dentro del Grupo de investigación «Estudios de Derecho Privado y Comparado» (SEJ-560) y del Proyecto I+D+i denominado «Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos (DER2014-51957-P)» (Ministerio de Economía y Competitividad; cofinanciado con Fondos Federales).

DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ANTERIORES A LA REFORMA: 1. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC. 2. LA CREACIÓN JUDICIAL DE UNA «NUEVA REGLA DE VALORACIÓN DE LA ABUSIVIDAD» EN SEDE EJECUTIVA. 3. NUEVOS «PELIGROS INTERPRETATIVOS» EN EL HORIZONTE. 4. EL NUEVO «TEST DE ABUSIVIDAD» CREADO EN SEDE EJECUTIVA: A. *El artículo 693.2 de la LEC como «criterio interpretativo de ponderación»*. B. *Criterios derivados de la doctrina del TJUE*: a) Incumplimiento de «carácter esencial». b) Incumplimiento de «carácter suficientemente grave» en base a parámetros cuantitativos y temporales. c) La facultad de vencimiento anticipado como «excepción» respecto a las normas aplicables en la materia. d) Existencia de «medios adecuados y eficaces» que permitan al consumidor poner remedio a los efectos derivados del vencimiento anticipado del préstamo.—IV. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POSTERIORES A LA REFORMA. 1. LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC. 2. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE NO RESPETEN LITERAL, PERO SÍ PROCESALMENTE, EL PLAZO LEGAL DE TRES MENSUALIDADES. 3. LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE RESPETEN, LITERAL Y PROCESALMENTE, EL PLAZO LEGAL DE TRES MENSUALIDADES.—V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo, el debate en torno a la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios ha sido una cuestión polémica, sobre todo, cuando permitían el vencimiento anticipado de la deuda hipotecaria por el impago de una sola cuota. No obstante, y a pesar de las críticas, nuestro Tribunal Supremo sostuvo, con carácter general, su validez con base en la autonomía de la voluntad de las partes. Aun así, ya señalaba que para su licitud debía concurrir *justa causa*, es decir, debía estarse *ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas*, como podía ser, *ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo*¹. A pesar de esta excepción, estas cláusulas han gozado habitualmente de validez dentro del tráfico hipotecario, como puso de manifiesto constante jurisprudencia.

No obstante, aunque el debate parecía estar cerrado, se reabrió hace dos años, tras la respuesta judicial obtenida por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona a diferentes cuestiones prejudiciales que planteó al TJUE. El Tribunal europeo, en sentencia de 14 de marzo de 2013, argumentó que nuestra normativa era contraria al Derecho de la Unión Europea, concretamente a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, y declaró que los deudores debían tener derecho a poder oponerse a una ejecución hipotecaria por la abusividad de cláusulas contenidas en el préstamo hipotecario², entre las cuales, como no, podían encontrarse las cláusulas de vencimiento anticipado. De hecho, respecto a lo que nos interesa, el TJUE fue más allá enumerando unos criterios a tener en cuenta por nuestros tribunales para poder declarar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado³, entre los que se encontraba la necesidad de que el incumplimiento del deudor revistiera carácter esencial y grave. Este pronunciamiento puso de manifiesto, por un lado, el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota hipotecaria, pues este incumplimiento no podía considerarse de carácter esencial y grave, salvo que concurrieran otras circunstancias. Menos aún, cuando, en el caso de la Sentencia de 14 de marzo de 2013, el deudor había dejado de pagar cuatro plazos⁴. Y por otro, sirvió para postular el derecho, vetado

por nuestro ordenamiento al deudor hipotecario a poder oponerse a una ejecución con base en el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado⁵.

A raíz de ello, el legislador se percató de que había configurado y mantenido normas que vulneraban derechos procesales de los deudores hipotecarios, y muchos tribunales comenzaron a constatar que posiblemente no se estaba decretando la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado conforme a criterios adecuados. Era necesario un cambio normativo y judicial, que vino finalmente propiciado con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Dicha norma modificó, por un lado, el artículo 695 de la LEC, introduciendo como causa de oposición *el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*, y, por otro, —lo más importante por el asunto a tratar—, dio una nueva redacción al artículo 693.2 de la LEC, para impedir que el acreedor hipotecario pueda proceder a dar por vencida la totalidad de la deuda hipotecaria si no se ha producido el impago de, al menos, tres mensualidades. En concreto, este precepto dispone actualmente:

Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución.

Ahora bien, lograda la posibilidad de oponerse a una ejecución por existencia de cláusulas abusivas, queda por determinar cuándo nos encontramos ante una cláusula abusiva. Resulta, pues, necesario determinar criterios y concretar el «test de abusividad» que nos permita declarar nula una cláusula de vencimiento anticipado y, consiguientemente, evite, mediante su alegación, el despacho de la ejecución de la vivienda hipotecada. Atenderemos, para ello, al examen de abusividad efectuado dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, algo que, hasta el cambio normativo, no se había hecho.

II. PROBLEMAS SUSCITADOS TRAS LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC

Para comenzar, resulta ineludible analizar la redacción del artículo 693.2 de la LEC. Como vimos, con base en dicho precepto, hoy en día se otorga al acreedor hipotecario la facultad de instar la ejecución del préstamo hipotecario, es decir, de reclamar de forma anticipada la totalidad de la deuda, siempre que hayan vencido al menos tres plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Esta realidad existía anteriormente, pero sin establecerse un número mínimo de cuotas. Ahora se requiere ese mínimo para que la facultad pueda ser objeto de ejercicio procesal. Aunque este plazo haya sido tildado de «insuficiente»⁶ o de «escasa generosidad»⁷ por cierta doctrina, se puede afirmar que ha supuesto un paso en la protección del consumidor hipotecario.

Sin embargo, a pesar de esa intención *pro debitoris*, la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC está provocando una turbida controversia judicial y, con ella, posiciones discrepantes en la aplicación de dicho precepto. Algo difícilmente

admisible, pues dependiendo de la posición que se mantenga pueden quedar afectados los derechos de los acreedores o de los deudores hipotecarios. De hecho, se están suscitando discrepancias en dos ámbitos distintos: respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma y, aunque sea demasiado pronto, respecto de aquellas que se vayan a redactar y ejercitar tras la reforma.

Pues bien, por una parte, debemos recordar que, con anterioridad a la reforma, ya existían cláusulas de vencimiento anticipado que permitían y permiten su activación, por el impago de menos de tres mensualidades o que, bien, no establecían un plazo mínimo alguno. Ante esta situación se discute si la prueba de abusividad de tales cláusulas, así como su ejercicio, debe efectuarse atendiendo a la antigua redacción del artículo 693 de la LEC, sin consideración al nuevo plazo legal, o, bien, si es posible una aplicación retroactiva del nuevo artículo 693.2 de la LEC para poder declarar la nulidad de tales cláusulas. En otras palabras, es necesario descubrir la repercusión que ha tenido la modificación de este precepto en los Tribunales, así como la influencia de la nueva jurisprudencia del TJUE, a la hora de determinar la «abusividad literal», así como en su ejercicio, de las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma. Por otra parte, hay que preguntarse qué consecuencias genera el nuevo artículo 693.2 de la LEC en el examen de abusividad de aquellas cláusulas de vencimiento anticipado suscritas después de la reforma. Concretamente, se tendría que dirimir, entre otros asuntos, si el simple respeto contractual, así como procesal, del plazo mínimo de tres mensualidades, comporta de forma automática la exclusión de todo examen de abusividad. Esta cuestión es de suma importancia, pues si tales cláusulas, y su ejercicio, respetan el contenido del artículo 693.2 de la LEC, estas nunca podrán ser declaradas nulas y, consiguientemente, no serían capaces de fundar la oposición a una ejecución hipotecaria.

A la hora de responder a estas cuestiones vamos a atender a diversos pronunciamientos judiciales, posteriores a la reforma en el seno de procedimientos de ejecución hipotecaria, pues ello nos permitirá deducir con mayor exactitud el alcance y la repercusión que ha tenido el nuevo artículo 693.2 de la LEC tanto de cláusulas anteriores como posteriores a la reforma. No obstante, al mismo tiempo, se hace necesario determinar qué otros criterios, diferentes al plazo de ejercicio del vencimiento anticipado, permiten declarar nulas tales cláusulas, ya que su análisis conjunto puede servir en la práctica para oponerse a una ejecución hipotecaria. Sin embargo, como se percatará el lector, no se trata de asuntos exentos de controversia.

III. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO ANTERIORES A LA REFORMA

Como bien es sabido, las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma no son *per se* abusivas⁸, incluyendo aquellas cuyo ejercicio es posible por el impago de una sola cuota de amortización. Así lo ha venido afirmando la jurisprudencia, incluso la posterior a la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC⁹. No obstante, este precepto está influyendo en la determinación de abusividad de tales cláusulas.

1. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC

Lo primero que debemos preguntarnos es si el límite legal de tres mensualidades configurado en el artículo 693.2 de LEC resulta de aplicación a las cláusulas

de vencimiento anticipado anteriores a la reforma, tanto a la hora de calificar el carácter abusivo en sede declarativa, como a la hora de admitir el posible ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado en sede procesal. Sobre todo, cuando nos encontramos ante cláusulas cuyo ejercicio es posible por impago de menos de tres mensualidades.

Respecto a esta cuestión, la mayor parte de los Tribunales están por la no aplicación retroactiva de la mencionada norma¹⁰, tomando como base principalmente lo dispuesto en el artículo 2 de nuestro Código Civil, el carácter excepcional de la Ley (algo que impide su aplicación analógica)¹¹ y la ausencia de mención en las disposiciones transitorias de la Ley 1/2013. No obstante, se hace difícil dilucidar si la no retroactividad se postula tanto respecto a la licitud de la cláusula en sede declarativa como en sede ejecutiva. Algunos Tribunales que defienden la no aplicación retroactiva no se pronuncian al respecto. En cambio, hay otros que si lo hacen con posiciones divergentes. Mientras unos parecen postular la no retroactividad total, otros admiten indirectamente o implícitamente la aplicación retroactiva respecto al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, es decir, consideran conveniente que el acreedor hipotecario respete el plazo de tres mensualidades para poder ejercer dicha facultad ante los juzgados, aunque, eso sí, se haya previsto en sede contractual su ejercicio ante el impago de una sola cuota. En este caso, nos encontraríamos ante una especie de retroactividad parcial de carácter procesal, no material. Pues bien, respeto a los primeros, destaca un Auto de la Audiencia Provincial de Granada:

Por consiguiente, la cláusula de vencimiento anticipada establecida en la estipulación 9.ª de la escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria de 25 de mayo de 2005 es válida y lícita, sin que pueda ser considerada abusiva en sí misma, al encontrarse permitida por la ley vigente al tiempo de ser concertada, ni en su aplicación; por cuanto se tuvo por vencido el préstamo el 21 de octubre de 2011 cuando ya se habían dejado de abonar las cuotas desde hacía más de cinco meses (mayo de 2011 y siguientes), por lo que, incluso aplicando la nueva normativa, que como dijimos no es retroactiva, se habrían dejado transcurrir más de los tres meses fijado en el actual Artículo 693,2.º de la LEC para declarar vencido anticipadamente el préstamo (Auto de la Audiencia Provincial de Granada [Sección 4.ª], núm. 6/2014 de 10 de enero [AC\2014\1355])¹².

En este mismo sentido parece pronunciarse la Audiencia Provincial de Barcelona al revocar un auto dictado en primera instancia que había inadmitido una demanda por tener el préstamo hipotecario una cláusula de vencimiento anticipado que se activaba por el impago de una cuota. No obstante, su ejercicio se había efectuado tras el impago de más de tres:

(...) el artículo 693 LEC (...) en su redacción dada por el apartado trece del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (...), no es de aplicación al presente caso dado que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria fue suscrito por las partes en 22 de octubre de 2004, anterior, por tanto, al 15 de mayo de 2013 y no cabe la aplicación retroactiva del precepto. En consecuencia es aplicable el citado artículo en su redacción anterior en cuyo apartado 2 se decía que «podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro». Por tanto la cláusula litigiosa

es legal conforme a la legislación vigente en el momento de formalización del préstamo, habiéndose inscrito el convenio junto con el derecho real de hipoteca en fecha 25 de agosto de 2006. (...) la posibilidad de dar por vencido un préstamo por impago de una sola cuota del préstamo ha sido admitida como válida por la antedicha sentencia de 16 de diciembre de 2009, pero aún en el caso de considerar abusiva la cláusula litigiosa por referirse al impago de una sola cuota, su ejercicio no ha sido abusivo al haberse automoderado la ejecutante al esperar 11 meses de impago para dar por vencido el préstamo (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 13.ª], núm. 13/2014 de 27 de enero [JUR2014/76772]).

Igualmente, la Audiencia Provincial de Madrid manifiesta:

Pues bien, con independencia de que la mencionada Ley 1/2013 no puede dar lugar a la nulidad, por ilicitud (art. 6, apartado tres, del Código Civil) de cláusulas contractuales que no contravenían ninguna disposición legal y estaban permitidas cuando se establecieron, puesto que tal efecto retroactivo no es expresamente sancionado (art. 2, apartado tres, del Código Civil) en la nueva norma y la disposición transitoria primera y el apartado uno de la transitoria cuarta de la Ley 1/2013 tienen un marcado carácter procesal, como indica el epígrafe o rótulo de la primera de ellas («Procedimientos en curso») y el tenor de la otra («...únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar»), sin que impongan una aplicación retroactiva en los procedimientos en curso de las normas sustantivas (cuál es la que se analiza, sobre vencimiento anticipado) de la nueva ley (...) (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [Sección 13.ª], núm. 345/2014 de 14 octubre [JUR 2014, 288688]).

En cuanto a los Tribunales que defienden una especie de retroactividad parcial de carácter procesal, no material, considerando que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado debe adaptarse al límite legal de tres mensualidades, podemos detallar las palabras dichas en Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona:

Esta norma se encuentra prevista para la constitución de las nuevas hipotecas a partir de la entrada en vigor de la Ley, (...), sin embargo para las hipotecas formalizadas con anterioridad a la Ley, en las que no se contempla tal previsión, podría el tribunal examinar si la cláusula es abusiva, pero no en el supuesto de que la entidad bancaria, pese al redactado de la cláusula, haya respetado el requisito ahora exigible para la reclamación. En efecto, del redactado de la norma se desprende que a partir de la entrada en vigor de la Ley, no podrá instarse demanda si no se ha cumplido este requisito para instar la acción (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 17.ª], núm. 352/2014 de 29 de octubre, [JUR 2015, 42365]).

Así pues, cuando se otorgó la escritura de que se trata en este caso la cláusula cuestionada era conforme a derecho en cuanto permitía el vencimiento por impago de una cuota de amortización. Por consiguiente no puede ser privada la entidad financiera del derecho a ejercitar dicha facultad de dar por vencida anticipadamente la operación, siempre que, al ejercitarlo, se ajuste a lo que ahora exige la ley, es decir, que haya dejado de pagarse la amortización durante al menos tres meses, como ocurrió

en este caso. De ese modo, en lo material, en lo que resulta más trascendente, se garantizará la actuación conforme a los actuales parámetros de abusividad, sin privar a las entidades financieras de un derecho que adquirieron conforme a la legislación vigente al contratar (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 16.ª] Auto núm. 253/2014 de 11 de noviembre, [JUR 2015, 42129]).

La Sala se ha pronunciado en distintas ocasiones, sobre la cuestión entendiendo que, si bien del redactado del apartado 2.º antes citado, se puede deducir que a partir de la entrada en vigor de la Ley en la formalización de la hipoteca se deberá contemplar en la cláusula de vencimiento anticipado al menos tres cuotas o más a convenir con el solicitante del préstamo hipotecario. Esta prevención no puede afectar a las hipotecas contratadas antes de la entrada en vigor de la norma, toda vez que, como bien expone la parte apelante, no cabe aplicar con efectos retroactivos la abusividad de la cláusula al afectar al título mismo. Ello no solo porque la ley no lo establece, tal como se desprende de las Disposiciones Transitorias, y por estar proscrito en nuestro ordenamiento (art. 2 del Código Civil). Solo cabría declarar abusiva la cláusula si la parte hace uso del vencimiento anticipado conforme a la misma, en otro supuesto supone una renuncia del derecho que en su día le asistía. En definitiva no puede sostenerse que el título constitutivo, que es el que confiere a la parte acreedora para acudir al cauce del procedimiento hipotecario por haber insertado una cláusula que, conforme a la actual doctrina y normativa es, ahora, nula, cuando no se hace uso (privilegiado) de la misma ateniéndose a la actual normativa, en caso contrario se quebraría con el derecho a acudir a este cauce hipotecario (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 14.ª], núm. 266/2014 de 24 de octubre [JUR 2014, 295203]).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Córdoba afirma que se ha producido una especie de *abusividad sobrevenida ex lege*, por lo que las cláusulas anteriores a la reforma deben ser ejercitadas conforme al nuevo plazo legal. No creo que se refiera a una abusividad sobrevenida absoluta que afecte a las cláusulas incluso en sede declarativa, sino en cuanto al ejercicio correcto de dicha facultad procesal. Concretamente, en el pronunciamiento se debatía la abusividad de una cláusula que había sido ejercitada ante el impago de una sola cuota:

Pero es que además nos encontramos claramente ante lo que podríamos denominar una especie de abusividad sobrevenida ex lege, desde el mismo momento que la ya citada Ley 1/2013 reformó el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de manera que el mismo exige el impago de tres mensualidades tanto para admitir la ejecución parcial por impago de algunas cuotas, como para iniciar la reclamación anticipada por la totalidad de la deuda (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba [Sección 1.ª], núm. 506/2014 de 20 de noviembre [AC 2014, 2124]).

Esta última postura me parece la más apropiada. El contenido de la nueva norma, concretamente el límite de tres mensualidades, no puede constituir un criterio para fundamentar en sede declarativa la nulidad de tales cláusulas. De ser así, la casi totalidad de las cláusulas confeccionadas con anterioridad a la reforma serían nulas y, por consiguiente, ninguna demanda apoyada en las

mismas debería ser admitida a trámite. Ello sería inadmisible, pues son válidas y lícitas conforme a la legislación y jurisprudencia imperantes en su momento. Sin embargo, bien diferente es que el nuevo límite legal deba ser respetado para el correcto ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado. Posiblemente, por este motivo, algunos jueces han defendido la aplicación retroactiva, aunque sea de carácter procesal, del nuevo artículo 693.2 de la LEC. Es digno de destacar un Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada, de 14 de julio de 2014, según el cual *la nueva ley debe aplicarse al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado porque el ejercicio es posterior a su entrada en vigor*¹³, hablando de una retroactividad tácita. Para argumentar esta posición, señala dicho Juzgado:

*Podría argüirse que la cláusula de vencimiento anticipado es válida por estar celebrada conforme a la legislación anterior (art. 2.3 del Código Civil y arg. disp. trans. 2.ª del Código Civil). Sin embargo, aunque se asumiera esta tesis (quod non), cabría redargüir, desde luego, que el vencimiento anticipado no se pactó con efecto automático sino que supone un acto jurídico de ejercicio de una facultad o poder jurídico extintivo que debe regirse por la nueva legislación (arg. disp. trans. 2.ª del Código Civil in fine) por lo que, en verdad, la aplicación de la nueva ley al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado (novus actus del prestamista) no supone una aplicación retroactiva (tempus regit actum). Diversamente, emplear la nueva ley como regla del juicio de la validez de la propia cláusula de vencimiento anticipado sí es una aplicación retroactiva atenuada o de grado mínimo respecto a un efecto potencial de la relación jurídica pero, según nuestro criterio, la retroactividad tácita y una interpretación teleológica de la validez de la cláusula lo permitirían*¹⁴.

2. LA CREACIÓN JUDICIAL DE UNA «NUEVA REGLA DE VALORACIÓN DE LA ABUSIVIDAD» EN SEDE EJECUTIVA

Parece existir una posición judicial generalmente aceptada, al menos en su aplicación. Como vimos, la mayoría de la jurisprudencia postula la no retroactividad de la norma. Así, se dice que *la mencionada Ley 1/2013 no puede dar lugar a la nulidad, por ilicitud de cláusulas contractuales que no contravenían ninguna disposición legal y estaban permitidas cuando se establecieron, puesto que tal efecto retroactivo no es expresamente sancionado*¹⁵. Se defiende, salvo ciertas circunstancias, su validez. Sin embargo, llegar a tal conclusión, es decir, defender su «validez contractual» no significa para ciertos Tribunales que deba ampararse su ejercicio conforme a su redacción literal, es decir, un ejercicio por el pago de una o dos cuotas solamente. Para evitar esta situación, no se utiliza únicamente el argumento de la retroactividad procesal, sino que múltiples Tribunales hacen uso actualmente de una nueva regla centrada en la necesidad de valorar la abusividad, *en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria, no en abstracto, con base solo en la previsión contractual, sino teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso y la entidad del pago que dio lugar a que el prestamista diese por vencido anticipadamente el préstamo*¹⁶. De este modo, el examen de abusividad no se desarrolla mediante un análisis abstracto de la cláusula, es decir, examinando su redacción literal, sino atendiendo a otras circunstancias¹⁷, como es el plazo usado por la entidad para ejercitar la facultad de vencimiento anticipado. Ello permite apreciar, entre otras cosas, si

el plazo ejercitado respeta el nuevo límite legal de tres mensualidades. Se ha creado en sede judicial una nueva regla de valoración de la abusividad dentro del proceso de ejecución hipotecaria, una regla que permite salvar el escollo de aceptar una aplicación retroactiva, aunque sea de carácter procesal. De hecho, como veremos a continuación, gracias a ella se ha configurado un nuevo «test de abusividad» del que se derivan nuevos o renovados criterios para declarar nulas estas cláusulas.

Hay que señalar que este proceder se está viendo reflejado en la generalidad de pronunciamientos judiciales dictados, pues en la mayoría se discuten cláusulas que, según su redacción literal, se activan por el impago de una sola cuota, pero los tribunales no atienden para analizar la abusividad a la «cláusula en papel», sino a las circunstancias que rodean su ejercicio procesal. Así, creemos entender que la mayoría de nuestros jueces parecen decir a los acreedores hipotecarios lo siguiente: ustedes no se preocupen, si la cláusula de vencimiento anticipado está redactada conforme al impago de una o dos cuotas, dicha cláusula debe reputarse válida por ser conforme a la legislación anterior, pero si hacen uso de la misma, les pedimos que la ejerciten conforme dispone la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC, es decir, respetando el límite de las tres mensualidades¹⁸, así como los criterios de la doctrina del TJUE¹⁹, pues, de no hacerlo, podremos decretar la nulidad de la cláusula ejercitada.

Desde mi punto de vista, se trata de una interpretación, acorde con las circunstancias y cambios producidos, que permite al acreedor hipotecario activar la cláusula de vencimiento anticipado, un derecho que tenían reconocido con carácter previo a la reforma, eso sí, siempre que respete el mínimo legal fijado, sin que dicho derecho sea perturbado. El uso judicial de este criterio supondría no poder inadmitir la demanda a trámite en base únicamente a su redacción literal, sino que la demanda debería ser admitida y luego valorarse la abusividad en torno a cómo haya ejercitado el acreedor la facultad de vencimiento anticipado. Esta actuación es la más adecuada, pues piénsese que una interpretación diferente, hablar de una *abusividad sobrevenida ex lege* en una amplitud total, impediría que la casi totalidad de las cláusulas previas a la reforma pudieran ser ejercitadas por parte de los acreedores hipotecarios o, bien, que todos ellos se vieran en la difícil situación de modificarlas, al ser necesario el consentimiento necesario del deudor. Así, con esta práctica judicial se busca evitar que se decrete una nulidad *ex lege* que afecte a miles de préstamos hipotecarios, impidiendo a los acreedores ejercitar la facultad de vencimiento anticipado, una facultad concedida por la anterior normativa.

3. NUEVOS «PELIGROS INTERPRETATIVOS» EN EL HORIZONTE

A pesar de haberse alcanzado cierta calma judicial, se puede avecinar una nueva tormenta interpretativa capaz de tambalear la tan costosa y creativa práctica judicial construida que, como puede intuirse, busca fomentar y asegurar un «ejercicio proporcionado» de las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma. Y es que, la Audiencia Provincial de Barcelona, en Auto de 29 de septiembre de 2014, ha declarado nula una cláusula, no porque en sede contractual estuviera fijado su ejercicio por el impago de una cuota, sino porque considera que efectuar su ejercicio fuera de ese plazo, tres mensualidades, constituye un supuesto de integración no admitido por la jurisprudencia comunitaria. Exactamente dice:

Pero permitir que pese a la presencia de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota en la escritura y en la inscripción deba admitirse el vencimiento anticipado cuando se incumplan tres o más cuotas es un caso de integración del contrato en beneficio del pre-disponente que está vetado en España como tiene declarado la STJUE de 14 de junio de 2012 y como dispone el artículo 65 TRLGDCU (art. 6.1 Directiva según las SSTJUE 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013); es más, si se «renuncia» a la cláusula de vencimiento anticipado, en sus términos (impago de una sola cuota), esta no existe, por lo que mal puede proponerse una integración por la propia parte (más de tres vencimientos); en sí, la cláusula es abusiva, por lo que debe expulsarse del contrato; debiendo considerarse nula por abusiva, y siendo la que ha fundamentado el despacho de ejecución, procedería no solo declarar nula por abusiva esa cláusula financiera, sino además acordar el sobreseimiento del procedimiento, imponer las costas a la ejecutante (arts. 561.2 y 394 LEC), y ALZAR los embargos y medidas de garantía en su caso acordadas, reintegrándose a los ejecutados a la situación anterior al despacho de ejecución, sin perjuicio del recurso de apelación (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 13.^a], núm. 192/2014 de 29 de septiembre, [JUR 2014, 295484]).

Hay que advertir, sobre esta cuestión, que el Juzgado de Primera Instancia de Santander núm. 2, en Auto de fecha de 19 de noviembre de 2013, planteó una cuestión prejudicial al TJUE, pues el Banco dio por vencido el préstamo e inició la ejecución hipotecaria tras el impago de cuatro cuotas correspondientes a los meses de julio a octubre de 2012, cuando la cláusula fijaba el vencimiento por el impago de una sola cuota. Una práctica que está admitiendo la gran mayoría de nuestros tribunales. Ante este hecho, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander se pregunta *si esta estrategia unilateral del Banco no constituye una integración prohibida por el TJUE... Si el efecto disuasorio no se compadece con que el Banco que ha forzado un pacto abusivo salve su nulidad con el sencillo expediente de esperar a que pase el tiempo*, cuestionándose si en estos casos debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional²⁰.

Ante la cuestión prejudicial formulada, tengo mis dudas sobre cuál será el fallo del TJUE. Lo que sí sé es que nuestros tribunales no paran de «rizar el rizo» sobre la nulidad o validez de las cláusulas anteriores a la reforma, una situación que está provocando una gran inseguridad jurídica en lo que atañe al proceder por parte de las entidades de crédito, aunque con ello se esté buscando, paralelamente, una mayor protección para el deudor hipotecario. Primero se les dice que las cláusulas son válidas, pero que las ejerciten ante el impago de un mínimo de tres mensualidades. Y ahora, si esperan más tiempo para ejercitar la facultad de vencimiento anticipado, que es lo que ha perseguido la nueva práctica judicial, ello puede constituir un supuesto no admisible de integración. Las entidades de crédito desconocen cómo van a responder nuestros tribunales. Los que consideren que la nueva redacción se aplica retroactivamente, inadmitirán la demanda, en base a la posible nulidad sobrevenida *ex lege* de tales cláusulas. Los que piensan que no cabe aplicación retroactiva, pero que la facultad de vencimiento anticipado se debe ejercitar conforme al límite de tres mensualidades, admitirán la demanda y luego valorarán la abusividad de la cláusula conforme a la «nueva

regla judicial». Y por último, están aquellos otros que declararán la nulidad por haber esperado el acreedor más tiempo del fijado en la cláusula para proceder a su ejercicio, al constituir un supuesto de integración inadmisibles. Esta divergencia judicial no permite saber cuándo se debe formular una demanda solicitando el despacho de la ejecución, ni si esta será admitida o no, ni en base a qué criterios se valorará la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Recordemos que la nulidad entraña efectos perjudiciales para toda entidad bancaria. Por ello, se debe mantener un mínimo de coherencia en la práctica judicial.

A lo mejor, lo más sencillo y conveniente, hubiera sido defender la aplicación retroactiva del artículo 693.2 de la LEC o, bien, que el legislador hubiera previsto una modificación legal extraordinaria de las cláusulas de vencimiento existentes con anterioridad a la reforma, sin consentimiento del deudor. Lo que no puede admitirse es que esta contienda interpretativa esté vulnerando un derecho reconocido con anterioridad a los acreedores hipotecarios. Pero como nada de lo anterior se ha hecho, en mi opinión, los Tribunales deberían seguir la posición mayoritaria aplicada por nuestra jurisprudencia, es decir, admitir la demanda y, posteriormente, valorar la abusividad conforme a la nueva regla sentada, no en abstracto, sino atendiendo a las circunstancias del caso y a cómo se haya ejercitado la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor hipotecario, en base al nuevo «test de abusividad» que se ha configurado judicialmente. De no ser así, de responder el TJUE de forma positiva a la cuestión prejudicial del Juzgado de Santander, los bancos se verán obligados a ejercitar la facultad de vencimiento anticipado por el impago de una o dos cuotas únicamente, y lo más gracioso, es que entonces algunos Tribunales les dirán que ello constituye un incumplimiento grave, declarando la nulidad de la cláusula. Vamos, que hicieran lo que hicieran, la cláusula siempre estaría abocada a la declaración de nulidad. Al parecer hay ciertos Tribunales cuya intención es que los bancos, escojan el camino que escojan, no puedan librarse de la temida nulidad.

4. EL NUEVO «TEST DE ABUSIVIDAD» CREADO EN SEDE EJECUTIVA

Centrándonos en el asunto, y tras la crítica efectuada, se van a desglosar los criterios seguidos actualmente por la jurisprudencia mayoritaria para efectuar el llamado «test de abusividad» de las cláusulas de vencimiento anticipado existentes con carácter previo a la reforma, eso sí, dentro de un proceso de ejecución hipotecaria. Recordemos, que estos Tribunales examinan la abusividad en torno a una nueva regla: esta no se valora en abstracto, sino atendiendo a otras circunstancias. Concretamente se tienen en cuenta criterios derivados de la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC y de la doctrina sentada por el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013, unos criterios centrados en valorar las circunstancias que rodean el ejercicio de la facultad de vencimiento por parte del acreedor hipotecario.

A. *El artículo 693.2 de la LEC como «criterio interpretativo de ponderación»*

Comencemos por el criterio derivado de la redacción del artículo 693.2 de la LEC. Al analizar la abusividad de las cláusulas anteriores a la reforma, muchos tribunales están tomando en consideración el límite legal de tres mensualidades fijado por el artículo 693.2 de la LEC. En concreto, estos jueces no llevan

a cabo una aplicación directa del precepto, al negar su carácter retroactivo, pero si utilizan esta nueva norma como «criterio interpretativo de ponderación», comparando el plazo legal fijado de tres mensualidades con el plazo utilizado por el acreedor hipotecario para ejercitar la facultad de vencimiento anticipado, o sea, examinando si este es inferior o superior. Es una forma novedosa que evita afirmar el carácter retroactivo de la norma, pero que a la vez permite su aplicación para determinar el carácter abusivo de las cláusulas anteriores a la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC. De hecho, se llega a afirmar judicialmente que el nuevo texto constituye una «pauta interpretativa» de lo que debe ser un incumplimiento grave en este contexto económico y social²¹, una posición manifestada de forma expresa por diversa jurisprudencia y seguida, de forma implícita, por otros tribunales²². En este sentido, dice la Audiencia Provincial de Barcelona:

Ciertamente este precepto fue redactado conforme a la reforma de la LEC llevada a efecto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013; normativa posterior a la fecha en la que la entidad financiera había dado por resuelto el contrato. Por lo tanto la norma como tal no puede aplicarse con carácter retroactivo. Sin embargo el citado precepto no deja de ser un criterio interpretativo para poder ponderar si una cláusula es o no abusiva, si el acreedor puede dar por vencido el contrato con el impago de tres plazos parece razonable entender que el vencimiento anticipado por impagos inferiores a tres plazos puede considerarse abusivo (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 17.ª], núm. 352/2014 de 29 de octubre, [JUR 2015, 42365]).

Igualmente, el artículo 693.2 de la LEC es usado como «criterio interpretativo» por la Audiencia Provincial de Granada para justificar la gravedad y la abusividad del ejercicio de una cláusula de vencimiento anticipado ante el mero impago de dos cuotas mensuales:

Esta conclusión se establece al margen del contenido actual del artículo 693.2 LEC, que si bien ciertamente no es aplicable en este caso, si sirve desde luego como criterio interpretativo, para determinar cuando estamos ante un incumplimiento con gravedad suficiente para estimar válido y operativo el vencimiento anticipado por el que opta la entidad financiera. Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), núm. 164/2014 de 26 de septiembre, (JUR 2015, 2138).

La elevación judicial del artículo 693.2 de la LEC a criterio interpretativo de ponderación de la abusividad comporta que el límite legal de tres mensualidades, reservado a cláusulas de vencimiento anticipado posteriores a la reforma, sea plenamente aplicable a cláusulas anteriores como un «nuevo criterio de abusividad». Esto significa que por mucho que estas cláusulas hayan sido declaradas válidas, cuando sean ejercitadas ante el impago de una o dos mensualidades, podrán ser declaradas nulas *a posteriori* por nuestros tribunales atendiendo a su ejercicio conforme a este nuevo límite legal. Es una forma de impedir un ejercicio distinto, dependiendo de cuando se haya suscrito la cláusula, y también de exigir un «ejercicio correcto» conforme a la intención reflejada por nuestro legislador. En cierto modo, es una manera de aplicar indirectamente el citado precepto, aunque hubiera sido más fácil admitir la retroactividad procesal de la norma.

No obstante, el límite legal de tres mensualidades no constituye actualmente el único criterio a tener en cuenta para decretar la nulidad de estas cláusulas.

B. Criterios derivados de la doctrina del TJUE

Como adelantamos al inicio del trabajo, en su sentencia de 14 de marzo de 2013, el TJUE configuró una serie de criterios para examinar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado. En concreto, según esta reciente doctrina, el juez debe comprobar cuatro circunstancias: 1) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; 2) si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; 3) si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y, por último, 4) si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Desde que la doctrina del TJUE saliera a la luz, está siendo aplicada y mencionada de forma constante por nuestra jurisprudencia a la hora de determinar la licitud y validez de las cláusulas suscritas con anterioridad a la reforma del artículo 693.2 de la LEC. Siendo evidente y palpable su uso por nuestros tribunales, merece ser objeto de estudio, pues nos encontramos ante nuevos o renovados criterios para ponderar la abusividad o, dicho de otra forma, ante un nuevo «test de abusividad». Veamos, de forma separada, la aplicación judicial de los criterios enumerados.

a) Incumplimiento de «carácter esencial»

Respecto al primer criterio, tendente a valorar si el incumplimiento del consumidor hipotecario reviste carácter esencial, hay que señalar que este ya fue introducido por nuestro Tribunal Supremo. Debe recordarse que nuestro Alto Tribunal ya calificaba como *justa causa* para el vencimiento anticipado *una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas* por parte del deudor. De hecho, como ejemplo de dejación de obligaciones, hacía referencia al *incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo*²³. Es cierto que no se mencionaba el número de cuotas que debían ser impagadas por el deudor para poder encontrarnos ante un incumplimiento de «carácter esencial». Sin embargo, la práctica judicial pareció mostrar que bastaba el simple impago de una cuota de amortización para poder encontrarnos ante un incumplimiento de estas características. Actualmente, esta posición es apoyada por la jurisprudencia mayoritaria. Así, en un Auto reciente, dice la Audiencia Provincial de Girona:

(...) podemos empezar diciendo que el vencimiento anticipado por incumplimiento del pago de los plazos mensuales no es una cláusula abusiva, pues la devolución del préstamo en los plazos estipulados es la obligación principal del prestatario (...) (Auto de la Audiencia Provincial de Girona [Sección 1.ª], núm. 317/2014 de 22 de diciembre, [JUR 2015, 17353])²⁴.

Visto lo anterior, puede decirse que esta regla no es suficiente para poder declarar abusiva una cláusula de vencimiento anticipado. De ahí que, seguramente, según el TJUE, esta deba ser complementada con otras. No obstante, algún Tribunal, tras la redacción dada por el nuevo artículo 693.2 de la LEC considera el límite legal de tres mensualidades como un *dato o elemento objetivo a partir del cual ha de entenderse que se ha producido ese incumplimiento esencial*²⁵.

b) Incumplimiento de «carácter suficientemente grave» con base a parámetros cuantitativos y temporales

En segundo lugar, el juez debe comprobar si la facultad de vencimiento anticipado del acreedor hipotecario se ha ejercitado ante un incumplimiento del deudor que revista *carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo*. En otras palabras, como dice la Audiencia Provincial de Alicante, se exige *que la conducta desencadenante atribuible al cliente y que apoye la operatividad de la facultad tenga, objetivamente, entidad suficiente, tanto cualitativa como cuantitativamente*²⁶. Este criterio ha sido elevado a criterio esencial²⁷ y determinante²⁸ por parte de nuestra jurisprudencia, algo plenamente lógico, al comprobar cómo el criterio anterior resulta insuficiente para defender la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. Hay que señalar que, en cierta parte, nuestro Tribunal Supremo ya postulaba también dicho criterio cuando señalaba en varias sentencias que el ejercicio abusivo de este tipo de cláusulas podía proclamarse *en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario*²⁹. No obstante, hemos necesitado el influjo de la doctrina del TJUE para proceder a una mayor aplicación del mismo.

Como manifiesta el Juzgado de Primera Instancia de Granada, para valorar el carácter suficientemente grave del incumplimiento, así como el ejercicio desproporcionado y no equitativo de la facultad de vencimiento anticipado, debemos atender a *parámetros cuantitativa o temporalmente graves*³⁰. Es decir, el carácter suficientemente grave del incumplimiento se debe apreciar en base a la duración y cuantía del préstamo. Ello obliga a analizar la gravedad del incumplimiento, si este reviste entidad suficiente, valorando, entre otras circunstancias, el porcentaje del impago atendiendo a la totalidad de la deuda restante, el tiempo que restaba para el vencimiento natural del crédito, la duración total del préstamo hipotecario o, bien, el número de cuotas impagadas. El problema de este criterio es que su valoración queda en manos de la discrecionalidad judicial.

En cuanto al número de cuotas impagadas, algunos tribunales rechazan, de forma rotunda y automática, como incumplimiento grave el impago de una sola cuota de amortización. Esgrime la Audiencia Provincial de Madrid, *en cuanto al parámetro cuantitativo, no parece que sea admisible un mero retraso, sino que es exigible un incumplimiento efectivo respecto del pago de las amortizaciones*³¹. En este mismo sentido, dice el Juzgado de Primera Instancia de Granada, *en todo caso la cláusula de vencimiento anticipado pactada que permitía la resolución con un solo incumplimiento, por previsible que fuera, debe ser reputada como abusiva dado que no se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*³². Igualmente, así lo afirma el Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada, considerando que la doctrina del TJUE *descarta implícitamente el ajuste al Derecho comunitario de toda regulación que consienta la terminación del contrato por el*

incumplimiento de una sola cuota (mínimo incumplimiento de los posibles) en un contrato con multiplicidad de cuotas iguales y larga duración. En concreto, señala:

Justamente, el impago de una sola cuota no supone la frustración del fin del contrato porque no afecta al todo ni a una parte relevante de la obligación de restitución del prestatario. En abstracto, el impago de una cuota no es necesariamente doloso ni gravemente negligente. Además, no proporciona una razón suficiente, por sí misma, para predecir el incumplimiento futuro ya que el impago puede deberse a retraso o descuido, circunstancias suficientemente frecuentes como para que no quepa atribuir el incumplimiento, sin más, a la intención de incumplir o a una desconsideración hacia el cumplimiento (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada [Provincia de Madrid], de 14 de julio de 2014, [AC 2014, 1065]).

Al parecer si alguna cláusula se ejercita por el impago de una cuota, y la demanda no es inadmitida a trámite, será, en principio, considerada nula por no constituir un incumplimiento grave. A pesar de lo anterior, existe algún tribunal, como la Audiencia Provincial de Madrid, que, en sentencia de 30 de septiembre de 2014, ha declarado la licitud y validez de una cláusula de vencimiento anticipado por el impago de una sola cuota. Argumenta la no abusividad en base a la duración del préstamo (de nueve años) y a su cuantía (19.000 euros), tomando a su vez como referencia el plazo de duración del préstamo debatido ante el TJUE, cuya duración era de treinta y tres años³³. Otros, por su parte, han esgrimido que el impago de dos cuotas no reviste un carácter suficientemente grave:

Por otra parte la entidad financiera profesional ha hecho uso de tal facultad contractual, cuando el incumplimiento no tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo. (...) En estas condiciones, solo podemos, sin aplicar retroactivamente ninguna norma, concluir que la ejecución se ha despachado, por el impago de dos cuotas únicamente, en base a una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, como es el caso, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista. En definitiva, dado que por dos impagos, no cabe estimar procedente la resolución anticipada del préstamo, en que realmente se sustenta la ejecución despachada, procede en definitiva confirmar el sobreseimiento del procedimiento (Auto de la Audiencia Provincial de Granada [Sección 3.ª], núm. 164/2014 de 26 de septiembre [JUR 2015, 2138]).

Incluso a pesar de la dicción literal del artículo 693.2 de la LEC, no aplicable a estas cláusulas de forma retroactiva, algunos Tribunales como el Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada ha postulado, en Auto de 25 de mayo de 2014, citado anteriormente, que, a pesar de la redacción de este nuevo precepto y el límite de tres mensualidades, en un préstamo con una duración de treinta años no puede considerarse el impago de tres mensualidades como un *incumplimiento esencial del contrato, con entidad suficiente*³⁴. Siendo así, como a estas cláusulas no les resulta de aplicación retroactiva el artículo 693.2 de la LEC, puede ocurrir que haya tribunales que consideren abusivo el ejercicio de la facultad de venci-

miento anticipado aunque el impago equivalga a tres mensualidades e, incluso, que sea abusivo el ejercicio de la facultad de vencimiento aun habiéndose producido el impago por un número de cuotas superior. Ello se debe a la necesidad de sopesar otras circunstancias, como pueden ser la duración del préstamo o el porcentaje de impago.

Con base a lo anterior, con carácter general se considera incumplimiento de entidad suficiente y grave el impago de cinco³⁵, seis³⁶, siete³⁷, nueve³⁸, doce³⁹ o trece⁴⁰ mensualidades. De hecho, se ha dicho que la actitud por parte de la entidad bancaria de esperar un plazo superior a lo previsto en el artículo 693.2 de la LEC es una *actuación prudente indicativa de buena fe contractual*⁴¹. No obstante, esta no está siendo siempre la tónica general con base en otros factores, pues no se atiende únicamente a este criterio cuantitativo. Así, por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia de Granada, a pesar de la dicción del artículo 693.2 de la LEC, que no es aplicable, declaró abusivo el ejercicio de una cláusula por impago de cuatro mensualidades, pues, según este, la cantidad dejada de pagar equivalía únicamente a un 0,328% del total de la deuda y el incumplimiento representaba un 1,01% del plazo temporal pactado⁴². Con ello se comprueba la necesidad de valorar igualmente el volumen del impago respecto al del importe de la operación⁴³. Destaca también un Auto reciente de 22 de diciembre de 2014 de la Audiencia Provincial de Girona donde, a pesar de haberse producido el impago de cuatro mensualidades, se declara la abusividad del ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado. Lo que llama aquí la atención es que el juez tuvo en cuenta, no solo factores cuantitativos y temporales, sino también la voluntad de pago del deudor y la difícil situación que puede atravesar un deudor hipotecario como consecuencia de la crisis económica⁴⁴. Otros consideran abusiva una cláusula por no concurrir *insolvencia sobrevenida del deudor o claro peligro de que no pueda atender la prestación principal*⁴⁵. Por último, en otro caso sustanciado ante la Audiencia Provincial de Barcelona, aunque se produjo el impago de diez cuotas, se consideró pertinente la oposición a la ejecución del deudor por otro criterio que veremos a continuación, la inexistencia de medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los económicamente graves efectos del vencimiento anticipado del préstamo⁴⁶.

En resumidas cuentas, podemos afirmar, respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma, que el límite legal de tres mensualidades, no aplicable de forma retroactiva, pero sí como criterio interpretativo o elemento objetivo de valoración, no es criterio suficiente para calificar de forma directa y automática el impago de tres o más mensualidades como un incumplimiento de «carácter suficientemente grave». Para ello, según nuestra jurisprudencia, será necesario valorar otras circunstancias, otros parámetros cuantitativos y temporales⁴⁷, e, incluso, la voluntad de pago del deudor o su riesgo de insolvencia en aquel momento⁴⁸. De no ser así, se estaría desoyendo el principal postulado del TJUE.

- c) La facultad de vencimiento anticipado como «excepción» respecto a las normas aplicables en la materia

Sobre esta cuestión se ha pronunciado ya cierta jurisprudencia. En concreto, se ha afirmado que *la facultad de vencimiento anticipado del banco supone una excepción al régimen general legal*, diciendo que esta *se desvía del Derecho dispositivo* atendiendo a lo estipulado con carácter general en los artículos 1125 y 1129

del Código Civil, así como al artículo 127 de la Ley Hipotecaria. Estos preceptos ponen de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico exige *incumplimientos de las obligaciones contractuales de mayor entidad, para considerar frustrado el objeto del contrato*⁴⁹. De modo que, generalmente, al apartarse la cláusula de vencimiento anticipado de la regla general, esta es configurada como una excepción existente dentro del tráfico hipotecario. No obstante, existen Tribunales que no consideran que estas cláusulas puedan ser consideradas una excepción, encontrándose, pues, dicha cuestión en debate:

En segundo lugar, tal facultad no es una excepción según las reglas y principios del Derecho civil, pues conforme dispone el artículo 1124 del Código Civil (LEG 1889, 27), la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, pero además, se permite expresamente en el artículo 693 de la LEC (Auto de la Audiencia Provincial de Girona [Sección 1.ª], núm. 25/2015 de 26 de enero [AC 2015, 417]).

- d) Existencia de «medios adecuados y eficaces» que permitan al consumidor poner remedio a los efectos derivados del vencimiento anticipado del préstamo

Para efectuar el análisis de este criterio debemos partir señalando que estamos analizando las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios y, por lo tanto, dicho criterio debe examinarse atendiendo a los medios adecuados y eficaces de que dispone todo consumidor hipotecario, no cualquier otro consumidor, dentro de nuestro ordenamiento jurídico para evitar los efectos derivados del vencimiento anticipado, principalmente, la ejecución de la vivienda familiar.

Pues bien, muchos jueces consideran que el consumidor hipotecario dispone de medios adecuados y eficaces. Para ello acuden al artículo 693.3 de la LEC, un precepto que permite al deudor, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, poder liberar el bien consignando las cantidades debidas hasta el momento al acreedor hipotecario. Así lo afirma la Audiencia Provincial de Barcelona diciendo: *la finca hipotecada es la vivienda habitual de los deudores hipotecantes, y la ley establece un medio adecuado y eficaz para neutralizar los efectos del vencimiento anticipado*⁵⁰. Dice, con otras palabras, la Audiencia Provincial de Asturias:

(...) en todo caso al existir en nuestro Derecho una previsión, —la contenida en el artículo 693.3 de la LEC (...), aun en la redacción originaria a la fecha en que el vencimiento se acordó por la entidad financiera, y en la actualidad, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013 de 14 de mayo (...), ampliada— que permite anular en forma completa los efectos del vencimiento y resolución anticipada, mediante el pago parcial de las cantidades efectivamente adeudadas con sus intereses y costas, es claro que al ser posible enervar la resolución anticipada y la acción hipotecaria instada en base a la misma, hoy suspendida cautelarmente, mediante dicho pago parcial, no puede decirse que el vencimiento anticipado resulte abusivo, en cuanto basta para dejar sin efecto tal resolución con el pago o consignación simultánea en el procedimiento en que se hace valer el mismo, para dejarlo sin efecto, razones que junto a las contenidas en la sentencia recurrida determinan el rechazo de la abusividad postulada (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias [Sección 6.ª], núm. 30/2014 de 3 de febrero [JUR 2014\63488]).

No obstante, a pesar de estas consideraciones, no todos los tribunales están de acuerdo. Así lo estipula el Juzgado de Primera Instancia de Granada, respecto a la vía configurada en el artículo 693.3 de la LEC, al tener en cuenta, para hacer ese *juicio de adecuación y eficacia*, cómo en el contexto de la crisis económica el legislador se ha visto obligado a establecer una moratoria en el lanzamiento de dos años cuando se haya de ejecutar la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en circunstancias económicas extremas⁵¹. Algunos tribunales van más allá, manifestando que si se abriera posteriormente un segundo, o tercero, proceso de ejecución y el deudor hipotecario no pudiera redimir el pago por no haber transcurrido un periodo de tres años desde la anterior ejecución (art. 693.3 I de la LEC), este impedimento debería ser tomando en consideración para determinar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. De modo que, estas cláusulas no podrían reputarse abusivas, *siempre que el deudor tenga derecho a subsanar el incumplimiento en un plazo razonable o a redimir las cantidades vencidas a la fecha de la redención, lo que en nuestro Ordenamiento sucede ante la primera ejecución hipotecaria de la vivienda habitual*⁵², pero no siempre en ejecuciones posteriores. Otros consideran que la eficacia de este medio sería cuestionable si el acreedor se opusiese al pago de la cantidad debida⁵³.

A pesar de lo anterior, como han evidenciado ciertos Tribunales, también se deberían sopesar los remedios puestos a disposición por parte del acreedor hipotecario, no solo en base a la buena fe contractual, sino también respecto al Código de Buenas Prácticas, aplicable a ciertas entidades de crédito⁵⁴. En concreto, se debería valorar la existencia de requerimientos de pago o notificaciones por parte del acreedor hipotecario, en virtud de las cuales se conceda al deudor la posibilidad de sufragar las cuotas de amortización no pagadas. Así lo hizo la Audiencia Provincial de Barcelona en un Auto de 11 de noviembre de 2014⁵⁵. Piénsese, como recuerda algún juez, que nuestro Tribunal Supremo señalaba que el ejercicio de buena fe de esa facultad unilateral del prestamista requería de su exteriorización frente al deudor⁵⁶. De hecho, como expone la Audiencia Provincial de Girona, la buena fe contractual exige al acreedor buscar una solución a los impagos⁵⁷. No es permisible que un acreedor proceda al ejercicio de esta facultad directamente sin haber ofrecido con anterioridad al deudor soluciones de pago, como puede ser la reestructuración de la deuda, el ofrecimiento de quitas, moratorias, etc. Recordemos, como señala el último pronunciamiento judicial citado, que incluso el Banco Central Europeo, en su dictamen de 22 de mayo de 2013, ha subrayado la conveniencia de que los prestamistas adapten sus prácticas de gestión de los incumplimientos a fin de evitar las ejecuciones hipotecarias⁵⁸.

En base a estos motivos, y a pesar de la negación de ciertos Tribunales⁵⁹, considero que no solo se deben valorar los remedios ofrecidos legalmente por nuestro ordenamiento jurídico, como el artículo 693.3 de la LEC, sino también aquellos remedios que la buena fe contractual exige al acreedor hipotecario, cuya inexistencia debería provocar en la práctica judicial que se declare la abusividad de ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado. Es decir, la abusividad no solo debe quedar excluida por la existencia del remedio fijado en el artículo 693.3 de la LEC, sino también por haber existido, de forma previa a la ejecución, remedios cuyo ofrecimiento impone la buena fe contractual al acreedor hipotecario. Llegar a tal conclusión permite evitar que estas cláusulas sean ejercitadas por los acreedores hipotecarios en épocas de conveniencia económica. Dice, así, la Audiencia Provincial de Barcelona:

Por lo tanto, para que proceda la resolución del contrato, es necesario que, además de que quien promueve la resolución haya cumplido las obligaciones que le correspondieran, por una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», lo cual expresa, en sentido negativo, la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 13.ª], núm. 230/2014 de 17 de octubre [AC 2014, 1998]).

Concluyendo este apartado, este examen de abusividad nos permite afirmar, en cierta medida, que las cláusulas anteriores a la reforma, válidas *a priori* contractualmente, pueden devenir en sede ejecutiva nulas, dependiendo de las circunstancias en las que el acreedor hipotecario haya ejercitado la facultad de vencimiento anticipado⁶⁰. De este modo, por mucho que el impago de una sola cuota sea válido en sede material, esta nueva jurisprudencia, salvo casos excepcionales, considerará su ejercicio abusivo, salvo que la entidad bancaria haya esperado un plazo mayor al estipulado para efectuar el vencimiento anticipado y se cumplan otra serie de circunstancias. Lo importante no es, pues, su proyección literal, sino su proyección procesal. Incluso puede ocurrir al revés, que la cláusula contractual sea considerada abusiva por el juez, pero como su ejercicio se efectuó por incumplimiento grave, esta no devenga posteriormente nula. Un ejercicio correcto parece permitir la «automoderación» de una cláusula abusiva, deviniendo válida. Así sucede, por ejemplo, en un caso donde se establecía contractualmente una cláusula de vencimiento anticipado por una sola cuota de amortización, pero el banco esperó quince mensualidades para proceder a la reclamación total de la deuda:

Ahora bien, consta en la demanda de ejecución y en los documentos que a la misma se acompañan que la facultad de vencimiento anticipado no se ha ejercitado cuando se ha impagado una sola cuota, sino cuando se ha constatado el impago de 15 cuotas de amortización, según se desprende del acta de fijación de saldo deudor de fecha 25 de abril de 2012. Entendemos que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado se ha llevado a cabo cuando se ha producido un incumplimiento grave de la obligación esencial que incumbe a todo prestatario de abonar las cuotas de amortización del préstamo para la devolución de lo prestado. Estamos ante un incumplimiento grave, reiterado y mantenido en el tiempo. En consecuencia, puede afirmarse que, aunque en el contrato de préstamo se estableció el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, que como hemos dicho, ha de reputarse abusivo, entendemos que si dicho vencimiento anticipado y la subsiguiente reclamación judicial se deducen cuando se han materializado el impago de las cuotas en los términos previstos en el artículo 693.2 de la LEC, no se apreciará el ejercicio abusivo de la facultad contractualmente prevista. En el presente caso, ejercitada la reclamación judicial cuando se habían impagado 15 cuotas, entendemos que no debemos apreciar el ejercicio abusivo de dicha facultad (Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz [Sección 8.ª], núm. 163/2014 de 30 de septiembre, [JUR2014\300263]).

La nueva practica judicial ha diseñado un nuevo «test de abusividad» en el seno de los procesos de ejecución hipotecaria, derivado de una «nueva regla de valoración» en virtud de la cual la abusividad no se examina en abstracto, sino en base a las circunstancias que rodean el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado. Dicho test, como hemos visto, se está efectuando atendiendo, por un lado, a la redacción del nuevo artículo 693.2 de la LEC, que, según ciertos jueces, constituye un nuevo criterio interpretativo, y, por otro, en base a los criterios sentados por el TJUE, aplicados generalmente por nuestros tribunales. El simple hecho de no respetar alguno de los criterios señalados permite que la cláusula sea declarada nula o, bien, inaplicada.

3. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y SUS EFECTOS. LA POSIBLE «NULIDAD SOBREVENIDA» DEL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Declarar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria comporta una serie de efectos de indudable transcendencia. En concreto, la declaración de nulidad⁶¹ o *ineficacia sustantiva o procesal*⁶² de la cláusula conlleva, no solamente el sobreseimiento del procedimiento (art. 695.3 de la LEC), sino también que la cláusula sea expulsada del contrato, se tenga por no puesta (art. 83 TRLGDCU)⁶³, sin posibilidad de integración o moderación⁶⁴, aunque otros tribunales hablan más bien de inaplicación. Estaríamos ante un caso de nulidad parcial, quedando subsistente el préstamo hipotecario sin la mencionada cláusula⁶⁵. Esto último provoca que el acreedor solo pueda hacer uso de la vía prevista en el artículo 693.1 de la LEC, reclamación limitada a la parte del capital impagado⁶⁶, o, bien, pueda volver a ejercitar la cláusula de vencimiento anticipado, eso sí, siempre y cuando se cumplan las condiciones fijadas en la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC⁶⁷, algo harto difícil pues necesita el consentimiento del deudor hipotecario para insertar una cláusula nueva de vencimiento anticipado. Para evitar estos efectos negativos, lo conveniente sería que la entidad bancaria ajustara el ejercicio de la facultad de vencimiento a un incumplimiento de carácter grave.

Por último, son dignos de mención una serie de pronunciamientos judiciales que han declarado la nulidad sobrevenida de distintos procedimientos de ejecución hipotecaria con base en la posible existencia de cláusulas abusivas. Se trataba de procedimientos en los que el deudor no pudo oponerse a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas, debido básicamente a la ausencia de ese trámite de oposición durante el desarrollo del procedimiento, al no haberse promulgado la Ley 1/2013. No obstante, la representación procesal del deudor, en el trámite de alegaciones sobre el archivo de las actuaciones, solicitó que se declarase la nulidad sobrevenida por no haber podido hacer uso del sistema de oposición que el legislador estaba obligado a facilitar al deudor hipotecario dentro del proceso. Ante esta solicitud, los tribunales reconocieron que realmente *el régimen procesal español menoscaba la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas*. De modo que, ante la posibilidad de apreciar de oficio las mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria, decretando la improcedencia de la ejecución, una posibilidad reseñada en la Ley 1/2013, así como a otros argumentos (carácter vinculante de la doctrina del TJUE, de la Directiva 93/13/CEE, la consideración de la vivienda como derecho fundamental, etc.), los jueces estimaron pertinente declarar la nulidad sobrevenida del procedimiento

de ejecución hipotecaria despachado, estimando el archivo de las actuaciones. Eso sí, hay que advertir que se remitió a las partes a un juicio declarativo para debatir la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado⁶⁸. Esta posibilidad es de indudable importancia. Piénsese que otorga una oportunidad a aquellos deudores que no pudieron utilizar la vía de oposición, siempre y cuando el procedimiento se encuentre en curso, permitiéndoseles poder hacer uso de un proceso declarativo en el que se debata la abusividad del ejercicio de una cláusula de vencimiento anticipado.

IV. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POSTERIORES A LA REFORMA

La repercusión judicial de la redacción del artículo 693.2 de la LEC y de la doctrina del TJUE respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma ya ha quedado suficientemente analizada y, como vimos, aunque esta cuestión está provocando una situación de «dimes y diretes» entre distintos Tribunales, parece que existe una posición mayoritaria sobre este asunto. Ahora, en cambio, resulta obligado vislumbrar la influencia que va a tener en las cláusulas que se han redactado, y se van a redactar, tras la modificación del artículo 693.2 de la LEC, es decir, aquellas suscritas a partir de mayo de 2013.

1. LOS REQUISITOS DEL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC

Con la nueva redacción del artículo 693.2 de la LEC una cláusula de vencimiento anticipado que permita reclamar la totalidad de la deuda debe cumplir una serie de requisitos en sede contractual para que posteriormente pueda ser ejercitada por el acreedor hipotecario. En concreto, como dice MORAL MORO, por una parte, se debe fijar el incumplimiento por el impago de al menos tres meses o un número de cuotas equivalentes; y, por otra, ello debe estar pactado por las partes, recogándose en la escritura de constitución de la hipoteca⁶⁹. Esto comporta una serie de consecuencias. En primer lugar, para que este tipo de estipulaciones cobren eficacia se debe haber establecido literalmente el impago de un mínimo de tres mensualidades⁷⁰, haciéndose constar por el Notario en la escritura de la hipoteca⁷¹. En segundo lugar, como dice MIRALBELL GUERIN, supone, respecto al acreedor, la «obligatoriedad de esperar al impago de tres cuotas para rescindir anticipadamente el plazo del préstamo hipotecario»⁷², de no ser así, la demanda no sería admitida a trámite. De este modo, si la cláusula no se hubiera pactado, el acreedor no podrá ejercitar la facultad de vencimiento anticipado⁷³ e, igualmente, si se hubiera previsto un plazo inferior, no procederá despachar la ejecución, aunque hay autores que consideran que sería posible si se debiera un mínimo tres mensualidades⁷⁴. Esta reforma ha sido tildada de ventajosa por algunos⁷⁵ e insuficiente por otros⁷⁶.

2. LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE NO RESPETEN LITERAL, PERO SI PROCESALMENTE, EL PLAZO LEGAL DE TRES MENSUALIDADES

Tras los nuevos requisitos configurados, debemos hacernos dos preguntas. Por un lado, qué sucedería si habiéndose estipulado la cláusula de vencimiento

anticipado por un plazo inferior a tres mensualidades, esta fuera ejercitada por el acreedor hipotecario. Por otro, si el simple respeto, literal y procesal, de todos los requisitos exigidos por el artículo 693.2 de la LEC conlleva que la cláusula, una vez ejercitada, sea válida, sin que quepa efectuar examen alguno de abusividad.

Respecto a la primera cuestión, para comenzar la citada cláusula sería declarada nula si su licitud se dirime en un juicio declarativo previo a un proceso de ejecución hipotecaria. Piénsese que, de ser este el caso, el Tribunal solo atendería a su redacción literal⁷⁷ y, consiguientemente, sería contraria a lo previsto en el nuevo artículo 693.2 de la LEC⁷⁸, precepto que sería usado como criterio interpretativo de ponderación. Ello no sucedería, en cambio, respecto a una cláusula que respete el tenor literal de dicho precepto. Si el examen de esa cláusula, con un plazo inferior a tres mensualidades, no se lleva a cabo en sede declarativa, sino más adelante, una vez ejercitada la cláusula en un proceso de ejecución hipotecaria, según ACHÓN BRUNÉN, habría que observar el plazo usado por el acreedor para efectuar el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado. De modo que, si el ejercicio se hubiera producido por el impago de menos de tres mensualidades, la demanda no debería ser admitida a trámite. Si, por contra, el ejercicio se hubiera efectuado respetando el plazo legal, según la citada autora, no habría «que analizar los términos de la cláusula sino las concretas circunstancias en que se ha ejercitado, por lo que, aun disponiéndose en la misma que cabe el vencimiento anticipado por un solo impago si se ha ejercitado con al menos tres, no podrá declararse nula dejando sin efecto la ejecución hipotecaria»⁷⁹. No obstante, a pesar de esta opinión, a la que me adhiero, otros podrían pensar que la simple e inadecuada redacción de la cláusula, no acorde con el artículo 693.2 de la LEC, sería suficiente para declarar la nulidad de la citada cláusula. Sin embargo, ello va a depender de cómo se configure el requisito previsto en el artículo 693.2 de la LEC, si como un requisito sustantivo o como un mero requisito de carácter procesal, o ambos.

Y es que, en principio, por las manifestaciones de ciertos Tribunales, y como veremos a continuación, parece que a dicho requisito se le va a otorgar naturaleza meramente procesal⁸⁰ en sede ejecutiva, lo que no significa, como expusimos anteriormente, que no vaya a tomarse en cuenta en sede declarativa para determinar la nulidad de una cláusula que prevea el impago por un número inferior a tres mensualidades, pues también se ha configurado como requisito sustantivo⁸¹. Esto puede suponer, en la práctica judicial futura, que el límite de tres mensualidades constituya un requisito sustantivo cuando se analiza la abusividad en sede declarativa y, en cambio, un requisito procesal, en sede ejecutiva, debiendo analizarse no solo la cláusula en abstracto, sino las circunstancias que rodean su ejercicio.

3. LA POSIBLE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE RESPETEN, LITERAL Y PROCESALMENTE, EL PLAZO LEGAL DE TRES MENSUALIDADES

Las consideraciones anteriores nos permiten vaticinar, en cierto modo, la respuesta a la segunda pregunta formulada. Puede suceder que, habiéndose recogido una cláusula de vencimiento anticipado, acorde en sede material con los requisitos del artículo 693.2 de la LEC, y ejercitada tras haberse producido el impago de un mínimo de tres mensualidades, se cuestione si, aun así, es posible o no, efectuar un examen de abusividad de la citada cláusula, así como del ejercicio de la misma.

En principio, este tipo de cláusulas son válidas y lícitas, no solo conforme a su tenor literal, sino además por haber respetado el plazo de ejercicio procesal. Sin embargo, algunos jueces ya se han pronunciado sobre esta cuestión. Según estos, el artículo 693.2 de la LEC viene a configurar únicamente un *requisito procesal de viabilidad*⁸² o, dicho de otra forma, una condición de procedibilidad para el despacho de las ejecuciones hipotecarias. Otorgarle tal naturaleza reviste una importancia indudable, pues no se trata, según ellos, de una norma que genere, de por sí, un *efecto automático o excluyente del necesario análisis de la posible abusividad*⁸³. El artículo 693.2 de la LEC no sería, pues, un resorte que permita la ejecución de forma directa, sin límite alguno. Al contrario, parece ser un simple requisito procedimental que no tiene porqué frenar la posterior valoración del carácter abusivo de este tipo de cláusulas o, mejor dicho, de su ejercicio, por mucho que se haya respetado el plazo procesal de tres mensualidades. Así parece evidenciarlo un Auto reciente de la Audiencia Provincial de Girona, de 22 de diciembre de 2014:

*«Tras la promulgación de la referida Ley, el incumplimiento para poder dar por vencido el préstamo de forma anticipada es necesario que se hayan impagado tres cuotas. Se podrá cuestionar esta norma y algún sector doctrinal y algún Juzgado o Tribunal la ha cuestionado nuevamente, pero si el examen del requisito legal para dar por vencido el préstamo se analiza de forma abstracta, ciertamente, el precepto podría no ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, pero si se analiza en atención al caso concreto, de tal forma que pueda valorar el Tribunal las circunstancias que han motivado el impago y la voluntad del deudor de cumplir con la devolución del préstamo, podría declararse como indebidamente vencido el préstamo, a pesar de que se hayan incumplido el pago de tres cuotas»*⁸⁴.

Siguiendo esta vía interpretativa, aunque los préstamos hipotecarios que se suscriban «tras la reforma» establezcan una cláusula de vencimiento por impago de tres cuotas, dicha configuración textual no tiene porqué determinar automáticamente que la cláusula sea válida de «forma permanente», al respetar en su ejercicio el mínimo legal de la norma, pues, según estos jueces, se podrían analizar posteriormente otras circunstancias que determinen su abusividad. Es cierto, que llevar a cabo una interpretación diferente sería contraria a la STJUE dictada en esta materia⁸⁵, pues, como vimos, el plazo de tres mensualidades no debe ser el único criterio a tomar en consideración, debiendo valorarse otras circunstancias, como la gravedad del incumplimiento conforme a parámetros cuantitativos y temporales.

Atendiendo a lo dicho anteriormente, podemos afirmar que las nuevas cláusulas tendrán una presunción de legalidad y validez, al configurarse conforme al artículo 693.2 de la LEC, cuando prevean el vencimiento por el impago de un mínimo de tres mensualidades. Pero, según la citada jurisprudencia, dicha presunción de validez puede desaparecer si se aprecia el carácter abusivo en el ejercicio de dicha facultad legalmente permitida. En otras palabras, estas son de inserción válida en los préstamos hipotecarios, siendo inútil, en principio, instar su nulidad en un proceso declarativo al tener actualmente amparo legal. No obstante, pueden devenir nulas posteriormente en sede de oposición a la ejecución, es decir, una vez producido el incumplimiento, dependiendo de cómo haya sido ejercitada dicha facultad por el acreedor hipotecario⁸⁶, aunque se haya respetado

el plazo procesal de tres mensualidades. No se cuestionaría, entonces, la nulidad del plazo temporal fijado en el préstamo hipotecario, permitido ya legalmente, sino más bien la forma y circunstancias del ulterior y posible ejercicio abusivo de dicho posible plazo, aunque este esté amparado normativamente.

Resumiendo, estas cláusulas serían válidas *a priori*, pudiendo devenir nulas *a posteriori*, en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria. De hecho, el posible «test de abusividad» se efectuará en base a los criterios sentados por la doctrina del TJUE (gravedad del incumplimiento, parámetros cuantitativos y temporales, etc.), visto anteriormente. De declararse nula, se produciría el sobreseimiento de la ejecución, así como el resto de efectos apuntados respecto a la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado anteriores a la reforma.

V. CONCLUSIONES

I. Examinados distintos pronunciamientos judiciales, podemos afirmar que existe una situación de «dimes y diretes» entre los distintos Tribunales en torno a la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado tras la modificación del artículo 693.2 de la LEC. De hecho, vaticino que lamentablemente, por los intereses en juego, se trata hoy en día de controversias lejos de tener un punto y final. Aun así, podemos extraer una serie de conclusiones. Para empezar, si actualmente se debatiera la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en sede declarativa, los jueces, en principio, deberían tener en cuenta la legislación aplicable en el momento de su redacción, tanto si se trata de cláusulas anteriores como posteriores a la reforma del artículo 693.2 de la LEC. Siendo así, ambas cláusulas serían válidas, salvo que, como vimos anteriormente respecto a las cláusulas anteriores a la reforma, el Tribunal defienda una aplicación retroactiva de la norma o, bien, use, junto a la legislación consumerista, el nuevo precepto como criterio interpretativo, así como los criterios postulados por el TJUE. Igualmente, las cláusulas posteriores solo serán lícitas, en sede declarativa, recordemos, cuando respeten el contenido del artículo 693.2 de la LEC.

II. Pues bien, atendiendo a lo visto en el presente trabajo, la «validez inicial» de ambas cláusulas, anteriores y posteriores a la reforma, puede ser, según nuestros Tribunales, cuestionada posteriormente en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria. Es en este momento, donde se ha asentado una «nueva regla de valoración judicial», —según lo visto en la práctica judicial mayoritaria, aunque existe cierta controversia—, acompañada de un «test de abusividad», en donde esta no se valora en abstracto, es decir, en base a la redacción literal del precepto, sino atendiendo a otras circunstancias o criterios relacionados con la forma de ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor hipotecario. Dicho test no se sustenta, pues, únicamente en el sustrato material o sustantivo de la cláusula, sino en su ejercicio procesal. De hecho, como se evidenció, puede ocurrir que la cláusula sea considerada nula en sede material, pero luego sea declarada válida si su ejercicio se efectuó bajo los parámetros correctos esgrimidos por la jurisprudencia. Nos encontramos, entonces, ante un nuevo «test de abusividad» en sede ejecutiva, aunque, hemos de advertir, como vimos, que su plena aplicación corre peligro tras la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia de Santander al TJUE. Lo que sí está claro, es que, ya se trate de cláusulas anteriores o posteriores, estas pueden ser declaradas nulas en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria, una declaración que comporta dos efectos principalmente: por un lado, que la cláusula sea

inaplicada, teniéndose por no puesta en el contrato, al no haber moderación o integración, no pudiendo ser ejercitada nuevamente por el acreedor; y, por otro, el sobreseimiento de la ejecución.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 39/2011 de 17 de febrero (*RJ* 2011, 3316)
- STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 506/2008 de 4 de junio (*RJ* 2008, 3196)
- STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/2011 (*La Ley* 2013, 11269), Mohamed Aziz contra Catalunya caixa
- STJUE (Sala Primera) Caso Unicaja Banco, S.A. y Otros contra José Hidalgo Rueda y Otros, de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), núm. 230/2014 de 17 de octubre, (*AC* 2014, 1998)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), núm. 289/2014 de 14 de octubre (*JUR* 2015, 10192)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), núm. 13/2014 de 27 de enero (*JUR* 2014, 76772)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª) núm. 266/2014 de 24 de octubre, (*JUR* 2014, 295203)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª), núm. 352/2014 de 29 de octubre, (*JUR* 2015, 42365)
- Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), núm. 164/2014 de 26 de septiembre, (*JUR* 2015, 2138)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), núm. 274/2014 de 23 de octubre, (*JUR* 2015, 34303)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), núm. 450/2014 de 30 de septiembre (*JUR* 2015, 16084)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (*AC* 2014, 5)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), núm. 8/2015 de 16 enero (*JUR* 2015, 115031)
- Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), núm. 6/2014 de 10 de enero (*AC*, 2014 1355)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre, (*JUR* 2015, 42129)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 506/2014 de 20 de noviembre (*AC* 2014, 2124)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) Auto de 14 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1065)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), núm. 345/2014 de 14 de octubre (*JUR* 2014, 288688)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (*AC* 2014, 753)
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª), núm. 242/2014 de 20 de octubre (*AC* 2014, 2004)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.ª), núm. 217/2014 de 15 de octubre, (*AC* 2014, 1871)

- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), núm. 192/2014 de 29 de septiembre, (JUR 2014, 295484)
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), núm. 317/2014 de 22 de diciembre, (JUR 2015, 17353)
- Auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a), de 6 de junio de 2014 (AC 2014, 1436)
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.^a), núm. 235/2014 de 11 de noviembre (JUR 2015, 33885)
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a), núm. 327/2014 de 30 de octubre, (JUR 2015, 17970)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 4 de junio de 2014 (La Ley 2014, 84477)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Provincia de Navarra), de 25 de marzo de 2014, (AC 2014, 249)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^a), núm. 30/2014 de 3 de febrero (JUR 2014, 63488)
- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 8.^a), núm. 163/2014 de 30 de septiembre, (JUR 2014, 300263)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santander (Provincia de Cantabria), núm. 317/2013 de 8 de octubre, (JUR 2013, 337391)
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.^a), núm. 178/2014 de 28 de julio, (JUR 2015, 10647)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 5 de junio de 2014 (AC 2014, 1235)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 10 de junio de 2013 (JUR 2014, 201119)
- Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.^a), núm. 115/2014 de 5 de mayo, (JUR 2014, 192765)
- Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), núm. 25/2015 de 26 de enero (AC 2015, 417)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a), núm. 97/2015 de 14 de abril (JUR 2015, 111734)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vic (Provincia de Barcelona), de 20 de abril de 2015 [JUR 2015, 114667]
- Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Mahón (Provincia de Islas Baleares), de 1 de abril de 2015 [JUR 2015, 114865]

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, Sección Doctrina, 16 de julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-288, (La Ley 2013, 4800).
- La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos: *Diario La Ley*, núm. 8181, Sección Doctrina, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372, (La Ley 2013, 7714).

- BALLUGERA GÓMEZ, C. Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos: *Diario La Ley*, núm. 8344, Sección Doctrina, 1 de julio de 2014, Año XXXV, (*La Ley* 2014, 4343).
- DOMÍNGUEZ RUIZ, L. La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria: *Diario La Ley*, núm. 8454, Sección Tribuna, 8 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-6, (*La Ley* 2014, 9189).
- El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 2015, (RI §415640).
- MARTÍN PASTOR, J. La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Diario La Ley*, núm. 8085, Sección Documento on-line, 17 de mayo de 2013, Ref. D-185, (*La Ley* 2013, 2928).
- MÉNDEZ TOJO, R. Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?: *Diario La Ley*, núm. 8456, Sección Dossier, 12 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-11, (*La Ley* 2014, 9246).
- MIRALBELL GUERIN, M. L. El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas: *Diario La Ley*, núm. 8235, Sección Doctrina, 23 de enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-30, (*La Ley* 2013, 11037).
- MORAL MORO, M. J. Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria: *Diario La Ley*, núm. 8481, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2015, Ref. D-57, (*La Ley* 2015, 855).
- PÉREZ CONESA, C. Suspensión de ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado. Cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013): *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2014. (BIB 2014, 246).
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11: *Diario La Ley*, núm. 8081, Sección Tribuna, Año XXXIV, (*La Ley* 2013, 2227).

NOTAS

¹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 39/2011 de 17 de febrero (*RJ* 2011, 3316); STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 506/2008 de 4 de junio (*RJ* 2008, 3196); etc.

² Ver, DOMÍNGUEZ RUIZ, L. La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria: *Diario La Ley*, núm. 8454, Sección Tribuna, 8 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-6, (*La Ley* 2014, 9189); DOMÍNGUEZ RUIZ, L. El control de las cláusulas abusivas en el proceso de ejecución tras la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo: *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 35, 2015, (RI §415640).

³ STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/2011 (*La Ley* 2013, 11269), Mohamed Aziz contra Catalunyaixa.

⁴ Ver, ACHÓN BRUÑÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, Sección Doctrina, 16 Jul. 2013, Año XXXIV, Ref. D-288, (*La Ley* 2013, 4800).

⁵ Ver, SÁNCHEZ MARTÍN, C. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11: *Diario La Ley*, núm. 8081, Sección Tribuna, Año XXXIV, (*La Ley* 2013, 2227).

⁶ MORAL MORO, M. J. Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria: *Diario La Ley*, núm. 8481, Sección Doctrina, 16 de febrero de 2015, Ref. D-57, (*La Ley* 2015, 855).

⁷ ACHÓN BRUÑÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *op. cit.*

⁸ Ver, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), núm. 230/2014 de 17 de octubre, (*AC* 2014, 1998).

⁹ A modo de ejemplo, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a), núm. 289/2014 de 14 de octubre (*JUR* 2015, 10192); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), núm. 13/2014 de 27 de enero (*JUR* 2014, 76772).

¹⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a) núm. 266/2014 de 24 de octubre, (*JUR* 2014, 295203); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.^a), núm. 352/2014 de 29 de octubre, (*JUR* 2015, 42365); Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a), núm. 164/2014 de 26 de septiembre, (*JUR* 2015, 2138); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), núm. 274/2014 de 23 de octubre, (*JUR* 2015, 34303); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), núm. 450/2014 de 30 de septiembre (*JUR* 2015, 16084); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (*AC* 2014, 5); etc.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), núm. 450/2014 de 30 de septiembre, (*JUR* 2015, 16084).

¹² En este mismo sentido, el mismo tribunal señala: *Recientemente, la ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, ha modificado el Artículo 693,2º de la LEC, (...). Sin embargo, esta disposición no tiene carácter retroactivo al no aludirse a dichas cláusulas en las disposiciones transitorias de la Ley* (Auto de la Audiencia Provincial de Granada [Sección 4.^a], núm. 6/2014 de 10 de enero [*AC* 2014, 1355]).

¹³ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid) Auto de 14 de julio de 2014 (*AC* 2014, 1065). Que el plazo de la nueva ley deba aplicarse al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado, parece ser también el criterio a seguir en la Audiencia Provincial de Madrid, pues según acuerdo, de 20 de septiembre de 2014, de unificación de criterios de Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia de Madrid, se manifiesta lo siguiente: *Procede la ejecución hipotecaria cuando se haya producido el impago de tres o más cuotas al tiempo de la liquidación de la deuda con independencia de los términos en los que este redactada la cláusula de vencimiento anticipado (...).*

¹⁴ Este argumento es acompañado por otras consideraciones. Por un lado, definiendo la retroactividad citando una frase de CASTRO: los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica está en el contenido social y político de las disposiciones en contacto. La retroactividad tácita, según este Juzgado, estaría justificada por el carácter excepcional de la crisis económica y financiera, así como la necesaria y correlativa protección de los deudores hipotecarios. Por otro, arguye la falta de «ética» legal si se permite una aplicación de regímenes distintos a los contratos de préstamo hipotecario atendiendo a la época de su confección. Sea como sea, no entiende que sea posible, salvar la validez de una cláusula que no puede desplegar efectos materiales ni procesales.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a), núm. 345/2014 de 14 de octubre (*JUR* 2014, 288688).

¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a), núm. 289/2014 de 14 de octubre (*JUR* 2015, 1019). Se dice, así, *también debemos distinguir el contexto procesal en el que se examina la cláusula de vencimiento anticipado. Si en un juicio declarativo se invoca la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado antes de que se haya producido cualquier incumplimiento, el Juez únicamente habrá de apreciar la redacción literal de la cláusula; por el contrario, si esta misma cláusula es valorada en un procedimiento hipotecario, no solo hay que analizar los términos de la cláusula sino las concretas circunstancias en que se ha ejercitado* (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, [*AC* 2014, 753]). En este mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), núm. 242/2014 de 20 de octubre (*AC* 2014, 2004); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a), núm. 253/2014 de 11 de noviembre, (*JUR* 2015, 42129); Auto de la

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 19.^a), núm. 217/2014 de 15 de octubre, (AC 2014, 1871); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5); etc.

¹⁷ Así lo han puesto de manifiesto un conjunto de jueces en un escrito, de 8 de mayo de 2013, denominado: Conclusiones de la Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias: *En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado, el posible carácter abusivo de la cláusula en abstracto no generará por sí la nulidad de dicha cláusula sino que deberá valorarse según las circunstancias del caso. En concreto, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC según el texto de la proposición de ley, no se apreciará el carácter abusivo de la cláusula.* Disponible en el siguiente enlace web: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Sala-de-prensa/Documentos-de-Interes/Conclusiones-de-la-Jornada-sobre-las-repercusiones-de-la-doctrina-del-TJUE-en-materia-de-clausulas-abusivas-en-ejecuciones-hipotecarias> (Fecha de consulta: 21/02/2014).

¹⁸ Ciertamente la cláusula de vencimiento anticipado dispone que este se produzca (es decir, se puede producir) por el incumplimiento de solo alguna cuota de intereses, de amortización o de prima del seguro, conforme a la STJUE 14 de marzo de 2013, dicha cláusula podría ser abusiva, desproporcionada e injustificada y en consecuencia debería ser eliminada del contrato sin posibilidad de integración conforme a la sentencia TJUE 14 de junio de 2012; y como esa cláusula financiera, si se aplica (es decir, si se llegase a aplicar) por ese concreto impago (una sola cuota o incumplimiento de una obligación accesoria como el pago de intereses o de la prima del seguro o solo dos, como es el caso, en la cuantía antedicha) al caso concreto, debería considerarse nula por abusiva (STS de 16 de diciembre de 2009: abusividad del vencimiento anticipado por impago de solo dos cuotas del préstamo), y siendo dicha cláusula la que hubiera fundamentado el despacho de ejecución, procedería en principio no solo estimar el motivo de impugnación alegado y declarar nula por abusiva esa cláusula financiera, sino además acordar el sobreseimiento del procedimiento, con las consecuencias de dicha declaración (costas y medidas acordadas). Pero la Sala, reiterando alguna resolución anterior, en atención a que la cláusula venía amparada en la ley, y a la entidad incumplimiento, considera que lo que podría ser abusivo (y a eso se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de junio de 2012) es que el impago de un solo recibo o cuota pudiera desencadenar el desproporcionado efecto de desmontar el aplazamiento y fraccionamiento previsto en la devolución de un préstamo, particularmente cuando es de cuantía significada; ciertamente, en el momento de cierre del contrato, estaban impagadas más de 3 cuotas de amortización mensuales, por lo que, aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se hubiera interpuesto cuando se había producido el incumplimiento en los términos previstos en el artículo 693 LEC, en su redacción dada por el apartado trece del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, no debería apreciarse el carácter abusivo de la cláusula (no abusividad en base al efectivo ejercicio de la acción), sin perjuicio de que, pudiera considerarse abusiva otra cláusula distinta (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 13.^a], núm. 8/2015 de 16 de enero [JUR 2015, 115031]).

¹⁹ Esta interpretación parece ser defendida por MÉNDEZ TOJO: podrían considerarse nulas por abusivas las que facultan al acreedor a resolver anticipadamente el contrato por impago de una única cuota de amortización, pues se oponen a lo establecido en el artículo 693.2.º LEC (...), según redacción operada por la Ley 1/2013, al imponer al consumidor una sanción desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento (...). Sin embargo, en la mayoría de los casos, en el momento en el que se suscribieron los contratos objeto de ejecución hipotecaria, se encontraba en vigor el artículo 693.2.º LEC (...), en su redacción originaria, que permitía al acreedor reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro. Por lo tanto, en ese momento, la cláusula de vencimiento anticipado basada en el incumplimiento de una cuota de amortización era válida. De todas formas, en cuanto a estas cláusulas, considero

que a la hora de determinar si es procedente la resolución anticipada del contrato habría que examinar si nos encontramos ante un incumplimiento de la parte deudora, esencial, grave, y culpable, que la justifique, y, generalmente, en el momento en que las entidades bancarias deciden resolver anticipadamente el contrato de préstamo hipotecario, la deuda supera, con creces, el importe de 3 cuotas mensuales, y, aunque la cláusula que permite el vencimiento anticipado por el impago de una cuota de amortización podría considerarse abusiva, como antes se dijo, al oponerse a lo dispuesto en la Ley 1/2013, entiendo que las entidades crediticias están facultadas para resolver anticipadamente el contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 693.2.º LEC» (...), según su redacción actual, si los deudores adeudan, en ese momento, más de tres cuotas de amortización». MÉNDEZ TOJO, R., Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?: *Diario La Ley*, núm. 8456, Sección Dossier, 12 de enero de 2015, Año XXXVI, Ref. D-11, (*La Ley* 2014, 9246).

²⁰ Ver, PÉREZ CONESA, C. Suspensión de ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas sobre interés moratorio y vencimiento anticipado. Cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013); *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2014. (BIB 2014, 246).

²¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

²² *Por lo demás, en el momento de la presentación de la demanda ejecutiva, el 26 de septiembre de 2013, tampoco consta el pago de ninguna de las cuotas mensuales de amortización del préstamo devengadas desde septiembre de 2012, por lo que, en el momento procesal de la presentación de la demanda ejecutiva, se habría producido el impago de trece cuotas, por lo tanto más de los tres plazos mensuales exigidos en la actualidad por el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, cuya entrada en vigor se produjo el 15 de mayo de 2013, para la reclamación de la totalidad de lo adeudado (...) (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 13.ª], núm. 230/2014 de 17 de octubre, [AC 2014, 1998]).* Igualmente destaca el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 [AC 2014, 5]: *El análisis de las actuaciones arroja que la parte ejecutante esperó al impago de 5 cuotas del préstamo para ejercitar la facultad de vencimiento anticipado. La espera de la entidad prestataria antes de ejercitar su facultad de vencimiento anticipado no solo supera con creces el actual límite del artículo 693.2 LEC, sino que supone una actuación prudente indicativa de buena fe contractual por su parte, lo que implica que el ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado impugnada por la parte ejecutada no pueda reputarse abusivo, por lo que la oposición formulada ha de ser en este punto desestimada.*

²³ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 39/2011 de 17 de febrero (*RJ* 2011, 3316); STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 506/2008 de 4 de junio (*RJ* 2008, 3196); etc.

²⁴ *Pues bien, siendo la obligación primaria esencial y fundamental del prestatario la de pagar las cuotas de amortización del préstamo, en el presente caso, es el impago de una de estas cuotas lo que da lugar al vencimiento anticipado y no el incumplimiento de obligaciones accesorias* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid [Sección 21.ª], núm. 450/2014 de 30 de septiembre, [*JUR* 2015, 16084]). En este mismo sentido, Auto de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª), de 6 de junio de 2014 (AC 2014, 1436); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª), núm. 235/2014 de 11 de noviembre (*JUR* 2015, 33885); etc.

²⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), núm. 274/2014 de 23 de octubre, (*JUR* 2015, 34303).

²⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de julio de 2013, citado por el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª), núm. 352/2014 de 29 de octubre, (*JUR* 2015, 42365). En este mismo sentido, se dice: De acuerdo con el criterio expuesto, la licitud de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de sus obligaciones por el prestatario, especialmente por impago de las amortizaciones pactadas, se ha vinculado al carácter justificado de la previsión contractual, exigiendo que la conducta desencadenante atribuible al cliente y que apoye la operatividad de la facultad tenga, objetivamente, entidad suficiente, tanto cualitativa como cuantitativamente (Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Mahón (Provincia de Islas Baleares), de 1 de abril de 2015 [*JUR* 2015, 114865]).

²⁷ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5).

²⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

²⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 39/2011 de 17 de febrero (RJ 2011, 3316); STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 506/2008 de 4 de junio (RJ 2008, 3196).

³⁰ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

³¹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), núm. 327/2014 de 30 de octubre, (JUR 2015, 17970).

³² Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª), núm. 450/2014 de 30 de septiembre (JUR 2015, 16084).

³⁴ *Ni siquiera la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece la mora de la parte prestataria y la resolución anticipada del contrato, por el incumplimiento en todo o en parte de un solo plazo de pago, sino que exige como mínimo, el impago de tres. Incluso el impago de estos tres plazos, en el largo devenir de un contrato que está pensado para durar 30 años, resulta insuficiente para determinar la voluntad incumplidora de la parte prestataria, pues dicho impago no tiene un carácter lo suficientemente grave, con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, como para considerarlo incumplimiento esencia del contrato, con entidad suficiente para facultar la posibilidad de resolverlo* (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona [Provincia de Navarra], de 25 de marzo de 2014, [AC 2014, 249]).

³⁵ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5); Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª), núm. 6/2014 de 10 de enero (AC 2014, 1355); Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), núm. 345/2014 de 14 de octubre (JUR 2014, 288688).

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17.ª), núm. 352/2014 de 29 octubre, (JUR 2015, 42365).

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª), núm. 274/2014 de 23 de octubre (JUR 2015, 34303); Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.ª), núm. 266/2014 de 24 de octubre, (JUR 2014, 295203).

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), núm. 97/2015 de 14 de abril (JUR 2015, 111734).

³⁹ Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª), núm. 327/2014 de 30 de octubre (JUR 2015, 17970).

⁴⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.ª), núm. 230/2014 de 17 de octubre (AC 2014, 1998); Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª), núm. 242/2014 de 20 de octubre (AC 2014, 2004).

⁴¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014, (AC 2014, 5).

⁴² Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

⁴³ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre (JUR 2015, 42129).

⁴⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.ª), núm. 317/2014 de 22 de diciembre, (JUR 2015, 17353).

⁴⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 4 de junio de 2014 (*La Ley* 2014, 84477).

⁴⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre, (JUR 2015, 42129).

⁴⁷ *Esta nueva redacción implica que no se podrá despachar ejecución sino cuando al menos se hayan dejado de abonar 3 cuotas, siendo este un requisito procesal, lo que no implica es que siempre que se hayan producido más de tres impagos la cláusula será válida. Así habrá que comprobar caso por caso para determinar si se ha producido un desequilibrio importe entre las partes, y por tanto la cláusula es abusiva* (Auto del Juzgado de Primera

Instancia e Instrucción núm. 1 de Vic [Provincia de Barcelona], de 20 de abril de 2015 [JUR 2015, 114667]).

⁴⁸ *En el caso enjuiciado la facultad de vencimiento anticipado por impago se contemplaba en la cláusula 6 bis del apartado 1), estableciendo como causa el dejar de satisfacer una sola cuota del préstamo. En el momento de la firma del contrato no consta que se hubiese revelado una situación de riesgo de insolvencia o claro peligro de no hacer frente el consumidor al pago de la deuda. Por otra parte la entidad financiera profesional ha hecho uso de tal facultad contractual, cuando el incumplimiento no tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo* (Auto de la Audiencia Provincial de Granada [Sección 3.ª], núm. 164/2014 de 26 de septiembre [JUR 2015, 2138]).

⁴⁹ Estas afirmaciones han sido formuladas en los siguientes pronunciamientos: Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid), de 14 de julio de 2014, (AC 2014, 1065); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014, (AC 2014, 5); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Provincia de Navarra), de 25 de marzo de 2014, (AC 2014, 249).

⁵⁰ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), núm. 289/2014 de 14 de octubre (JUR 2015, 10192).

⁵¹ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre (AC 2014, 753).

⁵² Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid), de 14 de julio de 2014 (AC 2014, 1065).

⁵³ *En tercer lugar, cuando se trata de la vivienda habitual, dicho precepto permite que el ejecutado pueda pagar la cantidad adeudada, más intereses y costas, liberando el bien y rehabilitando el contrato y cuando no es habitual depende de la voluntad del acreedor. Esto último sí podría ser cuestionado, pero debería hacerse si el deudor pretendiese pagar lo adeudado en el momento de hacerlo y el acreedor se opusiese, en cuyo caso, podría o bien declarar que tal norma no se ajusta al Derecho Comunitario y aplicar este o bien plantear la cuestión prejudicial* (Auto de la Audiencia Provincial de Girona [Sección 1.ª], núm. 25/2015 de 26 de enero [AC 2015, 417]).

⁵⁴ Ver, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre (JUR 2015, 42129).

⁵⁵ *En efecto, si bien en la fecha de ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado el incumplimiento de los prestatarios había alcanzado cierta gravedad (los impagos de cuotas mensuales de amortización se prolongaban durante diez meses de un total de 588 y suponían una deuda vencida de 9.765,42 euros, lo que significa el 4,43% del capital financiado), sin embargo no se les concedió un plazo razonable para superar la mora con el abono de todas las cantidades adeudadas antes del vencimiento anticipado, lo que, a tenor de lo expuesto, es un impedimento insalvable para el despacho de la acción ejecutiva, aunque no de cualquier otra acción que pudiera formularse en el futuro ajustada a las exigencias legales y jurisprudenciales del vencimiento anticipado en la financiación de consumo* (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 16.ª], núm. 253/2014 de 11 de noviembre, [JUR 2015, 42129]).

⁵⁶ Ver, Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre (JUR 2015, 42129).

⁵⁷ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5).

⁵⁸ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.ª), núm. 253/2014 de 11 de noviembre (JUR 2015, 42129).

⁵⁹ *Cuando se aprobó la Ley 1/2013, se tuvo a la vista la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión a que se ha hecho repetida referencia. La reforma tuvo por objeto, en parte al menos, como dice su propio preámbulo, adaptar la ejecución hipotecaria a las exigencias de la directiva sobre consumidores, tal como esta fue interpretada por la citada sentencia del Tribunal de la Unión. A pesar de dichas dos circunstancias, la ley no introdujo ese requisito del requerimiento anterior al proceso, que exige ahora la sala. Y si, pese a las repetidas circunstancias (objeto perseguido por la reforma y que se tuvo a la vista la sentencia), la ley no introdujo el requisito es porque, sencillamente, no quiso introducirlo. Porque consideró suficiente el remedio establecido en la propia ley (detener la ejecución pagando lo ya vencido según el cuadro inicial*

de amortización). El silencio fue deliberado, sin duda porque se consideró que la previsión ya existente en el repetido artículo 693.3 era suficiente (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 16.ª], núm. 253/2014 de 11 de noviembre [JUR 2015, 42129]).

⁶⁰ Pero esa rigurosa doctrina ha sido mitigada por la doctrina elaborada por la comisión que analizó en mayo de 2013 la repercusión de la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de ese año en los procedimientos de ejecución hipotecaria, llegando a la conclusión de que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no debe ser analizada en abstracto, sino en función de las circunstancias del caso, de manera que si la gravedad del incumplimiento en la fecha de la demanda satisface los requerimientos de la doctrina comunitaria de defensa del consumidor de crédito, deviene irrelevante que el tenor de la norma se aparte de la misma (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 16.ª], núm. 253/2014 de 11 de noviembre [JUR 2015, 42129]).

⁶¹ Así lo manifiestan expresamente ciertos tribunales: Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 506/2014 de 20 de noviembre (AC 2014, 2124); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Santander (Provincia de Cantabria), núm. 317/2013 de 8 de octubre, (JUR 2013, 337391); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre (AC 2014/753); etc.

⁶² Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid), de 14 de julio de 2014, (AC 2014, 1065).

⁶³ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona (Provincia de Navarra), de 25 de marzo de 2014, (AC 2014, 249); Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014, (AC 2014, 5); Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Santander, de 11 de octubre de 2013, núm. 922/13; etc.

⁶⁴ Admitida la prevalencia de la legislación comunitaria y de la jurisprudencia que la interpreta y aplica, existe una reiterada jurisprudencia comunitaria que pone de manifiesto que la cuestión de que tratamos es de orden público, que impone al tribunal examinar de oficio el contenido contractual, y, si aprecia que alguna cláusula es juzgada abusiva, debe ser declarada nula y expulsada del contrato sin que quepa al tribunal su integración o moderación a límites de no abusividad (v. sentencias del TJUE de 6 de octubre de 2009 [TJCE 2009, 309] —asunto Asturcom, de 17 de diciembre de 2009 [TJCE 2009, 397] —asunto Eva Martín, relativo a la directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985 [LCEuR 1985, 1350]—, de 9 de noviembre de 2010 [TJCE 2010, 335] —asunto Pénzügyi Lízing—, de 14 de junio de 2012 —asunto C-618/10 / y con relación, precisamente, a nuestro artículo 83 del RDL 1/2007 [RCL 2007, 74]— y de 30 de mayo de 2013 [TJCE 2013, 145] —asunto C 488/11—) (Auto de la Audiencia Provincial de Girona [Sección 1.ª], núm. 242/2014 de 20 de octubre [AC 2014, 2004]); Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª), núm. 178/2014 de 28 de julio, (JUR 2015, 10647); etc.

⁶⁵ Ver, BALLUGERA GÓMEZ, C. Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos: *Diario La Ley*, núm. 8344, Sección Doctrina, 1 de julio de 2014, Año XXXV, [La Ley 2014, 4343]. Dijo recientemente el TJUE: *En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito [TJCE 2012, 143], C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito [TJCE 2013, 145], C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57).* (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros, de 21 de enero de 2015 [JUR 2015, 19134]).

⁶⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada (Provincia de Madrid), de 14 de julio de 2014, (AC 2014, 1065).

⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 506/2014 de 20 de noviembre (AC 2014, 2124).

⁶⁸ *Decreto la improcedencia actual de la demanda de ejecución hipotecaria presentada por ..., SA contra doña ... y don ... y declaro la nulidad sobrevenida de dicho proceso de ejecución hipotecaria, y, en consecuencia, ordeno el archivo inmediato de este procedimiento de ejecución hipotecaria, denegando la prosecución con el despacho de esa ejecución, e invito a las partes a debatir de manera contradictoria enjuicio declarativo ordinario el carácter abusivo de las cláusulas de intereses de demora, vencimiento anticipado o cualquier otra que consideren abusiva, así como a ejercitar, si procede, pretensiones de carácter dinerario sustentadas en el préstamo hipotecario adjuntado a demanda. Sin especial imposición de las costas del proceso seguido hasta la fecha* (Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 10 de junio de 2014 [JUR 2014, 198200]). En este mismo sentido, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona, de 5 junio 2014 (AC 2014, 1235); Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3.ª), núm. 115/2014 de 5 de mayo, (JUR 2014, 192765).

⁶⁹ MORAL MORO, M. J. Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria, *op. cit.*, (La Ley 2015, 855).

⁷⁰ ACHÓN BRUNÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *op. cit.*, (La Ley 2013, 4800).

⁷¹ MARTÍN PASTOR, J. La Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Diario La Ley*, núm. 8085, Sección Documento on-line, 17 de mayo de 2013, Ref. D-185, (La Ley 2013, 2928).

⁷² MIRALBELL GUERIN, M. L. El revuelo de las cláusulas abusivas en las hipotecas: *Diario La Ley*, núm. 8235, Sección Doctrina, 23 de enero de 2014, Año XXXV, Ref. D-30, (La Ley 2013, 11037).

⁷³ Se dice, no todo impago de tres mensualidades puede ocasionar el vencimiento anticipado de la obligación, sino que para que así sea dicha cláusula debe constar en la escritura de la hipoteca. ACHÓN BRUNÉN, M. J. La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos: *Diario La Ley*, núm. 8181, Sección Doctrina, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372, (La Ley 2013, 7714).

⁷⁴ ACHÓN BRUNÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *op. cit.*

⁷⁵ MORAL MORO, M. J. Últimos cambios legislativos producidos en el proceso especial de ejecución hipotecaria, *op. cit.*

⁷⁶ ACHÓN BRUNÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales, *op. cit.*

⁷⁷ ACHÓN BRUNÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales..., *op. cit.*

⁷⁸ Esta norma se encuentra prevista para la constitución de las nuevas hipotecas a partir de la entrada en vigor de la Ley, es decir que no podrá establecerse una cláusula de vencimiento anticipado en el caso de impago de una sola cuota sino al menos de tres (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 17.ª], núm. 352/2014 de 29 de octubre, [JUR 2015, 42365]).

⁷⁹ ACHÓN BRUNÉN, M. J. Cláusulas abusivas más habituales..., *op. cit.*

⁸⁰ Así, se dice que *a partir de la entrada en vigor de la Ley, no podrá instarse demanda si no se ha cumplido este requisito para instar la acción* (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 17.ª], núm. 352/2014 de 29 de octubre, [JUR 2015, 42365]). Igualmente, que *el mismo exige el impago de tres mensualidades tanto para admitir la ejecución parcial por impago de algunas cuotas, como para iniciar la reclamación anticipada por la totalidad de la deuda* [Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), núm. 506/2014 de 20 de noviembre (AC 2014, 2124)].

⁸¹ (...) *a partir de la entrada en vigor de la Ley en la formalización de la hipoteca se deberá contemplar en la cláusula de vencimiento anticipado al menos tres cuotas o más a convenir con el solicitante del préstamo hipotecario* (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona [Sección 14.ª], núm. 266/2014 de 24 de octubre [JUR 2014, 295203]).

⁸² Auto del Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, citado por el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Granada, núm. 267/2013 de 9 de octubre, (AC 2014, 753).

⁸³ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, *op. cit.* En este mismo sentido, Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró (Provincia de Barcelona), de 16 de enero de 2014 (AC 2014, 5); Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Vic (Provincia de Barcelona), de 20 de abril de 2015 (JUR 2015, 114667); etc.

⁸⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1.^a), núm. 317/2014 de 22 de diciembre, (JUR 2015, 17353).

⁸⁵ *El Legislador español tomó razón de la doctrina del Tribunal de Justicia con la reforma, pero el criterio legal del impago de tres mensualidades, a menos que se realice una interpretación no excluyente de otros factores (como hacemos) (...).* (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Fuenlabrada, *op. cit.*)

⁸⁶ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, *op. cit.*

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 18 de junio de 2015, se celebró la JORNADA *LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: LA INSCRIPCIÓN DE LOS BIENES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental, y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, con el siguiente programa:

Presentación:

A cargo de D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano territorial de Andalucía Occidental.

Moderador:

D. Antonio FAYA BARRIOS, Letrado de la Junta de Andalucía.

Ponencias:

«Relación entre la Administración Pública andaluza y el Registro de la Propiedad», por Dña. María del Amor ALBERT MUÑOZ, Letrada de la Junta de Andalucía y D. Eduardo Fernández Galbis, Registrador de la Propiedad de Sevilla núm. 7.

«La inscripción de los bienes de las Administraciones Públicas», por D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Registrador de la propiedad de Sevilla núm. 17, y Dña. Mercedes IZQUIERDO BARRAGÁN, Letrada de la Junta de Andalucía.

ARAGÓN

El día 5 de mayo de 2015, organizada por la Escuela Universitaria Politécnica de La Almunia de doña Godina (Zaragoza), tuvo lugar la IV EDICIÓN DE LAS JORNADAS EUPLA: *PERSPECTIVAS ECONÓMICAS PARA LA RECUPERACIÓN DE UN SECTOR EN CRISIS: EL FUTURO DE LA CONSTRUCCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EDIFICACIÓN*. En la misma, participaron:

Don Francisco URÍA, Abogado del Estado en excedencia, socio responsable Sector Financiero de KPMG.

Don Francisco PIZARRO, Notario, Decano del Colegio Notarial de Aragón, Miembro del Consejo General del Notariado.

Don Juan Carlos BANDRÉS, Arquitecto Técnico, Gerente de Construcciones Lobe SA, Presidente de la Asociación de Constructores Contratistas de Zaragoza.

Los días 1 y 2 de junio de 2015, organizada por AUSBANC, tuvo lugar *CONSUMERALIA ARAGÓN, FERIA DEL CONSUMO*, con el siguiente programa (en lo que nos afecta, por lo que no se transcribe todo):

Ponencias día 1 de junio:

«Relevancia del artículo 1303 en la nulidad de la cláusula suelo ¿Es legal no devolver todas las cantidades? Lo que dice la ley y lo que dicen las sentencias».

Moderador: Don Alberto CARDONA, Delegado de AUSBANC en Aragón.

Ponentes: Doña María SÁENZ MARTÍNEZ, Juez de Adscripción Territorial, adscrita a los Juzgados Mercantiles de Zaragoza y don Daniel PINEDA CUADRADO, Abogado de Ausbanc en Granada.

«Los consumidores frente a las cláusulas abusivas. La función de Jueces, Notarios, Registradores y Fiscales en su control. Situación actual de las Acciones Colectivas».

Ponentes: Don Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Registrador de la Propiedad de Zaragoza; don Francisco Javier HERNÁIZ CORRALES, Notario de Zaragoza y doña Purificación PUJOL Capilla, Doctora en Derecho y Juez en Madrid.

Los días 11 y 12 de junio de 2015, organizadas por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza y el Colegio Territorial de Administradores de Fincas de Aragón, tuvieron lugar las IV JORNADAS JURÍDICAS ARAGONESAS DE PROPIEDAD HORIZONTAL, con el siguiente programa:

Apertura y presentación:

Excmo. Sr. D. Manuel BELLIDO ASPAS, Presidente del TSJA; don Miguel RUIZ LIZONDO, Presidente del Colegio Territorial de AA.FF. de Aragón, y don Antonio MORÁN DURÁN, Decano del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.

Ponencias:

«Las comunidades ante la Agencia Tributaria», por don Sergio PEQUERUL LINARES, Jefe de la Dependencia Regional de Gestión Tributaria de la Agencia Tributaria de Zaragoza. Modera don Fernando OROS ESCANILLA.

«Las Comunidades de Propietarios y el Registro de la Propiedad», don Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO y don Manuel MATAS BENDITO, Registradores de la Propiedad. Modera don Antonio Miguel RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ.

Mesa Redonda: *Dos años de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal: tres puntos de vista.*

Ilmo. Sr. D. Roberto ESTEBAN PRADAS, Magistrado-Juez titular del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 18 de Zaragoza; don Julio ROJAS BEJARANO, Abogado, y don José Ángel GÓMEZ VELA, Administrador de Fincas. Modera doña M.^a Antonia BIELSA BLAS.

La aplicación del nuevo artículo 10 de la LPH. Obligaciones sin votación.

Ilmo. Sr. D. Miguel CARRERAS MARAÑA, Magistrado-Juez de la Audiencia Provincial de Burgos. Modera don Miguel RUIZ LIZONDO.

Conclusiones:

D. Javier HERNÁNDEZ GARCIA, Asesor Jurídico Colegio Territorial AA.FF. de Aragón.

Clausura:

D. Carlos CARNICER DIEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

D. Salvador DIEZ LLORIS, Presidente del Consejo General de AA.FF. de España.

MADRID

El día 1 de julio de 2015 la PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTAL *UN TRIBUNAL PARA LA CONSTITUCIÓN*, organizada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Colegio de Registradores de España.

La presentación corrió a cargo de don Benigno PENDÁS, Director General del CEPC; don Gonzalo AGUILERA, Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España, y don RAFAEL CATALÁ, Ministro de Justicia.

Tras la proyección del documental, producido por el Colegio de Registradores y la Universidad de Castilla-La Mancha y dirigido por D. Miguel BELTRÁN y D. Daniel SARMIENTO, tuvo lugar un coloquio, moderado por la periodista D.^a Pilar CERNUDA, en el que intervinieron D. Francisco RUBIO LLORENTE, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional y D. Juan Antonio ORTEGA Y DÍAZ-AMBRONA, Letrado del Consejo de Estado.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz. *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, 256 págs.

por

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Carlos III de Madrid

No es frecuente que dos profesoras universitarias investiguen conjuntamente en una materia tan compleja e importante, como es el Derecho de sucesiones, sobre la que han impartido numerosos cursos y conferencias y escrito artículos y libros de amplia repercusión, empezando por sus respectivas tesis doctorales, relativas al testamento ológrafo y la distribución de toda la herencia en legados. También forman parte del grupo ACTUALIZA y del movimiento CARMONA, cuyos planteamientos se reflejan en la obra que es objeto de la presente recensión.

El tema sobre el que versa la investigación no puede ser más sugerente, ya que en torno a él existe en la actualidad un acalorado debate, que alcanza su máxima expresión cuando se aborda el tema de la legítima. Antes de tener el libro entre mis manos, creí que casi todo su contenido iba a girar en torno a este tema clásico, siendo consciente que hace algún tiempo las autoras intervinieron como ponentes en un debate sobre la libertad de testar, con nutrida concurrencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, y tras sus intervenciones, casi todas las cuestiones se centraron en la justificación o no de la legítima en la sociedad actual. Como se observa en el capítulo 4, muchos pensarán que en un ensayo que lleva por título «la libertad de testar», el tema de la legítima debería ser el central, sino el único, objeto de debate en la medida en que se considera el más importante freno a la libertad dispositiva del causante. No obstante, esto es un espejismo, porque se aborda la materia con un alcance mucho más amplio, lo cual está plenamente justificado, porque se trata de uno de los principios fundamentales en materia sucesoria, en la actualidad y a lo largo de toda la historia del Derecho. También hay que destacar que la legítima es mucho más que un límite a la libertad de testar.

Se subraya el carácter polisémico del principio de libertad de testar, distinguiéndose entre la libertad positiva o libertad para testar y la libertad negativa o libertad de testar en sentido estricto, las cuales están claramente conectadas y pueden llegar incluso a converger. La libertad de testar en sentido negativo consiste en la posibilidad de disponer del propio patrimonio, incluyendo el denominado patrimonio moral, sin que otros se interpongan en esa actividad. En sentido positivo, la libertad de testar implica la de tomar las propias decisiones

con plena validez jurídica, suponiendo la autorrealización de los propios fines de acuerdo con la autónoma voluntad.

La Constitución y los derechos humanos influyen en la libertad de testar. El artículo 33 de nuestra Constitución reconoce el derecho a la herencia como parte no escindible del derecho a la propiedad privada recogido en el mismo precepto. Sin embargo, el ámbito moderno del Derecho de sucesiones va más allá de las meras relaciones patrimoniales que derivan de la propiedad de los bienes para proyectarse también sobre aspectos que afectan a cuestiones de índole extrapatrimonial, como sucede con ciertos aspectos de los derechos de la personalidad, las relaciones de filiación o, en general, otras facetas ligadas al llamado patrimonio moral que no se conectan con la propiedad privada y que más bien parecen relacionadas con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, parámetros estos recogidos en el artículo 10 de la Constitución. Además, la protección constitucional de la herencia se proyecta tanto sobre el propietario causante de la sucesión, como respecto a los receptores de la misma. Tampoco puede pasar desapercibida la relación entre herencia y familia, institutos garantizados por la Constitución, cuya vinculación es evidente a lo largo de la historiografía jurídica y que ha sido puesta de manifiesto en un ordenamiento relativamente próximo al nuestro, como el alemán, donde el Tribunal Constitucional, en una trascendental sentencia, de 19 de abril de 2005, afirma que el derecho a la herencia no solo protege al testador, sino también a los herederos, resaltando su vinculación con el derecho de propiedad y con la protección de la familia.

La libertad de disponer por causa de muerte tiene un fundamento propio que no coincide con el de contratación, porque en esta última el engarce constitucional ha de buscarse principalmente en el artículo 38 de la Constitución, sin que podamos dejar de mencionar también la ligazón con los principios de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. Por ello, los límites impuestos a una y otra son bien distintos en ambos casos e incluso a veces aparentemente contradictorios, como sucede por ejemplo con las disposiciones condicionales. No obstante, en las últimas décadas la autonomía privada de carácter contractual ha pasado de ser una alternativa al testamento por suponer atribuciones patrimoniales *mortis causa* realizadas en formato puramente contractual.

Se subraya la importancia que sigue teniendo el testamento en la transmisión intergeneracional de la riqueza. Por tratarse del instrumento central del Derecho de sucesiones, en palabras de DíEZ-PICAZO, se muestra su significado, haciéndose hincapié en sus características, desde su carácter formal, que es una garantía del respeto a la voluntad del testador; hasta su consideración de acto unilateral y personalísimo, constituyendo, en su contenido típico, un acto esencialmente revocable. Con el fin de proteger la voluntad del testador existe una garantía *ex post* derivada de la posible anulación del testamento por vicios del consentimiento, aunque su alcance es muy restringido, por lo que debe ser conectada y completada con la solución *ex ante* que impide en todo caso la eficacia de la disposición a favor de determinadas personas que por su peculiar relación con el testador pudieran hipotéticamente influir de modo pernicioso en su voluntad, y ciertos supuestos de la llamada indignidad para suceder aplicables a la sucesión testamentaria se sitúan en esta línea de la protección de la voluntad del testador.

Desde el punto de vista del contenido del testamento, es perfectamente posible un testamento que distribuya el caudal relicto a través de legados, supuesto en que además no resulta necesaria la apertura de la situación intestada, tesis mantenida recientemente por las Resoluciones de la DGRN de 19 de abril y 11 de septiembre de 2013. El contenido posible del testamento puede ser tanto pa-

trimonial como extrapatrimonial, prevaleciendo el criterio de considerar como testamento en sentido propio los actos que, cumpliendo con las formalidades testamentarias, carecen de contenido patrimonial e incluso negocial. En cambio, no puede considerarse testamento en sentido propio el conocido como testamento vital o testamento biológico.

El testador tiene derecho a decidir el destino del propio patrimonio de modo consciente y libre. A pesar de ello, esta libertad positiva no carece de amenazas. Se han incrementado las posibilidades de testadores especialmente vulnerables por su edad o por sus condiciones físicas o mentales. A esto hay que añadir otras razones de vulnerabilidad, como las derivadas de las relaciones de dominación o de violencia de las que fácilmente pueden surgir influencias indebidas en la voluntad de otros, todo lo cual explica la preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos por este tema.

Tras referirse a la regulación de la capacidad para testar, se subrayan las exigencias de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que España ratificó el 23 de noviembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008. Esta Convención recoge un cambio de paradigma sobre la discapacidad, superando la perspectiva asistencial para adoptar otra basada en los derechos humanos y en la dignidad de la persona, lo que implica la consideración de la persona con discapacidad como un sujeto plenamente titular de derechos, en igualdad de condiciones con los demás.

La creciente preocupación por los testadores más vulnerables ha determinado que se abogue especialmente por la necesidad de figuras tendentes a amparar su verdadera voluntad.

En nuestro Derecho, la intervención del notario en el momento de otorgar testamento cumple varios fines garantistas, como el de asegurar la capacidad del testador, la integridad de la voluntad testamentaria y la corrección jurídica del acto.

Se cuestiona si existe un derecho a testar de manera poco convencional, extraña o irracional. Frente a ello, las limitaciones a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria ha de buscarse prioritariamente en las reglas, y solo cuando estas no existen o en casos muy excepcionales, en los principios, supuesto en que nos encontramos en el marco de la *Drittwirkung* y los conflictos entre derechos fundamentales. En el resto de las situaciones, que son mayoría, esas limitaciones han de provenir de las normas estrictamente sucesorias y no, por ejemplo, del artículo 1255 del Código Civil, salvo que se trate de pactos sucesorios, en cuyo caso la doble naturaleza contractual y sucesoria puede exigir el doble recurso a ambos tipos de reglas. Tampoco cabe el recurso al artículo 1902 del Código Civil y en definitiva, a las normas de la responsabilidad civil, a fin de vadear las normas propiamente sucesorias. Desde esta perspectiva, se exponen las consecuencias desde el Derecho vigente, teniendo en cuenta que los criterios de actuación que el legislador considera más adecuados y que equilibran mejor los intereses que concurren en toda relación jurídica entre sujetos están en las reglas del Derecho sucesorio, que se recogen en el Código Civil y en las normas de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho Civil, en todas las cuales aparece un buen elenco de normas sucesorias, siendo, no obstante, factible la aplicación de los principios ordenadores contenidos en las cláusulas generales relativas a la moral y el orden público en casos concretos, en la medida en que no sean una vía de elusión de aquellas reglas, por hipótesis, plenamente válidas y eficaces. Prescindiendo de los límites a la libertad de testar derivados de las normas imperativas que tutelan la legítima, cuestión que se analiza más adelante,

y algunos otros límites, se tienen en cuenta sobre todo los artículos 767, 792, 793 y 794 del Código Civil y diversas disposiciones autonómicas.

Una vez realizado este análisis normativo, se entra de lleno en el tema de la legítima, que no es ni mucho menos el objeto exclusivo de la investigación, como límite negativo a la libertad de testar, porque existen otros en el Código Civil, de indudable importancia, como las reservas, la reversión legal del artículo 812, las vinculaciones temporales previstas, por ejemplo, en los artículos 781 y 785 o las prohibiciones de disponer testamentarias, a las que aluden el propio artículo 785.2 y el artículo 26. 3 de la Ley de Hipotecaria.

Se plantea el problema de la justificación o no de la legítima en la sociedad actual, haciéndose referencia a las soluciones imperantes en el panorama legislativo comparado, como tarea previa para reflexionar sobre su posible modificación en el Código Civil.

Se parte de la complejidad del tema y de su carácter eternamente recurrente, como demuestra el debate ya existente en la época de la elaboración de nuestro Código Civil. Clásica es la cita de las páginas dedicadas por SÁNCHEZ ROMÁN a la cuestión de si es preferible o más conforme a Derecho un sistema de libertad de testar o uno de legítimas, quien ya anticipaba muchos de los argumentos barajados en el momento actual. La cuestión no era ajena al problema más general relativo a si el Código había de seguir la tradición castellana o aproximarse a los territorios forales.

Teniendo en cuenta la experiencia alemana, se alude en primer lugar a la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de una hipotética norma que optara por una supresión de la legítima, en cualquiera de los territorios con Derecho civil propio, o en nuestro Código Civil. El Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia de 19 de abril de 2005, considera que esta institución tiene carácter imperativo, siendo expresión de la solidaridad familiar fundada en el artículo 6 de la Ley Fundamental. Por ello la regulación de la legítima en el BGB es constitucional e inconstitucional su hipotética supresión. Esta doctrina ha determinado que en la reforma del Derecho de sucesiones operada en 2010 se mantuviera en sus aspectos esenciales la regulación de la legítima. En los países de tradición jurídica continental existe también un gran debate, sin que en ninguno de ellos se haya optado por la abolición total de la legítima, lo que debe hacernos pensar sobre la conveniencia de introducir cambios radicales. En nuestro Derecho, la legítima es uno de los mecanismos posibles para cumplir el mandato constitucional de protección de la familia (art. 39), de modo que no sería estrictamente exigible por el texto constitucional el reconocimiento por el legislador de una legítima con contenido material, aunque probablemente sí se pide al menos una garantía de índole formal.

Las autoras se refieren a los rasgos comunes en la evolución de la legítima, señalando que no faltan opiniones que *lege ferenda* son favorables a sus sustitución por una institución con fundamento puramente alimentista, opción que no es novedosa porque, como evidencia VALLET DE GOYTISOLO, en los siglos XVI y XVII hubo autores que consideraron la posibilidad de que se redujera la legítima a un mero derecho de alimentos caso de precisarlos. Sin embargo, no creen que esta solución sea idónea, pues ni tienen el mismo carácter; ni responden a los mismos presupuestos.

En relación con las posibles líneas de futuro, parece consolidarse la opción de sustituir la legítima *in natura* por la legítima como derecho de crédito pagadero en dinero. En la línea de adelgazar y flexibilizar la legítima, se apunta también la predisposición a proteger las donaciones del causante frente a las pretensiones

de los legitimarios. Por otro lado, igualmente se observa la tendencia común a flexibilizar el pago, incluyendo la posibilidad de hacerlo de modo diferido. Asimismo, también constituye una tendencia clara en el ámbito comparado que se extiendan y modernicen los casos de desheredación de los legitimarios. Otro punto a considerar es el de los sujetos legitimarios, pues mientras en algunos ordenamientos se ha optado en las recientes reformas por una restricción del círculo, donde los ascendientes dejan de tener aquella condición, en otras ocasiones, por el contrario, ese círculo se amplía o intensifica, lo que ha sucedido, señaladamente, con el fortalecimiento de la posición del viudo como legitimario. Si bien en las recientes reformas del Derecho sucesorio europeo los hijos y descendientes continúan siendo legitimarios en todo caso, no resulta extemporáneo plantear, en el camino de minoración de la legítima, si tiene sentido mantener que esto ha de ser así en cualquier caso, o si es es preferible una limitación a aquellos supuestos en la que los hijos o nietos se hallen en una especial situación de necesidad o vulnerabilidad. Se plantea por último la conveniencia de introducir en el Código Civil la posibilidad de la renuncia anticipada a la legítima.

El cambio de paradigma sobre lo que significa la familia o las familias y las relaciones entre sus miembros ha conllevado también algunos cambios significativos en el Derecho de sucesiones. Entre los temas recurrentes está el caso de la tutela jurídica del cónyuge sobreviviente en la sucesión de su consorte, preocupación que ya estuvo muy presente en la elaboración del Código Civil y muy especialmente en su última etapa a finales del siglo XIX. Más de un siglo después la preocupación permanece, si bien ahora parece extenderse también al conviviente de hecho, al menos en aquellos casos en los que convivencia ha sido formalizada o institucionalizada de alguna manera. El reforzamiento de la posición del supérstite se realiza a través de varias vías que tienden a incrementar los derechos legales del viudo en detrimento de la legítima de los hijos, y en su caso, también de la de los ascendientes. No es infrecuente que, anticipando la situación en que se pueda encontrar el viudo, el testador decide imponer un usufructo sobre la totalidad de su herencia a favor de su cónyuge, posibilidad no expresamente contemplada en el Código, pero admitida por la doctrina y la jurisprudencia. De mantenerse la legítima del viudo, la opción ha de ser por la propiedad y no la del derecho de goce.

Entre los temas suscitados por la evolución de las estructuras familiares, la unión de hecho plantea no pocos problemas en el ámbito sucesorio, a los que se enfrentan con frecuencia los tribunales, sin que exista una respuesta directa en el Código Civil. Este tema obliga a hacer un esfuerzo de imaginación y construcción jurídica. Parece preferible más que extender los derechos sucesorios del viudo al conviviente supérstite establecer un sistema flexible que permita reconocerle derechos reales o personales frente a la herencia en función de las circunstancias del caso, conclusión a la que llega la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013.

Una mayor libertad dispositiva puede estar justificada por circunstancias como el deseo de favorecer a los hijos o allegados discapacitados, el garantizar la estabilidad del patrimonio que se quiere transmitir como herencia o la inexistencia de relaciones o malas relaciones entre los progenitores con alguno de sus hijos. Desde una perspectiva contraria, se plantea la existencia de derechos sucesorios en favor de ciertas personas con las que el causante ha mantenido estrechas relaciones de afecto y hasta de dependencia económica. También cabe pensar en los eventuales derechos sucesorios de los cuidadores del testador, lo cual es previsto en algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán y el fran-

cés, y también por el legislador catalán y el gallego. La normativa que figura en ellos pone de relieve las dificultades que suscitan las disposiciones testamentarias destinadas a favorecer a quienes han ejercido las labores de cuidado del testador, así como la dificultad de encontrar soluciones generales que satisfagan *a priori* los requerimientos de todo tipo de situaciones.

Se trata también por su innegable relación con la voluntad del causante, el destino *post mortem* de los derechos de la personalidad y el patrimonio digital.

Muy sugerentes son las ideas que se exponen en torno a la globalización e internacionalización del Derecho de sucesiones, y como consecuencia, a la unificación o al menos aproximación de los distintos sistemas europeos. El hito fundamental lo constituye el Reglamento de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que tiene muchas implicaciones sustantivas.

La obra concluye con el análisis de la perspectiva de género en el Derecho de sucesiones.

El elenco de cuestiones que se tratan pone de manifiesto la importancia de esta obra, que se caracteriza por su enfoque renovador del Derecho de sucesiones, vinculando la libertad de testar a la protección de la persona en todas sus dimensiones. A la claridad expositiva, importante en un tema tan complejo, se añade un esquema realmente logrado, que se articula en cuatro densos capítulos, bien hilvanados. Además, se suministra una información doctrinal y jurisprudencial exhaustiva, de la cual da fe la amplísima bibliografía que figura al final de la obra, con el manejo de las más importantes monografías, de comentarios y de artículos doctrinales que se han publicado en nuestro país y en los de nuestro entorno. Esta obra puede ser de gran utilidad para afrontar la necesaria tarea de reformar el Código Civil en materia sucesoria, porque no solo se plantean con rigor los numerosos problemas que en la actualidad surgen en torno a la libertad de testar, conectados en buena medida a la propia evolución de la familia, sino que además se ofrecen soluciones, todas ellas apoyadas en una sólida argumentación jurídica, con conocimiento de la regulación existente en la actualidad en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que ya se han producido importantes reformas legislativas, a las que se hace una puntual referencia en la obra.

NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro (Coord.), *La venta extrajudicial de bien hipotecado*. Granada: Ed Comares, 2012. ISBN: 978-84-9836-981-6. 121 págs.

por

ELENA SÁNCHEZ COLLADO
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

El presente volumen se corresponde con las actas de una Jornada de trabajo celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012, auspiciada por la Universidad y por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en relación con el tema expresado en el título. La celebración de la Jornada coincidió preci-

samente con la fecha de promulgación del Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, dictado por el Gobierno de la Nación. Dicha Jornada no pudo, pues, resultar más oportuna al efecto de analizar el impacto de tal medida, puesto que, desde la atalaya del tiempo, podemos ver a través de los textos contenidos en este volumen hasta qué punto puede decirse que ha cambiado en los últimos tiempos la situación de los deudores hipotecarios tras la aplicación de esa norma, y las otras muchas que la han seguido hasta la fecha. El libro no puede decirse, con todo, que constituya una mera aportación a la historia del derecho español reciente, sino que contiene además interesantes reflexiones generales respecto a la regulación legal de la problemática de las consecuencias derivadas del sobreendeudamiento de los particulares gravados con la existencia de cargas hipotecarias, particularmente en un contexto de crisis económica como la que ha venido atravesando nuestro país en los últimos años. Se trata, por tanto, de un interesante ejercicio de análisis jurídico y reflexión crítica sobre el alcance y validez del derecho para hacer frente a serios conflictos sociales que afectan a grandes grupos de población, por lo que considero que sigue siendo un libro de muy aprovechable lectura.

La obra se compone, aparte de la Presentación del coordinador, de cuatro aportaciones que se corresponden con las ponencias presentadas en la mencionada Jornada. Los textos se han mantenido en general tal como se presentaron en su momento, con algunas adaptaciones actualizadoras de poca importancia.

El primer trabajo («Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial», pp. 1-31) corre a cargo del propio coordinador del volumen, Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS. En él el autor reclama imaginación y apertura a otras posibles alternativas que el Derecho comparado nos depara en el ámbito de los procedimientos y formas de ejecución hipotecaria, ya sea para obtener una satisfacción más pronta y eficaz del acreedor, ya para no malbaratar los bienes del deudor, ya para atribuir a este un protagonismo que siempre ha sido del acreedor, ya sea en fin, para evitar que aquella satisfacción no suponga el estrangulamiento económico del deudor. A su juicio, la ejecución hipotecaria judicial y en definitiva la subasta judicial distan mucho todavía de representar un trámite eficaz aunque parcialmente trataron de paliarse por la actual Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y sus sucesivas reformas. Las alternativas de que dispone en el Derecho español el deudor hipotecario, persona física o consumidor para evitar la subasta judicial son todas las de *carácter privado* producto del acuerdo: la refinanciación y reestructuración de la deuda, la quita y sobre todo la dación en pago, posibilidades que se contemplaban ya en el Real Decreto-ley 6/2012 parcialmente modificado por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de *mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*; las que dentro del proceso de ejecución hipotecaria permite el artículo 691.5 de la LEC, es decir el convenio de realización del valor y la venta por persona o entidad especializada, así como que el acreedor pueda pedir la administración del bien hipotecado (art. 690 LEC). Y finalmente, nuestro Derecho cuenta con la posibilidad —que ha de ser pactada en la escritura de constitución de la hipoteca— de la realización extrajudicial ante Notario del bien hipotecado (art. 129 LH).

El autor se afana en destacar que los Derechos europeos privilegian la vía extrajudicial y ofrecen posibilidades que desconoce o evita el Derecho español, como son entre otras el pacto comisorio y la venta por el propio deudor que contempla el artículo 2201.1 del *Code civil*, al posibilitar que en el transcurso de una primera audiencia ante el juez de la ejecución, pueda el deudor pedir a este que le autorice a vender el inmueble. Por otro lado, un mecanismo alternativo a

la subasta judicial, existente en nuestro Derecho, pero con escaso alcance en la práctica, es la administración para pago, posibilidad anticrética que permite el artículo 690 LEC y que no solo facilita la satisfacción del acreedor, sino que es mucho menos gravosa para el deudor. En el Derecho inglés en cambio, la administración forzosa o *administration order* según la *Law of Property Act* es la forma ordinaria de ejecución para los bienes inmuebles en general. Por otra parte, el Derecho danés fue el primero en introducir en 1984 el *fresh start* consistente en un saneamiento de deudas y en la idea de conceder al deudor sobreendeudado una segunda oportunidad. Después de Dinamarca otros muchos países serían conscientes de la necesidad de encaminar su legislación hacia procedimientos específicos para rehabilitar al consumidor insolvente como Reino Unido, Francia, Noruega, Austria, Luxemburgo... Indudablemente indica el autor, sea cual sea la concepción, los Derechos europeos —incluido el español— están llamados a converger con relación al fenómeno del endeudamiento excesivo.

Agrega el autor que ciertamente se han adoptado medidas de protección directa o que puedan beneficiar al deudor hipotecario, siendo de destacar fundamentalmente las adoptadas por Real Decreto-ley 6/2012, normativa que sujeta a protección al deudor incluido en el umbral de exclusión¹. Tras de la citada reforma llevada a cabo en el 2015, se contempla el sobreendeudamiento sobrevenido o pasivo que el autor criticaba como ausente de la normativa anterior, de suerte que es preciso además para que el deudor que comentamos quede amparado, que en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud de protección, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

Con referencia a la dación en pago que contempla el número 3 del Anexo del Real Decreto-ley 6/2012 al que dio nueva redacción la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, indica el autor que si bien no es absolutamente obligatoria para la entidad acreedora, puesto que le basta con no suscribir el CBP, debería representar una solución puramente amistosa, producto de la autonomía de las partes, sin salir nunca de ese ámbito. Y concluye que se recela de la dación en pago y no en igual medida del pacto comisorio, debiendo matizarse el alcance de la prohibición del referido pacto que resulta del artículo 1859 del Código Civil y reconocer su admisibilidad, con respeto del límite que supone el enriquecimiento injusto. Dicho respeto puede lograrse con una adjudicación del bien por el valor *actual y total* del mismo. En la actualidad, se ha optado por su permisibilidad en la Unión Europea, salvo en Alemania, Holanda, Portugal e Italia.

El segundo artículo («Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», pp. 33-71) lo firma el Notario de Madrid Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS. En este trabajo defiende el autor el interés o ventaja comparativa del procedimiento ejecutivo extrajudicial frente al judicial en atención a su agilidad o rapidez, lo que favorece al desarrollo de crédito, a los acreedores y a los propios deudores. La legitimidad del indicado procedimiento en modo alguno debe presuponer una merma de las garantías jurídicas correspondientes a todos los sujetos implicados, en particular el deudor ejecutado. La posibilidad en general de este procedimiento extrajudicial de ejecución no ha estado sin embargo exenta de dudas, habiendo existido incluso pronunciamientos judiciales del máximo rango que han negado la validez de alguno de estos procedimientos por falta de cobertura legal. Se sorprende el autor, sin embargo, de que en un sistema de contratación en donde impera como regla

general la libertad de forma, si bien nace directamente de la ley la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial de ejecución directa sobre la finca hipotecada, en cambio la viabilidad de entablar el procedimiento extrajudicial de ejecución, no nacería de la ley, sino de un expreso pacto de las partes en el título de constitución de la hipoteca, característica del indicado procedimiento que subsiste tras de la modificación del artículo 129 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

El autor destaca asimismo cómo, tras la reforma del RH de 14 de febrero de 1947 por virtud del Real Decreto de 1992, se suscitó el problema de la posible inconstitucionalidad del artículo 129. 2 de la LH en su redacción vigente en dicha fecha, por vulnerar el «monopolio jurisdiccional de las actividades de ejecución» proclamado en el artículo 117 de la Constitución y fundamentalmente el derecho a la defensa judicial del artículo 24 de la norma fundamental, al no posibilitarse la suspensión por una posible oposición judicial. Tras de la ulterior redacción del precepto mencionado por virtud de la LEC 1/2000, de 7 de enero, indica el autor que es indudable que ahora contamos con una norma de rango legal postconstitucional y cualquier procedimiento notarial de ejecución hipotecaria tiene una base legal en el artículo 129 LH. El vigente artículo 129 LH redactado por virtud de la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo contempla la venta extrajudicial realizada ante Notario que deberá ajustarse a los requisitos y formalidades establecidos en dicho precepto, con remisión a lo establecido en el RH y fundamentalmente en la LEC. Singularmente, se contempla la posibilidad de que el Notario suspenda la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario².

El también Notario de Madrid Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA ofrece la tercera contribución del volumen («La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», pp. 73-101). Al igual que en el artículo anterior, este autor reclama una reforma de la LEC y del RH de suerte que necesariamente, del mismo modo que en el procedimiento judicial se fije en la escritura el valor de tasación para primera subasta, por no existir límite alguno para la fijación de ese valor, valor que tiene gran trascendencia ya que un porcentaje del mismo sirve de límite para la adjudicación en subasta. En la actualidad el artículo 129 2. a) LH dispone que «El valor en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni podrá en ningún caso ser inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». En el procedimiento judicial, si el requerimiento de pago no se puede hacer personalmente, se recurre a la publicación de edictos (art. 686.3 LEC); en cambio en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, el artículo 236-c. 2 del RH indica que «El requerimiento tendrá lugar en el domicilio que, a efectos de aquel, resulte del Registro y se practicará por el Notario, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor que haya de ser requerido, o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase nadie en él, al portero o a uno de los vecinos más próximos y en el apartado 4; «Si no se pudiera practicar el requerimiento en alguna de las formas indicadas, el Notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta, quedando expedita la vía judicial que

corresponda». El autor estima que, como planteamiento de *lege ferenda*, debería posibilitarse la notificación subsidiaria por edictos también en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, pero siempre que la publicación edictal ofrezca realmente al deudor la oportunidad de conocer la existencia del procedimiento, estimando el autor insuficiente la publicación en el BOP que prevé el 236 d) RH³ y considerando conveniente que adicionalmente se establezca una publicidad por Internet, lo que permitiría a cualquier deudor que estuviera ausente consultar la web.

Con relación al procedimiento judicial, el artículo 645.1 de la LEC indica que «A toda subasta se dará publicidad por medio de edictos, que se fijarán en el sitio destacado, público y visible en la sede de la Oficina judicial y lugares públicos de costumbre. La publicidad que para el procedimiento ejecutivo extrajudicial prevé en cambio el artículo 236-f.3 del RH parece más efectiva, aunque en ambos casos en opinión del A. es inadecuada e insuficiente y sugiere que desde el Consejo General del Notariado se cree una aplicación por la que el notario remita a una web central todos los datos relevantes concernientes a todos los bienes que salgan a subasta en toda España.

La descoordinación advertida por el autor entre la LEC y el RH en materia de ejecución sobre la vivienda habitual, se solventaría como el mismo autor indica en su anexo a la ponencia en virtud de la reglamentación que recibirá la expresada materia en el artículo 12 del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, subsistente tras de las reformas llevadas a cabo por la precitada Ley 1/2013, de 14 de mayo y por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Como indica el autor se trata de un sistema prácticamente igual al de ejecución hipotecaria judicial, entre cuyas peculiaridades destaca la subasta única, convocada por el tipo establecido en la escritura. Si existen posturas superiores al 70% del tipo, se adjudica al mejor postor; si fuere inferior deudor y acreedor tienen una especie de segunda oportunidad⁴.

Concluye el autor que en general hay que felicitarle por la reforma que inició el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo de aplicación a la mayor parte de las ejecuciones y que coloca al procedimiento extrajudicial al nivel del judicial en materia de garantías del deudor. Y algunas de las medidas que sugiere el autor en orden a agilizar la ejecución se han logrado fundamentalmente con la modificación del artículo 129 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad.

Por fin, la última aportación («El procedimiento de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos», pp. 103-120) es debida al Registrador de la Propiedad Joaquín DELGADO RAMOS, quien principia su trabajo con una alusión a la sentencia del Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998, que declaraba la inaplicación por derogación del párrafo 2.º del a la sazón vigente artículo 129 de la Ley Hipotecaria, al ser norma opuesta a la Constitución y la de los artículos 234 a 236-o, ambos inclusive del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. La consideración de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, supuso la práctica defunción de dicho procedimiento, lo que motivaría una reacción del legislador al reformar, con motivo de la aprobación de la LEC del 2000, el artículo 129 LH, redacción que en opinión del autor confirmaría la desaparición de nuestro ordenamiento jurídico del «anómalo procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», limitándose a conceder al acreedor hipotecario, mediante pacto expreso con el hipotecante,

la posibilidad de proceder por subasta ante Notario a la enajenación del bien objeto de la hipoteca. A juicio del autor, la regulación de la venta extrajudicial que contempla el indicado precepto solo se refiere a la relación interna entre las partes que otorgaron el contrato de hipoteca, y no a la ejecución de la acción real hipotecaria frente a terceros, en base entre otros razonamientos a multitud de preceptos comprensivos de principios generales del derecho, que excluyen expresamente que un pacto entre las partes pueda tener el efecto de cancelar derechos reales anotados o inscritos registralmente a favor de terceros, entre ellos el artículo 1257 del Código Civil y el artículo 82 de la LH.

El autor estima que en la actualidad no existe en nuestro ordenamiento jurídico, por no permitirlo ni la Constitución ni las leyes, un supuesto procedimiento extrajudicial de ejecución de la acción hipotecaria, con virtualidad de producir la cancelación registral de derechos de terceros. Incluso limitado a los simples efectos *inter partes*, el pacto de posible venta extrajudicial, cuando venga predispuerto como condición general de la contratación, entre un predisponente (entidad financiera) y un consumidor, tiene serios riesgos de ser considerado no solo inconstitucional, sino ilegal por abusivo y por tanto nulo, por producir una merma de los derechos y garantías que el consumidor tendría de no mediar tal pacto, fundamentalmente por el menoscabo jurídico e indefensión que le puede ocasionar tramitarse no ante la autoridad judicial, sino ante un notario. También destaca el autor la merma comparativa que el procedimiento extrajudicial puede llegar a suponer para el ejecutado frente a las garantías del procedimiento judicial, problemas que empezaron a solventarse siquiera parcialmente a partir de las reformas llevadas a cabo en virtud del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo mencionado por el autor y de las sucesivas, fundamentalmente representadas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo que conferiría al artículo 129 LH su actual redacción que presupone una clara remisión a la LEC en lo concerniente a los tipos y condiciones de la subasta, así como la posibilidad de que el Notario suspenda la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el Juez que sea competente, conforme a lo establecido en el artículo 684 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales del préstamo hipotecario.

Con esta aportación se cierra este notable volumen que ofrece una sugerente panorámica en torno a diversos aspectos de este problema de la venta de los bienes hipotecados, por desgracia todavía de tan patente actualidad como en el momento de pronunciarse las ponencias que están en el origen de estos artículos y en el de edición del libro. Su lectura, por tanto, dará amplios frutos a quien al día de hoy quiera seguir acercándose a esta intrincada consecuencia de la crisis financiera y la necesaria adaptación del Derecho de garantías al respecto.

NOTAS

¹ En la actualidad y con posterioridad a la publicación del artículo que comentamos, ha quedado modificado por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, el número 1 del artículo 3, de suerte que se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurren en ellos las circunstancias no de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, sino que a) el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres, cuatro o de cinco veces, según los casos, el Indicador Público de Renta de Efectos

Múltiples; reduciéndose además la anterior exigencia de que la cuota hipotecaria supere el 60 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar por el 50 o al menos al 40 por cien, según las circunstancias.

² Según el propio artículo 129 LH, La cuestión sobre dicho carácter abusivo se sustanciará por los trámites y con los efectos previstos para la causa de oposición regulada en el apartado 4 del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y el apartado 4 del artículo 695 de la LEC ha recibido nueva redacción en virtud de lo establecido en la Disposición final tercera de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal; de suerte que «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4º anterior, podrá interponerse recurso de apelación».

³ Téngase en cuenta que la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 4 de mayo de 1998, declara la derogación del párrafo 2.º del artículo 129 de la Ley Hipotecaria, al ser norma opuesta a la Constitución y la de los artículos 234 a 236-o, ambos inclusive del Reglamento Hipotecario, en virtud de la subordinación que impone el principio de jerarquía normativa. El artículo 236 RH debe estimarse sin embargo subsistente en materia de notificaciones, en consonancia con lo establecido en el vigente artículo 129 e) LH que remite al RH en todo lo relativo a la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones.

⁴ De no existir ningún postor, el actual artículo 671 LEC redactado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, con posterioridad por tanto a este escrito que comentamos, dispone que podrá el acreedor pedir la adjudicación del bien, si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos; y si se tratare de la vivienda habitual del deudor, por el 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o por el 60 por cien si la cantidad que se le deba por todos los conceptos fuese inferior a dicho porcentaje. Este precepto estimamos que es aplicable al procedimiento ejecutivo extrajudicial dado que el actual artículo 129 LH dispone que los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

- Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:
 - Nombre y dos apellidos del autor/es.
 - Grado académico o situación profesional del autor/es.
 - Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
 - Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

- Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:
 - Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
 - A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

- Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
- Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

- Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
- Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

- Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I. EN VERSALES.
 - II.1. EN VERSALITAS.
 - III.1.A. *En cursiva*.
 - IV.1.A.a) En redondo.
 - V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo.
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.
 - I.
 - II.
 - III.
- Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:
 - P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).
- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €

Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002