

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

MONOGRÁFICO SOBRE DERECHO PRIVADO
DE LA UNIÓN EUROPEA

Año LXXXX • Enero-Febrero 2014 • Núm. 741

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
Director del Servicio de Estudios
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
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

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
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

**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
Ex 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.

MONOGRÁFICO SOBRE DERECHO PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA / MONOGRAPH ON PRIVATE LAW OF THE EUROPEAN UNION

PRESENTACIÓN / PRESENTATION

Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León	9
--	---

ESTUDIOS / STUDIES

ALONSO LANDETA, Gabriel: «La contribución de los registradores de la propiedad al desarrollo del espacio europeo de justicia» / <i>Land registrars contribution to the European Space of Justice's development</i>	15
DE LA PUENTE ALFARO, Fernando: «¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo» / <i>Towards an European Real Estate Registration Law?</i>	39
DÍAZ FRAILE, Juan María: «El Reglamento Sucesorio europeo: El principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la <i>lex rei sitae</i> . Especial referencia al certificado sucesorio» / <i>The European Succession Regulation: The rule of adaptation of rights in rem and the limits set by the lex rei sitae. Special reference to the certificate of succession</i>	67
GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Juan Luis: «El certificado sucesorio europeo» / <i>European Certificate of Suceesion</i>	113
GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios» / <i>European Court of Justice Doctrine on the examination of mortgage loans for unfair clauses</i>	153

IRIARTE ÁNGEL, José Luis y CASADO ABARQUERO, Marta: «Acceso al Registro de las escrituras públicas de adquisición de inmuebles otorgadas en el extranjero (Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012)» / <i>Registrability of public documents executed abroad in acquisition of property ownership (Commentary on the ruling of 19 June 2012 of the civil division of the supreme court)</i>	177
NANCLARES VALLE, Javier: «La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo» / <i>The position of the European Court of Human Rights on same-sex marriage</i>	195
RAJOY BREY, Enrique: «La privación del derecho por el Registro de la Propiedad: requisitos» / <i>Deprivation of rights by the Register, requirements</i>	251

PRESENTACIÓN

Monográfico sobre *Derecho Privado de la Unión Europea*

por

LUIS DíEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Civil

Presidente del Consejo de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

Entienden los filósofos del Derecho que un Estado o un organismo supranacional siempre es un ordenamiento jurídico o, por lo menos, posee una vigorosa tendencia a serlo.

Uno carece de suficiente bagaje intelectual para poder participar, desde el punto de vista teórico, en problemas como este, pero parece verdad que las organizaciones supranacionales terminan siendo o comienzan a ser muy pronto organismos de producción jurídica, especialmente si están dotadas de una burocracia que sea mínimamente trabajadora.

Actuar con vestidura de prelegislador o preparar normas jurídicas para que en el futuro sean promulgadas como leyes, es una tarea que deja satisfechos a muchos burócratas que forman parte de los estamentos administrativos de las organizaciones aludidas, y que así creen que han ejercido un poder de mando sobre sus congéneres.

Naturalmente esto es lo que viene pasando en la Unión Europea desde su fundación, aunque sea cierto que en bastantes ocasiones ha tratado de hacerse para perseguir y asegurar la libre circulación de personas y capitales dentro de la Unión y el mercado único de bienes y servicios en ella.

Por unas razones o por otras, la Unión ha puesto en marcha varios tipos de instrumentos normativos que tienen una clara incidencia en el ordenamiento jurídico de la Unión y, por consiguiente, en el de los Estados miembros de la misma. Me refiero a las Directivas y a los Reglamentos. Las Directivas son indicaciones que la autoridad central realiza a fin de que los derechos de los Estados miembros mantengan una clara unidad en su concepción, pero también en las modalidades de su posible aplicación.

No puede discutirse (si uno trata de ser razonable) que la finalidad última de las normas europeas ha sido perseguir los objetivos de carácter económico, como son la libre circulación de personas y capitales, el de asegurar un mercado único de bienes y servicios, y la implantación de la libre concurrencia, pero por unas u otras razones, el Derecho de la Unión Europea ha ido incidiendo en muchos aspectos reformando el Derecho de los países miembros. Puede intentarse hacer al respecto una especie de inventario:

- a) En el ámbito de las obligaciones y de los contratos se ha abordado la elaboración de unos principios comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo. Esos trabajos se culminaron con los llamados «Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)», que en algún momento se pensó que podría dar origen a un Código europeo de Derecho de contratos y que después se continuaron, como una indiscutible ampliación, en el llamado Marco Común de Referencia, pero también como coartada para no cumplir los plazos de la elaboración de un código.
- b) El Derecho europeo ha incidido de forma reiterada en el campo de las obligaciones contractuales a través de la regulación cada día más incisiva de lo que pueden llamarse contratos de consumo y, con ellos, la regulación de las cláusulas abusivas y de la rescisión de las mismas. Creo que no es exagerado decir que el Derecho de consumo, cualesquiera que sean sus orígenes más remotos, es una obra de la Democracia Cristiana alemana, y tras ella de la burocracia bruxelense.
- c) Aunque la materia relativa al derecho de propiedad y a los derechos reales ha quedado, en principio, fuera de las materias que constituyen el núcleo de la unificación, hoy en día se admite que hay un ámbito de regulación europeo en materia de propiedad, hipoteca y otros derechos reales, así como del sistema registral de publicidad que facilita la contratación transfronteriza. En este sentido, se puede señalar que recientemente el Parlamento Europeo está ahora trabajando en un proyecto de directiva sobre préstamos hipotecarios.
Las normas europeas no concluyen, sin embargo, con los dos grandes capítulos de lo que se considera en materia de Derecho Privado, derecho estrictamente patrimonial y, por ello, al lado de las normas citadas aparecen hoy en día otras que generan un núcleo de derechos comunitario europeo relativo al derecho de familia. Se citan en este sentido, las directivas y reglamentos en materia de ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial.
- d) Entre los reglamentos de la Unión Europea podemos destacar numerosos ejemplos que tienen incidencia en Derecho Privado, tales como los llamados Reglamentos Roma I sobre obligaciones contractuales, y Roma II sobre obligaciones extracontractuales.

- e) Al lado de todo ello son de reciente aparición las normas en materia de sucesiones *mortis causa* con la creación de un certificado sucesorio europeo, aprobado en 2012, aunque tendrá su entrada en vigor en agosto de 2015.
- f) Al lado de todas las Directivas aludidas anteriormente, hay algunas otras que han tenido y tienen una clara incidencia en el ordenamiento jurídico de la Unión y de los Estados miembros de ella. Son muy numerosos los ejemplos de directivas que en una tradicional división de las materias pertenecerían a lo que nosotros hemos llamado Derecho Mercantil o Comercial, como son las relativas al Derecho de sociedades, situaciones concursales e insolvencias.

Algunos de nosotros profesamos la idea de que la reelaboración de las normas es una tarea en gran parte doctrinal, aplicando las reflexiones y la utilización de conceptos jurídicos a la masa que es siempre sesgada y un poco informe, de la materia estrictamente normativa. Nuestra Revista tiene un elevado número de prestigiosos profesionales jurídicos, bien dotados para el estudio de carácter teórico y práctico, a los que algunas de esas tareas se les pueden encomendar.

Está pues plenamente justificado que nuestra Revista dedique un número precisamente para abordar las incidencias que en nuestro Derecho Privado puede tener la legislación y la jurisprudencia de la Unión Europea. Naturalmente nuestro origen impone que la primera se centre más bien en el ámbito inmobiliario y en la contribución que a un espacio europeo de justicia puedan contribuir los registros de la propiedad, aunque introduciendo también algún trabajo relativo a la jurisprudencia europea en materia de derecho a contraer matrimonio, matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones de hecho.

Lógicamente ese examen no podrá ser exhaustivo, pero en este número que ahora presentamos, se analizan temas de gran interés, como son, además de los ya citados, la existencia de un espacio europeo de justicia; la posibilidad de un derecho inmobiliario europeo; la implantación del certificado sucesorio europeo; las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras públicas de adquisición de bienes inmuebles, o la protección que el Registro pueda dispensar a nivel europeo.

Esperamos, por consiguiente, que los lectores de la Revista compartan los puntos en los que los encargados de la redacción han tratado hacer hincapié y que entre todos se consigan los objetivos propuestos.

Por todo, hay que agradecer de manera muy seria al Comité Ejecutivo de la Revista Crítica este trabajo de coordinación realizado y a todos los autores su contribución a la tarea.

ESTUDIOS

La contribución de los registradores de la propiedad al desarrollo del espacio europeo de justicia

Land registrars contribution to the European Space of Justice's development

por

GABRIEL ALONSO LANDETA

Registrador

Expresidente de la Asociación Europea de Registros de la Propiedad

RESUMEN: La reciente acción europea en el ámbito de justicia civil está encaminada a facilitar el ejercicio de los derechos de ciudadanía europea. A medida que los ciudadanos ejercen su derecho a la libertad de movimiento entran en relación con bienes inmuebles sitos en otro Estado en los actos cotidianos de su vida. Los Estados han de facilitar el acceso de estos actos al registro, a fin de garantizar los principios de acceso a la justicia y de no discriminación en la protección del derecho fundamental de propiedad privada. Los Registros de la Propiedad europeos habrán de proyectar sus servicios en el espacio europeo de justicia mediante acciones que incluyen la creación de un punto único de acceso a los sistemas nacionales de publicidad registral residenciado en el portal *e-justice* y mediante medidas que faciliten la modificación del contenido de los registros de la propiedad nacionales en virtud de actos y decisiones europeas, como el reconocimiento automático y la adaptación de medidas judiciales y derechos reales desconocidos. Todo ello demandará un alto grado de coopera-

ción internacional en el ámbito del derecho inmobiliario registral donde rige la *lex rei sitae*.

ABSTRACT: *The European recent action in the field of civil justice is focused on strengthening the European citizenship's rights. Whenever european citizens make effective their right of free movement they get involved in legal relationships concerning immovable assets. Member states must facilitate the access of those acts to the land registry in order to make effective the principles of access to justice and protection of the fundamental right to private property. EU land registries must deliver their services at European scale within the space of freedom security and justice by promoting specific actions to make information available from any point of Europe by setting up of a single point of access to the national land registry information in the e-justice portal.*

PALABRAS CLAVE: Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, Registro de la Propiedad, información registral europea, circulación de actos y decisiones, registrador, reconocimiento automático, *lex rei sitae*, adaptación, red registral europea de cooperación.

KEY WORDS: *Space of freedom security and justice, land registry, european land registry information, circulation of decisions and acts, registrar, automatic recognition, lex rei sitae, adaptation, european land registry network.*

SUMARIO: I. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD: 1. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA COOPERACIÓN CIVIL: MARCO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO. 2. LA MAGNITUD DE LA CUESTIÓN. 3. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO. 4. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INMOBILIARIA Y EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA. — II. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO: 1. LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD. 2. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EUROPA. 3. INFORMACIÓN REGISTRAL EUROPEA. 4. LA COOPERACIÓN: a) *El reconocimiento automático*. b) *El principio de adaptación*. c) *La cooperación transfronteriza*. 5. UN EJEMPLO DE COOPERACIÓN: EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO. 6. UN INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN: EUROPEAN LAND REGISTRY NETWORK (ELRN).—CONCLUSIÓN.

I. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LOS DERECHOS DE PROPIEDAD

1. EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA COOPERACIÓN CIVIL: MARCO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO

Con el Tratado de Maastricht de 1992 el proceso de integración europea alcanza una dimensión política y jurídica. Uno de los aspectos más relevantes de Maastricht es la creación del concepto de ciudadanía europea. Cada ciudadano de un Estado miembro dispone, por el hecho de serlo, de la ciudadanía europea, que no sustituye ni abarca la anterior, pero le confiere una serie de derechos adicionales protegidos por los Tratados.

El derecho de libre circulación de las personas consagrado en el Tratado de Amsterdam de 1997, y en la actualidad recogido en el artículo 3 del TUE y 20 del TFUE del Tratado de Lisboa, forma parte del concepto de ciudadanía europea y constituye uno de los principios básicos del mercado interior europeo. Este derecho comprende garantizar a los ciudadanos europeos no solo la libertad de circular y residir, sino también el acceso a la justicia para el pleno reconocimiento y ejercicio de sus derechos en cualquier Estado de la Unión donde se encuentren.

Constitucionalmente, el Tratado de Amsterdam de 1997 supone un paso importante en el desarrollo de la cooperación judicial en materia civil al trasladar esta materia al primer pilar, es decir, la cooperación judicial en materia civil se comunitariza, trasladándose del Título VI del TUE al Título IV del TCE, artículos 61 a 69. Esto permitió a la Unión recurrir al método comunitario para adoptar instrumentos en este ámbito.

Desde este momento la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se convierte en objetivo preferente de las políticas de la Unión, y así el Consejo Europeo, en reunión celebrada en 1999 en Tampere (Finlandia), estableció de manera rotunda las bases prácticas para una cooperación judicial mejorada, declarando que «en un auténtico Espacio Europeo de Justicia no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impidan a personas y empresas ejercer sus derechos o las disuada de ejercerlos...», siendo por tanto de crucial importancia crear un espacio «...en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio».

A partir de entonces y a través de los sucesivos programas de Tampere en 1999 y La Haya 2004, la Unión comenzó una intensa actividad legislativa destinada a crear un espacio europeo de justicia que fuera el sustento del ejercicio efectivo de la ciudadanía europea, y particularmente en el ámbito que nos concierne, el ejercicio del derecho de libre circulación de las personas al servicio de una mayor cohesión del mercado interior para favorecer el intercambio de bienes y servicios¹.

Tras el paso intermedio de Niza, el vigente Tratado de Lisboa supone otro salto cualitativo en el proceso de integración europea por el que los Estados miembros se dotan de un marco constitucional que permita adaptar las instituciones europeas y sus métodos de trabajo a la nueva realidad económica y social en el contexto de una Europa de 27 Estados miembros, consolidando la legitimidad democrática de la Unión y la base de los valores fundamentales. El concepto de ciudadanía europea se ve reforzado en el nuevo artículo 20 TFUE, que ahora contiene una lista no exhaustiva de los derechos que comprende. Estos derechos se ven también favorecidos por la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales al derecho primario a través del artículo 6 TUE.

En el ámbito de la cooperación civil, Lisboa supone la generalización del procedimiento de codecisión, así como del método de mayoría cualificada en las decisiones del Consejo, quedando reservada la norma de la unanimidad exclusivamente para las cuestiones de Derecho de Familia, tal como resulta del artículo 81 del TFUE.

Con este sólido anclaje constitucional, el espacio jurídico europeo continúa su desarrollo en la actualidad con un intenso ritmo. Así, el Consejo de la Unión adoptó en la cumbre celebrada en diciembre de 2009 en Estocolmo, un nuevo programa en materia de justicia civil. La Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo de 20 de abril de 2010, conteniendo el Plan de acción para la aplicación del programa de Estocolmo recibe como título «Desarrollando un área de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos»², poniendo de manifiesto, ya que el principal objetivo de la Unión en esta materia es avanzar en la Europa de los ciudadanos asegurando a estos que podrán ejercer sus derechos y beneficiarse de manera efectiva de la integración europea.

Los ciudadanos están ahora en el centro de la acción política de la Unión. El informe de ciudadanía europea 2010 denominado «Desmantelando los obstáculos en los derechos de los ciudadanos europeos»³, pone de manifiesto que sin embargo existe todavía una brecha entre los derechos reconocidos a los ciudadanos europeos en el Derecho de la Unión y la realidad que dichos ciudadanos afrontan cada día cuando buscan bienes y servicios en un Estado distinto del suyo propio. Los ciudadanos han de poder ejercer sus derechos en otro Estado miembro en idénticas condiciones que los ciudadanos de dicho Estado.

Como señala el plan de acción del programa de Estocolmo, «Establecer derechos no es suficiente. Los derechos y obligaciones se convertirán en realidad solo si son fácilmente accesibles para sus titulares. Los individuos necesitan estar facultados para invocar estos derechos en cualquier lugar de la Unión donde se encuentren».

El proceso de desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia continúa impulsado por una firme determinación política de facilitar la vida y la actividad de los ciudadanos y de las empresas europeas como veremos más adelante.

2. LA MAGNITUD DE LA CUESTIÓN

La Unión Europea de los 27 constituye un espacio de 500 millones de ciudadanos. La proporción de población de residentes no nacionales ha venido incrementándose notablemente durante las últimas décadas.

En 2007 alrededor de 28,7 millones de habitantes residentes en los Estados miembros (5,8 por 100 de la población total) eran no nacionales de tales Estados. La mayoría de ellos (18.754 millones) eran ciudadanos europeos de otro Estado miembro, mientras que solo 10,2 millones (2,1 por 100) ostentaban la nacionalidad de terceros países⁴.

Según el último informe de ciudadanía europea publicado por la Comisión europea, en el año 2009 eran casi doce millones los ciudadanos de la Unión que residían habitualmente, es decir, doce meses al año, en otro Estado miembro. Aunque la propia Comisión reconoce que la cifra puede ser mayor si incluimos aquellos que se desplazan por temporadas largas⁵.

No existen datos específicos del número de ciudadanos de la Unión que ostentan derechos de algún tipo sobre bienes inmuebles situados en territorio de otro Estado miembro, pero según estimaciones recogidas en documentos de la propia Comisión Europea⁶ en el año 2002 para una población estimada de residentes no nacionales de cinco millones de personas más de 2,5 millones de bienes inmuebles pertenecían a parejas residentes en lugar distinto de donde radica el bien. Aunque carecemos de un dato actualizado, sí podemos estimar que hoy con una población de residentes, habituales u ocasionales, no nacionales tres veces mayor, el número de inmuebles sobre los que ostentan derechos ciudadanos no nacionales del Estado donde el inmueble está situado puede fácilmente triplicarse.

De un total de 122 millones de matrimonios europeos, alrededor de 16 millones (13 por 100) tienen elementos transnacionales. En el año 2007 de 2,4 millones de matrimonios celebrados en la UE, 300.000 pertenecían a esta categoría. De la misma manera 140.000 divorcios (16 por 100) de un total de 1.040.000 que tuvieron lugar en la Unión en el mismo año presentan elementos transnacionales. Cada año aproximadamente 450.000 sucesiones en Europa presentan componentes transnacionales⁷.

El número de ciudadanos europeos que adquieren propiedades fuera de su propio Estado se incrementa rápidamente cada año como consecuencia de la aplicación del principio de libertad de movimiento de personas y de capitales. Cada vez que un ciudadano europeo decide ejercer su derecho a residir en otro Estado miembro para trabajar, estudiar, establecer un negocio, crear una familia o retirarse entra en contacto con los bienes inmuebles. Cada vez que operan respecto de estos bienes en sistemas jurídicos no nacionales, los ciudadanos se enfrentan a una mayor dificultad para probar y ejercitar sus derechos, a una duplicación de trámites que redundan en mayor dilación e incremento de costes y a un mayor grado de incertidumbre e inseguridad jurídica.

3. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

Para la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia se ha descartado, al menos a corto y medio plazo, la idea de la armonización. La protección y la facilitación en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en el espacio europeo no se busca mediante la creación de un sistema jurídico sustantivo propio europeo, sino a través de medios indirectos que faciliten el reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y la circulación de los actos y documentos extrajudiciales. La piedra angular de la construcción del espacio jurídico europeo, se ha repetido en innumerables declaraciones, ha de ser el principio del reconocimiento mutuo.

Este principio ha de estar basado en la confianza mutua y esta se ha de reforzar mediante la profundización en el conocimiento de los demás sistemas jurídicos nacionales, mediante la clarificación de las normas de competencia jurisdiccional y de las normas de derecho internacional privado que determinan la ley aplicable a las situaciones transfronterizas, mediante el establecimiento de mínimos estándares en las normas que regulan los procesos civiles y en fin mediante la creación de instrumentos de cooperación como la red judicial europea en materia civil y mercantil. También se considera fundamental la formación en derecho europeo de la comunidad jurídica, comenzando por los propios órganos jurisdiccionales y pasando por los distintos profesionales y operadores jurídicos, así como otras autoridades. La extensión de la cuestión prejudicial a todas las instancias, tal como resulta del Tratado de Lisboa, dará al Tribunal Europeo de Justicia un papel fundamental en este campo.

En definitiva, y a salvo la reciente iniciativa en materia de derecho contractual europeo, fuertemente inspirada por las necesidades que impone el mercado único y la defensa de los consumidores que son dos pilares básicos de la política de la Unión, la acción legislativa de la Unión no tiene por objeto, en este primer momento al menos, dotar al espacio jurídico europeo de una regulación sustantiva propia —el llamado régimen 28— sino favorecer el reconocimiento y aplicación de los distintos derechos nacionales en los demás Estados miembros, y a facilitar la circulación de actos y decisiones provenientes de otros Estados miembros.

4. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INMOBILIARIA Y EL ESPACIO EUROPEO DE JUSTICIA

Si hemos dicho que la construcción del espacio europeo de justicia se hace, en general, desde el principio de pleno respeto a los sistemas jurídicos nacionales, esta afirmación es especialmente cierta en el área del Derecho de bienes y en especial la propiedad inmobiliaria cuyo régimen encuentra sus raíces más profundas en la tradición jurídica nacional lo que, por otra parte, parece claramente reconocido en el derecho de la Unión.

El derecho de propiedad es, en principio, materia reservada a los Estados miembros. Así aparece sancionado ya en el derecho primario por el artículo 345 del TFUE⁸. El Derecho de bienes y en especial la propiedad inmobiliaria es uno de esos ámbitos en donde los Estados proyectan con mayor intensidad su soberanía, y por ello el derecho de propiedad y en general los derechos reales sobre los bienes inmuebles son tratados en todos los instrumentos europeos como cuestión interna competencia de los Estados miembros por aplicación del muy asentado principio de *lex rei sitae*.

Podemos citar, a modo de ejemplo, diversos supuestos dentro del *acquis* de la Unión donde este principio aparece reflejado: Reglamento 1346/2000 del Consejo sobre procedimiento de insolvencia en su artículo 14 del que resulta que la disposición sobre bienes inmuebles efectuada por el deudor después de abierto el procedimiento de insolvencia se regirá por la ley del estado donde se encuentre el inmueble, en el reglamento 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Bruselas I, define los ámbitos de competencia exclusiva en su artículo 22 reservando para los tribunales del Estado miembro donde se encuentren situados las cuestiones relativas a la propiedad y demás derechos reales sobre los bienes inmuebles, así como las relativas a los asientos en registros públicos, el mismo criterio se mantiene en el actual artículo 26 del Reglamento 1215/2012, que aprueba la revisión del reglamento Bruselas I, el reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a obligaciones contractuales, Roma I, establece en su artículo 4, referido a ley aplicable a falta de elección por las partes, que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario se regirá por la ley del país donde el inmueble esté sito y, en fin, el reglamento 650/2012, de Sucesiones, excluye de su ámbito «la naturaleza de los derechos reales» y su publicidad en el artículo 1, párrafo tercero.

Si la propiedad y los demás derechos reales se rigen por la ley nacional del lugar donde se encuentren, la aplicación de este derecho sobre la realidad del espacio de libertad, seguridad y justicia por fuerza ha de crear situaciones complejas. Los ciudadanos europeos, en el legítimo ejercicio de su derecho de libre circulación, se trasladan de un Estado a otro y con ellas llevan su estatuto personal, sus relaciones jurídicas, familiares o económicas, creadas y regidas por leyes nacionales distintas y las proyectan respecto de los bienes inmuebles, lo que obliga a subsumir tales situaciones dentro de los sistemas jurídicos nacionales obligando a una labor integradora a fin de coherenciar el reconocimiento y ejercicio de sus derechos con el respeto al estatuto real de los bienes sobre los cuales proyectan tales derechos y a las normas que rigen la publicidad inmobiliaria.

III. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL ESPACIO JURÍDICO EUROPEO

1. LA DIMENSIÓN EUROPEA DE LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

Siendo la propiedad privada un derecho fundamental que forma parte de los principios comunitarios y del Tratado de la Unión, facilitar a los ciudadanos europeos el acceso a los Registros de la Propiedad nacionales es, en definitiva, facilitar el acceso a la justicia y por tanto constituye una plasmación efectiva de la política de la Unión de desarrollar un genuino espacio europeo de justicia, pues determina para el no nacional una protección idéntica de sus derechos a la que goza cualquier nacional, mientras que a la inversa la dificultad en el acceso al registro supone una grave discriminación y un debilitamiento de su derecho de propiedad para los no nacionales o no residentes.

Pero esta dimensión europea del registro no solo se manifiesta en términos generales a través de la protección al derecho de propiedad, sino también a través de la aplicación directa de los instrumentos de la Unión en el hacer diario del registrador. Así, dentro del acervo comunitario en materia de justicia civil, podemos citar algunos ejemplos:

- El Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, establece en su artículo 17 que la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya la Ley del estado en que se haya abierto el procedimiento... lo que significa que tal resolución, emanada de un tribunal de otro Estado miembro, puede tener acceso al registro y debe ser reconducida a través del correspondiente asiento dentro del sistema nacional de publicidad inmobiliaria para publicar las restricciones en las facultades dispositivas del titular de los bienes inscritos. La DGRN ha tenido ocasión de pronunciarse ya sobre este supuesto en la Resolución de 11 de junio de 2010.
- Las resoluciones dictadas dentro del ámbito establecido por el Reglamento 2201/2003, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, llamado Bruselas II, han de ser reconocidas según el artículo 21 sin necesidad de trámite adicional, siendo muy limitadas las causas de denegación de reconocimiento. Lo que significa que la resolución que establece la atribución, ejercicio o restricción de las responsabilidades parentales o las que decretan el divorcio, la separación o la nulidad matrimonial debe ser reconocida a los efectos de la inscripción de actos otorgados por las personas afectadas por dichas resoluciones.

- Las medidas provisionales de aseguramiento respecto de bienes inscritos que contempla el artículo 42 del Reglamento Bruselas I, acordadas por el órgano judicial que conoce de la cuestión principal, y por tanto dado su carácter urgente, podrían igualmente tener su reflejo registral a través de la correspondiente adaptación de la medida al sistema interno.

Mediante la revisión del reglamento 44/2001 (Bruselas I), llevada a cabo por el reglamento 1215/2012 se da un paso más en la simplificación y abolición de medidas intermedias eliminando el *exequátur* con carácter general, estableciendo el reconocimiento automático de las decisiones judiciales y la circulación de los documentos extrajudiciales. Comoquiera que la interpretación de la regla de jurisdicción exclusiva en materia de propiedad y demás derechos reales inmobiliarios contenida en el artículo 22 del reglamento 44/2001 y 26 del 1215/2012 es de interpretación estricta, dicha regla no se extiende a las sentencias declarativas y constitutivas de naturaleza personal con trascendencia real, las cuales podrían ser directamente inscribibles en el registro previo el reconocimiento automático de las mismas por la autoridad del Estado miembro de destino ante quien se hagan valer, esto es, el registrador.

Sucesiones y testamentos donde el certificado europeo de heredero regulado en el Reglamento 659/2012 constituye título inscribible en el Registro de la Propiedad, según el artículo 69, párrafo 5.º Esta iniciativa merece un análisis especial no solo por su trascendencia, sino también porque supone un ejemplo claro de las aspiraciones y dificultades con las que se encuentran los legisladores europeos para cohesionar el principio de respeto a los sistemas registrales nacionales y la necesidad de dotar a los ciudadanos de un instrumento eficaz para afirmar sus derechos.

Dentro de las iniciativas en marcha que entrarán en vigor en el corto plazo, tal como anuncia el Programa de Estocolmo, el registro tendrá también la ocasión de contribuir a la aplicación del derecho comunitario en materias tales como:

- Iniciativa en materia de transparencia de bienes del deudor, cuando se refiere a bienes inmuebles, que puede servir de revulsivo para la regulación del acceso a la publicidad registral inmobiliaria dentro de los procedimientos judiciales europeos.
- Competencia, jurisdicción y conflicto de leyes en materia de régimen patrimonial del matrimonio, incluida la liquidación de bienes, así como de las parejas registradas.
- Iniciativa para facilitar la circulación de documentos en Europa: supresión de trámites como traducción y legalización de documentos.
- Iniciativa en materia de reconocimiento sobre actos del estado civil de las personas.
- Iniciativa para una ley contractual europea...

En resumen, podemos asegurar que a medida que se avanza en el desarrollo del espacio jurídico europeo, las cuestiones patrimoniales vinculadas a la propiedad, a través del cual los ciudadanos proyectan su personalidad y las empresas su actividad, serán cada vez más relevantes. Y en consecuencia también será más necesario facilitar el acceso a los servicios registrales.

Por lo tanto facilitar a los ciudadanos y empresas europeas el acceso al Registro de la Propiedad es la manera más efectiva de obtener la protección del Estado de su derecho fundamental a la propiedad privada, cumpliendo los mandatos consagrados en los principios comunitarios y los Tratados.

2. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EUROPA

Para analizar la acción de los Registros de la Propiedad en el espacio europeo, y su contribución al reforzamiento de la seguridad en las transacciones inmobiliarias con componentes transnacionales, hemos de tener en cuenta los siguientes factores característicos:

- a) Los Registros de la Propiedad se encuentran situados en distintos ámbitos de las estructuras de cada Estado miembro. En Alemania, Austria o Polonia, el Registro se encuentra en los Tribunales de Justicia. En otros países, en cambio, el Registro de la Propiedad depende de la Administración, a veces se configura en forma de Agencia gubernamental independiente como ocurre en Holanda o Escocia o en Inglaterra y Gales, mientras que en otros Estados el Registro forma parte de la estructura de la Administración misma y, bajo distintas formas de gestión puede depender del departamento correspondiente de Finanzas (Francia y Bélgica), Justicia (España o Portugal), Agricultura (Hungría), medio ambiente (Italia) o asuntos sociales (Suecia). Esta disparidad de su marco institucional hace muy difícil una coordinación de Registros para una acción conjunta europea, al depender de muy distintas autoridades responsables.
- b) La acción europea del Registro de la Propiedad se proyecta tangencialmente sobre distintas áreas de las políticas de la Unión. Así es claro su entronque con Justicia, del que aquí trataremos más, pero también tiene influencia en materia de Mercado interior (mercados de crédito hipotecario), medio ambiente o protección de datos y administración electrónica dentro de la agenda digital. El registro ha de atender los requerimientos que se pueden plantear desde estos distintos ámbitos.
- c) Las acciones a desarrollar en el ámbito de la cooperación civil europea han de tener en vista el programa *e-Justice*, de forma que su implementación ha de contemplar los medios electrónicos y telemáticos como modo de facilitar a los ciudadanos y empresas en general y a toda la comunidad jurídica europea en particular, el acceso a los servicios registrales.

La implementación de estos medios se ha de hacer sin alterar los principios rectores de cada sistema legal, respetando y, en todo caso, adaptando las soluciones tecnológicas existentes en cada organización, y manteniendo los altos grados de seguridad que requiere una institución como el registro destinada a dotar de seguridad el tráfico jurídico. Además ha de hacerse de manera coordinada con otras soluciones tecnológicas adoptadas en el espacio jurídico europeo de manera que se garantice su interoperabilidad con los demás sistemas.

- d) Los Registros de la Propiedad se encuentran muy vinculados al principio de *lex rei sitae*, y se rigen por normas nacionales muy enraizadas en las tradiciones jurídicas nacionales. Debemos resistir la tentación de incidir en el funcionamiento del Registro a través de iniciativas aisladas con motivo de la redacción de instrumentos específicos de la Unión. Hasta tanto no se establezca una cierta armonización sustantiva de los sistemas jurídico-registrales europeos, lo que no parece previsible en un corto plazo, debemos respetar las normas de funcionamiento del Registro en cada Estado, pues solo así será capaz de desplegar los efectos de seguridad del tráfico que le son propios.
- e) Finalmente, y lo que es más importante, en todos los Estados miembros hay Registros de la Propiedad que persiguen el mismo fin, la seguridad jurídica, sin embargo, no todos los registros son iguales en su organización y efectos, ni todos los registros dispensan el mismo grado de protección.

Simplificando mucho, por razón de los efectos y la protección que despliega el registro, podemos distinguir dos sistemas:

- Los registros de depósito de documentos (*deed system*) vigentes en Francia y los sistemas legales de su misma inspiración como Bélgica, Holanda o Italia, se limitan a depositar y publicar los contratos a los que confieren un efecto de mera oponibilidad. El contrato inscrito prevalece sobre el no inscrito, pero el registro no garantiza el derecho del adquirente; sistemas llamados de efecto negativo.
- Por el contrario, en los registros de derechos (*title system*) que rige en Alemania y los países de su misma tradición jurídica como Austria y Suiza, así como también en Inglaterra y Gales, España y algunas provincias al norte de Italia y Francia, el registro publica directamente los derechos. Es en estos sistemas donde el registro despliega su mayor protección y efectos, que se extienden no solo a la inoponibilidad de lo no inscrito, sino a la protección efectiva del derecho del adquirente mediante el aseguramiento del derecho inscrito. Son los sistemas de efecto positivo.

Merece ser destacado aquí que cuanto más fuertes son los efectos del registro más seguridad proporciona, pero también más responsabilidad asume el Estado y paradójicamente más riesgo hay de ocasionar un daño, privando al verdadero dueño de su derecho en aras a la seguridad del tráfico. Por ello, es también más intenso el control de legalidad por parte del Estado de los títulos que pretenden acceder al registro.

Esta disparidad de efectos de los distintos sistemas registrales europeos hace especialmente compleja la aplicación en el ámbito registral de los principios de reconocimiento mutuo. En un sistema jurídico de registro de depósito de documentos, de efectos y de protección limitados, los requisitos de control y de seguridad son distintos que en un registro de títulos donde los efectos y protección son mayores.

Con el Registro de derechos, *title system*, se evitan gastos de investigación, se ahorra tiempo, se reducen asimetrías informativas entre las partes, disminuye los costes de transacción, es el único que facilita la integración del Mercado único, pues en él se cumplen los tres principios que inspiran los más eficaces sistemas registrales y que fueron enunciados en relación al sistema australiano del acta Torrens: *mirror principle*, *curtain principle*, *insurance principle*⁹.

Por todo ello, y aunque seamos respetuosos con todos los sistemas y tradiciones legales en Europa, hemos de reconocer que el Registro de derechos es el único que se encuentra en disposición de proporcionar una seguridad jurídica de dimensión europea al permitir contratar derechos de propiedad desde cualquier punto del espacio europeo mediante una simple consulta al Registro que informa, con la garantía del Estado, sobre la situación jurídica de los derechos de propiedad sobre un inmueble, evitando la necesidad de investigar derechos dentro de un sistema no nacional y desconocido.

3. INFORMACIÓN REGISTRAL EUROPEA

Aunque con distinto grado de eficacia, el Registro de la Propiedad en todos los Estados europeos cumple una función esencial para el desarrollo del mercado único. No es una simple base de datos, sino un instrumento jurídico especializado, organizado por el Estado para la seguridad del tráfico y la protección de los derechos.

Proporciona información relevante jurídicamente sobre los bienes inmuebles, dotando de certeza las relaciones jurídico-reales. Interviene en el proceso de transmisión de la propiedad, introduciendo mecanismos que garantizan la seguridad en el proceso. Refuerza los derechos inscritos, creando condiciones para un mercado de garantías inmobiliarias que permita obtener de los inmuebles todo su rendimiento económico.

Por lo tanto, la primera contribución del Registro de la Propiedad al espacio europeo de justicia ha de comenzar por poner la publicidad registral

inmobiliaria al servicio del ciudadano europeo en cualquier punto y de manera comprensible.

- a) La publicidad registral debe darse no solo dentro de cada Estado miembro, sino a cualquier punto del espacio europeo utilizando sistemas de comunicación seguros.

El proyecto ya está en marcha: la interconexión de los Registros de la Propiedad europeos aparece ya en el plan de acción multianual de justicia electrónica 2009-2013, aprobado por el Consejo. Es complejo y desarrollado a través de diversas iniciativas, casi todas dentro del marco del programa E-justice. La implantación de las ITC en las organizaciones registrales es generalizada en Europa. Un número significativo de ellas tienen servicios de consulta *on line*. El proyecto LINE financiado por la Comisión Europea dentro del plan de acción de E-Justice 2009-2013, ha desarrollado una plataforma para la interconexión de los Registros de la Propiedad europeos. La Comisión trabaja en estos momentos en un estudio de viabilidad que identifique las cuestiones esenciales, tales como reglas y/o restricciones de acceso, criterios de búsqueda, facturación en línea o desarrollo de formularios estándar europeos para presentar la información registral. También es objeto de evaluación la infraestructura tecnológica de acceso a la información registral que constituirá un punto único europeo de acceso a la información registral dentro del portal *e-justice*. Sin embargo, es importante recordar que no toda la información registral europea tiene el mismo valor jurídico.

- b) Por lo tanto no basta facilitar el acceso a la información registral. Además para que sea efectivo debe dar respuesta a los problemas que plantean las barreras lingüísticas y a la falta de conocimiento acerca del valor y relevancia jurídica de la información proporcionada por cada Estado. Por ello se hace necesario articular un sistema complementario que permita comprender la información registral y emplearla desde cualquier Estado de la Unión. Categorizar, explicar y determinar el valor jurídico de la información registral proporcionada por cada Estado es tarea esencial, máxime si se pretende agrupar en un punto único el acceso a toda la información registral europea, pues esta carece de un valor jurídico homogéneo en toda Europa.

La herramienta tecnológica ha de ser completada con una red de cooperación y asistencia de las propias organizaciones registrales. La coordinación no es sencilla, debido a la distinta organización institucional de los registros en Europa.

Por ello, ELRA¹⁰ ha coordinado una acción entre sus miembros para la creación de una *Red de asistencia registral*, ELRN (*european land registry network*) formada por *contact points*, que son registradores

de la propiedad, expertos jurídicos en derechos reales de las distintas organizaciones registrales europeas y que despliega su actividad de dos maneras: en un primer nivel, confeccionando una información básica de referencia, en lenguaje sencillo y asequible a los ciudadanos, explicando el contenido y el valor de la publicidad registral, los distintos sistemas y sus principales procedimientos. Y en una segunda fase, prestando asistencia individualizada a través de consultas de los otros *contact points* y de las autoridades europeas.

- c) La información hay que ponerla a disposición de las autoridades europeas, de las partes interesadas y de los profesionales jurídicos con suficiente rapidez y fiabilidad, y además hay que mantenerla actualizada hasta el momento mismo en que se dicta el acto o se firma el contrato. Desde que se conoce la situación jurídica del inmueble hasta que finalmente se firma el contrato, se dicta la resolución, o se confecciona el instrumento, se articulan diversos sistemas para garantizar la información, en unos casos la expedición de la información bloquea el acceso de nuevos derechos sobre la finca durante un tiempo, para asegurar que la situación jurídica del inmueble no se vea alterada respecto de la información que se ha dado, en otros no se congela la finca pero se establece un sistema continuado de alerta al solicitante para mantener actualizada la información en todo momento, o incluso de consulta en tiempo real. Hoy se considera que con los medios tecnológicos al alcance, la obtención de información y la remisión de los títulos a los registros puede conseguirse en tiempo real, reduciendo la brecha entre la firma del título y el acceso a la protección registral al mínimo, de modo que no parece necesario excepcionar un principio básico de funcionamiento del registro como es el de prioridad, establecido en beneficio de todos y no solo de las partes en el contrato o el procedimiento.
- d) A ser posible la información habría de proporcionarse traducida. En un principio, y hasta que se pueda traducir a todos los idiomas de la Unión, la publicidad además de en el idioma original, debiera proporcionarse también al menos en inglés, que es la lengua más extendida dentro de la Unión. Siendo el inglés la lengua más conocida, sin embargo corresponde a una tradición jurídica, la de *common law*, que es minoritaria dentro de la Unión, lo que añade dificultades a la traducción de conceptos jurídicos carentes de referentes comparativos con muchas de las instituciones jurídicas existentes dentro de las tradiciones legales continentales europeas.

4. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA COOPERACIÓN

El segundo ámbito de acción se refiere al acceso de los títulos, nacionales o extranjeros, con componentes transnacionales a los Registros de la Propiedad, cuestión que se conecta directamente con el principio de reconocimiento de decisiones judiciales y la circulación de documentos extrajudiciales en el ámbito europeo. Los Registros de la Propiedad han de ofrecer un sistema que facilite el acceso al registro de tales documentos, ya sea en aquellos casos especiales donde estos sean directamente inscribibles o en aquellos otros en los que tales títulos tengan que ser aportados y valorados como evidencia o complementarios de los títulos principales.

El principio de libre circulación de decisiones y documentos extrajudiciales aparece consagrado en el artículo 81 del TFUE. Igualmente se recoge como una de las prioridades en materia de justicia civil para los próximos años, según el vigente programa de Estocolmo. El reconocimiento mutuo se ha de extender a las decisiones judiciales y a los documentos extrajudiciales con trascendencia registral procedentes de otros Estados de la Unión.

Sin embargo, facilitar el acceso no puede suponer modificar o simplificar para estos casos las reglas de funcionamiento de los sistemas registrales. Estas se enmarcan dentro de los sistemas civiles y procesales nacionales que sufrirían el directo impacto de una modificación en aquellos. Los títulos europeos, sean actos, contratos o decisiones, habrán de cumplir las reglas de fondo y de forma impuestas por las normas nacionales que gobiernan los derechos reales y el Registro de la Propiedad.

Hasta tanto tareas de armonización no sean abordadas, para que sean eficientes los registros han de funcionar dentro del marco jurídico nacional y de acuerdo a las reglas propias. Cada sistema, con distinto grado de protección, cumple su papel dentro de los procesos de adquisición y protección de la propiedad.

En consecuencia, la facilitación del acceso al sistema de publicidad inmobiliaria nacional ha de hacerse desde la política de cooperación, que facilite el cumplimiento íntegro de los requisitos establecidos por cada sistema registral. Al registrador incumbe, en primer término, facilitar la información necesaria para que la autoridad o prestador de servicios europeo pueda crear un título que cumpla con los requisitos necesarios para la inscripción en el registro.

a) *El reconocimiento automático*

El Registro ha de verse como el punto de acceso de la decisión o el documento extranjero inscribible al sistema jurídico nacional. Una vez establecida la regla de su reconocimiento y circulación en el espacio europeo por las normas de la Unión, la autoridad nacional ante quien se pretenda hacer

valer ha de realizar un reconocimiento dentro del proceso para el cual quiera hacerse valer.

El registrador es la autoridad nacional encargada de realizar el reconocimiento de los documentos y decisiones que pretendan acceder al Registro de la Propiedad. El reconocimiento automático no supone, pese a lo que de su nombre pudiera deducirse, una ausencia de control sobre el acto o decisión extranjera, sino que el control sobre el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento se realizará sin necesidad de un procedimiento especial directamente por el registrador. Esta función será cada vez más importante a medida que se avance en el espacio de libertad, seguridad y justicia. Así, tal como antes hemos apuntado, cuando un matrimonio acuerda liquidar sus bienes con arreglo a la única ley aplicable y ante la autoridad nacional competente, el título de adjudicación de bienes, que así se otorgue, deberá ser apto para inscribir los inmuebles en el registro del Estado donde se encuentren.

Ahora bien, si la regla que gobierna la constitución o transmisión de la propiedad, o su inscripción en el Registro exige actos jurídicos o trámites adicionales, estos podrán ser exigidos para que el acto despliegue plenos efectos en el Estado donde el bien radica, y siempre y cuando ello no suponga la repetición total o parcial de lo ya actuado, que deberá ser aceptado (confianza mutua) por la autoridad del Estado donde radique el bien. Facilitar la vida a los ciudadanos supone no exigirles reiteración de los actos ya válidamente perfeccionados con arreglo a la ley aplicable, especialmente cuando la *lex rei sitae* reconoce a aquella virtualidad para producir un efecto real.

El principio de reconocimiento mutuo implica no discriminar el acto o documento por el solo hecho de que este emana de una autoridad o profesional de otro Estado miembro, y siempre que tal acto o documento cumpla en su contenido los requisitos para producir sus efectos y acceder al Registro con arreglo a la *lex rei sitae*.

b) *El principio de adaptación*

Tal como hemos apuntado anteriormente, la propiedad y los demás derechos reales son cuestiones invariablemente excluidas del ámbito del derecho secundario. La exclusión, sin embargo, se refiere fundamentalmente a la lista de derechos reales reconocida en cada Estado miembro, a su naturaleza y contenido. La exclusión no comprende el ejercicio del derecho de propiedad, y singularmente a su transmisión cuando esta, según su propia ley nacional, se opere con arreglo a la ley relevante aplicable a la relación jurídica, tal como resulta del reglamento de sucesiones y testamentos y de la propuesta de reglamento sobre regímenes matrimoniales y consecuencias patrimoniales del matrimonio. Sin embargo la delimitación del ámbito de la ley aplicable a

los derechos reales y la ley aplicable a la relación jurídica resulta en muchas ocasiones compleja.

Cuando conforme a la ley aplicable o por la autoridad competente se crean derechos u ordenan medidas de protección o aseguramiento que no son conocidos en el sistema jurídico y registral del Estado donde radique el bien sobre el que hayan de proyectarse, se plantea una de las principales dificultades para la circulación de actos, decisiones y documentos. En tales casos y dado que como hemos apuntado la naturaleza de los derechos reales y las reglas de funcionamiento del registro son materias sujetas a la *lex rei sitae*, tales derechos no podrían ser inscritos en los registros públicos. Esta dificultad pusieron de manifiesto en los trabajos legislativos previos a la aprobación del Reglamento de Sucesiones. Como se señala en algunos estudios complementarios¹¹, es preciso prever esta situación y aportar una solución a los derechos nacidos al amparo de la ley aplicable que no sean conocidos por la ley del lugar donde se sitúe el bien sobre el que habrá de hacerse efectivo tal derecho, pues de otro modo, siendo la *lex rei sitae* prevalente en materia de *ius in rem*, tal derecho simplemente no podría hacerse efectivo. Un ejemplo sería el de un derecho de usufructo que fuera atribuido por la ley aplicable a la sucesión, por ejemplo española, a un heredero y que debiera de hacerse efectivo respecto de un bien sito en Inglaterra donde tal derecho no existe. Cabría, en tal caso, adaptarlo al sistema jurídico inglés a través de la creación a favor del usufructuario de un *life interest*.

Tanto el Reglamento de Sucesiones 650/2012, en su artículo 31¹², como la revisión del Reglamento 44/2001, Bruselas I, aprobado por el Reglamento 1215/2012 en su artículo 54¹³, recogen la posibilidad de que en estos casos se proceda a la adaptación del derecho desconocido o de la decisión o medida judicial al tipo de derecho o medida conocida más análogo dentro del sistema jurídico donde deba proyectarse o donde deba practicarse la inscripción. Corresponde a la autoridad nacional del lugar donde radique el bien la trasposición a su sistema nacional de los derechos o situaciones jurídicas nacidos conforme a la ley aplicable, para lo cual podrá consultar a la autoridad del Estado miembro de origen.

El principio de adaptación supone una labor específica de cooperación entre la autoridad que expide el certificado o dicta la medida y la autoridad encargada del registro donde haya de ser inscrito el derecho o reflejada la medida. Pues aunque los Estados miembros puedan convenir una tabla de equivalencias, las situaciones concretas que se plantean en la vida jurídica son tan variadas que siempre habrá que realizar una labor de subsunción en el caso concreto, labor que deberá ser encomendada a la autoridad nacional adecuada, que en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles debe ser el registrador de la propiedad.

c) *La facilitación de los trámites estatales complementarios derivados de las transmisiones inmobiliarias*

El Registro, oficina pública del Estado, servida por funcionarios públicos, ha de ejercer como punto único de acceso del documento o decisión que contiene un acto registrable al sistema legal nacional también en aquellos trámites complementarios, generalmente de naturaleza administrativa, que siguen a una transmisión inmobiliaria. Así la facilitación del pago de impuestos, el control sobre blanqueo de capitales, las comunicaciones de alta en el catastro, el envío de información estadística... en fin, el ciudadano europeo que opera en un sistema no nacional no puede ser cargado con la obligación de conocer y atender a los distintos trámites impuestos en este sentido; la Administración ha de actuar por un procedimiento de ventanilla única de modo que sea ella misma la que guíe al ciudadano en estos trámites y se movilice internamente para facilitar su cumplimiento.

Los Registros de la Propiedad deben actuar, pues, como puerta de entrada a los sistemas nacionales de los actos, contratos y decisiones europeas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria no solo integrando o adaptando tales actos al sistema jurídico nacional, sino también representando a la administración nacional como punto único de evacuación de los trámites administrativos vinculados a tales actos o decisiones.

5. UN EJEMPLO DE COOPERACIÓN: EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

El Reglamento Europeo de Sucesiones consagra el principio de unidad de ley aplicable a la sucesión (arts. 21 y 23). Por tanto, será una sola ley la que rijan toda la sucesión, lo que significa que si el causante es titular de bienes en distintos países de la Unión todos ellos quedan sujetos a la única ley aplicable que rijan el fenómeno sucesorio. ¿Qué ocurre con el principio *lex rei sitae* en tal caso? Dejando al margen la difícil cuestión de la transmisión de la propiedad, pues no en todos los países de la Unión la transmisión *mortis causa* del dominio de los bienes concretos se produce por ministerio de la ley a los herederos, ni en todos los países el proceso sucesorio tiene el mismo contenido y alcance, la cuestión que nos ocupa se centra en cómo hacer efectivo este principio cuando existen bienes inmuebles y ha de lograrse la inscripción de tal transmisión en el registro.

El Reglamento propone una fórmula compleja para tratar de superar los problemas que la construcción del espacio europeo de justicia plantea en el campo de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Se trata de facilitar los actos más habituales de la vida ordinaria de los ciudadanos, y heredar una propiedad inmueble o comprarla constituye un acto frecuente en la vida de

los ciudadanos que ejercen su libertad de movimiento dentro de la Unión. Sin embargo, el Registro de la Propiedad se rige por reglas internas vinculadas al estatuto de la propiedad y de los derechos reales.

Por esta razón el Reglamento dispone en su artículo 1.3, en sede de ámbito de aplicación, que el reglamento no se aplica a la naturaleza de los derechos reales ni a los registros públicos, ni a los requisitos y efectos de la inscripción o de la falta de inscripción.

Sin embargo, tras excluir claramente de su ámbito el registro, el propio reglamento crea un título, el Certificado Sucesorio europeo, y le dota de virtualidad para ser inscrito en los registros públicos (art. 69.5). El reglamento quiere ser respetuoso con los sistemas nacionales de Registro de la Propiedad pero, ello no obstante, quiere facilitar la vida al ciudadano europeo, poniendo a su disposición un instrumento que no solo sirva para acreditar su condición de heredero, sino también para disponer o inscribir los bienes de la herencia en el Registro de la Propiedad.

No es propósito de estas líneas entrar a analizar los problemas que plantea este certificado sucesorio, claramente inspirado en el *erbschein* alemán, pero al que se le quiere dotar de un mayor contenido y eficacia con las dificultades que ello conlleva, especialmente en cuanto a los efectos legitimadores que despliega y que pueden crear disfunciones en el tráfico inmobiliario en Estados con sistemas jurídicos como el español, donde la inscripción es declarativa pero con fuertes efectos jurídicos.

Nos centraremos, en cambio, en analizar el certificado como modelo de aproximación del legislador europeo a los sistemas registrales nacionales. El certificado sucesorio europeo es un título que será confeccionado por una autoridad y conforme a una ley aplicable de otro Estado miembro y que nace con una clara voluntad de ser título inscribible en todos los países de la Unión. Sin embargo, ello no prejuzga ni limita el cumplimiento de los requisitos que cada sistema registral impone para el acceso al registro respectivo de esta clase de actos [art. 1.3.j) del Reglamento], por lo tanto debiera ser un título que cumpliera todos los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria de cada Estado miembro, lo cual resulta, hoy en día, tarea de muy difícil cumplimiento.

En primer lugar, para la preparación del certificado, los Estados miembros facilitarán el acceso a la información contenida en los registros públicos (art. 40.3). Esta información habrá de ser trasladada al propio certificado si los actos que se otorguen con motivo de la sucesión pretendieran tener acceso al registro. Sin embargo, es claro que a la autoridad que emita el certificado tal información, posiblemente expedida en idioma extranjero con formato desconocido y con expresión de derechos desconocidos en su contenido alcance e interacción con otros derechos, solo le será útil si es capaz de interpretarla correctamente y deducir su alcance y significado jurídico. Por tanto no solo precisa un medio accesible para obtener la información, sino un contacto en la

organización registral nacional que pueda solventarle las dudas que surjan del análisis de dicha información.

Una vez el certificado sea expedido, el objetivo es lograr su inscripción en el registro del Estado donde se encuentre el bien. El legislador busca el equilibrio mediante un procedimiento complejo que consiste en establecer que si el certificado no cumple los requisitos impuestos para la inscripción en el Estado miembro donde se encuentra el registro, deberá ser suplementado con los documentos y actos necesarios para lograr tal inscripción, tan solo con una limitación y es que se trate de nuevos actos o documentos adicionales exigidos por el sistema jurídico donde el bien radique, para lograr los efectos pretendidos. En ningún caso se podrá pedir la reiteración de actos que hayan sido ya realizados válidamente y con plena eficacia con arreglo a la ley aplicable en el Estado de origen durante la tramitación de la sucesión.

A fin de facilitar la expedición del certificado, los Estados facilitarán a la Comisión fichas informativas con los documentos que los sistemas registrales nacionales precisen como complementarios al certificado para lograr su inscripción¹⁴. Es importante destacar que estas fichas informativas en ningún caso pueden tener carácter exhaustivo ni efecto vinculante, pues la realidad de las situaciones es compleja, pero sin duda puede ser una guía importante que solucione en la práctica la mayor parte de los casos.

Por último, y como antes hemos apuntado, el Reglamento contempla otra medida adicional para hacer efectivo el derecho y esta es el principio de adaptación al derecho nacional de los derechos desconocidos, al que antes nos hemos referido.

6. UN INSTRUMENTO ESPECÍFICO DE COOPERACIÓN: EUROPEAN LAND REGISTRY NETWORK (ELRN)

En este ámbito de la cooperación, que consiste en facilitar el acceso al registro de decisiones y documentos de la Unión, la Red de Registros Europea tiene un importante papel que desempeñar. Cada organización miembro de ELRA ha designado a un registrador, experto jurídico, que actuará como *contact point* nacional en la red, y cuya actuación tiene una doble dimensión, interna y externa.

En primer lugar, mediante la red se crea un sistema de consultas y de asistencia mutua entre las organizaciones registrales a través de los puntos de contacto nacionales designados en cada una de ellas. Así, en aquellos casos planteados ante los Registros de la Propiedad que presenten componentes transnacionales, los registradores encargados de la calificación de los títulos inscribibles podrán pedir, para el mejor ejercicio de su función, el auxilio de su *contact point* de referencia en el Estado de donde provenga el elemento extranjero. Las consultas podrán ser de dos tipos: una consistirá en poner en contacto a la autoridad que

ha de registrar el acto con aquella que lo ha dictado para solventar posibles cuestiones que se planteen; el segundo tipo de consulta consistirá en solicitar informes o pareceres sobre la ley doméstica aplicable al acto que se somete a inscripción. Obviamente estas consultas no serán vinculantes, pues se ha de preservar en todo caso la independencia en la calificación del registrador. Las organizaciones dispondrán de un nuevo servicio para el mejor desarrollo de sus funciones y para ofrecer a sus clientes un medio de consulta en el entorno conocido de su sistema registral nacional para la resolución de cuestiones que puedan suscitarse ante otros sistemas registrales europeos.

Pero además de esta dimensión interna, la red tiene también una proyección exterior, al ofrecer su colaboración a las autoridades relevantes señaladas en los instrumentos comunitarios y a profesionales jurídicos que operan en Europa, a fin de proporcionar un acceso más sencillo y amistoso a los servicios registrales nacionales. A tal fin los *contact point* facilitarán el trámite de las peticiones de colaboración para conseguir el adecuado tratamiento registral de documentos y de actos relevantes extranjeros, cuando deban ser tenidos en cuenta para practicar asientos en los registros nacionales.

CONCLUSIONES

I. Los Registros de la Propiedad deben contribuir decisivamente al desarrollo del espacio europeo de justicia civil reforzando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario con elementos transfronterizos. Para ello habrán de hacer un esfuerzo en facilitar el acceso a una información registral comprensible y el acceso de los títulos al registro desde cualquier punto del espacio europeo.

II. Las nuevas tecnologías pueden suponer una herramienta decisiva para este fin, para lo cual será preciso realizar adaptaciones en los medios tecnológicos nacionales dentro del programa europeo de *e-justice*. Sin embargo, hasta tanto no se den pasos hacia la armonización de los sistemas registrales europeos, este objetivo solo puede ser abordado desde el respeto a las reglas nacionales en materia de derechos reales inmobiliarios y de funcionamiento del registro. La cooperación dentro del espacio europeo de justicia deviene pues esencial en el ámbito del Registro de la Propiedad.

III. Esta cooperación es posible porque cualesquiera que sea la configuración del Registro de la Propiedad en los distintos países de la Unión, en todos ellos existen autoridades públicas que son expertos jurídicos, los registradores de la propiedad, capacitados para hacer efectiva esta labor de explicación, asesoramiento e integración de los títulos europeos en el sistema de publicidad tabular nacional.

IV. Los Estados miembros han de impulsar, dentro de sus organizaciones nacionales, la puesta en marcha de instrumentos efectivos de cooperación re-

gistrar, como el de la Red Registral Europea, a fin de que los registradores se hagan presentes en el espacio europeo facilitando a las autoridades, profesionales y ciudadanos un medio amistoso de acceso al registro, que permita el ejercicio efectivo de sus derechos a los ciudadanos europeos y atienda las necesidades de las empresas dentro del marco del mercado único.

NOTAS

¹ La acción legislativa desarrollada dentro de esta iniciativa en los últimos diez años ha sido muy intensa y se refiere a la libre circulación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, reglamento 44/2001, Bruselas I; reglamento 805/2004, que establece un título ejecutivo europeo; reglamento 1896/2006, sobre procedimiento monitorio europeo; reglamento 861/2007, que establece un proceso europeo de escasa cuantía, o el reglamento 1346/2000, sobre procedimiento de insolvencia, en el derecho de familia, reglamento 2201/2003, Bruselas II; reglamento 4/2009, obligaciones de alimentos, a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el reglamento 1393/2007, o a ley aplicable como los reglamento 593/2008 y 864/2007, sobre ley aplicable en materia de obligaciones contractuales y no contractuales, conocidos como Roma I y II; el Reglamento de Sucesiones 650/2012, y la revisión del reglamento sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I) 1215/2012. Se encuentran en fase de desarrollo legislativo de régimen económico-matrimonial, circulación de documento público y reconocimiento de los actos del estado civil, y derecho común europeo de compraventa.

² Brussels, 10-6-2009 COM(2009) 262 final. COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL An area of freedom, security and justice serving the citizen.

³ Brussels, 27-10-2010 COM(2010) 603 final. EU CITIZENSHIP REPORT 2010. Dismantling the obstacles to EU citizens' rights {COM(2010) 602 final}{COM(2010) 605 final}.

⁴ Brussels, 14-10-2009 SEC(2009) 410 final. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. *Accompanying the Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance Impact Assessment* {COM(2009) 154 final} {SEC(2009) 411}.

⁵ Brussels, 27-10-2010 COM(2010) 602 final. REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE UNDER ARTICLE 25 TFEU On progress towards effective EU Citizenship 2007-2010.

⁶ Bruselas, 17-7-2006 COM(2006) 400 final. LIBRO VERDE SOBRE EL CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA DE RÉGIMEN MATRIMONIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y RECONOCIMIENTO MUTUO.

⁷ Brussels, 14-10-2009 SEC(2009) 410 final. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. *Accompanying the Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of successions and on the introduction of a European Certificate of Inheritance Impact Assessment*{COM(2009) 154 final}{SEC(2009) 411}.

⁸ Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 345 (antiguo artículo 295 TCE):

«Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

⁹ Estos principios fueron enunciados por primera vez por T. B. F. RUOFF, en *An Englishman Looks at the Torrens System*, publicado en Sydney, Melbourne y Brisbane en 1957.

¹⁰ ELRA, Asociación Europea de Registros de la Propiedad, fundada en el año 2004, es una asociación sin ánimo de lucro constituida con arreglo a la ley belga y con sede en Bruselas, cuyo objetivo es el desarrollo y conocimiento de la función del Registro de la Propiedad en la creación y protección de los derechos reales y de los mercados de capital. ELRA subraya en su actividad los aspectos jurídicos del registro. Está compuesta actualmente por 29 organizaciones registrales de 22 países europeos. Es la asociación más representativa de los Registros de la Propiedad en la UE, colaborando habitualmente con las instituciones europeas a fin de llevar la voz de los registros a las iniciativas en marcha en el seno de la Unión.

¹¹ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*.

Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession *Rights in rem arising under the lex hereditatis not known to the lex rei sitae – the new Art. 21(3) SP*.

«202. The Institute furthermore proposes to add a third paragraph dealing with rights *in rem* that are not known as such by the law at the *situs* of the property concerned. The delimitation between the law governing property and the law applicable to the succession is, in general, not easy. As already mentioned with regard to the property law exception in Art. 1(3)(j) SP, the law applicable to succession should deal with the question of entitlement to the estate. The question whether and how the form of entitlement envisaged by that law can be implemented has to be answered by the *lex rei sitae* as the law applicable to property. The new Art. 21(3)1 shall clarify this precedence of the *lex rei sitae*. As far as the law applicable to succession creates rights *in rem*, e.g. usufructs of the surviving spouse, statutory trusts in favour of certain heirs, etc., the new Art. 21(3)1 makes clear that those rights *in rem* shall not be exercised contrary to the *lex rei sitae*. Rather the law of the State where the property is situated has the final word on how to deal with the unknown property right created by the succession».

¹² REGLAMENTO (UE), NÚMERO 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:

Artículo 31. Adaptación de los derechos reales

Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque, no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo.

¹³ REGLAMENTO (UE), NÚMERO 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 (refundición).

Artículo 54

1. Si una Resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares.

Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen.

2. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida u orden ante un órgano jurisdiccional.

¹⁴ *Artículo 77.* Información facilitada al público

(...)

Los Estados miembros facilitarán, asimismo, fichas informativas que enumeren todos los documentos y datos habitualmente exigidos para registrar los bienes inmuebles situados en su territorio o derechos sobre los mismos.

Los Estados miembros mantendrán actualizada dicha información permanentemente.

¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?

Towards an European Real Estate Registration Law?

por

FERNANDO DE LA PUENTE ALFARO
Registrador de la Propiedad, Notario

RESUMEN: Si bien se ha afirmado que la materia inmobiliaria está excluida de los Tratados que rigen la Unión Europea, es lícito preguntarse si es posible una armonización que sin violentar el derecho material interno de los Estados procure una mayor uniformidad en el tratamiento de la publicidad de los derechos que recaen sobre inmuebles. El desarrollo de esta idea, que no es nueva, se contempla desde el punto de vista competencial de la Unión, desde el punto de vista académico y desde la perspectiva de los antecedentes legislativos para concluir que no solo es posible llevar a cabo una armonización sino que sería altamente conveniente.

ABSTRACT: *Although it has been asserted that property matters are not covered by the treaties governing the European Union, it is still valid to raise the question of whether it might be possible to institute some sort of harmonization for greater uniformity in the way Member States handle the disclosure of rights in immovable property without warping Member States' domestic substantive law. The implementation of this idea, which is not new, is examined from the standpoint of EU competences, the academic standpoint and the standpoint of legislative antecedents. The conclusion is that such a harmonization is not only possible, but highly advisable.*

PALABRAS CLAVE: Inmuebles. Competencias de la Unión Europea. Mercado interior y protección de los consumidores. Armonización del contenido y publicidad de los Registros de la Propiedad.

KEY WORDS: *Property, European Union competences, internal market and consumer protection. Harmonization of the contents and disclosure rules of property registration systems.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL.—III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IV. EL IMPULSO ACADÉMICO, LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA EUROPEA.—V. LA ACTUACIÓN EN SEDE DE REGISTRO MERCANTIL.—VI. EL IMPULSO POLÍTICO DE LA COMISIÓN.—VII. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA UNIÓN.—VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES; APROXIMACIÓN AL ÁMBITO POSIBLE DE ARMONIZACIÓN.

I. PLANTEAMIENTO

El título de este trabajo hace referencia a una cuestión que puede resultar gratuita o puramente académica en cuanto que la materia relativa al Derecho Inmobiliario y, más concretamente, al Derecho Inmobiliario Registral parece estar claramente al margen del proceso de construcción del Derecho Patrimonial europeo. Esta afirmación, que constituye un lugar común, se basa en tres grupos de razones que parecen avalarla: en primer lugar las limitaciones competenciales del Tratado de la Unión excluyen del ámbito de actuación de los órganos comunitarios la materia relativa al dominio y a los demás derechos reales; en segundo lugar, el Derecho europeo se ha ido desarrollando respetando dicha limitación porque no existe una voluntad política de cambio al respecto; finalmente, parece existir cierto consenso académico de que las cuestiones relativas a los bienes inmuebles deben quedar fuera del ámbito de actuación de las instituciones europeas.

Es muy conocida la previsión explícita al respecto en el artículo 345 del Texto consolidado del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de contenido idéntico a la inicial del Tratado de Roma de 1950: «Los tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros». El texto, de dicción no muy feliz, parece implicar un reconocimiento expreso de que la materia está exceptuada de la competencia de la Unión lo que reviste toda la importancia, habida cuenta de que carece de todas aquellas que no le hayan sido objeto de atribución por los Estados miembros (arts. 4 y

5 del Tratado de la Unión). Este precepto zanjaría la cuestión, pues si la Unión carece de competencia en materia de propiedad (dominio y derechos reales) no puede emprender acción al respecto como nada puede emprender en materia de Registros de la Propiedad, ya que entran de lleno en la regulación que cada Estado hace de la definición, contenido, alcance y efectos de tales derechos.

Por otro lado, la actuación comunitaria en ejercicio de las competencias en materia de libertad, seguridad y justicia ejercidas con la finalidad de establecer mecanismos de coordinación y cooperación son respetuosas con esta limitación del Tratado y dejan expresamente fuera de su ámbito las cuestiones relativas a la regulación del dominio y demás derechos reales, así como de los Registros de la Propiedad. Cuando se hace referencia al Registro de la Propiedad es precisamente para afirmar el principio de *lex rei sitae* y siempre en sede de conflicto de leyes o conflicto de jurisdicción. El Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, atribuye en su artículo 22 a los Tribunales nacionales del lugar donde estén sitios, competencia exclusiva en los litigios relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De igual modo, el artículo 4 del Reglamento número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) al señalar la *lex rei sitae* como criterio subsidiario para el caso de que las partes no hayan sujetado el contrato a otra Ley debe leerse al amparo de lo que dispone el posterior artículo 12, que determina el ámbito de aplicación de la ley aplicable entre el que no se encuentra la regulación material del dominio o derecho real inmobiliario. Sin ánimo de agotar la cuestión, también son de interés los artículos 5, 8, 11 y 14 del Reglamento 1346/2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia. Consecuentemente la normativa comunitaria en materia de conflictos de ley o de jurisdicción tiene buen cuidado en preservar la competencia de los Estados miembros en lo que al derecho material se refiere, especialmente en sede de bienes inmuebles.

Finalmente, la doctrina confirma esta línea de actuación en la medida que tiende a considerar todas estas cuestiones como materia estrictamente nacional, lo que se justifica en la tradición común de los pueblos y Estados de Europa especialmente en materia inmobiliaria por aplicación de un principio, *lex rei sitae*, que tiene más de dos mil años de antigüedad¹.

El conjunto de razones que avalan la postura tradicional de que no existe un espacio para un Derecho Patrimonial europeo de cosas producen con carácter inmediato una sensación de incomodidad. Este planteamiento, contemplado de forma tan plana, choca frontalmente con la realidad de las cosas, pues la construcción continua de un Derecho europeo difícilmente puede comprenderse dejando fuera un aspecto tan radicalmente importante. Pero aún prescindiendo de este factor dogmático, es igualmente difícil aceptar que la construcción de un mercado interior, que constituye una de las principa-

les razones de ser de la Unión, se pueda lograr dejando fuera una parte tan significativa del mismo.

¿Cómo conciliar ambas visiones? ¿Existe o no posibilidad de que exista una intervención europea en la legislación civil relativa a los bienes inmuebles e incluso a los sistemas de Registro? ¿O solo en esta? Si así fuera, ¿es conveniente, es necesaria? ¿en qué medida y con qué fines? Estos son solo algunos de los innumerables interrogantes que se abren ante nosotros al contemplar la materia y ponerla en contacto con la gigantesca tarea de la construcción de un mercado interior. Trataremos de dar una respuesta enmarcada en la legislación europea, en las actuaciones llevadas a cabo por las instituciones y en la opinión de la doctrina europea para finalizar con unas conclusiones que nos permitan comprender, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, el proceso de creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el marco de un mercado interior europeo. Para llegar a este punto es preciso que revisemos las afirmaciones que constituyen el núcleo de la argumentación que sostiene que no existe ni competencia, ni actividad comunitaria ni apoyo académico para la creación de un Derecho Patrimonial europeo, con especial énfasis en el aspecto inmobiliario y dentro del mismo en lo relativo al Registro de la Propiedad.

II. LA CUESTIÓN COMPETENCIAL

Es desde luego el problema esencial, pues si el artículo 345 debe entenderse necesariamente como una exclusión explícita del ámbito competencial de la Unión huelga todo lo demás. Ocurre sin embargo que existen poderosas razones para interpretar el precepto de una forma que no solamente excluye sino que confirma la competencia de la Unión para legislar en materia patrimonial civil y específicamente en materia de Derecho de cosas. Ha sido la doctrina por un lado y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea los que nos proporcionan las claves para realizar estas afirmaciones.

La exhaustiva y reciente investigación llevada a cabo por Bram AKKERMANS y Eveline RAMAEKERS² sobre la génesis del precepto (que se remonta a la declaración de SCHUMAN en 1950) y la interpretación que del mismo ha hecho la propia Comisión y el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que la afirmación expuesta en la introducción no puede mantenerse. A juicio de dichos autores no existe base para afirmar que la existencia del precepto pueda considerarse como un obstáculo para la formulación de un Derecho Patrimonial europeo.

Pero antes de llegar a tal formulación debemos analizar las conclusiones a las que llegan para poder determinar en qué medida afectan al objeto de este trabajo y vislumbrar así el camino que pueda ser recorrido.

La primera conclusión que formulan es que el origen del precepto (cuya redacción no ha sido objeto de modificación desde el Tratado Constitutivo de

la Comunidad Económica Europea) obedeció a la necesidad de plasmar la idea de que la existencia del Tratado era irrelevante en aquellos procedimientos de nacionalización de empresas que pudieran acometer los Estados miembros y no tenía otra finalidad que garantizar que podrían llevar a cabo ese cometido sin interferencia de la Ley comunitaria (de hecho la versión del borrador del Tratado de Roma contenía, en la dicción del artículo, una referencia expresa a «las empresas», que desapareció en la versión definitiva). Al decir de los autores, el estudio del origen del precepto lleva a la conclusión de que el mismo fue formulado para consagrar el principio de neutralidad, en el sentido de que es irrelevante si un determinado servicio es prestado por una empresa pública o privada, por lo que la Comunidad no interfiere en dicha cuestión.

La segunda conclusión, corolario de la anterior, es que se trata de un precepto no competencial, puramente aclaratorio y que por ello se encuentra situado entre las disposiciones generales y finales. Lo cierto sin embargo, como continúan expresando los autores, es que tanto las instituciones europeas como los Estados miembros no siempre lo han entendido así, quizá porque de la simple lectura del precepto no se deduce con la debida claridad³. Y así en no pocas ocasiones las instituciones han apelado la aplicación del artículo 345 para declarar su falta de competencia para inmiscuirse en la regulación que un determinado Estado había llevado a cabo de un o de unos derechos reales determinados. De igual modo, y a la inversa, los Estados miembros han apelado a la aplicación del artículo para rechazar toda competencia de la Unión en la regulación interna del dominio o derechos reales y rechazar toda actuación europea al respecto.

La tercera conclusión, y la más importante, es que solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha comprendido el auténtico sentido del precepto que no es otro que afirmar efectivamente el principio de neutralidad pero sin negar competencia a la Unión en la consecución de sus objetivos; o lo que es lo mismo, el principio de neutralidad no impide que la Unión ejercite sus competencias en el ámbito del mercado interior.

Al hacerlo así el Tribunal de Justicia no aplica una opinión exclusiva para la cuestión del dominio y demás derechos reales sino que es doctrina del alto Tribunal que en todas las cuestiones en las que no tiene competencia la Unión por pertenecer a los Estados miembros, el ejercicio de esta ni empece la actuación de la Unión para el ejercicio de las suyas propias ni significa que los Estados miembros puedan ejercitarlas sin atender a las que son titularidad de la Unión. Así por ejemplo, en materia fiscal, el Tribunal reconoce que es competencia de los Estados miembros pero al mismo tiempo afirma que su ejercicio por estos debe hacerse de acuerdo al Derecho de la Unión y en consecuencia cualquier norma interna que viole los principios configuradores del mercado interior implica una violación de los Tratados (por ejemplo, de la libertad de establecimiento, sentencia de 20 de enero de 2011, C-155/09).

Del mismo modo, en materia de propiedad, el Alto Tribunal, sin llegar a reconocer explícitamente la competencia exclusiva de los Estados miembros, tiene declarado que: en primer lugar, que el artículo 295 del TCE (actual 345 TU) no justifica en ningún caso la violación de los principios básicos de la Unión (la libertad de establecimiento en el caso de la sentencia de 18 de julio de 2007, C-503/04; la libertad de circulación de capitales en la sentencia de 13 de mayo de 2003, C463/00) y, en segundo lugar y como corolario, que el régimen de propiedad interno de un Estado miembro no puede ser alegado para justificar una violación de los Tratados.

Merece la pena que nos detengamos en la sentencia de 26 de junio de 2007, del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA en sus siglas inglesas). Como es sabido, el acuerdo por el que se crea el Espacio Económico Europeo implica que los países de la Asociación Europea de Libre Comercio participan del Mercado interior de la Unión Europea, aplicándose las cuatro libertades esenciales. El artículo 125 del acuerdo tiene un contenido idéntico al artículo 345 del TFUE y por ello lo traemos aquí⁴. La sentencia, cuya lectura es de sumo interés, pues contiene todas las posibles interpretaciones del artículo 125 del acuerdo y por tanto del artículo 345 del TFUE, nos proporciona asimismo un material inestimable para el objetivo de este trabajo⁵.

El supuesto de hecho es el siguiente: Determinada Ley noruega (Industrial Licensing Act) prevé la atribución por tiempo ilimitado de concesiones de producción de energía hidroeléctrica a sociedades públicas noruegas; además prevé la concesión, pero por tiempo limitado, a cuyo término se produce reversión a favor del Estado noruego, en favor de particulares y empresas públicas de otros Estados. La autoridad de vigilancia del Tratado plantea la cuestión por entender que existe una violación de la libertad de establecimiento al establecer condiciones distintas para las sociedades públicas noruegas que para el resto de concesionarios. De la sentencia que comentamos transcribimos dos párrafos a continuación:

Parágrafo 62: «Se sigue de la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia sobre el artículo 295 del TUE que el artículo 125 del Tratado EEE debe ser interpretado de forma que, aunque el régimen de propiedad es una cuestión a decidir por cada estado miembro, dicha disposición no tiene el efecto de exceptuar las medidas que lo establezcan, de las reglas fundamentales del TEEE, incluidas las reglas sobre libre movimiento de capital y libertad de establecimiento».

Parágrafo 72: «El Tribunal considera que el artículo 125 del TEEE debe interpretarse en el sentido de que el derecho de un estado miembro a decidir si los recursos hidráulicos e instalaciones anexas deben estar en manos públicas o privadas no está, como tal, afectado por el TEEE. El corolario es que Noruega puede legítimamente perseguir el objetivo de establecer un sistema de titularidad

pública sobre estos derechos siempre que el objetivo sea perseguido de forma no discriminatoria y proporcional».

La sentencia se produce, por tanto, en un ámbito que, curiosamente, es en el que, al decir de AKKERMANS y RAMAEKERS, se formalizó el precepto: el del principio de neutralidad para la Unión respecto a la titularidad pública o privada de las empresas que participan del espacio en el que se desarrolla el mercado único. El mérito de la sentencia es que no se detiene en este primer e importante aspecto sino que, siguiendo la estela del Tribunal de Justicia de la Unión, profundiza en la interpretación del artículo rechazando que excluya todo ámbito competencial para terminar afirmando que pese al principio de neutralidad son de plena aplicación las normas sobre libertad de movimiento de capitales y establecimiento.

A la luz de esta doctrina podemos llegar a algunas conclusiones:

- 1.º Con independencia de cuál fuera la intencionalidad original del precepto, la interpretación jurisprudencial del mismo parte de la base de que la competencia sobre el régimen de propiedad pertenece a los Estados miembros. No existe, por tanto, atribución a favor de la Unión para actuar en materia de regulación sustantiva del dominio y demás derechos reales.
- 2.º Sin perjuicio de lo anterior, la competencia de la Unión para el desarrollo del mercado único condiciona el ejercicio por parte de los Estados miembros de su competencia para la regulación del régimen de propiedad.
- 3.º La tangencialidad de competencias entre la Unión y los Estados miembros obliga a analizar en qué medida las competencias de la Unión pueden afectar a la de los Estados miembros.
- 4.º Es preciso, igualmente, analizar en qué medida dispone la Unión de competencias que, sin afectar a las de los Estados miembros, le permitan actuar en un campo que sin ser propiamente el de los regímenes de propiedad tiene mucho que ver con el mismo, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Si parece demostrada la ausencia de competencia de la Unión en lo que concierne al régimen de propiedad es forzoso que nos preguntemos qué ocurre cuando desplazamos la cuestión hacia el Registro, hacia el Derecho Inmobiliario Registral, como ha gustado en llamarlo la doctrina más moderna. Efectivamente

si una cosa es el Derecho de cosas y otra el Derecho que regula la institución del Registro, ¿hasta qué punto podemos entender que las limitaciones competenciales de la Unión con respecto al primero son extensibles al segundo? Es nuevamente una cuestión trascendental, pues en la medida que entendamos que no nos referimos a la misma materia sustantiva, la cuestión competencial da un giro radical y podemos pasar de afirmar la limitada competencia de la Unión derivada del artículo 345 del TFUE a afirmar una competencia más que suficiente de la mano del artículo 42.2.f) y 114.3, relativos a la protección de los consumidores.

Esta es la tesis que mantuvo en su día PAU PEDRÓN⁶ y que resulta muy atractiva, pues distinguiendo debidamente lo que es Derecho Patrimonial Sustantivo, en cuanto regulador del dominio y demás derechos reales, del Derecho Registral Inmobiliario, como conjunto de normas que regulan la forma de ordenar y publicar aquellos mediante la institución del Registro de la Propiedad, podemos llegar a la conclusión de que el debate sobre la cuestión competencial es aplicable o predicable respecto al primero pero difícilmente respecto al segundo.

A juicio de PAU existe base suficiente para que la Unión, en base a sus competencias en materia de mercado interior y de protección de los consumidores, pueda actuar en sede de Registros Inmobiliarios. El autor basa su argumentación en cuatro puntos esenciales: Las normas reguladoras del Registro son normas de protección de los consumidores; la primera Directiva (68/151) en materia de sociedades por la que se armonizaron los Registros Mercantiles, tenía como finalidad esencial la protección de terceros; la pluralidad normativa de los Estados miembros perjudica al mercado interior y a los consumidores; igual protección merece un consumidor adquirente de bienes muebles como de bienes inmuebles ya que (como impuso la primera directiva en materia de protección de los consumidores, 94/47) solo se exige que se trate de una persona física y que el acto de adquisición sea ajeno a su actividad, profesión u oficio.

La tesis es, como queda dicho, sumamente atractiva y deja abierta de par en par la puerta de la actuación de la Unión en materia de Registros Inmobiliarios. Lo que ocurre es que, para que la afirmación de competencia basada en la de mercado interior sea viable, es preciso que ambos conjuntos de normas puedan ser perfectamente separadas, que se pueda afirmar que Derecho Patrimonial y Derecho Registral son cosas enteramente distintas. Y esto es lo que no es posible, pues si bien es cierto que el Derecho Registral es instrumental con relación al primero, no solo es instrumental. Cualquier iusprivatista conocedor del Derecho español y del Derecho de otros países miembros es perfectamente consciente de que el Derecho Registral regula, junto a la ordenación y publicación de los derechos reales, sus efectos no solo frente a terceros, sino también entre partes, por lo que la pretendida separación material no es sostenible⁷. El caso extremo es el de aquellos Estados miembros que, como Alemania, establecen

la inscripción constitutiva integrándola en el conjunto de requisitos por los que se crea, modifica, transmite o extingue el dominio y demás derechos reales.

La ausencia de una escisión total entre lo instrumental y lo sustantivo pone en entredicho igualmente la apelación a la competencia en materia de protección de consumidores, pues si bien es cierto que el Derecho Registral comprende normas protectoras, no solo comprende normas de protección, normas que en cualquier caso son de aplicación a cualquier adquirente con independencia de su carácter de persona natural o jurídica, de consumidor o no, pues su fundamento no es la especial protección de la parte contractualmente más débil sino la protección y expansión del crédito territorial.

Quizá por esta razón cuando la comunidad ha actuado en materia inmobiliaria y ha esgrimido como título competencial la protección de los consumidores ha tenido mucho cuidado de dejar al margen cuestiones sustantivas. Desde la primera directiva en materia de tiempo compartido se ha tenido un cuidado especial en no actuar en materias que podían invadir competencias de los Estados miembros. La Directiva 94/47, de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, desde el primer momento pone de relieve como, a pesar de reconocer como principal problema para el desarrollo del mercado interior la existencia de una fragmentación normativa se limita a actuar, en ejercicio de dicho título competencial, exclusivamente en tres aspectos: información sobre los elementos constitutivos del contrato, modalidades de transmisión de información relativa a los contratos y procedimientos y modalidades de resolución contractual. La Directiva vigente, 2008/122, del Parlamento europeo y del Consejo, de fecha 14 de enero de 2009, esgrime los mismos títulos competenciales y confirma que su ámbito de actuación no alcanza el régimen de publicidad y registro de los derechos de utilización de los bienes inmuebles que expresamente excluye (art. 1.2: La presente Directiva se entiende sin perjuicio de la legislación nacional relativa: *b*) al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles).

Y es que el título competencial de protección de los consumidores se ha detenido siempre cuando de inmuebles se trata, ante su régimen sustantivo y su régimen de registro.

La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores⁸ pretende ser una regulación horizontal y, por tanto, afectar de forma homogénea al mercado interior sintetizando lo que ha sido y lo que debe ser este título competencial. Y así, tras afirmar la necesidad de acceder al mercado único mediante la potenciación del intercambio transfronterizo, señala como objetivos los siguientes: Disminuir la fragmentación regulatoria, reforzar el marco regulador, ofrecer un nivel alto de protección y proporcionar información sobre los derechos y forma de ejercitarlos. La propuesta sigue la tradición comunitaria, pues si bien

quedan dentro de su ámbito determinados contratos sobre bienes inmuebles, se hace de forma limitada (art. 20.1.a) y sin afectar ni al derecho sustantivo ni a su forma de registro.

Si analizamos estos objetivos y los ponemos en relación con lo hasta ahora predicado respecto a los títulos competenciales de la Unión, podemos concluir que, por sí sola, la protección de los consumidores no respalda una actuación en materia de Registro de la Propiedad, o mejor, tiene un alcance limitado por mucho que la creación de un mercado inmobiliario único pueda aparecer como una culminación de los motivos fundacionales de las Comunidades Europeas y de la moderna Unión⁹.

Si bien el objetivo de disminuir la fragmentación regulatoria es claramente compartible con la aspiración de actuar en materia inmobiliaria, dada la gran variedad de regímenes existentes y las dificultades que suponen para el mercado único, es difícilmente abordable dada las limitaciones derivadas del 345 TFUE, si lo que se pretende es conseguir una regulación homogénea sustantiva de los derechos reales, pero también si lo que se pretende es conseguir una regulación homogénea de los sistemas de Registro dados los evidentes efectos sustantivos que en menor o mayor medida atribuyen las regulaciones de los Estados miembros. El conflicto entre falta de atribución y protección de los consumidores y mercado interior hace difícil, si no imposible, una actuación que pueda afectar de manera global a la regulación estatal de los Registros de la Propiedad en Europa¹⁰.

Es preciso insistir sobre este punto, pues la pretensión de separar nítidamente la regulación sustantiva de la puramente registral no es fácil, requiere un estudio minucioso, artesanal y hace preciso huir de cualquier generalización. Si es posible hablar de una posible armonización en materias como la adecuada descripción de los inmuebles o de los derechos o sobre los requisitos para provocar una alteración del contenido del Registro, mucho más difícil es hacerlo si lo que pretendemos es armonizar la forma de ordenar los derechos en el registro o cómo publicarlos. En cualquier caso y antes de dar un paso semejante, al que no renunciamos, tenemos que analizar sobre qué bases puede hacerse ese estudio, su posible alcance y su posible desarrollo.

IV. EL IMPULSO ACADÉMICO, LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA EUROPEA

Los estudiosos europeos llevan estudiando la cuestión de la armonización del Derecho Patrimonial, y más concretamente, del derecho de contratos desde hace décadas, pues son bien conscientes que el mercado interior, la espina dorsal de la Unión, no puede existir, ni tan siquiera ser planteado sin que exista un marco jurídico común o, al menos armonizado.

Los esfuerzos académicos que han sido muy rigurosos¹¹, se han centrado en el derecho de contratos como materia primaria sobre la que proyectar las exigencias de un mercado interior. Lo que ha ocurrido es que al profundizar en la armonización del derecho de contratos, el mundo académico ha sido consciente de que era preciso dar un paso adicional y plantear la cuestión de los efectos transmisivos, del dominio y de las garantías reales. A juicio de algunos autores, la distinción entre el aspecto obligacional y el real o bien llega un momento que desaparece o bien hace inviable una auténtica armonización y por tanto el objetivo final. Entre nosotros planteó esta cuestión Díez PICAZO hace ya años, pero es una opinión que es compartida por muchos otros autores¹².

Este salto conceptual, que en sede de derecho interno puede ser objeto de un debate más o menos interesante, se convierte en algo mucho más complejo cuando se pretende el salto al Derecho europeo o mejor, al ámbito europeo. Téngase en cuenta que ni siquiera la armonización en materia de obligaciones y contratos es una cuestión pacífica ni en cuanto a su oportunidad política¹³, ni en cuanto a su ámbito¹⁴ ni en cuanto a la propia capacidad de la Unión para llevarlo a cabo¹⁵. El debate está completamente abierto, existen opiniones para todos los gustos y falta una dirección política que muestre un camino medianamente claro. Ante esta realidad es fácil comprender que si pretendemos ampliar el proceso al derecho de cosas la cuestión es todavía más ardua.

Las anteriores consideraciones no han impedido que una porción muy considerable de los estudiosos que están analizando la cuestión haya considerado imprescindible considerar los efectos transmisivos del contrato y la constitución de garantías como elementos inescindibles del proceso de armonización. Hablo evidentemente del grupo numerosísimo de autores que han elaborado el Marco Común de Referencia¹⁶ (más conocido por sus siglas en inglés CFR, Common Frame of Reference) y que han dedicado sendos libros a la transmisión de bienes muebles, a la constitución de derechos de garantía e incluso a la configuración de un Registro europeo de bienes muebles. No es este el momento de analizar su contenido ni de hacer una crítica al respecto aunque la merece¹⁷, y severa¹⁸, sino de poner de manifiesto cómo un importante e influyente sector de la doctrina patrimonial europea ha tomado partido y ha planteado abiertamente la cuestión. José María DE LA CUESTA RUTE no duda en afirmar que la unidad del tráfico patrimonial justifica la inclusión de estas cuestiones en el CFR y que solo las dificultades existentes en materia de inmuebles y que hacen difícil la armonización han provocado su exclusión del texto¹⁹.

Como ha puesto de relieve Antoni VAGUER ALOY²⁰, el CFR es un documento importante, que refleja el trabajo de un señalado sector de la doctrina europea y que comprende, por vez primera, una propuesta de regulación articulada con el contenido propio de un Código Civil o, al menos, de una parte sustancial del mismo.

Frente al entusiasmo europeísta y armonizador que expresan los autores más comprometidos, no faltan los que entienden que es preciso ser realistas y hacen

una llamada de prudencia. Y es que ambas posturas no dejan de tener razón, pues sí es innegable, como afirma VON BAR, que la existencia de treinta jurisdicciones distintas hace que la solución existente, basada en el conflicto de leyes, no pueda funcionar correctamente y que gran parte de las legislaciones nacionales son técnicamente anticuadas y que la existencia de un instrumento opcional haría más fácil las cosas, no es menos cierto, como afirma Norbert REICH²¹, que el acervo es muy limitado, que el ámbito institucional es el que es y que una armonización plena puede plantear serios problemas en relación al principio de subsidiariedad. Las limitaciones derivadas de los Tratados, especialmente las competenciales y las derivadas del principio de subsidiariedad son también puestas de relieve por otros autores como Maciej SZPUNAR y Heiko WILLEMS²².

La falta de sustento legal del CFR²³ no debe llevar a frivolar sobre el trabajo realizado y sus consecuencias, pues aunque parece claro que el mismo no va a ser objeto de ninguna acción directa de la Unión, es igualmente clara su influencia no solo en el ámbito académico sino también en el político. La corriente de doctrina que expresa el CFR es reflejo y, a su vez, origen de un estado de opinión que tarde o temprano se incluirá en la agenda política y que tarde o temprano provocará un acción de la Unión²⁴.

V. LA ACTUACIÓN EN SEDE DE REGISTRO MERCANTIL

La Comunidad Económica Europea llevó a cabo la armonización en materia de Registro Mercantil mediante la denominada primera directiva en materia de sociedades o 68/151, del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. Como se refleja claramente en tan larga denominación, la intención de la Directiva era esencialmente armonizar los requisitos exigibles a las sociedades mercantiles (publicidad, validez de sus compromisos y nulidad, especifica el prefacio de la directiva) pero inmediatamente enfatiza el hecho de que con ello se busca igualmente la protección de los intereses de los terceros, de los socios y garantizar la seguridad jurídica.

Es cierto que la Comunidad disponía, y dispone, de un título competencial específico atribuido en los artículos 54.3.g) y 58 del Tratado constitutivo, artículos que hoy en día son los 50.2.g) y 54 que han llegado hasta el vigente TFUE con una redacción idéntica a la originaria. No se trata, por tanto, de intentar «trasplantar» una competencia específica que no está atribuida. Lo que intentamos es determinar si en desarrollo de dicha competencia y de otras conexas como el mercado interior y protección de consumidores, la actuación que llevó a cabo en su día la Comunidad podría predicarse hoy de la Unión en todo aquello que pueda quedar amparado en estas últimas. Es decir, si puede afirmarse que existen

bases suficientes para una actuación de la Unión en materia de armonización de los Registros de la Propiedad, aunque no exista una competencia especialmente atribuida, como ocurre en materia de sociedades, sino en base a competencias generales o, lo que es lo mismo: si la armonización del Registro Mercantil se llevó a cabo sin tocar el Derecho de Sociedades, ¿puede armonizarse el Registro de la Propiedad sin afectar el Derecho de cosas?

Para ello es preciso analizar las medidas armonizadoras que llevó a cabo la Directiva 68/151 en materia de Registro Mercantil e intentar dilucidar si las mismas exigieron o no una aplicación directa de la competencia específica en materia de sociedades o, por el contrario, quedaron suficientemente cubiertas con las competencias generales en materia de mercado interior y protección de consumidores.

El artículo dos de la Directiva establece la publicidad mínima obligatoria para las sociedades estableciendo, entre otras, las siguientes menciones obligatorias en el Registro Mercantil: la constitución y los estatutos, así como sus modificaciones, el nombramiento, cese e identidad de las personas que formen parte de sus órganos y tengan el poder de obligar a la sociedad, la disolución, liquidación y declaración judicial de nulidad.

Si hablamos de Registro de la Propiedad, la armonización implicaría el objeto de inscripción, la finca y los derechos que sobre ella recaen, así como sus modificaciones, a contrario, a las restricciones para llevar a cabo la alteración del contenido del folio, así como la cancelación de derechos y resoluciones judiciales que tengan efectos reales.

El artículo tres de la Directiva determina que se abrirá un expediente por cada sociedad, que los actos sometidos a publicidad deben aparecer en dicho expediente y que debe poder obtenerse copia íntegra o parcial del mismo, copia que será certificada en su caso. Asimismo determina que los actos sujetos a constancia en el expediente podrán ser objeto de publicación íntegra, en extracto o de mención, en referencia al depósito del documento. En cualquier caso, los actos no serán oponibles frente a terceros hasta después de la publicación.

Traducido a la mecánica del Registro de la Propiedad, la armonización implicaría la apertura de un expediente o folio por objeto de derechos, es decir, por finca. Igualmente implicaría la necesidad de que en dicho folio consten todas la modificaciones de la finca o de los derechos que sobre la misma recaigan. El contenido del Registro debe ser accesible mediante copia total o parcial certificada en su caso; es decir, que haga fe del contenido del Registro. Los Estados miembros pueden determinar el sistema de inscripción transcripción o depósito de documentos que tengan por conveniente, pero el contenido sujeto a publicidad no será oponible frente a tercero hasta su inscripción, transcripción o depósito.

El artículo 8 de la Directiva establece que, realizada la publicidad del nombramiento de las personas que pueden obligar a la sociedad, las irregularidades en el nombramiento no pueden oponerse a tercero de buena fe.

Lo que implicaría, en sede de Registro de la Propiedad, la formulación del principio de fe pública a favor de tercero.

La pregunta, por tanto, que procede hacerse es si estas medidas que fueron consideradas mínimas por la Directiva 68/151, para la armonización de los Registros Mercantiles, pueden predicarse de los Registros de la Propiedad en base a los títulos competenciales generales de la Unión.

Pues bien, resulta bastante claro que todas las cuestiones relativas al modo de llevar el Registro por fincas, a la necesaria constancia en el folio particular de los derechos y sus modificaciones, incluida su extinción, así como de las restricciones a su libre disposición y a las resoluciones judiciales que les afecten, no implican una invasión de las competencias de los Estados miembros en la regulación sustantiva de la propiedad o de los demás derechos reales.

No ocurre así con lo dicho sobre inoponibilidad o fe pública. Respecto de la inoponibilidad de lo no inscrito constituye el efecto mínimo de un sistema de Registro pero implica una alteración de las reglas sustantivas civiles de rango de los derechos reales. Sin embargo es cierto que es un efecto tan inmediato, tan inexorable, que no existe sistema de Registro (fuera de los de mero depósito sin efectos sustantivos) que no lo predique²⁵. Por lo que yo sé no existe sistema registral en Europa que no lo haga, así que su inclusión en una eventual acción armonizadora no implicaría una invasión de competencias de los Estados miembros, sino más bien una declaración de una uniformidad ya existente. Por el contrario, la consagración del principio de fe pública es el efecto máximo de un sistema de Registro al implicar la ruptura del principio de *Nemo dat quod non habet* en beneficio del tráfico jurídico, y si bien es cierto que con ello se fomenta al máximo el tráfico, no lo es menos que supone una alteración sustantiva de las reglas generales que rigen al dominio y a los demás derechos reales. En consecuencia y de acuerdo con lo dicho más arriba, no sería posible una actuación de la Unión en esta materia al no quedar amparada por las competencias de mercado interior y protección de los consumidores.

Es preciso aclarar que la armonización del sistema de llevanza del Registro de la Propiedad por fincas podría encontrar una resistencia en los únicos Estados miembros que no lo siguen, en concreto Francia, Bélgica y Luxemburgo, que siguen el sistema procedente del Código de Napoleón de llevanza por titularidades. No obstante se trata de un obstáculo fácilmente salvable; en efecto, los medios electrónicos de los que se han dotado todos los sistemas de Registro en Europa permiten la indexación de cualquier registro en función del objeto sobre el que recae (o en base a cualquier otro parámetro) con independencia de cual sea el modo material en que se lleve el Registro (en realidad en un sistema registral totalmente electrónico el concepto de folio real pierde su significado aunque es cierto que los derechos reales se siguen predicando del objeto, archivo, sobre el que recaen o indexan. Por tanto sería suficiente permitir solicitar la publicidad de los registros de fincas o derechos en base a titularidades o fincas (lo que

permite cualquier sistema informático) para que el resultado de la publicidad fuese similar con independencia del modo material de llevanza.

La versión codificada de la Directiva en materia de sociedades (2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009) incorpora las distintas modificaciones que se han producido a lo largo de los años y que ponen de manifiesto que la voluntad de armonización ha dado un paso más al pretender favorecer el acceso transnacional a la información de los Registros Mercantiles con lo que aquella cobra su verdadero sentido. De este modo se incorpora la necesidad de que la presentación de documentos al Registro se pueda hacer mediante medios electrónicos y que del mismo modo se puedan obtener copias electrónicas de los asientos registrales imponiendo la obligación para los Estados miembros de que los Registros se lleven por medios electrónicos a partir del 1 de enero de 2007.

En definitiva, la armonización en materia de Registro Mercantil es una realidad en Europa, una realidad que avanza lenta pero inexorablemente y que pone de manifiesto, por un lado, la voluntad política de la Comisión de desarrollar la competencia específica de que dispone la Unión en materia de sociedades²⁶, pero que, a los efectos que nos interesan, podría haberse llevado a cabo desarrollando la competencia genérica de libertad de establecimiento, ya que ninguna de las medidas que hemos analizado afecta a la sustancia del Derecho de Sociedades.

La cuestión vuelve, pues, a ser planteada: si la iniciativa en materia de armonización de los Registros Mercantiles en Europa se ha podido llevar a cabo sin necesidad de actuar sustantivamente en materia de sociedades, ¿es posible invocar la competencia genérica de mercado interior para armonizar los Registros de la Propiedad sin necesidad alguna de actuar sobre el Derecho sustantivo?

VI. EL IMPULSO POLÍTICO DE LA COMISIÓN

Un aspecto esencial, que es preciso evaluar, es cuál es la trayectoria de la Comisión en relación al tema que nos ocupa, pues a nadie escapa que si no existe voluntad política de poner en marcha algún tipo de acción, de nada servirá afirmar que la Unión dispone de las capacidades precisas para llevarlas a cabo. Dos son las iniciativas que debemos tener en cuenta sin perjuicio de contar con otras que están relacionadas con esta cuestión.

1. La integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea. Tras una amplísima consulta que se llevó a cabo por medio del homónimo Libro verde (COM 2005, 327 final)²⁷, el 18 de diciembre de 2007, la Comisión publicó el Libro blanco en el que exponía su visión y planes al respecto. La publicación supuso, en cierto modo, una sorpresa en cuanto al contenido, pues si la publicación del Libro verde llamó la atención por lo ambicioso de su

contenido, el subsiguiente Libro blanco rebajó enormemente las expectativas. Ciñéndonos a la cuestión del Registro de la Propiedad, el Libro verde planteaba directamente dos cuestiones de gran trascendencia en relación a los Registros de la Propiedad europeos; la primera hacía referencia al contenido y fiabilidad de los Registros, y la segunda a la conveniencia de legislar, vía régimen 26, una forma jurídica común conocida como Eurohipoteca.

El Libro verde planteaba, en cuanto a la primera cuestión, que los Registros de la Propiedad no siempre reflejan con exactitud las cargas que pesan sobre los inmuebles, así como las dificultades inherentes a la comprensión del funcionamiento y contenido de los Registros y a las dificultades de acceso a su información. La Comisión planteaba la cuestión de si debía o no seguir apoyando iniciativas como la de EULIS (European Unión Land Information System). Del resumen que la propia Comisión hizo de las respuestas recibidas (Feedback. MARKT/H3/JR 2006) resultó que una gran mayoría entendió que la Comisión debía mantener su acción en tres campos esencialmente: se entendía que era preciso que un mayor número de Estados miembros participasen del proyecto de interconexión, se entendía igualmente que debía homogeneizarse el contenido de la información obtenida, dada la gran diversidad existente, y se entendía igualmente que debía clarificarse el valor jurídico de la información recibida.

La segunda cuestión que planteaba el Libro verde, la conveniencia de la Eurohipoteca como régimen 26, suscitó muchísimas más dudas entre las personas e instituciones que contestaron y de hecho la Comisión reconoció que no estaba claro en absoluto que existiera un interés de presente entre los agentes consultados.

Finalmente se publica el Libro blanco el 18 de diciembre de 2007 (COM 2007 807 final) y la cuestión de la Eurohipoteca no recibe ni una sola línea de consideración, probablemente porque la Comisión, como ya reconociera en la formulación del Libro verde, era consciente de que existían factores, como el Derecho de cosas, profundamente afectadas y de una gran complejidad técnica y política.

Aunque el Libro blanco mantiene el objetivo de profundizar en la consecución de un mercado integrado del crédito hipotecario, rebaja mucho sus expectativas aún reconociendo, como vimos más arriba, su importancia en la tarea de construcción del mercado interior europeo.

Pero en la materia que nos ocupa, el Libro blanco (punto 4.2 denominado Tasación, Registros de la Propiedad y ejecuciones hipotecarias) afirma que los Estados miembros deberían hacer más efectivos sus procedimientos de enajenación forzosa y Registros de la Propiedad. Continúa afirmando que estos factores encarecen la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentan la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y elevan los costes de refinanciación para continuar afirmando que la Comisión publicará marcadores sobre los costes y duración de los procedimientos de registro y ejecución y

finalizar afirmando que realizará unas recomendaciones por las que exhortará a los Estados miembros a que sus Registros de la Propiedad puedan consultarse por Internet, a que se unan al proyecto EULIS y a que hagan más transparentes y fiables sus registros en particular a lo que atañe a los «costes ocultos»²⁸ (*sic*).

Merece la pena que atendamos a la opinión que del Libro blanco elaboró la Asociación Europea de Registros de la Propiedad (ELRA), teniendo en cuenta la experiencia que algunos de sus miembros arrastraban de su participación en el Forum Group, germen del Libro verde del que surgiría el documento que analizamos. Dicha opinión es accesible en la red²⁹ y es de especial utilidad porque ayuda a comprender un texto excesivamente escueto y de dicción legal no muy afortunada.

Como pone de relieve el manifiesto de ELRA, lo primero que llama la atención es que la Comisión renuncia a una acción directa en materia de Registros (al menos en el ámbito del Libro blanco y por ahora), pues el hecho de que opte por la mera recomendación pone de relieve que entiende que la relación entre Registro y *lex rei sitae* es tan fuerte que su obligación de construcción de un mercado único debe hacerse, en este contexto, por parte de los Estados miembros.

La primera recomendación es la relativa al acceso en línea de los Registros de la Propiedad europeos y, como pone de relieve ELRA, esto debe hacerse en plano de igualdad para todos los ciudadanos, sin que pueda existir discriminación de clase alguna por razón de la nacionalidad. Además el acceso debe ser sencillo y tener en cuenta las normas interiores de protección de datos, así como asegurar técnicamente la integridad y seguridad de la información.

La segunda recomendación hace referencia a la incorporación al EULIS o sistema de interconexión de Registros de la Propiedad que ha de servir para facilitar la información transnacionalmente resolviendo los importantes problemas derivados de la diversidad de lenguas y de procedimientos de acceso y solicitud. En cualquier caso, la incorporación depende de la voluntad de los Estados miembros.

La tercera recomendación hace referencia al aumento de transparencia de los Registros, lo que implica el establecimiento de reglas legales claras sobre el rango que tienen los derechos que acceden al Registro, cuestión que, como queda dicho, preocupa mucho a la industria.

La cuarta recomendación hace referencia a la fiabilidad de los sistemas y se entiende como referente a la necesidad de que los registros reflejen la realidad extraregistral tan fielmente como sea posible, pues la propia exigencia de publicidad junto con la confianza que se genera en los terceros implica que los derechos sean oponibles exactamente en la forma en que aparecen publicados. En este apartado también se entiende que el Registro debe reflejar cualquier otra limitación, como las derivadas de la legislación ambiental, que pueda limitar el contenido de los derechos inscritos.

Finalmente la apelación a las cargas ocultas hace referencia a aquellos derechos o limitaciones que, pese a no constar inscritos, son plenamente oponibles al adquirente de buena fe (*overriding interest*) y que son de muy variada naturaleza (pues van desde la usucapión *contra tabulas* a privilegios fiscales o sociales). ELRA considera que, debido a la dificultad en suprimir dichas situaciones de las legislaciones internas debería al menos limitarse su número y clarificarse su régimen legal al mismo tiempo que debería regularse la publicidad registral de la usucapión en todas las legislaciones internas y, respecto de aquellas situaciones que no puedan reflejarse en el Registro de la Propiedad, al menos regular la posibilidad de que puedan ser conocidas por los terceros mediante los mecanismos oportunos al efecto.

En definitiva, el Libro blanco pone de manifiesto que la Comisión no tiene por ahora intención política de actuar en el ámbito de los Registros de la Propiedad. Lo confirma la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial en cuyo Considerando número 7 se dice: «Resulta oportuno que, en los ámbitos no cubiertos por la presente Directiva, los Estados miembros conserven la libertad de mantener o adoptar disposiciones nacionales. Se deben poder mantener o adoptar disposiciones nacionales en el ámbito del Derecho Contractual, en relación con aspectos tales como la validez de los contratos de crédito, la tasación de los bienes, el Registro de la Propiedad, la información contractual, las cuestiones postcontractuales, y la gestión de los impagos».

La Comisión, sin embargo, al mismo tiempo que manifiesta su decisión de no actuar, afirma la necesidad de que lo hagan los Estados miembros, y señala aquellos aspectos en que es necesaria la acción conjunta. De todo ello lo que más nos interesa resaltar es que la Comisión entiende que es preciso que exista un proceso de armonización en el ámbito del Registro de la Propiedad en Europa.

2. La armonización del Derecho Contractual europeo. Como hemos visto anteriormente, la armonización en materia contractual es una cuestión en la que se lleva trabajando desde hace décadas, pero que en los últimos años ha tenido un impulso importante, incluso a nivel político aunque siga sin estar claro el camino que se ha de escoger y el resultado final que se desea. Incluso hemos analizado una serie de posturas doctrinales que han aprovechado este impulso para ir más allá al considerar que la armonización contractual debe abarcar las consecuencias o efectos de los contratos, señaladamente la transmisión del dominio y la constitución de los derechos reales. La cuestión pues, en la medida en que nos interesa en este trabajo, es determinar si esa iniciativa meramente académica puede considerarse en algún modo respaldada por la Comisión y si estamos, en consecuencia y en este aspecto, en condiciones de aspirar a ver alguna acción de la Unión en la materia.

Tras las numerosas iniciativas de la Comisión y del Parlamento que han desembocado en el marco común de referencia, la Comisión ha lanzado una

gran encuesta para conocer la opinión que la comunidad científica y profesional europea tiene sobre la armonización contractual. Este nuevo Libro verde³⁰ nos da una idea «oficial» de la enorme confusión que existe en la materia y de las muy distintas opciones que se plantean. Pero lo que nos interesa destacar es que la Comisión no desdeña, a priori, la posibilidad de que la futura acción europea comprenda materias como la adquisición y pérdida del dominio y las garantías mobiliarias.

Efectivamente, cuando la Comisión plantea cuál habría de ser el ámbito material que recogiese el instrumento europeo y tras plantear una opción estricta o meramente contractual dice lo siguiente:

«4.3.2. Una interpretación lata de su ámbito

Un instrumento de Derecho Contractual europeo podría cubrir, amén de los asuntos enumerados en la Sección 4.3.1, otros conexos como la restitución, la responsabilidad extracontractual, la adquisición y pérdida de dominio de bienes y la garantía de la propiedad de bienes muebles».

Este párrafo es muy significativo, pues reconoce la existencia del interés en armonizar cuestiones patrimoniales derivadas del contrato, algo que hemos visto algunos autores vienen reclamando insistentemente, y al mismo tiempo parece restringirlo al ámbito de los bienes muebles, dando también cabida al cierto consenso académico existente de que la materia inmobiliaria es más compleja y tiene connotaciones históricas y culturales que aconsejan dejarla al margen de la armonización o, al menos, darle un tratamiento diferenciado. Al permitir que se plantee la cuestión de las consecuencias patrimoniales del contrato, la Comisión ha dado un paso que, al menos en mi conocimiento, no había dado hasta ahora siquiera sea en un plano puramente retórico y en el estrechísimo marco de una consulta como es el Libro verde.

Es también destacable que al aceptar tratar la cuestión de las garantías mobiliarias se está aceptando implícitamente la necesidad de tratar la cuestión del Registro de dichas garantías y, en su caso, de su armonización.

Como es lógico, la Comisión no plantea en la encuesta cuestión alguna de competencia ni permite adivinar en cuál de ellas podría apoyarse para tomar una iniciativa en la materia.

Es preciso esperar a ver cuál ha sido el resultado de la encuesta y qué tratamiento le da la Comisión para poder sacar alguna conclusión adicional.

VII. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA UNIÓN

Dejando de lado la legislación europea en materia de protección de los consumidores, que ya hemos visto que soslaya la cuestión de la transmisión del

dominio y de la constitución de los derechos reales³¹, la doctrina pone como ejemplos de Derecho Patrimonial europeo el reglamento sobre procedimientos de insolvencia y la directiva sobre acuerdos de garantía financiera. Hagamos un breve repaso de ambos instrumentos por si fueran de interés en la materia que nos ocupa.

1. El Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia es de poca utilidad, ya que desde el principio (Considerando 25) se pone de manifiesto cómo el fundamento, validez y el alcance de los derechos reales están sujetos a la ley nacional del lugar donde estén sitos, lo cual no es nada nuevo desde luego. De acuerdo con este planteamiento, el reglamento se limita a establecer normas de competencia —art. 2.g); art. 5, art. 7, art. 8, art. 11 y art. 14— con escrupuloso respeto al principio de *lex rei sitae*.

Es cierto que para algunos autores el reglamento tiene una gran importancia e implica una acción directa de la Unión sobre el Derecho Patrimonial (de hecho suele ser citado como ejemplo de Derecho Patrimonial europeo³²), e incluso se afirma que es el instrumento que con mayor alcance ha tratado el tema del Registro de la Propiedad, aunque se reconoce que al hacerlo para excluirlo por completo de la regulación, el instrumento no contiene norma armonizadora alguna al respecto³³.

No hay por tanto atisbo alguno de voluntad política de armonización en el ámbito de los derechos reales, sino más bien lo contrario, lo que hace más chocante el siguiente ejemplo.

2. Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Es cierto que este instrumento tiene un ámbito de actuación muy limitado y que dicho ámbito está restringido a una porción del mercado muy particular, caracterizado por el hecho de que no se aplican las reglas generales del tráfico jurídico o mejor, que se modalizan para adaptarlas a sus exigencias. En este sentido el mercado financiero, caracterizado por el alto volumen de operaciones que comprende, por la rapidez e informalidad con que se llevan a cabo, por su carácter fuertemente regulado y por la especialidad de sus actores, es sin duda un mercado especial.

Ahora bien, dicho esto, el contenido de la Directiva de 2002 es cuando menos sorprendente y si lo ponemos en relación con los instrumentos a los que hemos referencia a lo largo del trabajo, excepcional. La Directiva se refiere a la constitución y a los efectos de las garantías financieras, garantías constituidas sobre unos bienes muebles, títulos o dinero que se pignoran o cuya propiedad se transfiere en garantía de una obligación principal. La Directiva no se limita en absoluto a fijar normas de conflicto o de jurisdicción (de hecho solo le dedica su art. 9) sino que regula los requisitos de constitución, los elementos formales, personales, reales, los efectos de la garantía y su ejecución.

El artículo 1 del instrumento dice expresamente que su objeto es el establecimiento del régimen comunitario de los acuerdos de garantía financiera y de las garantías financieras; no es, por tanto, un instrumento con un contenido que afecte solo al Derecho contractual, sino que contiene una regulación propia del Derecho de cosas.

La Directiva contiene una regulación bastante completa y determina los sujetos (art. 1.2), el objeto (art. 1.4), la forma (art. 3), los efectos (arts. 2, 4, 5) y la ejecución de las garantías (art. 4), ya como prenda, ya como transmisión fiduciaria del dominio. Es cierto que no es una regulación exhaustiva de ambos derechos de garantía y que el instrumento elegido fue una Directiva y no un Reglamento: ambas cosas son incuestionables, pero no empañan la realidad de que la comunidad entró en un terreno vedado sin que nadie, que yo tenga conocimiento, haya demostrado la más mínima objeción al respecto.

Lo sorprendente de todo esto es que en la Directiva solo cita como título competencial el artículo 95 del Tratado de Constitución de la Comunidad Europea (actual 114 del TFUE), es decir, la competencia para armonizar legislaciones y solo en los considerandos alude al mercado interior y a la libertad de prestación de servicios y de circulación de capitales.

El artículo 295 del TCE no fue un obstáculo, entonces lo que nos debe llamar a reflexión y es que este instrumento pone de manifiesto que cuando existe voluntad política de los Estados miembros se buscan los atajos necesarios para conseguir el resultado perseguido, sea este o no plenamente conforme con el contenido de los Tratados ya que, en definitiva, estos no son sino el reflejo de aquella.

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES; APROXIMACIÓN AL ÁMBITO POSIBLE DE ARMONIZACIÓN

Llegados a este punto es preciso intentar dar sentido a esta confusa situación para llegar a algunas conclusiones y, desde ellas elaborar un catálogo de posibles campos en los que es necesaria y posible una armonización de la materia que regula los Registros de la Propiedad.

1.º Que la diversidad legislativa es una rémora para el mercado interior es una obviedad y de hecho se puede predicar de cualquier actividad que implique una actividad transnacional en Europa³⁴.

El mercado inmobiliario es enorme y representa un porcentaje significativo del Producto Interior Europeo, por lo que es lícito afirmar que una armonización contribuiría al incremento de su tamaño y ayudaría significativamente a la consolidación del mercado interior.

Existe un consenso académico tanto en el hecho de la conveniencia de llevar a cabo la armonización como en su dificultad habida cuenta de la relación íntima

entre el Derecho que regula el dominio y derechos sobre los bienes inmuebles y las tradiciones jurídico culturales de los pueblos.

No existe en los Tratados atribuida una competencia que permita acometer la tarea. Si aquellos no son sino el reflejo de la voluntad política de los Estados miembros es lícito afirmar que la dificultad es meramente coyuntural en la medida que puede desaparecer en el momento que así lo establezcan los Estados miembros³⁵. Si bien es cierto que en cuestiones muy puntuales, los Estados miembros han permitido a la Unión actuar en materia de Derecho de cosas, lo limitado de la acción no permite realizar generalización alguna. Es realista afirmar que la construcción del Derecho Patrimonial europeo, en cuanto a los inmuebles se refiere, es una tarea a muy largo plazo que, hoy por hoy, no está en la agenda³⁶.

2.º El Registro de la Propiedad está regulado por un conjunto de normas que solo parcialmente pueden considerarse integrantes del Derecho de cosas. Existen dos razones muy poderosas para considerar factible una acción armonizadora de la Unión que no viole el ejercicio de sus competencias ni implique una invasión de aquellas de los Estados miembros:

Por un lado existe un campo de actuación del Derecho Registral Inmobiliario que no afecta al Derecho sustantivo y que en consecuencia podría ser objeto de armonización por contribuir al mejor funcionamiento del mercado inmobiliario europeo. En la medida que el Registro publica el dominio y los demás derechos sobre bienes inmuebles sería conveniente cierta armonización a fin de facilitar las transacciones transnacionales y garantizar el correcto funcionamiento de la libertad de movimiento de capitales y de establecimiento, fortaleciendo la protección de los consumidores³⁷.

Por otro lado, contamos con la experiencia de la armonización del Derecho Registral Mercantil, del Registro Mercantil, cuya armonización se ha llevado a cabo sin afectar al Derecho Sustantivo de Sociedades, lo que nos permite afirmar que es posible armonizar el Registro de la Propiedad sin afectar al Derecho de cosas.

La Comisión Europea ha mostrado, por un lado, la necesidad de que se lleve a cabo una acción de armonización pero, por otro, ha declinado tomar acción directa dejando la iniciativa a los Estados miembros a los que señala materias concretas en las que debe llevarse a cabo. Mientras que no exista un cambio de voluntad política a nivel comunitario es ilusorio creer que se puede ir más allá, si bien ello no empece para que, a nivel académico, puedan señalarse nuevas vías de avance que preparen el camino para cuando tal cambio se produzca.

El ámbito de armonización debe ser el siguiente:

1.º El contenido del Registro. Debe ser armonizado el hecho de que el centro de conexión de las titularidades es la finca, el objeto o bien inmueble sobre el que recaen las titularidades o limitaciones. Es altamente aconsejable que se prevea que la definición del inmueble se haga al menos, en base a un sistema

georreferenciado de coordenadas que permita situar el inmueble en el terreno y superponer la información jurídica a cualquier otra que sea relevante. De igual modo la contemplación de un identificador único europeo por finca sería de gran utilidad al permitir la búsqueda de fincas a nivel continental mediante la interconexión de los registros a la que luego nos referimos.

También debe armonizarse el hecho de que los Registros de la Propiedad deben poder publicar en dicho folio real, ya sea material o electrónico, los derechos reales admitidos por el ordenamiento interno, así como las limitaciones de Derecho Privado y que tengan su origen en la voluntad de los particulares o en una resolución judicial o administrativa. De igual modo deben publicarse aquellas limitaciones de origen administrativo y de Derecho Público que afecten a los inmuebles y sean susceptibles de hacerse constar en el folio real. Lógicamente debe comprenderse la modificación de los derechos o limitaciones inscritas así como su extinción. Finalmente la armonización comprendería la posibilidad de hacer constar las modificaciones de los inmuebles inscritos en cuanto a su descripción física.

Una armonización semejante sería de gran utilidad y podría hacerse sin afectar al Derecho sustantivo de cada Estado; precisamente por esta circunstancia, el instrumento debería ser la directiva y no la mera recomendación, como propone la Comisión. Si la armonización comprendiese la necesidad de georreferenciación podría darse un paso importantísimo en una de las cuestiones que preocupa en Europa, el de la existencia de limitaciones que por su especial naturaleza no se reflejan en los libros del Registro pese a lo cual y por derivar de la Ley son oponibles a tercero. Estas limitaciones, de muy variada naturaleza y origen (medioambiental, urbanística, de protección de patrimonio público) afectan, no a fincas concretas sino a porciones del territorio o a partes del mismo. En la medida en que dichas limitaciones pueden reflejarse en representaciones del territorio por medio de instrumentos de georreferenciación y superponerse a otras capas de información, como la que supone la que contiene el Registro de la Propiedad, puede alcanzarse el objetivo de que los eventuales terceros dispongan de la mayor información posible, especialmente, de las circunstancias limitativas que puedan afectar a una finca concreta. De este modo podría adecuarse muy convenientemente la política de la Unión en otras materias con el Registro, en concreto la iniciativa emprendida con la Directiva 2007/2/EC del Parlamento y el Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (INSPIRE)³⁸.

Si se combina este elemento de armonización con la creación de un identificador único europeo y se añade un último elemento como la atribución al titular registral de un identificador único europeo, circunstancia que permitiría realizar búsquedas a nivel continental, de gran trascendencia para la concesión de crédito, pero también para la exigencia de responsabilidades patrimoniales, es fácilmente divisible las ventajas de valor añadido del sistema.

Medidas semejantes permitirían potenciar la publicidad de los registros multiplicando sus efectos y convirtiendo la institución en una herramienta formidable al servicio de la seguridad jurídica y de la expansión del crédito inmobiliario, lo que nos lleva al siguiente punto.

2.º La publicidad del Registro. En la medida que la vocación natural de todo derecho real es ser oponible, su publicidad es un elemento esencial de su eficacia. Este es un aspecto crucial al que se ha referido también la Comisión. Es preciso que esta materia se armonice, igualmente por vía de directiva, y se determine que el contenido del Registro ha de poder ponerse de manifiesto mediante copia o extracto ya sea certificado o no. Tanto la solicitud de publicidad como su expedición debe poder hacerse por vía telemática. Si se pone este punto en conexión con el anteriormente analizado, la eficacia del sistema se multiplica nuevamente al permitir búsquedas en todos los Registros europeos por vía telemática y sin tener que acudir a la idea de crear un Registro único en Europa, algo que sencillamente está fuera de consideración. El solicitante debe poder obtener una copia en su propio idioma, siempre que sea oficial en la Unión y lo que es más relevante, con una explicación de los efectos de la publicidad y, en su caso, de la inscripción si llega a adquirir e inscribir.

Dado que la armonización no puede alcanzar los efectos sustantivos de la inscripción es esencial que se armonice que el tercero que consulte el contenido del Registro conozca debidamente el alcance de la inscripción en cada sistema de Registro, si es constitutiva o declarativa y si va a estar protegido o no en caso de inscripción así como en qué circunstancias. En cualquier caso, lo no inscrito no perjudica a tercero como requisito mínimo de publicidad material de cualquier sistema.

3.º El principio de prioridad. Debe armonizarse esta cuestión de extrema importancia y que una y otra vez ha sido puesta de relieve como clave por parte de la industria europea. Implica que los derechos sean oponibles por el orden de su acceso al registro, excluyendo que derechos no inscritos o inscritos con posterioridad se antepongan a los anteriormente inscritos.

La lógica del principio es aplastante: no se puede tomar una decisión de oportunidad económica de forma adecuada si no se conoce de antemano que las bases que han servido para ello no pueden ser posteriormente modificadas en perjuicio de parte. La incertidumbre que genera el hecho de que a pesar de la diligencia máxima pueda aparecer un tercero preferente desconocido y que no ha publicado su situación dificulta el crédito y encarece la financiación al ser preciso prever el factor estadístico de la eventual aparición de un tercero preferente.

Es muy dudoso que la armonización en este aspecto pueda llevarse a cabo mediante un acto de la Unión pese a su trascendencia para el mercado interior. La indudable influencia del principio de prioridad sobre el orden natural de oponibilidad de los derechos reales, sobre la regla prior *in tempore potior in iure*, hace inviable una acción de la Unión que no esté avalada por los Estados

miembros. Hasta que una medida semejante no sea abordable a nivel comunitario es preciso aceptar las reglas del juego, por lo que solo una acción coordinada de los Estados miembros es factible.

4.º Algunas cuestiones de procedimiento. Es preciso que se armonice el hecho de que la solicitud de inscripción pueda hacerse de forma telemática como medida para acercar el registro a los administrados y abaratar costes. La interconexión de los registros debe servir también para facilitar este proceso, para que con independencia del lugar de registro de la finca, pueda realizarse la presentación desde la plataforma habitual que el usuario esté acostumbrado a utilizar³⁹. Una medida semejante reforzaría sobremanera la cooperación judicial en el ámbito de seguridad, libertad y justicia. La armonización debe contemplar el hecho de que el rechazo a la inscripción debe ser debidamente motivada, notificada y susceptible de recurso, pudiendo alcanzar la jurisdicción ordinaria.

NOTAS

¹ José María DE LA CUESTA RUTE, *Prólogo* a la obra *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011. CUESTA no hace sino reflejar una opinión extendida.

² Article 345 (*ex article 295 EC*), its meanings and interpretations. *European Law Journal*, mayo de 2010.

³ La edición española del TFUE permite una interpretación mucho más acorde con lo que resulta ser la finalidad del precepto, pues en otros preceptos utiliza la misma o similar expresión en el sentido de que el Tratado no obsta, no perjudica, la regulación nacional en materia determinada. Véanse los artículos 17, 345, 346, 350 y 351.

⁴ Como dice el Tribunal, párrafo 59: El principio de homogeneidad embebido en el acuerdo del Espacio Económico Europeo lleva a la presunción de que los preceptos formulados de forma idéntica en el acuerdo del Espacio Económico Europeo y en el Tratado de la Comunidad Económica Europea deben ser interpretados de la misma manera.

⁵ La sentencia se puede encontrar fácilmente en: http://www.eftacourt.int/index.php/cases/case_e_2_06/ La traducción parcial es mía.

⁶ Antonio PAU PEDRÓN, «La convergencia de los sistemas registrales en Europa», en *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

⁷ Sobre la naturaleza del Derecho Hipotecario y la cuestión acerca de su carácter meramente instrumental o sustantivo, puede verse el estudio de José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Editorial Civitas, 1988, pág. 66.

⁸ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:ES:NOT>

⁹ No puede ser más expresiva, al respecto, la introducción del Libro blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la Unión Europea: «la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE es esencial para lograr un funcionamiento más eficiente de su sistema financiero, ya sea mayorista o minorista, así como para la economía europea en su conjunto».

¹⁰ Sergio CÁMARA LAPUENTE entiende que las competencias sobre mercado interior y protección de los consumidores son claramente insuficientes para una armonización en materia registral, aunque deja abierta la posibilidad en materias como la publicidad y aún así muy limitadamente. Registration of Interests as a Formality of contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the frame of European Private Law. *European Review of Private Law*, 6-2005, pág. 797.

¹¹ Un estudio del conjunto de acciones se puede ver en la obra *Derecho Contractual europeo*. Varios autores, Bosch, 2009.

¹² Sjef VAN ERP afirma rotundamente que las categorías de derechos reales y personales no pueden seguir contemplándose como compartimentos estancos. «European Property Law: a methodology for the future», en *European Private Law. Current Status and Perspectives*, pág. 243, Sellier, 2011.

¹³ Fernando GÓMEZ y Juan José GAMUZA afirman rotundamente que no es tan claro como se pretende que la pluralidad de legislaciones implique un aumento de los costes de transacción ni que la armonización en sí misma constituya un paso adelante. «Economic Underpinnings of European Private Law Harmonization», en *European Private Law. Current Status and Perspectives*, págs. 34 y 35, Sellier, 2011.

¹⁴ No está claro si la armonización pretendida debe incluir los contratos con elementos transnacionales solamente o también los estrictamente nacionales. Véase, «La unificación del Derecho Contractual y su problemática: La respuesta de la Unión Europea», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 85, Bosch, 2009.

¹⁵ Sixto SÁNCHEZ LORENZO afirma rotundamente que no existe en los Tratados competencia alguna que ampare un Código Civil europeo; ni tan siquiera un Código de Obligaciones. Misma obra anterior, pág. 89.

¹⁶ Un análisis del mismo en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, Bosch, 2011.

¹⁷ Javier FAJARDO FERNÁNDEZ, «Adquisición y pérdida de la Propiedad de Bienes Muebles», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 500, Bosch, 2011.

¹⁸ La propuesta de regulación del Registro Europeo de Bienes Muebles es inaceptable porque al suprimir todo control de entrada difiere a la intervención de los Tribunales cualquier problema de antijuricidad que pueda producirse renunciando a toda acción preventiva. La regulación no difiere gran cosa de la adoptada en el seno de la OEA como ley modelo de fortísima influencia norteamericana.

¹⁹ Prólogo a *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 10, Bosch, 2011.

²⁰ «El Marco Común de Referencia», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 239, Bosch, 2009.

²¹ En *European Private Law. Current Status and Perspectives*, pág. 271, Sellier, 2011.

²² También en la misma obra, págs. 273 y 275.

²³ Para José María DE LA CUESTA RUTE, el CFR está construido completamente en el aire, al margen de cualquier competencia legislativa lo que, a su vez, deja en absoluta indeterminación el valor que pueda tener en el futuro. «Sobre la Unificación del Derecho Privado Patrimonial en Europa», en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo*, pág. 27, Bosch, 2011.

²⁴ Una aproximación a la evaluación que del CFR hace el Ministerio de Justicia español la lleva a cabo Javier GÓMEZ GÁLIGO en «La repercusión en Derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual europeo», en *Derecho Contractual europeo*, Bosch, 2009.

²⁵ Antonio PAU PEDRÓN, *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, pág. 27 y sigs. y 313. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004.

²⁶ La Comisión desea dar un nuevo impulso a la armonización y plantea ya, tras la medida en materia de acceso transnacional, el segundo escalón en la interacción de los Registros Mercantiles en Europa, la interconexión entre los Registros. Véase, a este respecto, el Libro verde de la Comisión: Interconexión de los Registros Mercantiles {SEC(2009) 1492}. Un paso adicional será el de la interconectividad de los Registros Mercantiles europeos (véase el proyecto BRITE). Todos ellos ponen de manifiesto el camino a seguir en materia de propiedad.

²⁷ Que daba continuidad a las conclusiones y recomendaciones del denominado Forum Group que inició sus trabajos en 2003, todo lo cual demuestra que el interés de la Comisión por la cuestión de los mercados de crédito inmobiliario se ha prolongado durante más de una década.

²⁸ *Hidden charges* en la versión inglesa, o cargas ocultas, traducción mucho más acorde con las inquietudes de la industria y con los trabajos llevados a cabo durante años.

²⁹ http://www.elra.eu/?page_id=186

³⁰ Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho Contractual europeo para consumidores y empresas. COM(2010)348 final.

³¹ La Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, deja fuera de su ámbito en su artículo 1.2.b) al registro de bienes inmuebles o muebles y a la transmisión de bienes inmuebles. Por su parte la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final, deja expresamente fuera de su ámbito de cobertura a los contratos: de venta de bienes inmuebles o que se refieran a otros derechos relativos a bienes inmuebles, salvo el alquiler y los trabajos relativos al inmueble (art. 20.1.a)

³² Reiner SCHULZE, «Contours of European Private Law», pág. 23. En la obra, *European Private Law. Current Status and Perspectives*, Sellier, 2011.

³³ Sergio CÁMARA LAPUENTE, *Registration of Interests as a formality of contracts: Comparative remarks on Land Registers within the frame of European Private Law. European Review of Private Law*, 6-2005, pág. 826.

³⁴ Algunos autores se expresan con gran énfasis: «Resulta patente la necesidad de unificar el sistema de transmisión de la propiedad en los Estados de la UE aunque sea difícil». María del Rosario DÍAZ ROMEO, *La transmisión de la propiedad de bienes muebles en el Derecho Privado europeo. Noticias de la Unión Europea*, septiembre de 2011.

³⁵ Por tratarse de una cuestión «política», Sixto SÁNCHEZ LORENZO considera que se trata de una cuestión «coyuntural». «La unificación del Derecho Contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea», en *Derecho Contractual Europeo*, pág. 90.

³⁶ Algún autor no ha dudado en afirmar que la posibilidad de una armonización del Derecho sustantivo es poco menos que una utopía. A lo más podría extenderse a inmuebles la prolija legislación europea en materia de protección de consumidores de bienes muebles. Sergio CÁMARA LAPUENTE, obra citada.

³⁷ Del ansia científica por procurar una armonización en la materia es buena prueba la propuesta de Pedro DE PABLO CONTRERAS, Isabel DE LA IGLESIA MONJE y Francisco Javier ORDUNA MORENO, que incluso proponen un texto articulado de contenido jurídicamente basado en los máximos efectos posibles del Registro en Europa. «La convergencia de los sistemas registrales europeos: una propuesta de armonización», en *Los sistemas de transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Civitas, 2009.

³⁸ Pueden verse las consecuencias que para el Registro de la Propiedad tiene la Directiva, en *Correspondencia registral de algunos conceptos básicos de la Directiva INSPIRE*. Óscar VÁZQUEZ ASENJO, *Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 18.

³⁹ Ya existe una iniciativa al respecto, el denominado proyecto CROBECO, iniciativa que está llevando a cabo la asociación de registro europeos, ELRA, con respaldo de la Comisión.

El Reglamento Sucesorio europeo:
El principio de adaptación
de los derechos reales y los límites
impuestos por la *lex rei sitae*.
Especial referencia al certificado
sucesorio

*The European Succession Regulation:
The rule of adaptation of rights in rem
and the limits set by the lex rei sitae.
Special reference to the certificate of
succession*

por

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad.

Letrado adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Catedrático de Derecho Civil (acreditado).

Presidente de la Sección Española de la Comisión Internacional del Estado Civil

RESUMEN: El 27 de julio de 2012 se publicó el Reglamento (UE), número 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. Esta iniciativa hay que ubicarla en el contexto de las libertades básicas y derechos fundamentales que informan el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como la libre circulación de personas o la protección del derecho de propiedad, derechos y libertades que deben desarrollarse en el contexto actual de una realidad en la que la movilidad internacional de las personas aumenta constantemente y, en paralelo, aumenta también el número de sucesiones internacionales, situaciones frente a las que las legislaciones nacionales europeas en la actualidad ofrecen soluciones fragmentadas y en ocasiones divergentes e incoherentes. Frente a este panorama, sale al paso el nuevo Reglamento sucesorio europeo que pretende fijar reglas uniformes de Derecho internacional privado en materia de competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos auténticos en materia sucesoria, y que crea un novedoso certificado europeo de sucesiones en que se combinan todos los aspectos anteriores.

El objeto del presente artículo estriba en analizar fundamentalmente el tema de la delimitación de la ley aplicable, los límites que impone la *lex rei sitae* a la *lex successionis*, el principio de adaptación de los derechos reales como técnica de armonización de ambas, y su proyección tanto en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones como en la nueva figura del certificado sucesorio europeo, y las relaciones de este último con el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: On 27 July 2012 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession was published. This initiative belongs within the context of the basic freedoms and fundamental rights that shape the laws of the European Union, such as the right to free circulation of persons and the right to protection of property rights. These rights and freedoms must be applied in today's context of a reality in which the international mobility of persons is constantly on the rise, along with a mounting number of international successions. The solutions offered at present by the domestic legislation of European countries are fragmentary at best, divergent and incoherent at worst. To address this panorama the new European Succession Regulation has arisen, which attempts to set uniform rules of international private law in matters of authorities' jurisdiction, the applicable law and the recognition and enforcement of decisions and authentic acts in matters of succession. The regulation creates a novel European certificate of successions that combines all the points mentioned above.

The object of this article is to analyze fundamentally the delimitation of the applicable law, the limits the lex rei sitae sets on the lex successionis, the rule of adaptation of rights in rem as a technique for harmonizing the lex rei

sitae with the lex successionis, and the influence of this on the recognition and enforcement of decisions, on the new concept of the European certificate of succession, and on the relationships of the European certificate of successions with property registration systems.

PALABRAS CLAVE: Certificado sucesorio europeo; Registro de la Propiedad; *lex rei sitae* versus *lex successionis*.

KEY WORDS: *European certificate of succession, property registration system, lex rei sitae vs. lex successionis.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO.—III. LA LEY APLICABLE.—IV. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.—V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN.—VI. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN¹

El 27 de julio de 2012 se publicaba en el Boletín Oficial de la Unión Europea el Reglamento (UE), número 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. Esta iniciativa hay que ubicarla en el contexto de las libertades básicas y derechos fundamentales que informan el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como la libre circulación de personas o la protección del derecho de propiedad, derechos y libertades que deben desarrollarse en el contexto actual de una realidad en la que la movilidad internacional de las personas aumenta constantemente y, en paralelo, aumenta también el número de sucesiones internacionales, situaciones frente a las que las legislaciones nacionales europeas en la actualidad ofrecen soluciones fragmentadas y en ocasiones divergentes e incoherentes. Así en el vigente Derecho Comparado encontramos sistemas basados en dos modelos diferentes: el modelo de la unidad de la sucesión, y el modelo de escisión o fragmentación. Dentro de cada uno de estos dos modelos, a su vez, existen diferencias en la fijación del elemento o criterio de conexión para determinar la competencia o la ley aplicable, y también en aspectos tan esenciales como la delimitación material del propio estatuto sucesorio o ámbito objetivo de la *lex successionis* (por ejemplo,

en relación con el régimen económico-matrimonial o los aspectos reales de la sucesión, y otros muchos a los que me referiré después).

Frente a este panorama, sale al paso el nuevo Reglamento sucesorio europeo que pretende fijar reglas uniformes de Derecho internacional privado en materia de competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones y actos auténticos en materia sucesoria, y que crea un novedoso certificado europeo de sucesiones en que se combinan todos los aspectos anteriores. Esta iniciativa normativa encuentra su base jurídica en el artículo 61 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea en el que se prevé el establecimiento progresivo de un espacio común de libertad, seguridad y justicia mediante la adopción de medidas tendentes a «mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales», y a «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicciones».

El nuevo Reglamento está sujeto, no obstante, a un amplio periodo de *vacatio legis*, pues si bien entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (publicación que tuvo lugar el 27 de julio de 2012), según establece su artículo 84, conforme a esta misma disposición el Reglamento no será aplicable sino a partir del 17 de agosto de 2015², es decir, que sus disposiciones no serán aplicables a las sucesiones abiertas antes de dicha fecha.

En este trabajo estudiaremos fundamentalmente el tema de la delimitación de la ley aplicable, los límites que impone la *lex rei sitae* a la *lex successionis*, el principio de adaptación de los derechos reales como técnica de armonización de ambas, y su proyección tanto en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones como en la nueva figura del certificado sucesorio europeo. El primer elemento de análisis será el de definir el propio ámbito de aplicación del Reglamento.

II. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO

En principio el Reglamento, de forma coherente con su planteamiento de implantar un modelo sucesorio basado en el principio de la unidad o universalidad, parte de una enunciación muy amplia de su objeto, y así en el apartado 1 de su artículo 1 dice que: «*El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte*». Esta definición de su objeto no debe plantear en el caso español especiales dificultades de calificación, pues viene a coincidir con la enunciación del supuesto de hecho de la norma de conflicto que en materia sucesoria establece el artículo 9.8 del Código Civil, abarcando todo tipo de sucesión, sea testamentaria, intestada o contractual.

Sin embargo, los procesos sucesorios son procesos con frecuencia complejos en los que los aspectos puramente sucesorios se entrelazan con otros pertene-

cientes al ámbito del Derecho de familia y de la persona, con el Derecho de las obligaciones y contratos, y también con los derechos reales. Por ello, a pesar de que se ha querido definir un ámbito de aplicación amplio para la ley aplicable, pretendiendo que rija *la totalidad de la sucesión* (art. 19.1), lo cierto es que el mismo artículo 1 del Reglamento en su apartado 2 fija una larga lista de temas y cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación. Estas exclusiones, unidas a los límites del propio ámbito de aplicación de la *lex successionis* determina que el modelo acogido pueda ser calificado, como ha hecho ya algún autor³, de *unidad atenuada*.

Así, en el artículo 1 del Reglamento se excluyen:

- a) las *relaciones familiares* (matrimonio, filiación), que definen el orden sucesorio al fijar el parentesco entre causante y causahabientes, al reconocer o no un matrimonio o una determinada filiación, por ejemplo;
- b) la *capacidad jurídica de las personas físicas*, y con ello se influye de forma determinante en la línea sucesoria (repárese, por ejemplo, en los efectos de la reforma del art. 30 del CC por la Ley del Registro Civil de 2011, que ahora atribuye la personalidad desde el momento del nacimiento con vida, sin esperar al transcurso de veinticuatro horas);
- c) las cuestiones relativas a la *desaparición, ausencia o presunción de fallecimiento*, de la que, a su vez, puede depender la misma apertura de la sucesión;
- d) los *régimenes económico-matrimoniales*, y con ello un elemento esencial en la definición objetiva del caudal relicto, al ser la liquidación del régimen matrimonial operación necesariamente previa a la formación del inventario del patrimonio dejado por el causante; particular dificultad plantearán en algunos casos la vinculación al estatuto sucesorio de los denominados *derechos sucesorios del cónyuge viudo* y su calificación como tales derechos sucesorios. Recordemos que en nuestro Derecho, el artículo 9.8 del Código Civil establece que: «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*». Norma que responde a una lógica muy clara, dado que el ordenamiento interno compensa los derechos económicos de los cónyuges en el matrimonio y en la sucesión: así en un régimen matrimonial de comunidad los derechos sucesorios son menores, y a la inversa⁴. Por el contrario, el artículo 23.2.b) del Reglamento incluye los derechos sucesorios del cónyuge supérstite en el ámbito de la *lex successionis*, rompiendo aquel elemento de compensación y equilibrio⁵.

Además de este fundamento de justicia material a favor de la solución interna, no hay que olvidar que los derechos sucesorios del cónyuge

viudo no le convierten en heredero, lo que justifica también desde un punto de vista de técnica jurídica su tratamiento diferenciado. En este sentido, la reciente Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 2013 afirma que: «Los derechos que por ministerio de la Ley se atribuyen al cónyuge sobreviviente, en rigor, no lo convierten en heredero y coexisten con los llamamientos testamentario y abintestato. Doctrinalmente se acepta de modo mayoritario esta tesis. El llamamiento en usufructo, la posibilidad de conmutación de su derecho a instancia de los herederos (cfr. art. 839 del CC), la no responsabilidad por las deudas hereditarias (cfr. art. 510 del CC), y el hecho de que su preterición no anula la institución de heredero (cfr. art. 814 del CC) justifican esta posición»⁶. Por otra parte, esta unificación de ambos ámbitos bajo la ley de la sucesión, desplazará los problemas al terreno de la calificación: ¿son «derechos sucesorios» o «derechos matrimoniales» las preferencias que al cónyuge supérstite le corresponden en la liquidación de los gananciales: sobre la vivienda habitual, sobre el local en que ejerza su profesión, derechos de alimentos, etc., *ex* artículo 1406 del Código Civil?; ¿y el derecho expectante de viudedad del Derecho aragonés?; ¿*quid iuris* respecto de las donaciones entre esposos en capitulaciones matrimoniales de bienes futuros solo para el *caso de muerte* a que se refiere el artículo 1341 del Código Civil?;

- e) los *derechos de propiedad* que tengan origen en un título no sucesorio pero cuyo desenvolvimiento dependa de la vida de sus titulares, como la *propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite* (por ejemplo, los usufructos conjuntos y sucesivos o *al más viviente*);
- f) cláusulas estatutarias en sociedades mercantiles que determinen reglas especiales en caso de transmisión *mortis causa* de participaciones sociales;
- g) la creación, administración y disolución de *trust*;
- h) y «la naturaleza de los derechos reales», y «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, letras k) y l)—.

Por otra parte, no hay que olvidar que el Reglamento no desplaza la aplicación del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, según resulta de su artículo 75.1, del que España es parte desde su ratificación el 16 de marzo de 1988⁷. Importa destacar de este Convenio su clara afirmación del principio del *favor testamenti*, al admitir la validez en cuanto a la forma del testamento

y la misma responde a la ley interna señalada por cualquiera de los siguientes puntos de conexión: *a)* el lugar en que el testador hizo la disposición, o *b)* la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o *c)* el 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)* el 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, el lugar en que estén situados.

Por otra parte, el concepto de «forma del testamento» responde a una calificación autónoma del propio Convenio, pues: *a)* conforme al artículo 4, el Convenio «se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas» (*versus* art. 733 del CC); y *b)* según el artículo 5: «A los efectos del presente convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria». Además, en cuanto a su ámbito de aplicación, y salvo declaración de reserva por parte de los Estados contratantes, el convenio se extiende a todo el contenido del testamento, incluso a las cláusulas que no tengan carácter sucesorio, según se desprende *a sensu contrario* de su artículo 12.

A todo lo anterior se ha de añadir la exclusión de todas las cuestiones fiscales y administrativas que tengan que ver con la sucesión.

Algunas de estas cuestiones excluidas pueden operar como cuestión previa, siendo su resolución necesaria para una adecuada fijación de los derechos de los herederos y demás personas con derecho a la herencia como ocurre con la determinación del régimen económico-matrimonial con su correspondiente incidencia en la fijación de los derechos sucesorios —y de hecho es una de las menciones que se deben incluir en la solicitud del certificado sucesorio europeo *ex* art. 68.h)—, o la determinación de la filiación respecto de un supuesto hijo no matrimonial, por ejemplo. El Reglamento no prevé ninguna solución para este problema. La doctrina se ha referido al carácter autónomo de la cuestión previa o a su carácter dependiente de la ley aplicable a la sucesión; la solución más lógica sería la de aplicar al supuesto la norma de conflicto del foro prevista para este, pues en otro caso se llegaría a la contradicción de tratar de forma diferente la misma situación según operara como cuestión principal o como cuestión previa (*cfr.* art. 12.6 del CC). En esta misma línea, la Resolución de la DGRN, de 28 de julio de 2011, recuerda que «la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso al registrador, 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, en este caso, el artículo 9.8 del Código Civil». Por lo que, a falta de norma de conflicto europea, se aplicará la nacional.

En cuanto a la calificación para identificar la norma de conflicto aplicable, sabido es que el artículo 12.1 del Código Civil español establece que: «*la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española*». Teniendo en cuenta, por un lado, el carácter omnicompreensivo del artículo 9.8 del Código Civil, referido genéricamente a la *sucesión por causa de muerte* y, por otro, las amplias exclusiones del ámbito material del Reglamento (vid. art. 1), pueden suscitarse dudas en cuanto a la calificación de ciertas instituciones y sobre su sujeción o no a la ley sucesoria. Después veremos algunos ejemplos.

En concreto, la exclusión de la naturaleza de los derechos reales —art. 1.2.k)—, debe interpretarse atribuyendo al concepto de «naturaleza» un sentido muy amplio, comprensivo también del contenido y efectos del derecho real por su vinculación a la *lex rei sitae*, lo que además resulta del propio contexto del Reglamento.

En cuanto a la relación entre ley sucesoria y ley del lugar de situación del bien el Reglamento parte de la idea de que, en principio, la adquisición de la propiedad derivada de la sucesión y, por tanto, se regula por la *lex successionis* en consonancia con el carácter amplio de su ámbito de aplicación —art. 23.2.e)—. Sin embargo, la especialidad del sistema de publicidad de los derechos reales regido por la *lex rei sitae* y su vinculación al régimen interno de la propiedad (art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y al sistema de seguridad jurídica preventiva en el tráfico jurídico, regido por la legislación interna de cada Estado determina que, por un lado, quede excluida la cuestión de la naturaleza de los derechos reales y el régimen de los requisitos y efectos de las inscripciones en el Registro de la Propiedad; pero, por otro lado, se busca compensar dicha exclusión mediante el principio de adaptación de los derechos constituidos con arreglo a la legislación sucesoria interna de un Estado miembro al ordenamiento del Estado de situación de los inmuebles en que dicho derecho pretenda ser reconocido y ejercitado.

Esta última solución resulta congruente con el criterio asumido en relación con los derechos reales y su publicidad en distintos instrumentos jurídicos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil como el Reglamento de Bruselas I, número 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (art. 22)⁸ o el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (arts. 11 y 14). Así el citado Reglamento de Insolvencias prevé que: «*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los derechos del deudor sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave que estén sujetos a la inscripción en un registro público se regularán de acuerdo con la Ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve el registro*» (art. 11).

En cuanto a esta exclusión de la publicidad de los derechos reales, la previsión del artículo 1.2.1 se refiere literalmente a: «*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*».

Se refiere a estas exclusiones los Considerandos 15 y 16:

- «(15) *El presente Reglamento permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (numerus clausus) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho.*
- (16) *No obstante, para permitir que los beneficiarios disfruten en otro Estado miembro de los derechos que hayan sido creados o les hayan sido transmitidos mediante sucesión, el presente Reglamento debe prever la adaptación de un derecho real desconocido al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese otro Estado miembro. En el contexto de esa adaptación, se deben tener en cuenta los objetivos y los intereses que persiga el derecho real de que se trate y sus efectos. A fin de determinar el derecho real equivalente más cercano del Derecho nacional, se podrá entrar en contacto con las autoridades o personas competentes del Estado cuya ley se haya aplicado a la sucesión para obtener más información sobre la naturaleza y los efectos de ese derecho. A estos efectos, podría recurrirse a las redes existentes en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, así como a cualesquiera otros medios disponibles que faciliten la comprensión de la ley extranjera.*

En todo caso, el resultado de estas previsiones es que quedan excluidos del ámbito del Reglamento y, por tanto, permanecen sujetos al Derecho interno de cada Estado miembro los siguientes aspectos: a) las cuestiones relativas a la competencia y al procedimiento registral; b) las determinaciones sobre organización y funcionamiento del Registro; c) los requisitos de la inscripción, y d) los efectos de la inscripción y de la ausencia de inscripción. Estas exclusiones, en realidad, rebasan el ámbito estricto de los derechos reales que afectan a todos los derechos inscribibles y, por tanto, también a ciertos derechos personales que tienen dicha cualidad de inscribibles (v.gr., arrendamientos, opciones de compra⁹, etc.).

Todo ello supone que, al margen de la influencia de la ley de situación de los inmuebles a través de la *lex registrii* en lo relativo a la organización y funcionamiento del Registro, la *lex rei sitae* entra en contacto con el proceso sucesorio interfiriendo en la aplicación de la ley sucesoria con ocasión del examen de admisión en el Registro de resoluciones judiciales y documentos extranjeros, puesto que deben compatibilizarse las normas sobre reconocimiento de decisiones judiciales y la admisión de documentos públicos con los requisitos y presupuestos legales de la inscripción (cfr. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de julio de 2012). Contexto en el que ha de situarse la admisión del certificado sucesorio europeo como título sucesorio a los efectos de la inscripción de los bienes hereditarios en el Registro de la Propiedad.

Pero además de las exclusiones expresas, a que se refiere el artículo 1 del Reglamento, hay que tener en cuenta otras que se derivan de la propia naturaleza de las cosas, hasta el punto de que la propia *lex successionis* se remite a ámbitos normativos diferentes. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la institución de herederos bajo condición (art. 791 del CC: «Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios... se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales»); las legítimas a favor de hijos adoptivos (cada ordenamiento fijará en el ámbito del Derecho de familia las clases de adopciones —plena o simple— y el derecho a la herencia de tales hijos); los efectos que sobre la institución de heredero a favor del cónyuge se derivan de la separación o divorcio; los legados alternativos (art. 874: «En los legados alternativos se observará lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie...»); el legado de educación, que según el artículo 879 dura «hasta que el legatario sea mayor de edad», siendo la ley personal la que fija esta edad; consecuencias de la renuncia de la herencia en perjuicio de los acreedores (el art. 1001 faculta a los acreedores a aceptar la herencia en nombre de aquel previa autorización judicial); eficacia de la venta de los bienes reservables por el cónyuge viudo después de contraer segundas nupcias (aunque sean civilmente nulas, dicha nulidad es sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria: art. 975 del CC); aplicación de las reglas de disolución de las sociedades como límite a la prohibición de división de la herencia impuesta por el testador (art. 1051 del CC), y un largo etcétera.

III. LA LEY APLICABLE

El Reglamento parte en la regulación de la ley aplicable a la sucesión del criterio de unidad frente al de escisión o fragmentación, criterio de unidad que es igualmente el que inspira la regulación vigente en la materia en el Derecho español¹⁰. Sin embargo, el sistema adoptado por el Reglamento, dado el amplio conjunto de materias excluidas de su ámbito de aplicación, debe calificarse más bien como de unidad atenuada.

En cuanto a los puntos de conexión establecidos por el Reglamento para determinar la ley aplicable se basan en un equilibrio entre el criterio de la nacionalidad en cuanto puede ser objeto de elección y la mayor conexión determinada por el criterio de la residencia habitual (arts. 21 y 22). Así, para determinar el Derecho aplicable a la sucesión, el Reglamento opta por la ley del Estado de la última residencia del causante, si bien excepcionalmente quedará excluida esta ley cuando a la vista de todas las circunstancias del caso, en el momento de la muerte el causante estuviera manifiestamente más vinculado con otro Estado, en cuyo caso se aplicará el ordenamiento de este segundo Estado. El Reglamento admite además la *professio iuris*, si bien en términos limitados por cuanto la ley de la residencia habitual del causante solo podrá quedar desplazada si el ordenamiento elegido es el de la nacionalidad del causante en el momento de la elección o en el momento de su fallecimiento. Además, la elección deberá ser total, a fin de evitar el fraccionamiento de la sucesión (así, por ejemplo, no cabe someter únicamente la sucesión de los inmuebles situados fuera del Estado de residencia habitual del causante al ordenamiento del lugar de situación de estos).

Esta regulación representa para el ordenamiento español la supresión del criterio de la nacionalidad para determinar la ley aplicable a la sucesión del que parte el artículo 9.8 del Código Civil. Ciertamente este criterio había venido siendo objeto en España de críticas doctrinales al estar inspirado en una visión soberanista del Derecho Internacional Privado, y por ser propio de países de emigración, que a través del criterio de la nacionalidad pretenden mantener los vínculos entre sus ciudadanos y su legislación, siendo así que la situación en España en la actualidad está marcada por la inversión de los flujos migratorios, especialmente por la fuerte inmigración experimentada en el periodo de expansión económica comprendido entre los años 1996 y 2008. Por otra parte, no deja de ser cierto que el criterio de la residencia habitual va ganando terreno en el ámbito internacional convencional y en el de los instrumentos comunitarios de cooperación jurídica en materia civil, y que atiende al fundamento de hacer aplicable la norma del Estado con el que existe una mayor vinculación, lo que especialmente adecuado en un contexto de integración europea y libre circulación de personas a las que se reconoce una común ciudadanía europea. Además, presenta la ventaja de facilitar la aplicación del principio *lex fori in foro proprio*, que hace coincidir la competencia judicial y la ley aplicable, pues la regla de competencia general fijada en el artículo 4 del Reglamento parte igualmente del foro de la residencia del causante: «Los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento tendrán competencia para resolver sobre la totalidad de la sucesión».

Por el contrario, no puede dejar de señalarse la dificultad de prueba que en ocasiones no infrecuentes se pueden llegar a plantear, dada la relativa indefinición del concepto y la diferente casuística que se puede presentar en la práctica (repárese, por ejemplo, en el caso de los extranjeros que llegados a la jubilación

pasan una parte amplia pero variable del año en España, donde adquieren bienes raíces, pero no llegan a desconectarse de sus respectivos países de origen). Las definiciones proporcionadas por la jurisprudencia comunitaria del concepto de residencia habitual (como el lugar donde se ha fijado de forma permanente o habitual el centro de intereses) no llegan a superar las dificultades de la indefinición. El concepto de «vínculo más estrecho» con otro Estado (art. 21.2) tropieza con la misma dificultad, y conduce a la necesidad de una apreciación del caso concreto que en caso de controversia (por estar en juego dos leyes distintas basadas en criterios materiales diferentes, por ejemplo, el de libertad de testar frente al de legítima fuerte) aboca a la judicialización de la sucesión.

Estas dificultades solo parcialmente podrán paliarse a través de los criterios que se reflejan en los Considerandos 23 y 24 del Reglamento, en los que se ofrecen ciertas pautas para fijar la residencia habitual. Así en el primero de los considerandos citados se especifican los siguientes criterios interpretativos: «Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual, así determinada, debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento». Pero con ello no se resuelven los problemas, pues una cosa es la fijación de criterios hermenéuticos o otra distinta hacer aplicación de ellos al caso concreto a través del material probatorio llevado al proceso¹¹. Además, debe tenerse en cuenta que la determinación del derecho aplicable se ha de producir no solo en los casos en que por mediar controversia entre los interesados estas se diluciden en el ámbito judicial, sino también cuando, como sucede en la inmensa mayor parte de los casos, no existe tal controversia y la formalización de la sucesión tiene lugar extrajudicialmente, en un ámbito en que la valoración del conjunto de circunstancias que conducen a fijar la residencia habitual puede ser lo que finalmente ocasione un conflicto en otro caso inexistente. La gravedad de esta cuestión se acentúa como consecuencia del carácter no subsidiario de la cláusula de excepción contenida en el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento (vínculo más estrecho con un Estado distinto del de la última residencia), pues este último, como señala expresamente el Considerando 25, «no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja».

Por otra parte, el Reglamento tiene en este aspecto carácter *erga omnes*, puesto que parte de un criterio de aplicación universal de la ley designada por las normas conflictuales: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aun cuando no sea la de un Estado miembro» (cfr. art. 20).

Por lo que se refiere al ámbito de la ley aplicable (art. 23), el criterio del Reglamento para las sucesiones ordinarias coincide con el del Derecho español, en el que dicha ley también extiende su ámbito de aplicación a *la totalidad de la sucesión*, desde la apertura hasta la adjudicación de los bienes hereditarios. No obstante, ha de recordarse al respecto lo antes señalado sobre cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento y, por tanto, también de la regla de conflicto sobre ley aplicable. Además la interacción entre la ley sucesoria y la ley de situación de los bienes también impone límites a aquel pretendido carácter omnicompreensivo de la primera.

En efecto, la relación entre *lex successionis* y *lex rei sitae* se resuelve admitiendo la plena autonomía de la regulación nacional sobre el Registro de la Propiedad, también en cuanto a la inscripción de los bienes en virtud de un título sucesorio. Y en cuanto a los derechos reales, el Reglamento, en línea con un criterio constantemente mantenido por todos los instrumentos comunitarios, sanciona y ratifica la exclusión de su naturaleza. Después volveremos sobre esta cuestión.

La conexión entre *lex successionis* y las reglas especiales de procedimiento previstas en la *lex rei sitae* en relación con los países que siguen un sistema de necesaria puesta en administración y entrega de los bienes hereditarios, se abordan en el artículo 29. España, en contra de lo que se suele creer, no es totalmente extraña a este sistema, pues hay que recordar que el Código Civil español prevé en su artículo 1026 que la herencia quede en administración hasta el pago de todos los acreedores y legatarios que resulten conocidos¹², y que a la figura del ejecutor hereditario se ha de asimilar la del comisario o albacea designado en testamento y también el contador partidor dativo del artículo 1057 del Código Civil.

Por otra parte, el proceso traslativo de la propiedad de los bienes de la herencia requiere en España de las operaciones complementarias de la partición, habitualmente realizadas, en caso de acuerdo entre los coherederos o de intervención de contador-partidor (cfr. arts. 1057 y 1058) mediante intervención notarial. En este sentido, la inclusión de la «partición sucesoria» en el ámbito de la ley aplicable plantea serias dudas en cuanto a su alcance. Parece claro que dicha ley será aplicable a los casos en que la partición la haya realizado el mismo testador en el testamento (o en pacto sucesorio, en los países en que se admita), así como también en los casos en que el testador ha designado un comisario o contador-partidor con facultades particionales, e incluso cuando el juez designa a un contador partidor-dativo a solicitud de herederos que representen más de la mitad de la herencia. Sin embargo, cuando la partición la realizan los propios coherederos mayores de edad y capaces, la doctrina unánimemente consideran que tal partición tiene carácter contractual.

Recordemos que en el momento en que el llamado a la sucesión acepta la herencia adquiere la condición de heredero (con retroacción de efectos al momento de la muerte del causante) y *subentra* en la titularidad de las relaciones

jurídicas transmisibles del causante en la misma condición que este ostentaba, incluyendo el activo y el pasivo —prescindiendo ahora de la polémica de si adquiere solo el remanente— (vid. sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 1968: el heredero sustituye jurídicamente, a todos los efectos, al causante). Esta transmisión se produce en nuestro Derecho como consecuencia de dos cosas: el llamamiento testamentario o legal a la herencia y la aceptación. En caso de ser varios los llamados a la herencia que aceptan, se produce una situación de comunidad en la que todos los coherederos pasan a ser conjuntamente titulares —cotitulares— de los bienes relictos. Pero esta especial comunidad hereditaria (de carácter germánico, según opinión mayoritaria, aunque no dejan de existir otras interpretaciones), que nace con la aceptación y cesa con la partición, no atribuye a cada coheredero un derecho concreto o participación indivisa sobre ninguno de los bienes de la herencia, sino una cuota ideal sobre el conjunto de la masa hereditaria. Por ello, si bien cada coheredero puede disponer libremente de su cuota en el derecho hereditario abstracto, no puede disponer de una cuota indivisa sobre bienes concretos y determinados. Ahora bien, entre los derechos de los partícipes en dicha comunidad (facultades de uso, disfrute, administración, gestión y disposición) se incluye el de solicitar la finalización de dicha situación de comunidad mediante la partición, partición que puede ser testamentaria, dativa, judicial o contractual, y en cuya virtud se extingue la comunidad hereditaria, otorgando a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1.068).

En este contexto, en el ámbito de las sucesiones internacionales, se ha sostenido el sometimiento de la partición contractual a las reglas del Reglamento Roma I¹³, Reglamento que, como es sabido, excluye de su ámbito la materia sucesoria —cfr. art. 1.2.c)—. En este sentido resulta dudosa la interpretación del Reglamento, sobre si realmente la solución prevista en la misma respecto a la ley aplicable a la partición (*lex successionis*) se extiende también a la partición contractual. No obstante, parece que en todo caso, incluso respecto de las particiones contractuales, se debe regir por la *lex successionis* la formación del inventario de la masa hereditaria, la colación, la reducción de donaciones y legados inoficiosos, el orden del pago o prelación de los legados, la acción personal del coheredero en caso de evicción o por lesión y, en general, sobre invalidez (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 30 de junio de 1956). Más dudoso, a mi juicio, es lo relativo a las reglas sobre pago de acreedores del causante y de la herencia, o sobre el derecho de separación de patrimonios.

En cuanto a la ley sucesoria específica para los testamentos y pactos sucesorios, recordemos que en el Derecho español el artículo 9.8 del Código Civil, previendo las situaciones de conflicto móvil, establece que «*las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del donante en el momento de su otorgamiento con-*

servarán su validez, aunque sea otra la Ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

Pues bien, algo similar hace la propuesta de Reglamento en sus artículos 24 a 27: los testamentos y pactos sucesorios hechos conforme a la ley que resultaría aplicable si el causante hubiere fallecido a la fecha de su otorgamiento serán admisibles y válidos si lo son conforme a dicha ley, aunque la sucesión se rija por una ley distinta (con frecuencia se trata de la ley de residencia y de situación de los bienes). Ello cubre la capacidad para testar de la persona¹⁴, la capacidad para suceder de los beneficiarios¹⁵, la admisibilidad de la representación en el otorgamiento del acto, la interpretación de las cláusulas y los vicios del consentimiento (art. 26). Sin embargo, a diferencia del Código Civil español, el Reglamento no deja a salvo las legítimas, salvedad que constituye una forma de limitar la autonomía de la voluntad al establecer la prevalencia de las normas imperativas. Ante tal omisión, se pueden plantear muchas dudas sobre cual de las dos leyes concurrentes (la que rige la validez del testamento y la de la sucesión) serán aplicables a todo aquello que tiene carácter imperativo en relación no solo con la cuantía de las legítimas, sino también con las reservas, el derecho de acrecer, el derecho de representación, las sustituciones hereditarias, la preterición, etc. Todos estos extremos no están incluidos ni en el artículo 23 de ley aplicable a la sucesión, ni en el 26 de la ley aplicable al testamento (o pacto sucesorio).

La excepción prevista en el artículo 30 del Reglamento en relación con la sucesión de determinados tipos de bienes (como inmuebles o empresas), en los que por razones de tipo familiar, económico y social se imponen restricciones a la sucesión en la ley de situación, así como la interpretación estricta que procede hacer de esa excepción podría plantear problemas de calificación, a pesar de que en los considerandos se trata de evitar que tales dudas se planteen en base al carácter inmueble de los bienes, o por razón del alcance mayor o menor de las legítimas, descartando que estos factores por sí solos puedan desplazar la ley aplicable a la sucesión según el Reglamento. En el caso del Ordenamiento español parece claro que entra en la excepción el supuesto del artículo 24.3 de la Ley de 4 de julio de 1995, de Modernización de Explotaciones Agrarias, conforme al cual la partición de las herencias que tengan por objeto estas explotaciones habrán de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley, incluso en contra de lo ordenado por el testador, precepto que trata de impedir el *fraccionamiento excesivo de las fincas rústicas*. A mi juicio, también entra en la excepción de ley aplicable el caso previsto en el artículo 1056 del Código Civil, conforme al cual el testador puede ordenar el pago en metálico a los legitimarios cuando pretende preservar indivisa una empresa, explotación económica o mantener el control de una sociedad o grupo de sociedades, siendo posible el pago con dinero extrahereditario. Aunque puede sembrar dudas el hecho de que se trata de una norma incluida en el Código Civil y no en norma especial,

sin embargo hay que recordar que su origen se encuentra en la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa.

Por lo que se refiere al reenvío, el artículo 34 parece excluir el reenvío intra-comunitario, y su admisión se limita a los supuestos en que la ley aplicable sea la de un tercer Estado. Estas restricciones pueden ayudar a corregir la inseguridad jurídica a que está dando lugar la aplicación contradictoria del artículo 12.2 del Código Civil (*«la remisión hecha al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española»*). Las sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1996 y 21 de mayo de 1999, han fijado un criterio importante en la interpretación del precepto basada en su carácter no automático, y en el juego de los principios de la unidad y universalidad en la sucesión y la armonización internacional de soluciones (vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de octubre de 2007). Dichas sentencias descartan el reenvío de retorno a la ley española hecho por la ley americana del Estado de Maryland, y por la ley inglesa, respectivamente, entre otras razones porque al limitarse dicho reenvío a la ley de situación de los inmuebles, fracciona la sucesión, en contra del principio de unidad que inspira el Derecho español en materia sucesoria.

La citada sentencia de 21 de mayo de 1999 fundamenta de forma convincente este criterio de aplicación flexible de la técnica del reenvío: «...la evolución actual del Derecho Internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio, que impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es el de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala, de 15 de noviembre de 1996, ante un supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en este supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante... se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia».

Se ha sostenido que este criterio vino a ser alterado por la posterior sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2002, que, manteniendo una doctrina no coincidente con la de las sentencias antes citadas, acepta el reenvío que la ley inglesa hace a la ley española de situación del inmueble, al estar la herencia integrada en exclusiva por dicho inmueble (criterio problemático en el caso de que sobrevenidamente se detectase la existencia de otros bienes en el haber hereditario). En consecuencia, y en aplicación de la ley española, y a pesar de que el causante había otorgado testamento legando a su esposa todos los bienes que tenía en España, se acepta la reclamación legitimaria planteada por la hija del causante. No obstante, en rigor no hay contradicción entre esta última sentencia y las antes citadas, pues en esta la solución de la admisión del reenvío no es incompatible con el principio de unidad de la sucesión dado que al no existir bienes muebles en el caudal relicto la ley aplicable no entraba en colisión con la del domicilio del causante.

Esta inseguridad, sin embargo, no cesará totalmente al admitir el Reglamento el reenvío de Estado no miembro a Estado miembro de la Unión Europea, lo que podría dar lugar a un fraccionamiento de la sucesión si el Estado remitente sigue el sistema de escisión. Esta situación no sería extraña en la práctica en cuanto se daría este supuesto si la ley aplicable fuese la de algún Estado norteamericano —la mayoría— o iberoamericano que prevean el reenvío a la ley del lugar de situación de los bienes radicantes en algún país de la Unión Europea. No obstante, se excluye en todo caso el reenvío cuando la *lex successionis* del Reglamento sea la de elección del causante, la de bienes determinados del artículo 30, o la del Estado más vinculado a la sucesión.

Queda en pie el problema de si el Reglamento admite o no el reenvío parcial. El principio de unidad de la sucesión que mantiene, como criterio general, el Reglamento conduciría a una respuesta negativa. Sin embargo, la regla de competencia subsidiaria incorporada al apartado 2 del artículo 10 del Reglamento, que prevé que cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes, unido al criterio de *lex fori in foro proprio* que igualmente asume el Reglamento, militaría a favor de la admisión del reenvío parcial en relación con los bienes relictos que se encuentren en el territorio de un Estado miembro.

El orden público se contempla como causa determinante de la denegación del reconocimiento en distintos instrumentos comunitarios de la cooperación jurídica en materia civil y también como motivo de exclusión de la ley aplicable en los Reglamentos Roma I y Roma II.

En todos los casos la intervención de esta cláusula de exclusión de la ley extranjera se subordina a la existencia de una manifiesta incompatibilidad con el orden público del Estado miembro del foro. También sucede así en el caso del

nuevo Reglamento de Sucesiones (art. 35). La exigencia del carácter manifiesto de tal incompatibilidad apunta a un claro criterio de intervención mínima y de interpretación restrictiva. En el Considerando 58 del Reglamento se refuerza este criterio restrictivo, al declarar que: «Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación». Se trata de un novedoso criterio de delimitación negativa del concepto o extensión del orden público del Estado del foro. Pero también podría emplearse como término de referencia para limitar la aplicación en el territorio de los Estados miembros de ordenamientos extracomunitarios que contengan disposiciones que no respeten los derechos fundamentales recogidos en la citada Carta de Derechos Fundamentales (v.gr., discriminación por razón de sexo o religión, sin perjuicio de la suavización de la excepción mediante figuras como el orden público atenuado: vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.^a, de 28 de octubre de 2008).

Discutible es la consideración de las legítimas como una cuestión de orden público. La única indicación al respecto del Reglamento inclina a una respuesta negativa, pues parte de la consideración de que la protección de las legítimas por sí sola no puede fundamentar la aplicación de la indicada excepción. En Derecho español, salvo alguna sentencia aislada como la del Tribunal Supremo, de 23 de octubre de 1992, la jurisprudencia se inclina a estimar que, dada la heterogeneidad de las regulaciones civiles, común y forales, en la materia (legítima que llega a ser meramente simbólica en algunos lugares, como en Navarra, frente a la muy amplia, de dos tercios de la masa hereditaria, en el Derecho común), la protección del sistema de legítimas no puede basarse en la intervención del orden público. Así lo declara apodócticamente la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1996: «La legítima, por último, no pertenece a materia protegida por el orden público interno». Y así lo presupone la sentencia del mismo Tribunal, de 21 de mayo de 1999, al excluir *in casu* la aplicación del reenvío por estimar que el resultado de tal aplicación sería contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio e impediría dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria; y, además, por considerar —lo que es trascendente a los efectos que ahora interesan— que la admisión del reenvío dejaría sin aplicación «el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad». Es decir, que no solo no se considera tal libertad de testar contraria al orden público español, sino que su admisión plena lleva a excluir el reenvío de retorno a la ley española. Se ha señalado como fundamento de tal posición el derecho fundamental a la

herencia consagrado por el artículo 33 de la Constitución, en el entendimiento de que dicho derecho se dirige más a garantizar la libertad de disponer de los bienes propios que a la libertad de recibirlos¹⁶. Del lado opuesto, tampoco se ha estimado contrario al orden público la limitación a la libertad de testar en caso de prohibición legal de revocación unilateral de testamentos mancomunados entre cónyuges otorgados conforme al Derecho alemán, dado que en algunas legislaciones forales españolas existe la misma limitación (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 2010).

A mi juicio, no obstante, puede ser dudosa la consideración del tema de las legítimas en relación con los menores o incapacitados, en caso de que estos queden desprotegidos por la ley aplicable. Otros supuestos en que cabe discutir la aplicación de la excepción del orden público serían los siguientes: normas sobre exclusión en la sucesión legítima de hijos adoptivos o no matrimoniales, reducciones de cuantía por razón de sexo, imposición a los herederos de prohibiciones perpetuas de enajenar, o imposición de la carga de pagar rentas más allá del límite de dos generaciones, imposición de condiciones imposibles o contrarias a la moral o restrictivas de derechos fundamentales (por ejemplo, la de no contraer nuevas nupcias, por el carácter de derecho fundamental del *ius nubendi*), prohibición perpetua de indivisión hereditaria, exclusión de todo supuesto de incapacidad por indignidad para suceder, imposibilidad absoluta de desheredar, etc.

Finalmente, la invocación del orden público también puede estar basada en la imposible adaptación de derechos o instituciones por no responder a las exigencias estructurales mínimas de los derechos reales en España (inmediatez, absolutidad o eficacia *erga omnes*, no amortización de la propiedad, causa justificativa suficiente de las limitaciones o gravámenes, libre circulación de los bienes, etc.). Un ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de junio de 2009, que confirmó la denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad español de una escritura por la que se cedía gratuitamente una participación indivisa de un inmueble sito en España al síndico de la quiebra de un ciudadano británico, por considerar que dicha operación no transmitía el dominio, sino una simple titularidad fiduciaria con facultades de representación o de gestión y disposición de derecho ajeno, lo que resulta contrario a principios esenciales y de orden público español en relación con la transmisión del dominio (art. 609 del CC), del régimen de publicidad registral y de las modalidades de realización de los bienes y derechos del deudor (art. 221 del CC).

Pero este tema de la adaptación de los derechos reales constituidos con arreglo a un ordenamiento extranjero al Derecho interno del Estado en el que se encuentra el bien sobre el que dicho derecho recae requiere por su importancia un tratamiento más detallado.

IV. LA ADAPTACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

En aquellos casos en que sobre una misma situación privada internacional confluyen distintas leyes de diferentes países, se producen dificultades de encaje y coherencia con el resultado final de su aplicación, dificultades que el Derecho Internacional Privado procura resolver mediante la técnica de la adaptación. En relación con la materia que estamos estudiando, se produce en las situaciones sucesorias internacionales, cuando existen en el activo hereditario bienes inmuebles, la concurrencia de *lex successionis* y *lex rei sitae*. A ello se suma la frecuente intervención en tales casos de la ley reguladora del Registro de la Propiedad (*lex registrii*). De esta confluencia de leyes distintas de diferentes países surge la necesidad de su «adaptación».

Esta figura de la adaptación aparece regulada en el artículo 31 del Reglamento, conforme al cual: «*Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo*». Dos son, pues, los condicionantes y requisitos de la adaptación: 1.º que resulte posible (lo que ha de entenderse en el sentido de que la adaptación pueda hacerse sin desvirtuar la esencia de la concreta tipología y naturaleza del derecho sometido a adaptación); 2.º que exista en el Derecho del Estado miembro en el que se invoque el derecho real desconocido otro derecho real que resulte «equivalente» (lo que deberá entenderse en el sentido de que cumpla la misma función jurídica y económica que el Derecho invocado, atendiendo a los objetivos e intereses perseguidos y los efectos producidos por el mismo).

En el Derecho español la doctrina del *numerus apertus* en la configuración de los derechos reales (cfr. arts. 2 de la LH y 7 de su Reglamento), seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, facilita la aplicación práctica de la técnica de la adaptación de derechos reales desconocidos en nuestro sistema, como derechos atípicos o innominados. El problema se plantea con mayor gravedad en aquellos países que se rigen por un estricto sistema de *numerus clausus*. En ellos la circulación de la riqueza inmobiliaria o el tráfico jurídico-inmobiliario es incompatible con el reconocimiento de categorías de derechos reales no conocidos en el Derecho interno (por ejemplo, el derecho de usufructo viudal, desconocido en Inglaterra, o los legados reales, desconocidos en Alemania, donde tiene carácter obligacional).

Pero incluso en el caso de los países que admiten la doctrina del *numerus apertus* existen límites que no se pueden sobrepasar, no siempre definidos con total claridad. En el caso del Ordenamiento Jurídico español la posible recep-

ción de derechos reales desconocidos por el sistema interno y previsto en la ley sucesoria admite en la actualidad diversas modalidades graduadas de mayor a menor en cuatro niveles que van desde la aceptación al rechazo, pasando por la adaptación y la limitación)¹⁷:

- a) Aceptación; en este caso no hay propiamente operación alguna de adaptación, pues es posible incorporar al Ordenamiento interno el derecho real extranjero nominalmente desconocido sin alteración material alguna al adaptarse sus contenidos a la configuración estructural de los derechos reales del Derecho interno. Un caso concreto de esta modalidad lo encontramos en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de octubre de 2002, referido a un gravamen de la cuota legitimaria por un fideicomiso que la Dirección General admite por analogía con la cautela sociniana aceptada por los legitimarios. No hace falta una labor de adaptación, sino de mera aplicación analógica.
- b) Adaptación; en este caso se ha de adaptar al derecho interno el contenido y caracteres del derecho real foráneo. En nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del CC). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH, que admiten los derechos reales atípicos o innominados), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del CC y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente (lo que excluye, por ejemplo, por falta de tal razón justificativa las figuras de la servidumbre y la hipoteca de propietario), la determinación precisa de los contornos del derecho real (lo que excluye, por ejemplo, la admisibilidad de el derecho de sobreedificación sin señalar el número máximo de las plantas que se puedan levantar), la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico (lo que impide las prohibiciones de enajenar en actos onerosos o indefinidas), etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993 y 8 de junio de 2011). En este sentido, en nuestro Derecho no ha sido necesaria una expresa consagración normativa para admitir figuras tales como el *leasing* in-

mobiliario, los derechos de *time sharing* o aprovechamiento a tiempo compartido o los derechos de vuelo o sobreedificación. Recientemente la Resolución de la DGRN, de 8 de junio de 2011, ha venido a admitir por primera vez la inscripción de una hipoteca mancomunada en garantía de un importante crédito sindicado, a pesar del principio de la accesoriedad de la hipoteca. Desde el punto de vista inverso, de la adaptación de derechos españoles a otros Ordenamientos, ciertas figuras de nuestro Derecho interno pueden encontrar dificultades a la hora de lograr el reconocimiento de su equivalencia, como son las subhipotecas, la hipoteca del derecho de remate en subasta, los derechos de abolorio (o retractos gentilicios) y los aprovechamientos urbanísticos.

- c) Limitación; en estos supuestos si bien el derecho real extranjero es admisible en el Ordenamiento interno, este impone limitaciones a la extensión del derecho desconocidas en el Ordenamiento extranjero bajo cuya legislación se constituyó, como ocurre, por ejemplo, en el caso español con las sustituciones fideicomisarias o con ciertos usufructos, que no pueden constituirse más allá del límite de la segunda generación a fin de evitar la amortización de la propiedad, ni constituirse, en el caso de los usufructos, por un plazo superior a treinta años.
- d) Rechazo; se produce el rechazo, al no ser viable la aplicación de la técnica de la adaptación, en aquellos casos en que sea de aplicación la excepción del orden público o exista un régimen imperativo o normas de derecho cogente que impiden la inscripción de los derechos reales tal y como se conocen en el derecho extranjero. Este rechazo puede derivarse no solo del hecho de que el derecho real reconocido en el ordenamiento extranjero de la *lex sucessionniss* (v.gr., los derivados de pactos comisorios) sea desconocido en el ordenamiento del lugar de situación, y cuyo régimen sea incompatible con postulados básicos y esenciales de este último desde el punto de vista del Derecho privado (v.gr., hipoteca solidaria, hipoteca de propietario, derechos sin titular, etc.), sino también por su incompatibilidad con normas de Derecho público que impongan limitaciones al dominio privado por razones de interés público (leyes de policía): limitaciones a la propiedad por parte de extranjeros en zonas de interés para la Defensa nacional, limitaciones al uso o a la facultad de disponer de bienes de interés histórico o patrimonio cultural, restricciones derivadas de servidumbres impuestas por la legislación de dominio público (costas, vías pecuarias, autopistas, etc.). Incluso las servidumbres legales en interés particular: como las de luces y vistas, medianerías, etc.

La jurisprudencia registral de la Dirección General de los Registros y del Notariado nos proporciona, al menos, tres ejemplos de rechazo: la Resolución de

12 de mayo de 1992 confirmó la denegación de una anotación de una hipoteca provisional judicial ordenada por un tribunal inglés (pues ni tal asiento está entre los previstos en la legislación hipotecaria, ni tal denominación permite conocer el contenido y facultades que atribuye a su titular), y la Resolución de 23 de febrero de 2004, que denegó la inscripción de un mandamiento judicial decretado por un tribunal alemán para la constitución sobre un inmueble situado en España de una «hipoteca asegurativa» (en este caso el motivo fue la vulneración del fuero exclusivo de los tribunales españoles del artículo 22.1 del Reglamento 44/2001). Más recientemente, la Resolución de 16 de junio de 2009 confirmó la denegación de la inscripción de una transmisión fiduciaria al síndico de la quiebra de un ciudadano inglés.

Ha de valorarse positivamente la introducción de la figura de la adaptación en cuanto procura soluciones lógicas en el campo de los derechos reales en la relación entre el mercado interior y la comunidad de derecho europea de un lado y la autonomía interna de la organización de la propiedad (art. 345 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) del otro. Es además una técnica incorporada al Reglamento Bruselas I, tras su revisión y refundición llevada a cabo por el nuevo Reglamento (UE), número 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, para las medidas cautelares. Dispone, en concreto el apartado 1 del artículo 54 del mismo que: *«Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen»*.

En España, los Registradores de la Propiedad, en cuanto encargados de la calificación e inscripción de los documentos presentados y de apreciar el encaje de sus contenidos con el derecho real, así como en cuanto responsables de la publicidad de los derechos inscritos, serían las autoridades naturalmente competentes para la práctica de la adaptación, si bien para llevarla a cabo es necesario flexibilizar la interpretación del principio registral de rogación.

V. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

El aumento de los supuestos de tráfico jurídico internacional intracomunitario en el ámbito de las relaciones económicas y personales ha conducido al legislador europeo a establecer un régimen unificado y simplificado de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales extranjeras basado en el principio de la confianza mutua, y que se ha desarrollado en diversos instrumentos normativos

comunitarios, y entre ellos en el citado Reglamento Bruselas II bis, a través de la implantación de un modelo de reconocimiento directo (denominado con frecuencia, aunque de forma impropia, de «reconocimiento automático»), esto es, sin necesidad de obtención previa de un acto de autoridad por el que se declare formalmente, en un procedimiento autónomo y a título principal, la homologación de la resolución extranjera por las autoridades competentes del Estado requerido o de destino en que se pretendan hacer valer sus efectos. Es decir, se prescinde del *exequátur* exigido por el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Se trata, como ha señalado la Resolución de la DGRN, de 27 de julio de 2012, que contiene un amplio estudio de la materia, de un modelo de reconocimiento que permite invocar la resolución judicial extranjera directamente ante la autoridad del Estado requerido, sin pasar por un procedimiento previo y autónomo con el solo objeto de obtener la declaración de reconocimiento. Este modelo simplificado de reconocimiento ya se introdujo en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, el Reglamento (CE), número 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 de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE), número 1347/2000, o el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de obligaciones de alimentos. Y este mismo régimen de reconocimiento simplificado es el que se ha incorporado al nuevo Reglamento de Sucesiones, en particular en su artículo 39 conforme al cual: «las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno», y ello sin perjuicio de que en caso de oposición, cualquier interesado que invoque el reconocimiento de una resolución a título principal pueda solicitar, por el procedimiento previsto en los artículos 45 a 58 para la declaración de ejecutividad, que se reconozca la resolución. Finalmente, si el reconocimiento se invoca como cuestión incidental ante un tribunal de un Estado miembro, dicho tribunal será competente para conocer del mismo.

Pero ese reconocimiento directo y simplificado, como se explica en la citada Resolución de la DGRN, no opera de forma automática o *ex lege* (por lo que resulta inapropiado el uso de la extendida expresión de «reconocimiento automático») en la medida en que lo que se dispensa es la exigencia de un procedimiento específicamente dirigido a la obtención de la declaración formal de reconocimiento de carácter autónomo, pero sin que ello se traduzca en una ausencia de control de la resolución judicial extranjera, sino en una articulación

de los mecanismos de fiscalización más simplificados y sujetos a un régimen de causas tasadas de denegación. Así lo demuestra el hecho de que todos los instrumentos comunitarios citados mantienen la exigencia de verificar por parte de la autoridad competente del Estado de destino, incluidas las autoridades registrales, la no concurrencia en la resolución judicial concreta que se pretende reconocer de ninguno de los motivos de denegación en cada caso establecidos. Además, los instrumentos comunitarios también imponen el cumplimiento de diversos requisitos de carácter formal, que incluyen la presentación de una copia auténtica de la resolución extranjera y una certificación extendida por la autoridad judicial de origen conforme a un formulario preestablecido por el Reglamento. Será la autoridad del Estado requerido en el marco del procedimiento en el que se pretenda hacer valer la resolución extranjera el que a título incidental realice el reconocimiento de dicha resolución mediante el control de los aspectos indicados.

Por otra parte, el conjunto de los instrumentos comunitarios antes citados, si bien establecen el modelo de reconocimiento directo y simplificado expuesto, por el contrario dejan la regulación de la ejecución propiamente dicha de las resoluciones extranjeras en el ámbito de los ordenamientos nacionales, por lo que las resoluciones judiciales relacionadas con los procesos de ejecución, incluidas las medidas cautelares, quedan sujetas en cuanto a su implementación o ejecución a lo establecido en los ordenamientos nacionales. Del mismo modo quedan fuera de los instrumentos comunitarios, y por ende sometidos a los respectivos ordenamientos nacionales, la denominada «ejecución impropia» mediante el acceso a los registros públicos jurídicos de las resoluciones judiciales extranjeras declarativas o constitutivas, que como tales no requieren de un procedimiento de ejecución posterior *stricto sensu*. Así lo ha declarado igualmente la reiterada Resolución de la DGRN, de 27 de julio de 2012, de forma que corresponde a la legislación del Estado del que depende el registrador, determinar el procedimiento, requisitos y efectos de la inscripción de dicha resolución extranjera, si bien la aplicación de la normativa interna tendrá el límite, como se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, de no poder anular el denominado «efecto útil» de los instrumentos europeos (vid. las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en los asuntos C-388/92, C-443/03 y C-185/2007), entendiéndose por tal la efectividad práctica del principio de confianza mutua, en virtud de la cual la resolución dictada por un juez de otro Estado miembro debe merecer la misma confianza que la dictada por un juez nacional, y en consecuencia no recibir un trato discriminatorio o desfavorable, lo que supone en el caso español que deberán quedar desplazadas las exigencias impuestas para las resoluciones judiciales extranjeras contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a las que remite el artículo 4 de la Ley Hipotecaria, relativas al reconocimiento a título principal de la resolución a través de un *exequátur*, y la obtención de su previa legalización (cfr. art. 954.4).

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad procederá el reconocimiento incidental de la correspondiente resolución, debiendo conectarse los requisitos de reconocimiento con los previstos para el control registral en cada ordenamiento.

El Reglamento de Sucesiones, al igual que los anteriormente citados, carece de normas propias en las que se establezca el procedimiento que deben seguir las autoridades nacionales a la hora de practicar el control incidental de los requisitos impuestos por el mismo, lo que supondrá que tal control deberá realizarse de acuerdo a las reglas nacionales que regulan el procedimiento en el que esta se invoca. En el caso del acceso a un Registro, ello implica, como han señalado los profesores GARCIMARTÍN ALFÉREZ y HEREDIA CERVANTES¹⁸, la integración de este control en el procedimiento registral y, más en concreto, en la operación calificadora realizada por las autoridades registrales españolas.

El hecho de que el registrador constataste que la resolución extranjera puede ser reconocida, no significa necesariamente que esta deba gozar de reflejo registral. La normativa europea mantiene inalterado el régimen de ejecución de las resoluciones extranjeras, incluidas las normas sobre inscripción de títulos judiciales, y eso es así también en el nuevo Reglamento de Sucesiones. En consecuencia, tras constatar que la resolución puede ser reconocida en el Estado en que se pretende su inscripción, entrarán en juego las exigencias relativas a la inscripción de documentos judiciales de la autoridad que lleve el Registro nacional¹⁹.

En definitiva, la integración del control incidental de la resolución extranjera, dentro del juicio de legalidad, implica en realidad que el registrador al calificar una resolución judicial extranjera está obligado a hacer dos operaciones sucesivas: la primera, realizada a partir de la normativa comunitaria, servirá para verificar si la resolución extranjera puede desplegar efectos en España; la segunda, efectuada de acuerdo a la normativa interna española, permitirá determinar si, una vez verificado que la resolución es reconocible en España, esta puede acceder al Registro²⁰. Por tanto, el registrador deberá verificar, en primer lugar, un control externo o formal sobre los requisitos de autenticidad de la resolución extranjera, y a continuación verificará que no concurre ninguno de los motivos de denegación del reconocimiento (contradicción con el orden público, rebeldía e indefensión del demandado, incompatibilidad de la resolución con otra previa dictada o reconocida en España, o falta de firmeza de la resolución: *ex art. 40*). Queda excluida la revisión en cuanto al fondo (*cfr. art. 41*).

Pero, además, los instrumentos europeos, en general, y el Reglamento de Sucesiones, en particular, no desplazan las reglas nacionales sobre inscripción de resoluciones judiciales. En el caso del ordenamiento español, la consecuencia es la entrada en juego, entre otras, de las reglas sobre inscripción de títulos judiciales (*cfr. arts. 18 de la LH y 100 del RH*), lo que supone que el registrador calificará la congruencia del mandato con el procedimiento, en cuanto que la decisión debe referirse a materia sucesoria, a los requisitos formales del

documento y a los obstáculos que surjan del registro, así como su firmeza (cfr. art. 524.4 de la LEC).

Se ha discutido, sin embargo, que la calificación se pueda extender a la competencia internacional al no estar incluido este elemento entre los motivos de denegación y referirse el artículo 100 del Reglamento Hipotecario a la competencia interna no a la internacional. A mi juicio, esta apreciación no se puede compartir sin reservas puesto que existen importantes argumentos que militan a favor de la tesis contraria, entre los que cabe señalar los siguientes: *a)* el citado artículo 100 del Reglamento Hipotecario alude a la «competencia» en general, sin limitarse a la interna. Afecta, pues, a la interna y a la internacional, a la territorial y a la funcional; *b)* es cierto que no se cita la falta de competencia entre los motivos de denegación del artículo 40 del Reglamento europeo de Sucesiones, pero tampoco se incluye en el artículo 41 que tan solo impide de raíz la revisión en cuanto al fondo de la resolución judicial; *c)* además, no se trata de un requisito de reconocimiento, sino de «ejecución impropia» por aplicación de los controles que se aplican a toda resolución judicial también en el tráfico interno; *d)* el fundamento último del sistema de reconocimiento de la eficacia transfronteriza de las resoluciones judiciales es el de atribuir a las resoluciones extranjeras comunitarias la misma confianza y valor que a las nacionales (la misma, no más); *e)* finalmente, hay que recordar que, en concreto, en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en España existe un fuero exclusivo a favor de los Tribunales españoles (cfr. art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), criterio que comparte el Reglamento comunitario 44/2001 (art. 22) que sanciona igualmente la atribución de competencia exclusiva a favor de los Tribunales del país de situación de los inmuebles, criterio que ha confirmado recientemente el nuevo Reglamento (UE), número 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 (refundición) —art. 24, números 1 y 3²¹—. Esta posición es también la de la DGRN que en Resolución de 23 de febrero de 2004 confirmó la denegación de la inscripción de un mandamiento judicial decretado por un tribunal alemán que ordenaba la constitución de una «hipoteca asegurativa» sobre un inmueble sito en España, por vulneración del foro exclusivo del artículo 22.1 del Reglamento 44/2001.

Así, por ejemplo, si resulta que el juzgado, tribunal o autoridad que expida el certificado no puede reconocerse entre las que se contarían conforme a la definición del Reglamento ni pueden asociarse a ellas en modo alguno, podríamos hallarnos ante un problema grave de competencia funcional: una resolución adoptada por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia (por ejemplo, un reconocimiento incidental de una designación de heredero hecho por un tribunal mercantil, o un certificado de heredero hecho por un abogado portugués).

Finalmente, resulta necesario controlar que el derecho reconocido o declarado por la resolución judicial se adapta a alguno de los derechos reales conocidos por el Derecho español, que la certificación o testimonio de la resolución extranjera contiene todos los datos necesarios para la inscripción y que sean relativos a las fincas, a los derechos y a sus titulares, y el cumplimiento de los requisitos de orden fiscal u otros impuestos por razones de interés público por normas imperativas, como las relativas a la prevención del blanqueo de capitales.

Estos requerimientos resultarían del Reglamento y de las exigencias del Derecho interno como garantía de que al Registro solo accedan títulos plenamente válidos, conforme a la finalidad institucional básica del mismo, como institución preordenada a dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

VI. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

En el Derecho Comparado europeo las soluciones en relación con la atribución de efectos extraterritoriales a los documentos relativos a las sucesiones hereditarias en supuestos internacionales son ciertamente diversas, y van desde sistemas abiertos y permisivos, hasta otros en los que se impone la atribución de competencias exclusivas a las autoridades del foro, admitiendo tan solo los documentos de producción interna en caso de que la sucesión afecte a bienes inmuebles.

Con la finalidad de solucionar los problemas prácticos derivados de esta diversidad en el ámbito de la Unión Europea, se incorpora al Reglamento de Sucesiones un novedoso título sucesorio específico cuyo objeto es el de acreditar la condición de heredero, legatario, ejecutor o administrador de la herencia con vigencia en toda la Unión, y al que se denomina *certificado sucesorio europeo*. El certificado sucesorio europeo puede cumplir, por tanto, un doble objetivo: a) constituir prueba directa de la condición de heredero o legatario con designación de cuotas sobre la herencia o, en su caso, del derecho a bienes concretos de la misma; y a) acreditar la cualidad de administrador o ejecutor de la herencia con designación de sus facultades. En este sentido, el artículo 63.1 del Reglamento dispone que: «El certificado se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia».

El certificado sucesorio no se configura con el carácter de documento excluyente de los títulos sucesorios nacionales o internos previstos por las leyes de cada Estado, con los que, por tanto, puede coexistir.

A este respecto, el artículo 62.2 del Reglamento establece que: «La utilización del certificado no será obligatoria», aclarando a continuación el apartado 3

del mismo precepto que: «El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares», y ello sin perjuicio de los efectos atribuidos al certificado por el artículo 69 del Reglamento, que después examinaremos.

Por otra parte, en cuanto a los órganos autorizados para emitir estos certificados, se prevé que la competencia para ello corresponda tanto a una autoridad judicial como a otras autoridades no judiciales con competencias en asuntos sucesorios, como los notarios, decisión que corresponde a los Estados miembros (cfr. art. 64).

La citada configuración no excluyente del certificado sucesorio europeo y su posible coexistencia con los títulos sucesorios internos de cada país, puede derivar en un problema de contradicción entre el certificado europeo y el título interno (ya se trata de una resolución judicial o de un documento público extrajudicial), problema que se agrava dado que la amplia definición de las reglas sobre competencia de autoridades puede suponer no solo la coexistencia entre el título europeo y el nacional, sino también la posible existencia de más de un certificado sucesorio europeo, multiplicando el riesgo de incoherencias o contradicciones entre los mismos. Para evitar o prevenir estos riesgos se ha propuesto el establecimiento de un sistema de información centralizada a través de la Red Judicial Europea que dé información sobre la emisión de certificados a los operadores a nivel europeo²². Esta información no es solo relevante a los efectos de evitar duplicidades de títulos, sino también para acreditar la vigencia del certificado y que el mismo no ha sido objeto de un proceso de modificación o anulación en el momento en que se trate de hacer valer ante autoridad extranjera, por ejemplo, ante el registrador de la propiedad ante el que se inste la inscripción de los correspondientes bienes o derechos incluidos en el haber hereditario²³.

A este problema hace referencia el considerando 66 del Reglamento, al señalar que «la autoridad a la que, en el contexto de la aplicación del presente Reglamento, se le presenten dos documentos públicos incompatibles debe evaluar a qué documento público ha de dar prioridad, si ha de dar prioridad a alguno, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En caso de que de esas circunstancias no se desprenda de manera clara a qué documento público se ha de dar prioridad, si se ha de dar prioridad a alguno, la cuestión debe ser resuelta por los tribunales que sean competentes en virtud del presente Reglamento, o, en caso de que la cuestión se plantee como cuestión incidental en el transcurso del procedimiento, por el tribunal ante el que se haya iniciado el procedimiento. En caso de incompatibilidad entre un documento público y una resolución, deben tomarse en consideración los motivos para denegar el reconocimiento de resoluciones en virtud del presente Reglamento». Sin embargo, estas previsiones no alcanzan a proporcionar una solución práctica y efectiva al problema señalado, pues presupone el conocimiento por parte del tribunal de la

existencia de la pluralidad de títulos y el carácter contencioso del procedimiento (en caso contrario no sería precisa la intervención de un órgano judicial), siendo probable que en muchos casos de la realidad práctica no concurra uno u otro de tales presupuestos.

En relación con el procedimiento de elaboración del certificado, el artículo 66 del Reglamento se basa en un doble principio de actuación de verificación de oficio por parte de la autoridad emisora, por un lado, y de colaboración entre autoridades de los distintos países con conexión con el caso concreto. Así, en cuanto al primero dispone en citado artículo en su apartado 1 que: «la autoridad emisora verificará la información y las declaraciones así como los documentos y demás pruebas presentados por el solicitante», incluso realizando «de oficio las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instará al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias».

Por lo que se refiere al principio de colaboración entre autoridades, establece el apartado 5 del mismo precepto de forma muy expresiva que: «A los efectos del presente artículo, las autoridades competentes de los Estados miembros facilitarán a la autoridad emisora del certificado de otro Estado miembro, cuando esta lo solicite, la información contenida, en particular, en los Registros de la propiedad inmobiliaria, en los Registros Civiles y en los Registros de últimas voluntades o de otros hechos relevantes para la sucesión o para el régimen económico-matrimonial o equivalente del causante, cuando dichas autoridades competentes estén autorizadas en virtud de su legislación nacional a facilitar dicha información a otras autoridades nacionales». Este último inciso resulta congruente con la necesidad de condicionar el deber de colaboración con el necesario respeto a la normativa interna de publicidad (en el caso del Registro de la Propiedad, la LH) y a la legislación correspondiente de protección de datos personales.

La expedición de la certificación no podrá tener lugar hasta que hayan quedado acreditados en la forma señalada todos los extremos que vayan a ser certificados (cfr. art. 67).

En relación con el contenido del certificado, caben distinguir distintos aspectos:

- a) Antes vimos cómo la regulación del Reglamento, en cuanto al régimen de elaboración del certificado, atribuye facultades a la autoridad de emisión tendentes a investigar la identidad de los herederos y legatarios y el alcance de sus derechos de acuerdo con el testamento, pacto sucesorio o previsiones abintestato incluidos títulos sucesorios internos, con sujeción, en todo caso, a la ley aplicable a la sucesión. Hay que tener en cuenta que la determinación de los derechos de los herederos requiere determinar previamente la ley aplicable a la sucesión en cuanto

al régimen de adquisición de la herencia y, en el caso de ser más de un heredero, el tipo y naturaleza de comunidad hereditaria (germánica o en mano común, o romana o por cuotas indivisas).

En cuanto al régimen de adquisición de la herencia, en nuestra doctrina es ampliamente mayoritaria la tesis conforme a la cual el Código Civil español sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, en el que la delación o llamamiento no convierte al llamado en heredero, sino que para ello hace falta un acto de aceptación expresa o tácita. La adquisición hereditaria descansa, pues, en dos presupuestos: delación o llamamiento y aceptación o adición. Del llamamiento solo nace a favor del llamado el derecho a adquirir la herencia mediante aceptación (el denominado *ius delationis* o *ius adeundi*). Solo en caso de que dicho derecho sea ejercido, el llamado deviene efectivamente heredero. Por el contrario, la tesis de que el Código Civil español sigue el sistema germánico de adquisición *ipso iure* de la herencia al fallecer el causante o producirse la delación hereditaria, es rigurosamente minoritaria. También la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sigue la tesis doctrinal mayoritaria. Así, en su sentencia de 15 de abril de 2011, se afirma que «en el ordenamiento español no se pone en duda que se sigue el sistema romano de adquisición de la herencia, por lo que, producida la muerte del causante (apertura de la sucesión) y tras las llamadas vocación (expectativa jurídica) y delación (derecho subjetivo, *ius delationis*) la adquisición de la herencia se produce por la aceptación, pero esta tiene efecto retroactivo al momento de la muerte del causante (arts. 657 y 661 del CC)», eficacia retroactiva que el Código predica igualmente de la repudiación (cfr. art. 989), por lo que resultaría incongruente incluir en el acta de declaración de herederos los derechos a la herencia de quien previamente ya ha renunciado a ellos, impidiendo así que el llamado a la herencia haya devenido heredero. Hasta la aceptación nos encontramos en una situación de herencia yacente.

A su vez, la adquisición de bienes concretos del haber hereditario, cuotas indivisas sobre los mismos, requiere, en caso de que exista más de un heredero, la ejecución de las correspondientes operaciones particionales. El artículo 1068 del Código Civil, es claro al respecto: «La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados». Así lo confirma también la jurisprudencia. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 2007, señala que: «Esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio Código... Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus

efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia...». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que solo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa (cfr. Resolución de la DGRN, de 17 de noviembre de 2012).

Frente a este sistema de la adquisición de la herencia (seguido también por Austria o Italia), otros países se adscriben al sistema germánico de adquisición *ipso iure* de la herencia al fallecer el causante o producirse la delación hereditaria. En rigor, no puede considerarse muy precisa la regulación del Reglamento de Sucesiones al referirse en su artículo 68,1) como parte del contenido del certificado sucesorio europeo a *«la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado»*. Aún cuando se entienda que la «parte alícuota» correspondiente a cada heredero se refiere a la herencia en su conjunto, y no a cada uno de los bienes, lo cierto es que dado que el certificado puede ser solicitado por cualquiera de los interesados en la herencia como herederos, legatarios, administradores o ejecutores testamentarios, lo cierto es que en muchos casos, en los países que se rigen por el citado sistema romano, ni siquiera podrá determinarse la parte alícuota de los herederos en la herencia sin saber quienes entre los llamados aceptarán o repudiarán la herencia, o si el cónyuge superstite aceptará o no sus derechos legitimarios, en función del juego de los derechos de representación o acrecimiento.

- b) La misma imprecisión cabe constatar en relación con el apartado k) del mismo artículo 68, relativo a la *«información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia de cada beneficiario»*. En relación con este apartado, los aspectos más relevantes serían el de si la aceptación se ha realizado con o sin beneficio de inventario, y tanto respecto de la aceptación como de la renuncia su carácter revocable o irrevocable, o sobre la validez de la misma en función de que se produzca antes o después de la declaración de herederos, en el caso de llamamiento abintestato²⁴.
- c) Por otra parte, es muy dudoso que el certificado pueda incluir como contenido autónomo y propio las manifestaciones de voluntad integrantes del contrato sobre partición de la herencia, contrato que tiene como presupuesto el título sucesorio, pero que es también distinto de él. Por ello, en nuestro Derecho junto al certificado sucesorio deberá acompañarse, si se trata de varios herederos, la partición hereditaria correspondiente (arts. 76 a 82 del RH), si bien el documento particional podrá proceder

no solo de notario español, sino también de notario extranjero (arts. 4 de la LH y 36 del RH, sentencia del Tribunal Supremo —Sala 1.ª— de 19 de junio de 2012, y Resolución de 22 de febrero de 2012).

Por ello, en cuanto a la posible designación de bienes concretos a favor de determinados beneficiarios a que se refiere el mismo artículo 68.l) del Reglamento (*«inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado»*), y el artículo 63.2.b) al referirse en concreto a la «atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado», cabe entender que se tratará de supuestos exclusivamente circunscritos a los casos de heredero único, de heredero instituido *ex re certa* o en relación con legados de cosa cierta y determinada, o bien cuando la partición la haya realizado el mismo causante en el testamento o un tercero contador-partidor designado por él. En los demás casos, como ya se ha indicado, se requerirán operaciones adicionales de partición o entrega de los bienes. Por ello la redacción de estos preceptos ha recibido las críticas de la doctrina en los términos generales en que está planteada, pues de dos una: o bien se trata de una división o partición judicial, en cuyo caso la resolución judicial correspondiente debería proceder de los tribunales del lugar de situación con arreglo a las competencias exclusivas previstas en el Reglamento Bruselas I si en la herencia hay bienes inmuebles; o bien, se trata de una partición contractual, supuesto que no encaja en el ámbito de aplicación de la certificación sucesoria europea. Obsérvese cómo el artículo 66 del Reglamento, al regular el proceso de elaboración del certificado no prevé la documentación de declaraciones de voluntad, sino la recogida de información, a cuyo efecto dará audiencia a cualquier persona interesada, audiencia que tiene por objeto declaraciones de ciencia, pero no de voluntad, por lo que carecerá de todo contenido negocial. Otra cosa es que en el certificado, yendo más allá de su esencial función de título sucesorio, se refleje el contenido de una partición ya verificada. Pero incluso en los casos de legatario de cosa cierta y determinada, o de aquellos otros en que toda la herencia se haya distribuido en legados, se necesita en el caso del Derecho español la escritura pública de entrega de legado por el contador-partidor o albacea facultado para ello o, en su defecto, por el heredero o herederos (art. 81 del RH).

- d) En cuanto al conjunto de datos y circunstancias particularizadas que ha de contener el certificado sucesorio europeo (vid. art. 68), conviene recordar que, como señala la Resolución de la DGRN, de 7 de julio de 2011, «al ser el testamento, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria, el título fundamental de la sucesión, de donde se derivan los derechos

de los herederos, y sobre el que el registrador ha de realizar su función calificador, no basta con relacionar en el cuerpo de la escritura sucintamente las cláusulas manifestadas por el causante en su última voluntad». En el mismo sentido, la Resolución de la DGRN, de 24 de octubre de 2007, afirma que «lo relativo a los efectos registrales de los derechos sucesorios se rigen por la legislación del Registro de que se trate, por lo que de aplicarse los artículos 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento, de lo que se deriva... la suficiencia del título sucesorio otorgado en su día en España para la práctica de la inscripción hereditaria» (con ello revoca la calificación del registrador que había exigido la presentación de la resolución judicial inglesa conocida como *probate* a favor del ejecutor testamentario designado en testamento, y el certificado expedido por este o por el administrador de la herencia a fin de acreditar la cualidad de herederos de los otorgantes —*grant of probate o letters of administration*—). También en los casos de las sucesiones intestadas, y respecto de las correspondientes resoluciones judiciales o actas notariales de declaración de herederos abintestato, cuyas copias íntegras se han de presentar en el Registro (cfr. Resolución de 2 de octubre de 2012), el registrador debe contar para su calificación e inscripción con todos los particulares necesarios para esta, relativos a la apertura de la sucesión, los particulares de la prueba practicada en que se apoya la declaración de notoriedad, la ley reguladora de la sucesión, los parientes concretos que gozan de la preferencia legal de órdenes y grados de sucesión y, finalmente, la específica y nominativa declaración de herederos abintestato. En definitiva, todos aquellos extremos que permitan alcanzar el corolario de la determinación individualizada de los llamamientos hereditarios operados por la ley (cfr. Resolución de 12 de noviembre de 2011 y 12 de junio de 2012). Doctrina que cabe extrapolar al certificado sucesorio europeo, que no debe quedar sujeto a efectos registrales a un nivel de control inferior que la documentación interna para los supuestos de sucesión nacionales.

En relación con los efectos del certificado, aparecen en el artículo 69 del Reglamento, y se pueden enunciar del siguiente modo: *a)* reconocimiento automático del certificado; *b)* presunción de prueba (exactitud) del contenido del certificado; *c)* atribución de poder de disposición a favor de los herederos designados; *d)* atribución de la cualidad de título formal inscribible en el Registro de la Propiedad. A continuación los analizados de forma separada.

a) *Reconocimiento directo del certificado*

Dispone el apartado 1 del artículo 69 del Reglamento que: «*El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial*». Por tanto, este efecto se produce en cualquier Estado miembro de la Unión Europea. En principio, este primer efecto podría plantear la duda de si, al no excluirse de su ámbito territorial el propio país en que el certificado haya sido emitido, cabe de ello deducir que el certificado europeo está llamado también a constituir un título sucesorio de tráfico interno. Sin embargo, en mi opinión tal conclusión no estaría avalada ni por la finalidad de la norma, ni tampoco por su literalidad, puesto que el artículo 62.1 del mismo Reglamento descarta tal posible interpretación al aclarar que el certificado sucesorio europeo «se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro».

Este efecto de reconocimiento automático supone que producirá efectos extraterritoriales sin necesidad de un procedimiento especial (*exequatur*). En realidad, con carácter previo al análisis de esta cuestión, debería entrarse a determinar, como base y presupuesto de la misma, la naturaleza jurídica del certificado sucesorio europeo. Lo cierto es que la diversidad de regulaciones nacionales en la materia sucesoria, sobre las que se superpone esta figura documental, ha determinado que el certificado quede indefinido en cuanto a su naturaleza, debiendo convenirse en su atipicidad o singularidad o carácter *sui generis*. En este sentido se ha dicho que constituye un *tertius genus* entre el documento judicial y el documento público. En mi opinión, en realidad, dentro de la citada atipicidad, se trata de una figura más próxima al documento público que a la resolución judicial, como lo evidencia el carácter revisable de su contenido, su validez temporalmente limitada y, desde luego, la ausencia total de efecto de cosa juzgada (cfr. arts. 71, 72 y 73 del Reglamento). Esa atipicidad por ello quizá debería reconducirse a la amplia categoría de la jurisdicción voluntaria, en la que no rigen los principios de igualdad de partes, esencial en el proceso contencioso, puesto que los terceros no están en pie de igualdad con el promovente o solicitante, ni el principio contradictorio, habida cuenta que propiamente no hay partes, sino meros interesados en el procedimiento. En fin, también está ausente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria el efecto de cosa juzgada de la resolución, ya que la participación o intervención del juez no tiene carácter estrictamente jurisdiccional. En definitiva, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses (cfr. art. 1811 de la LEC de 1881)²⁵.

Esta apreciación es importante tenerla en cuenta porque el efecto del reconocimiento directo (ya vimos antes que el término «automático» es inadecuado) del certificado no puede evitar que, tras constatar el carácter «reconoscible» del mismo en el país de destino, la autoridad requerida de este último le de el trata-

miento propio de todo documento público o expediente de jurisdicción voluntaria de tráfico interno. Y en este sentido se ha de recordar la doctrina sentada por la DGRN en sus Resoluciones de 10 de noviembre de 2011 y de 12 de junio de 2012, conforme a las cuales los procedimientos judiciales de declaración de herederos abintestato pertenecen al ámbito de la jurisdicción voluntaria, en la que en rigor no se realizan funciones de carácter jurisdiccional, que es el ámbito en el que actúa la estricta interdicción para la revisión del fondo de la resolución judicial, fuera del cauce de los recursos establecidos por la ley, por exigencias del principio de exclusividad jurisdiccional, y por lo tanto el ámbito de calificación registral en relación con aquellos procedimientos de jurisdicción voluntaria ha de ser similar al de las escrituras públicas, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en el sentido indicado. Hay que observar, a efectos de la inscripción, que la calificación registral de la congruencia o incongruencia del auto de declaración de herederos abintestato a que se refiere el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, deriva de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el tercero que adquiere confiado en lo que el Registro publica con los requisitos de dicho precepto, adquiere de forma inatacable, lo que requiere calificar los requisitos establecidos en dicho precepto, como obstáculos registrales en sentido amplio, derivados de la propia eficacia de los asientos del Registro respecto a terceros. Doctrina que ha de extenderse también, por identidad *ratio*, respecto del certificado europeo de sucesiones incluso en el caso de que la autoridad de emisión del mismo sea judicial (obviamente también en el caso de que dicha autoridad sea notarial).

- b) *Presunción de prueba en cuanto a la determinación de herederos, legatarios y administradores, así como en cuanto a la asignación de las correspondientes cuotas o, en su caso, bienes concretos a favor de herederos y legatarios*

Según el apartado 2 del artículo 69 del Reglamento: «*Se presumirá que el certificado prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Se presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado*».

En mi opinión, este precepto adolece de falta de rigor técnico-jurídico las pruebas no se presumen, lo que se presume es el hecho cierto del que se deriva el presunto, hecho presunto de cuya prueba dispensa la presunción. Presumir la prueba de un hecho es, por tanto, una tautología. Lo que no dice la norma comunitaria es si esta presunción admite o no prueba en contrario, es decir, si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. En Derecho español

las presunciones legales admiten siempre prueba en contrario, salvo que la ley expresamente lo prohíba (cfr. art. 386.3 de la LEC). Pero la regulación del propio Reglamento, en lo relativo a la posibilidad de rectificación, modificación o anulación de los certificados (cfr. art. 71), despeja cualquier duda al respecto, pues evidentemente la rectificación, modificación o anulación requieren como presupuesto previo la prueba del error o vicio invalidante.

En todo caso, parece claro que el efecto primario del certificado (y de ahí que su denominación constituya un acierto) es el puramente probatorio. En este sentido, dado que el certificado sucesorio europeo prueba los extremos a que se refiere «de conformidad con la ley aplicable a la sucesión», puede entenderse que integra, a su vez, uno de los medios de prueba del Derecho extranjero a que se refiere el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, de forma que el interesado en hacer valer cualquiera de los extremos a los que se extiende la presunción de veracidad del certificado queda dispensado también de probar el contenido y vigencia de la ley extranjera por la que se rija la sucesión. No obstante, cuando se haga valer el certificado a los efectos de su inscripción registral, dicha presunción podrá ser rebatida por el registrador si tiene conocimiento directo y suficiente del Derecho extranjero (vid. Resolución de la DGRN de 28 de julio de 2011).

Por otra parte, respecto de la determinación de los bienes concretos que correspondan a cada heredero, como ya se ha dicho, no constituye el contenido propio de los títulos sucesorios (al menos en los países cuyo sistema de aceptación de la herencia sigue el modelo romano). Por ello la referencia del Reglamento a la presunción de que el heredero o legatario designado es el «titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado» debe entenderse en sentido genérico respecto de la propia cualidad de heredero o legatario (ausencia de condiciones o términos, etc.), y no respecto de su situación como titular patrimonial de concretos bienes o derechos. De otro modo la presunción de ausencia de otras condiciones o restricciones distintas de las mencionadas podría entrar en conflicto con la publicidad registral de tales bienes o derechos (cuya oponibilidad no podría desaparecer por el hecho de que se silenciasen en la certificación).

c) *Atribución de poder de disposición a favor de los herederos designados*

Dispone el apartado 4 del artículo 69 del Reglamento que: «*Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave*». Se trata de

una previsión simétrica a la contenida en el apartado 3 del mismo precepto que establece un efecto liberatorio a favor del que pago o entrega bienes a quien en el certificado aparece con facultades que le legitiman para ello, a salvo siempre el requisito de la buena fe.

Este precepto parece instaurar un sistema de legitimación cartular que podría llegar incluso a generar supuestos de adquisiciones *a non domino* en caso de que el disponente designado como facultado por la certificación no sea el *verus dominus* del derecho dispuesto. Por eso esta norma ha recibido, no sin sólidos fundamentos, fuertes críticas doctrinales por su falta de congruencia al llevar al Reglamento a una grave incoherencia interna con el artículo 1.2, letra l), en el que se declara excluido del ámbito de aplicación del Reglamento «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». Y es que el sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario previsto por los sistemas registrales (con todas sus variantes) difiere sustancialmente del sistema de circulación o legitimación cartular de derechos en que se basa este precepto del Reglamento, lo que implica que los derechos protegidos, cuando difieran (según uno y otro sistema de protección) entrarán en conflicto, sin que se haya previsto norma o criterio alguno dirimente para superar dicho conflicto. Por ello la única interpretación correcta posible es la que parte de entender que la regla sobre atribución de poder de disposición por la «investidura cartular» del certificado se aplica solo en relación con bienes o derechos carentes de régimen de publicidad propios. Por ello, la aparente contradicción señalada debe resolverse reconociendo la prioridad a los efectos de la legislación que regula el régimen de la propiedad y el Registro. De no hacerlo así, como se ha indicado con acierto²⁶, no solo se generaría un conflicto con los principios de los sistemas de adquisición de la propiedad y de organización registral de los Derechos internos de los Estados, sino también con el sistema de preferencias crediticias y rango de derechos, materias totalmente ajenas al ámbito de aplicación del Reglamento. A pesar de que las reglas de la hermenéutica jurídica permiten superar la oscuridad de la antinomia señalada, no por ello se puede hacer economía de la crítica en una materia tan necesitada de seguridad jurídica como la que se refiere a las reglas por las que se rige la protección del tráfico jurídico.

Como argumento adicional basado en el criterio de la *reductio ad absurdum*, baste pensar que un posible conflicto de derechos reales sobre bienes inmuebles con prevalencia, en su caso, del contenido del certificado, supondría dar prioridad a los pronunciamientos de un tribunal o autoridad que podría no corresponder al lugar de situación del bien en una materia en que estos tribunales tienen competencia exclusiva conforme al artículo 22.1 del Reglamento 44/2001. Con mayor motivo ello será así si el certificado procede de una autoridad no judicial, pues implicaría dar prevalencia a tal documento carente de la eficacia

de cosa juzgada, sobre otro dotado de tal eficacia, eficacia reforzada en caso de que haya sido objeto de inscripción registral a través de los principios de salvaguardia judicial de los asientos y de la eficacia de la fe pública registral (cfr. arts. 1.3 y 34 de la LH), es decir, se daría prevalencia a un documento cuya eficacia primaria es de carácter probatorio en base a una presunción *iuris tantum* frente a otro documento dotado de un valor de presunción *iuris et de iure*, e incluso aunque tuviera autoridad de cosa juzgada.

Finalmente, debe observarse que la prevalencia del certificado sucesorio sobre el contenido del Registro generaría, a su vez, una situación de anomia en los conflictos entre los adquirentes plurales del titular del certificado (doble venta, gravamen de cosa ajena, venta de cosa gravada como libre de gravamen, etc.), lo que generaría una situación de inseguridad gravísima, pues tales conflictos carecen de todo criterio dirimente, incluso del de la mera inoponibilidad, al actuar al margen del Registro.

En definitiva, el apartado 4 del artículo 69 debe ser interpretado en el sentido de que dicha norma actuará sin perjuicio de los efectos propios del sistema registral que resulte aplicable en cada caso. Así lo confirma el Considerando 71 del Reglamento al afirmar, en relación con el artículo 69.4, que el Reglamento «no debe determinar si dicha adquisición de bienes por una tercera persona es efectiva o no», y ello sin perjuicio de que, como señala el mismo considerando, toda persona que, basándose en la exactitud de la información acreditada en el certificado, adquiera o reciba bienes sucesorios de una persona que en el certificado figure facultada para disponer de esos bienes reciba «una protección adecuada» si ha actuado de buena fe, protección que no tendrá por qué consistir en el mantenimiento de la adquisición, pues el Reglamento no impone, como se ha visto, que la adquisición por dicha persona sea efectiva, pudiendo consistir dicha protección en el reconocimiento de vías legales para obtener la resolución del título adquisitivo, con la consiguiente restitución de la contraprestación, y reclamar la correspondiente indemnización de los datos y perjuicios sufridos.

d) *Atribución de la cualidad de título formal inscribible en el Registro de la Propiedad*

Dispone al respecto el apartado 5 del artículo 69 del Reglamento que venimos examinando, lo siguiente: «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)». Este último, como ya se ha señalado anteriormente, excluye del ámbito de aplicación del Reglamento tanto «la naturaleza de los derechos reales», como «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, in-

cluidos 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».

La exclusión del ámbito del Reglamento de la materia registral incluye lo relativo a sus reglas de organización y funcionamiento y, por tanto, a sus modalidades de asientos. En este sentido, como ya se ha señalado, en el Derecho sucesorio español hay que distinguir claramente entre el derecho hereditario *in abstracto*, esto es, la cuota ideal que a cada comunero corresponde sobre el conjunto del haber hereditario (sujeto a un régimen de comunidad de tipo germánico), y la inscripción del derecho hereditario concreto sobre cada uno de los bienes o derechos que se le hayan adjudicado en la partición hereditaria. El primero (el derecho abstracto) solo puede reflejarse en el Registro mediante una anotación preventiva, conforme al artículo 46 de la Ley Hipotecaria, pudiendo también anotarse las sucesivas transmisiones que respecto de tal derecho realice el heredero titular. Esta situación demuestra la inevitable aplicación de la *lex rei sitae* también en relación con los efectos traslativos que se deriven del título sucesorio cuando estén implicados bienes inmuebles, pues tales efectos traslativos resultan inescindibles del régimen de la publicidad registral de la correspondiente mutación jurídico-real.

En cuanto a los requisitos y efectos de la inscripción, quedan sujetos a la ley interna del Estado del que depende el Registro de forma que, sin perjuicio de los efectos probatorios y de reconocimiento directo, exento de procedimientos especiales, se aplica la legislación interna a efectos de la calificación o control de legalidad, previa a la inscripción registral, inscripción que una vez practicada producirá los efectos determinados también por la *lex registrii*. Cabe reproducir aquí lo ya señalado sobre reconocimiento de resoluciones, y sobre el carácter documental y, como máximo, de jurisdicción voluntaria, del certificado sucesorio europeo, con su corolario de la plena aplicación en este ámbito del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento.

De ambos aspectos se ocupan los considerandos del Reglamento, confirmando lo señalado. Así en el Considerando 18 se declara que: «Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción». El Reglamento señala, a título de ejemplo por su importancia práctica, la comprobación por las autoridades registrales de que «el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro». Se refiere, pues, al control del requisito del tracto sucesivo, lo que demuestra una vez más la falta de acierto en la redacción del artículo 69.4 del Reglamento.

Ahora bien, esta entrada de las normas del foro registral respecto de los requisitos para el acceso al Registro de las mutaciones jurídico-reales derivadas de una sucesión hereditaria, a su vez, tiene ciertas limitaciones a fin de no frustrar el «efecto útil» del Reglamento comunitario. Y así, en particular, el mismo considerando: «Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades del registro deben aceptar los documentos expedidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro cuya circulación se contempla en el presente Reglamento. En particular, el certificado sucesorio europeo expedido en virtud del presente Reglamento debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro». Del mismo modo, en el caso español algunos de los requisitos impuestos por la normativa registral, como la exigencia de obtener el reconocimiento a título principal de una resolución judicial en materia sucesoria proveniente de otro Estado comunitario, o la exigencia de legalización o apostilla deben quedar descartadas en los supuestos incluidos dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (cfr. arts. 4 de la LH y 36 de su Reglamento, y 69.1 y 74 del Reglamento).

Pero la complejidad de la materia hace que, a su vez, esta excepción esté limitada, y en tal sentido el mismo considerando precisa que: «Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten».

En cuanto a los efectos, el Considerando 19 se expresa también con claridad: «Se deben excluir también del ámbito de aplicación del presente Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el registro. En consecuencia, debe corresponder al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Así pues, en caso de que, por ejemplo, la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble deba ser inscrita con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos *erga omnes* o para la protección legal del negocio jurídico, el momento de dicha adquisición deberá regirse por el Derecho de ese Estado miembro».

En este sentido queda plenamente vigente en nuestro Derecho el artículo 28 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual: «Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado, no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúan las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos», de forma que frente al adquirente del heredero aparente, el heredero real mantendrá sus acciones civiles derivadas de la *hereditatis petitio*, de forma que solo tras el transcurso de ese plazo de dos años el tercero hipotecario

del artículo 34 de la Ley Hipotecaria quedará protegido por el carácter *a non domino* de su adquisición.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria», en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, 2009, págs. 17-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., y RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I.: «La Ley aplicable a los pactos sucesorios en la propuesta de Reglamento sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7.726, 31 de octubre de 2011.
- BALDÚS, Ch.: «¿Hacia un nuevo Derecho Sucesorio europeo?», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, págs. 419-438.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, 7.^a ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, en prensa (extractado en Consulta/Informe, núm. 43: Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones tras la promulgación del Reglamento (UE) 650/2012, Servicio de Estudios Registrales, Colegio de Registradores de España).
- FONTANELLAS MORELL, J. M.: «Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 465-484.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., y HEREDIA CERVANTES, I.: *Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo*, trabajo inédito.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «*Lex successionis* y *lex rei sitae* en el Reglamento de Sucesiones», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 415-445.
- «El nuevo Reglamento europeo sobre sucesiones», en *Diario La Ley*, núm. 7933, de 28 de septiembre de 2012.
- PRATS ALBENTOSA, L.: «La Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* en la Unión Europea y la creación del certificado sucesorio europeo», en *Diario La Ley*, núm. 7929, de 24 de septiembre de 2012.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, L.: «La propuesta de Reglamento sobre sucesiones y testamentos y su posible aplicación al Derecho interregional: especial consideración de los pactos sucesorios», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, págs. 639-6.
- TORRALBA MENDIOLA, E.: «Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre la ley aplicable y el paradigma concursal», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fascículo III, julio-septiembre de 2008, págs. 1261 y sigs.

NOTAS

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por el autor el día 23 de julio de 2012 en el Seminario sobre «Seguridad jurídica preventiva y Derecho de la Unión Europea: últimos avances», en el marco de los Cursos de Verano de la Universidad Autónoma

de Madrid. Para el estudio realizado en dicho momento se utilizó el texto de la, entonces, última versión de la propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y de los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio, según el texto de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012. A efectos de preparar la presente publicación, dicho texto se ha actualizado y adaptado a la versión del Reglamento definitivamente aprobada.

² 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.

³ Así I. HEREDIA CERVANTES, en el trabajo «*Lex successionis y lex rei sitae* en el futuro Reglamento de Sucesiones», en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, págs. 415-445.

⁴ Por ejemplo, en Derecho común el cónyuge superviviente tiene derecho a la mitad indivisa de los bienes gananciales y al usufructo del tercio de mejora como derecho sucesorio legal, frente a lo cual en el Derecho catalán, el cónyuge viudo no tiene derecho a nada por la liquidación de la comunidad conyugal, inexistente, pero su derecho de usufructo es universal sobre todos los bienes de la herencia.

⁵ La solución del Reglamento en esta materia viene a coincidir con la de otros instrumentos internacionales como la Convención de La Haya, de 14 de marzo de 1978, relativa a la ley aplicable a los regímenes matrimoniales (ley aplicable en Países Bajos, Luxemburgo, Francia y Austria) que excluye expresamente de su ámbito de aplicación los derechos sucesorios del cónyuge viudo, y la Convención también de La Haya, de 1 de agosto de 1989, relativa a la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (en vigor en Países Bajos, Luxemburgo, Suiza y Argentina), que excluye las cuestiones relevantes relativas al régimen económico-matrimonial.

⁶ «En una sucesión abintestato solo en defecto de descendientes y ascendientes el cónyuge viudo va a ser llamando a la herencia como tal heredero abintestato. Ciertamente, la jurisprudencia ha asumido una posición alejada de dogmatismos en torno al tema de la naturaleza jurídica de la legítima del viudo, de forma que el Tribunal Supremo ha afirmado su cualidad a los efectos de reconocerle el derecho de intervenir en las operaciones particionales, a los de negarle la posibilidad de ser contador partidor, en tanto que ha negado tal carácter de heredero al cónyuge viudo para protegerle frente a las reclamaciones por deudas hereditarias, sosteniendo que no responde de las mismas. Pero en todos los casos, como se ha señalado por la doctrina, la afirmación o negación alternativa de dicha cualidad de heredero se ha realizado con carácter incidental y de forma instrumental para la defensa de las soluciones que en cada caso parecían más justas. En este sentido se ha observado que la propia dicción literal del artículo 807, número 3 del Código Civil, se autolimita en su afirmación, pues declara que el viudo o viuda es *heredero forzoso solo en la forma y medida que establece este Código*, es decir, de una forma limitada y no absoluta. En definitiva, si se puede afirmar sin lugar a dudas que el viudo es un sucesor *ex lege*, no cabe decir lo mismo sin reservas a la hora de afirmar que tiene la cualidad de heredero» (cfr. Resolución de 27 de febrero de 2013).

⁷ Dispone el párrafo segundo del citado artículo 75.1, lo siguiente: «los Estados miembros que son partes contratantes en el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, seguirán aplicando lo dispuesto en ese convenio, en lugar del artículo 27 del presente Reglamento, en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados».

⁸ En el mismo sentido cabe citar el artículo 24.1 de la revisión hecha en el nuevo Reglamento (UE), número 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.

⁹ Sin prejuzgar ahora sobre su naturaleza jurídica.

¹⁰ Sobre la contraposición de ambos sistemas de concreción de la ley aplicable a la sucesión (unidad y fragmentación), y sus respectivas ventajas e inconvenientes, vid. el estudio

«Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre la ley aplicable y el paradigma concursal», de E. TORRALBA MENDIOLA, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXI, fascículo III, julio-septiembre de 2008, págs. 1261 y sigs.

¹¹ Así se reconoce en el Considerando 24 que: «En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos, el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un periodo prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas».

¹² Vid. artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹³ Reglamento (CE), número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

¹⁴ Que no quedará, pues, en el ámbito de la norma de conflicto señalada por el artículo 9.1 del Código Civil.

¹⁵ Aquí más que de «capacidad» habría que hablar de «idoneidad» para suceder. Cuando el artículo 26.1.b) del Reglamento menciona «las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel» es evidente que no se refiere al concepto de capacidad jurídica del llamado o beneficiario (art. 745 del CC), sino a su falta de aptitud o idoneidad para ser beneficiario de tales atribuciones sucesorias, por imponer la ley determinadas prohibiciones, generalmente relacionadas con la garantía de la libertad de la voluntad del testador (que explica, v.gr., la prohibición de testar a favor del sacerdote que atiende al causante en su última enfermedad, a favor de su tutor o a favor del notario que autoriza el testamento: vid. arts. 752, 753 y 754 del CC). Vid. sobre esta distinción en «Consulta/Informe, núm. 43: Derecho Internacional Privado en materia de sucesiones tras la promulgación del Reglamento (UE) 650/2012», extracto de la 7.^a edición de la obra de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Civitas-Thomson-Reuters, 2013, en prensa.

¹⁶ Así J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *opus cit.* Este interesante argumento plantea, sin embargo, el inconveniente de poder suscitar dudas en el Derecho interno, y por sus mismos fundamentos, sobre la constitucionalidad de los regímenes de legítimas amplios, como los del Derecho común.

¹⁷ Vid. *Comentarios a la propuesta de Reglamento de Sucesiones UE. Texto de junio de 2011*, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de agosto de 2011.

¹⁸ F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ e I. HEREDIA CERVANTES, *Acceso al Registro de resoluciones judiciales extranjeras en el marco europeo*, trabajo inédito proporcionado por sus autores.

¹⁹ En este sentido, con relación al reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia concursal, vid. Informe VIRGÓS/SCHMIT, núm. 182.

²⁰ En rigor, a estas dos etapas precede otra previa consistente en verificar que la resolución extranjera pueda ser subsumida en el ámbito de aplicación temporal, material y territorial del correspondiente instrumento comunitario, como condición lógicamente necesaria para acogerse a su régimen privilegiado de eficacia transfronteriza.

²¹ Establece este precepto que: «Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio de las partes, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros: 1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el inmueble se halle sito... 3) en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se encuentre el registro».

²² Documento: *Comentarios a la propuesta de Reglamento de Sucesiones UE. Texto de junio de 2011*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España de agosto de 2011.

²³ Tampoco ayuda a resolver el problema el mecanismo de cooperación internacional instaurado por el Convenio del Consejo de Europa hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972, relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, ratificado por España el 3 de junio de 1985, no solo por tener un ámbito de aplicación que no se extiende al conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, sino porque, además, se limita objetivamente a la inscripción de los testamentos, por lo que ninguna información proporciona sobre procedimientos judiciales o extrajudiciales de declaración de herederos o de atribución de derechos sucesorios entre los mismos.

²⁴ Así, por ejemplo, en el caso del Derecho español, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de octubre de 1910, se manifestó en el sentido de ser necesaria la previa declaración de herederos abintestato para la validez de la renuncia, si bien de las más recientes de 15 de abril y 16 de junio de 2011 se desprende que la certeza que exige el artículo 991 del Código Civil sobre el fallecimiento del causante y la delación a favor del herederos no es preciso que sea una certeza absoluta.

²⁵ La jurisdicción voluntaria pertenece a ese «agregado de actividades que se ha dado en llamar la Administración Pública del Derecho Privado, también identificada genéricamente como función legitimadora, y cuyas actividades vienen atribuidas por la Ley ya a órganos jurisdiccionales, ya a órganos administrativos, ya a notarios o registradores. Esta función legitimadora, como categoría propia del Estado y con autonomía específica dentro de la administrativa, pero claramente diferenciada de la jurisdiccional, ha sido explicada por la civilística moderna con precisión. Así se afirma que la misión del Estado en orden a la realización del Derecho no solo supone formular abstractamente la norma jurídica, tarea que entraña la función legislativa, y declarar el Derecho en los casos de violación de la norma, actividad consistente en la función jurisdiccional, sino que exige, además, coadyuvar a la “formación, demostración y plena eficacia” de los derechos en su desenvolvimiento ordinario y pacífico, no litigioso, mediante instituciones que garanticen su legitimidad, confieran autenticidad a los hechos y actos jurídicos que les dan origen y faciliten la publicidad de los derechos que tales actos originen» (cfr. Resoluciones de la DGRN de 1 de febrero de 2007 y de 10 de noviembre de 2011).

²⁶ Colegio de Registradores, documento cit.

El certificado sucesorio europeo

European Certificate of Succession

por

JUAN LUIS GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE
Registrador de la Propiedad
Doctor en Derecho

RESUMEN: La globalización y los movimientos migratorios intracomunitarios han propiciado la aprobación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, sobre sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. En el presente estudio se contempla exclusivamente el certificado sucesorio europeo. El certificado se adopta con respeto al principio de subsidiaridad. No se pretende la unificación del derecho sucesorio, sino su armonización, de forma que pueden coexistir el certificado europeo con el título sucesorio nacional. Se estudia el concepto del certificado, basado en el Erbschein alemán y su eficacia. El respeto a la *lex rei sitae* en materia de derechos reales y Registro de la Propiedad se examina con detalle, tanto en la admisión del *numerus clausus* en los derechos reales, cuanto en la adaptación de los mismos a derechos extranjeros. La salvaguarda de los derechos internos exige claramente el control del certificado por el titular del Registro de la Propiedad al que pretende acceder para el examen formal del título y el respeto a instituciones como las legítimas y el orden público. Se presume que el certificado prueba su contenido, aunque se admite la prueba en contrario, a diferencia de lo que ocurre con la fe pública registral. Por ello la presunción que se predica de los actos realizados por el titular del certificado no es equiparable a la protección del tercero hipotecario. Se examina también la plena vigencia del artículo 28 de la Ley Hipotecaria en favor del heredero aparente.

ABSTRACT: *Globalization and migratory movements inside the EU have led to the adoption on 4th July, 2012 of Regulation 650/2012 by the European Parliament and the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. The present study examines only the European Certificate of Succession. The Certificate is adopted respecting the principle of subsidiarity. The unification of the law in matters of succession of the different Member States is not sought, but its harmonisation, so that the European Certificate of Succession can coexist with national deeds of succession. The concept of the certificate, based on the German Erbschein, and its effectiveness are studied. Respect for the lex rei sitae in rights in rem and Land Registry issues is examined in detail, both in the admission of the limited number (numerus clausus) of rights in rem, as in their adaptation to foreign Laws. Safeguarding of national laws clearly requires an internal control of the certificate by the Land Registrar to whom access is sought for the formal examination of the title deeds and respect for the institutions as legitimate and for public order. It is assumed that the certificate demonstrates its content, although the contrary may be proved, unlike what happens with the principle of public trust in registration. Thus presumption granted to acts performed by the certificate holder is not comparable to the third party mortgage protected by the Land Registry. The full effectiveness of Article 28 of the Spanish Mortgage Act in favor of the apparent heir is also examined.*

PALABRAS CLAVE: Certificado sucesorio europeo; diversidad sucesoria en Europa; título sucesorio; calificación registral; *lex rei sitae*; adaptación de derechos reales; eficacia del certificado sucesorio; principio de subsidiaridad; heredero aparente; legítimas; orden público.

KEY WORDS: *European Certificate of Succession; diversity of succession regulations in Europe; deed of succession; examination of legality by land registrars; lex rei sitae; rights in rem adaptation; effectiveness of the certificate of succession; principle of subsidiarity; apparent heir; reserved portions; public order.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. EL ORIGEN DE LA PREOCUPACIÓN DE LA UE.—2. LA BASE JURÍDICA PARA LA ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO.—3. CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO.—4. LOS MODELOS DE CERTIFICADO SUCESORIO TENIDOS EN CUENTA POR LA COMISIÓN.—5. EL CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO.—6. LA COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN.—7. EL CERTIFICADO SU-

CESORIO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD.—8. LA NECESIDAD DE UN CONTROL POR PARTE DE LAS AUTORIDADES *REI SITAE*.—9. LAS RAZONES DEL CONTROL REGISTRAL DE LA DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA.—10. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—11. LA LEGALIZACIÓN.—12. LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: ORDEN PÚBLICO Y LEGÍTIMAS.—13. LA DEFENSA DE LA APARIENCIA.—14. EL HEREDERO APARENTE. EL ARTÍCULO 28 LH.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Desde sus comienzos, la UE se ha preocupado de mantener y desarrollar el espacio de libertad, seguridad y justicia que permita y fomente la libre circulación de personas y bienes en la Unión Europea, desde antiguo perseguida por la UE¹. Para ello se estableció en el Consejo de Tampere, de octubre de 1999, el reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales, más tarde el programa de medidas para la aplicación de ese reconocimiento en materia civil y mercantil². El Consejo, en noviembre de 2004³, adoptó el «Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea», en el que se acordó ya «la necesidad de adoptar un instrumento en materia de sucesiones, que aborde en particular las cuestiones de los conflictos de leyes, la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones y el certificado sucesorio europeo».

Para alcanzar los expuestos objetivos, como señalan los considerandos del Reglamento 650/2012, «el presente Reglamento debe reunir las disposiciones sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento, o, en su caso, aceptación, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones, los documentos públicos y las transacciones judiciales, así como sobre la creación de un certificado sucesorio europeo».

En estas páginas se va a abordar tan solo el certificado de sucesiones europeo dejando, para mejor ocasión, el del administrador de la herencia y, dentro de él, los efectos del mismo, con una mayor consideración de su acceso al registro de la propiedad.

Parece que hay acuerdo entre los países de la UE en que el Reglamento es la fórmula más adecuada para el logro de los objetivos previstos. Cuando se habla de competencia internacional y de reconocimiento y ejecución de decisiones, la elección del reglamento ya ha sido experimentada en supuestos como el Reglamento (CE) 44/2001 sobre competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I). De lo que se trata es de que todos los Estados miembros tengan un certificado de heredero con la misma forma. La adopción de una directiva sería insuficiente

por el margen que se deja a los Estados miembros para la transposición, lo que implicaría correr el riesgo de comprometer el logro del objetivo pretendido.

No obstante lo anterior hay que tener en cuenta que el reglamento, en cierto modo, sobrepasa su función normativa al regular cuestiones sobre aspectos materiales como cuando se ocupa indirectamente de las legítimas (art. 29) o, directamente, de la conmorienca (art. 32)⁴.

La mejor manera de conocer el iter seguido por 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 es acudir al propio texto y a sus antecedentes.

La preparación del Reglamento fue precedida de una amplia consulta a los Estados miembros, las demás instituciones y el público en general. La Comisión recibió⁵ un «Estudio sobre las sucesiones internacionales en la Unión Europea», realizado por el Instituto Notarial alemán en noviembre de 2002. Su Libro Verde «Sucesiones y testamentos», publicado el 1 de marzo de 2005, suscitó alrededor de sesenta respuestas y fue seguido por una audiencia pública el 30 de noviembre de 2006. Un grupo de expertos denominado «PRM III/IV», constituido por la Comisión el 1 de marzo de 2006, se reunió en siete ocasiones entre 2006 y 2008 y la Comisión organizó una reunión de expertos nacionales el 30 de junio de 2008. Las contribuciones recibidas confirman la necesidad de un instrumento comunitario en este ámbito. La adopción de este instrumento recibió el apoyo del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social Europeo. La Comisión realizó también una evaluación de impacto, que se adjuntó a la propuesta de Reglamento de 2009, antecedente próximo del vigente.

Una vez aprobada insiste en resolver el problema el Programa de Estocolmo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 4 de mayo de 2010 y en el que se establece el programa de actuación en materia de cooperación civil y penal para el periodo 2010-2014 al decir que «el reconocimiento mutuo debería ampliarse a los ámbitos que todavía no están cubiertos pero son fundamentales en la vida diaria, por ejemplo la sucesión y los testamentos».

Fruto de todo ello fue la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo COM (2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y de un certificado sucesorio europeo, que fue el antecedente inmediato del Reglamento vigente. El Parlamento Europeo realizó una primera lectura de la Propuesta el 13 de marzo de 2012, y se publicó la redacción definitiva en el Diario Oficial de la UE el 27 de julio de 2012.

1. EL ORIGEN DE LA PREOCUPACIÓN DE LA UE

Como han puesto de relieve los documentos comunitarios preparatorios del Reglamento y los muchos autores que se han ocupado del tema⁶, en el fondo son la globalización y los movimientos migratorios intracomunitarios que la misma ha propiciado quienes generan las relaciones sucesorias intracomunitarias. Los alemanes residen en Mallorca y tienen bienes en Alemania y en España; los ingleses trabajan en Madrid y tienen segunda vivienda en Valencia o, simplemente, compran la vivienda en España y vienen a jubilarse y en muchas ocasiones a morir aquí, mientras que es otra ley comunitaria la que ha de aplicarse a su herencia. Hasta aquí, poco cambio, pero de 1998 a esta parte han sido los europeos, comunitarios o no, los que se han vinculado al suelo o la legislación española⁷.

Las sucesiones son un fenómeno universalmente conocido pero desigualmente regulado de ahí la preocupación comunitaria. La diversidad legislativa y la contraposición *civil law/common law* hacen muy difícil para los herederos y acreedores de los causantes extranjeros el ejercicio de sus derechos cuando no concuerdan las leyes aplicables a la sucesión y al lugar de ejecución de sus pretensiones.

Por otro lado están los problemas de competencia jurisdiccional: ante qué tribunal, organismo o autoridad delegada plantear las pretensiones y cómo hacer efectiva la resolución en un país donde no tiene jurisdicción el órgano o tribunal que la dictó.

La Conferencia de La Haya desde sus inicios se preocupa por la movilidad de las personas y sus disposiciones sucesorias⁸, aunque con poco éxito, ya que la última solo rige para un Estado. Ello prueba que la cuestión es de las principales inquietudes de la comunidad de derecho Internacional Privado, pero también que es de las más difíciles, prueba de ello es que el Convenio de 1 de agosto de 1989, sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte solo ha sido suscrito por los Países Bajos.

El estudio del certificado sucesorio europeo implica examinar prácticamente todo el Reglamento porque: *a)* la determinación de quién deba emitirlo implica en ocasiones determinar tanto la ley aplicable al fondo como, en todo caso, la jurisdicción competente; *b)* la necesidad de especificar los efectos fuera del país emisor; *c)* los efectos del certificado fuera del país emisor; *d)* la necesidad de *exequátur* u otra forma de control; *e)* la eficacia del certificado respecto a los inmuebles sitos en territorio distinto del Estado emisor, etc.

2. LA BASE JURÍDICA PARA LA ELABORACIÓN DEL REGLAMENTO

Según la Exposición de Motivos de la citada Propuesta del Reglamento que es el antecedente inmediato del texto objeto de estudio «El artículo 61 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, el «Tratado») prevé el establecimiento progresivo de un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia mediante, entre otras cosas, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Su artículo 65 menciona expresamente medidas tendentes a «mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales», así como a «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción».

Los numerosos instrumentos ya adoptados sobre esta base, en particular el Reglamento (CE), número 44/2001, excluyen las sucesiones de su ámbito de aplicación.

Más adelante pone de relieve el estricto cumplimiento del principio de subsidiaridad⁹, así como la proporcionalidad del instrumento empleado y la no injerencia del Derecho comunitario en los derechos materiales nacionales, ya que no pretende una unificación de los mismos, sino una armonización de las normas de derecho internacional privado. Otro objetivo no habría sido admitido por las grandes diferencias entre ordenamientos sucesorios que antes se apuntaba.

En todo caso no es deseable la armonización del derecho sustantivo ya que, según el Tratado CE, este campo es y debe seguir siendo competencia exclusivamente nacional. Se deben uniformar solo las normas que rigen los conflictos jurídicos y jurisdiccionales.

Esta es la única técnica que permite a los Estados miembros preservar sus propios sistemas jurídicos y sus propias costumbres y tradiciones jurídicas. Solo entonces será posible coordinar efectivamente los sistemas jurídicos nacionales implicados en una sucesión determinada. Para prevenir posibles conflictos de ley en materia de herencia, es necesario y suficiente saber a ciencia cierta, y sin margen de error, qué ley será aplicable. Lo cierto es que el Parlamento ha conseguido, salvo lo que se dirá en cuanto a inmuebles, no inmiscuirse en lo que son competencias exclusivamente nacionales¹⁰.

La insuficiencia de la regulación actual¹¹ va unida a la mejora que para los ciudadanos de la Unión Europea puede representar la existencia de normas que de forma clara y predecible permitan determinar la legislación aplicable a las sucesiones hereditarias y que faciliten la tramitación de la adquisición de la herencia mediante criterios como el reconocimiento mutuo y la creación de un certificado sucesorio europeo. Con ello, además, se da un paso más en uno de los objetivos de la Unión Europea, el desarrollo progresivo de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (art. 2 del Tratado de la Unión Europea).

Los objetivos del Reglamento solo pueden alcanzarse, según sostiene la Comisión, en forma de normas comunes en materia de sucesiones internacionales, normas que deben ser idénticas para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad. Por otra parte, la Comisión Europea sostiene que las normas de Derecho Internacional Privado existentes hasta la fecha (el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias, y el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte) no han logrado resolver los problemas en la materia.

La seguridad jurídica y la previsibilidad, junto con la facilitación de la libre circulación de resoluciones sucesorias, judiciales o no, son los motivos fundamentales del Reglamento.

Incluso se preocupa el Reglamento de tener en cuenta los Estados plurilegislativos, cual es el nuestro, para evitar conflictos de derecho interregional¹² y se prevé también la ausencia de normas internas sobre conflicto de leyes (art. 36.2 del Reglamento). Incluso dedica un precepto, mejorando la Propuesta de 2009, a los conflictos interpersonales de leyes (art. 37)¹³.

3. CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO

En todos los derechos se precisa de un título para que el patrimonio del difunto pase a los herederos, ya sea en el sistema del *common law* en que un tercero ha de entregar los bienes a los herederos tras el pago de las deudas, son ejemplos los sistemas del Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia y Dinamarca; o en el sistema continental donde conviven sistemas en que es precisa la aceptación de la herencia, como en Italia, España o Austria (con intervención judicial), u, otros en que los herederos a través de la *saisine* pueden tomar posesión por sí mismos de los bienes hereditarios y ejercitar los derechos del difunto (Alemania, Bélgica, Francia, Países Bajos, Grecia y Luxemburgo). La forma de acreditar la cualidad de heredero también es variada: la *grant of probate* o *letter of Administration* del *common law*; las actas de notoriedad españolas, francesas o italianas; el certificado sucesorio alemán, el austriaco, el griego e, incluso, el francés de la región de Mosella o el del Tirol italiano¹⁴.

Lo que se observa en toda la documentación preparatoria del Reglamento es que únicamente la Europa de los 15 de 2002, y no la de los 27, es la que se tuvo en cuenta. Lo exiguo de este estudio no permite tampoco ocuparse con mayor amplitud del Derecho Comparado de los nuevos Estados miembros, lo cual no estaría de más hicieran la Comisión y el Parlamento europeo a través de sus abundantes y multilaterales funcionarios y parlamentarios.

Se trata de solucionar el problema que supone la diversidad sucesoria y su documentación para la libre circulación de los títulos expedidos en todos los Estados miembros de la UE.

4. LOS MODELOS DE CERTIFICADO SUCESORIO TENIDOS EN CUENTA POR LA COMISIÓN

No hay en Europa un concepto unitario de certificado sucesorio. El certificado de heredero alemán (*Erbschein*), o el austríaco (*Einantwortungsurkunde*), las declaraciones notariales de herederos de los países de derecho romano (Francia, Bélgica, Luxemburgo, España¹⁵) también podrían ser reconocidas en los países de la UE, lo que habría de valer también para la *atto di notorietà* italiano o la *verklaring van Erfrecht* holandesa, la *grant of probate* o la *letter of administration*, y el *dokument* y *skifteattest* del derecho danés. Ante esa variedad de órganos jurisdiccionales, o no, competentes para la expedición, era preciso buscar un instrumento común.

Entre los modelos barajados por la doctrina para la solución del problema de las sucesiones transnacionales, la doctrina contempló los siguientes:

- a) El puro reconocimiento de los documentos extranjeros, sin necesidad de ningún otro requisito. Es el sistema suizo, y en este sentido del artículo 96 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado, según la cual: «Las decisiones, medidas o documentos relativos a una sucesión, del mismo modo que los derechos derivados de una sucesión abierta en el extranjero, se reconocen en Suiza: a') cuando han sido declarados, redactados, acordados o constatados en el Estado del último domicilio del difunto o en el Estado al que el difunto sometió su sucesión o si han sido reconocidos en uno de esos Estados, o b') cuando se refieran a inmuebles y hayan sido declarados, redactados, acordados o constatados en el Estado en el que los bienes estén situados o si están reconocidos en ese Estado. 2. Tratándose de un inmueble sito en un Estado que reivindica una competencia exclusiva, únicamente las decisiones, medidas o documentos que emanan de ese Estado se reconocen. 3. Las medidas cautelares tomadas en el Estado del lugar de situación de los bienes del difunto se reconocen en Suiza¹⁶».

El simple reconocimiento plantea problemas en el ámbito de la Unión, por un lado porque la prueba de la cualidad de heredero no es la misma en todos los Estados miembros que serán los emisores (simple hecho o declaración de derecho) y, además, no producen los mismos efectos en cuanto a legitimación y protección de terceros. Por otro lado, la prueba de la cualidad de heredero no es la misma en todos los países: en unos es judicial, con o sin fuerza de cosa juzgada; en otros notarial con simple prueba de hechos y sin otros efectos que la indemnización de daños y perjuicios (art. 730.5 Code Civil français), incluso sin otra participación que la de los interesados, sin necesidad de notario: artículo 14 de la Ley Hipotecaria española o en el sistema finlandés, aunque

este requiere una previa intervención judicial¹⁷. Como se ha señalado por la doctrina, la regulación del reconocimiento no sirve sino en casos particulares, pero no podría constituir un modelo a nivel europeo¹⁸.

- b) La otra posibilidad apuntada por la doctrina fue la de crear un certificado europeo *ad hoc*, tal como hizo el Derecho quebécois con su carta de verificación (*lettre de vérification*). Según el artículo 892 del Code de procédure civil: «Cualquier interesado puede solicitar al secretario del tribunal correspondiente al último domicilio del causante o a un notario, las cartas de prueba o verificación destinadas a utilizarse fuera de Québec para probar su cualidad de heredero, de legatario de bien determinado o de liquidador de la sucesión»¹⁹. Esta ha sido la opción propuesta por el informe del Deutsches Notarinstitut y aceptada por la propuesta de la UE: «Artículo 36. Creación de un certificado sucesorio europeo. 1. El presente Reglamento introduce un certificado sucesorio europeo, que acredita la cualidad de heredero o de legatario y los poderes de los ejecutores testamentarios o de los terceros administradores. Este certificado será expedido por la autoridad competente en virtud del presente capítulo, de conformidad con la ley aplicable a la sucesión en virtud del capítulo III del presente Reglamento».

Asimismo sirvió de modelo a la redacción del Reglamento el Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre la Administración Internacional de las Sucesiones, ratificado tan solo por Eslovaquia, Portugal y República Checa. Quizás el Reglamento no haga sino comunitarizar el certificado de administrador de sucesiones que estableció, con muchos enfrentamientos derivados de la elección de la ley de la última residencia (hoy perfectamente admitido ese punto de conexión), la Convención citada.

Como se ve, se respeta el sistema interno manteniendo el certificado europeo junto con el título sucesorio nacional. Es decir, en principio, subsistirían la declaración de herederos abintestato, el acta notarial de declaración de herederos, la instancia de heredero único junto con el testamento y las distintas formas de partición hereditaria con la última voluntad.

El Reglamento, cumpliendo con el principio de subsidiaridad, establece en el Considerando (67) que [el certificado] «se expedirá para su uso en otro Estado miembro. Conforme al principio de subsidiariedad, el certificado no debe sustituir a los documentos que puedan existir con efectos similares en los Estados miembros».

Se cumple así con el principio de subsidiaridad imperante en el Derecho comunitario, por ello el artículo 62.3 del Reglamento, dispone que: «El certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares. No obstante, una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá igualmente los efectos enumerados en

el artículo 69 en el Estado miembro cuyas autoridades lo hayan expedido con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo».

Si bien se salva el principio de subsidiaridad el último inciso del precepto admite la validez interna del certificado sucesorio europeo, lo cual puede plantear dificultades cuando exista contradicción entre el certificado sucesorio europeo y el local, o la figura similar correspondiente: acta de declaración de herederos, por ejemplo²⁰.

El ideal habría sido el sistema señalado por el Max Plank Institute²¹: Solo debería haber un único certificado sucesorio europeo. Si existe más de uno será por error. Si existe un certificado europeo y otro nacional, concédase prevalencia al primero, ya que si existe uno europeo no puede existir el nacional. Para ello sería preciso coordinar a los Estados miembros para evitar *ex ante* el problema. Por los mismos motivos, solo el emisor podría rectificar o anular su propio certificado, lo cual sí admitió la Propuesta [de Reglamento] en el artículo 43. El círculo se cerraría con la creación de un Registro de Certificados Sucesorios europeos.

También en Derecho alemán (al que sigue el Reglamento, como se verá, en cuanto a los efectos) existe la figura²². En el fondo, el documento inicial (Libro Verde) y las proposiciones de la audiencia pública han hecho que sea el modelo alemán de certificado sucesorio el adoptado, aunque con cierta adaptación notarial.

5. EL CONCEPTO DE CERTIFICADO SUCESORIO

El certificado sucesorio viene a ser un documento, inicialmente judicial (Alemania, Austria) y en el Reglamento también emitido por «otra autoridad»²³ que se libra al heredero o herederos para acreditar donde proceda su derecho a la herencia. En el Reglamento lo que se necesita es un certificado uniforme para toda la UE que, además, provenga de autoridad que tenga una clara competencia para su emisión y con una ley material del fondo única para todos los Estados de la UE, de forma que se eviten los posibles conflictos entre ley de emisión, ley del fondo y lugar de efectividad del certificado. La ley aplicable, de la que no se ocupa el presente trabajo, ha de regir, según la mayoría de los autores y colegios notariales que se han ocupado de la cuestión, no solo el llamamiento sucesorio, sino la aceptación, partición y liquidación de la herencia, a diferencia de la Convención de La Haya de 1989, que se ocupaba exclusivamente de la aceptación. La seguridad jurídica solo se logrará con un amplio campo de aplicación de la *lex sucessoria*: desde la apertura a la partición y entrega de bienes. No ha de ocultarse que la solución apuntada por el Reglamento (amplitud del campo de aplicación) tiene el riesgo de una ingerencia excesiva en el derecho interno.

Vendría a ser una declaración de la autoridad emitente que contiene el nombre del difunto y de los herederos y legatarios²⁴. Implica la declaración de la autoridad de que las personas citadas son reconocidas como herederas o

legatarias, a reserva de las acciones de nulidad, petición de herencia o reducción (arts. 71 a 73 del Reglamento) Los efectos, como se verá, son limitados ya que nadie puede cambiar la situación jurídica material al reservarse las acciones de nulidad y petición de herencia. El certificado sucesorio, como el acta de notoriedad, se funda en una apreciación provisional de la sucesión y no excluye que otras personas estén legitimadas sobre el fondo. La presunción de veracidad a favor del heredero aparente, por más buena fe que este tenga, no excluye la posible existencia del heredero real. La realidad y los hechos son muy tozudos, salvo para el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que adquiere de titular registral un inmueble y lo inscribe a su favor.

Bien es verdad que el certificado sucesorio o la declaración notarial o judicial de heredero tienen más peso que una simple declaración de hechos. Reflejan una situación jurídica que es la que contempla el tribunal al tiempo de su emisión. Los herederos que figuran en el certificado están, además, legitimados frente a autoridades y terceros como herederos, tal y como luego se explica.

La regulación alemana viene dada por el parágrafo 2353 BGB, que dispone: «Certificado sucesorio. “El tribunal de testamentarias ha de conceder al heredero, a petición, un testimonio sobre su derecho hereditario, y si solo está llamado a una parte de la herencia, sobre la cuantía de la porción hereditaria (certificado sucesorio)”». El BGB dedica los artículos 2353 a 2369 a la regulación del certificado: solicitud, pruebas que ha de realizar el tribunal, clases (totales, parciales), documentos que han de acompañarse con la solicitud y efectos, de los que se tratará más adelante.

La finalidad del certificado es la de legitimar al heredero o legatario frente a terceros como sucesor del causante. En el fondo, en el ámbito de la UE es lo mismo, pero además se trata de eliminar la reiteración de trámites e intervenciones judiciales y notariales, con el coste de transacción y de tiempo que ello implica a través de un certificado sucesorio europeo armonizado. No es otra cosa, en este caso, que la solución a problemas de reconocimiento y ejecución abreviados, sin *exequatur* ni legalización alguna²⁵.

En el fondo es la sustitución del histórico procedimiento interdictal que el poseedor de la herencia instaba contra todos los pretendientes a la misma. Cuando el adquirente en virtud de dicho procedimiento quería disponer de bienes inmuebles como heredero intestado debía realizar otro nuevo expediente para obtener del juez una exclusión contra terceros pretendientes de la herencia. Los herederos voluntarios obtenían una declaración judicial basada en el testamento. Para simplificar el proceso y para adaptarse a sociedades más avanzadas y extensas, se acudió por la ley prusiana de 1869 a la denominada certificación judicial. En otros territorios alemanes (Baden, Hamburgo), se crearon documentos similares en la segunda mitad del siglo XIX²⁶.

Pienso que la inexistencia de un Registro General de Actos de Última Voluntad en derecho alemán junto con la necesidad de proporcionar al heredero

aparente una legitimidad en la creación de terceros protegidos por la fe pública hacen que se arbitre una intervención judicial «ligera» que proporcione, tras el examen judicial²⁷, un título (el certificado sucesorio) para proteger al adquirente del que aparece en el certificado.

De ahí la regulación del BGB:

- § 2365 (Presunción de autenticación del certificado sucesorio). Se presume que a aquel que está designado como heredero en el certificado sucesorio le corresponde el derecho sucesorio indicado en dicho certificado y que no está limitado por otras ordenaciones que las indicadas».
- § 2366 (Presunción de exactitud del certificado sucesorio). Si alguien adquiere de aquel que en un certificado sucesorio está designado como heredero, por negocio jurídico, un objeto de la herencia, un derecho sobre tal objeto o la liberación de un derecho perteneciente a la herencia, el contenido del certificado sucesorio, en tanto la presunción del § 2365 baste, vale en su beneficio como exacto, a no ser que conozca la inexactitud o sepa que el Tribunal de testamentarías ha exigido la restitución del certificado sucesorio a causa de inexactitud.

En nuestro Derecho la existencia de un depurado Registro General de Actos de Última Voluntad, junto con la suspensión de efectos de fe pública del artículo 28 de la Ley Hipotecaria hacen superflua la necesidad de atribuir los efectos que predica el artículo 42.5 del Reglamento: «El certificado constituirá un título válido para la transcripción o la inscripción de la adquisición sucesoria en los registros públicos del Estado miembro en que estén situados los bienes. La transcripción se llevará a cabo según las modalidades establecidas por la ley del Estado miembro bajo cuya autoridad se lleva el registro y producirá los efectos previstos por esta». El último inciso salva la soberanía territorial, como luego se sostiene.

El Gobierno alemán sostuvo en los comentarios del gobierno de la RFA sobre el Libro Verde [relativo a sucesiones y testamentos] de la Comisión que era favorable a la adopción de un certificado de heredero en el marco de las sucesiones que revistiera un carácter internacional, el cual debería permitir probar más fácilmente el estatuto sucesorio en los demás Estados miembros en lo que concierne a las sucesiones internacionales, pues así el reconocimiento de los actos auténticos nacionales extranjeros sería superfluo²⁸.

La ausencia de normas como la española del artículo 28 de la Ley Hipotecaria hace que tanto el BGB (§ 2361 a § 2363) como el Reglamento (arts. 71 y 72) hayan de estar pendientes de la duración del certificado, su sustitución e impugnación.

En sus comentarios al texto de la Propuesta de Reglamento de 2009, acerca del certificado sucesorio dice la Comisión que: «La coherencia con las normas

de competencia sobre el fondo impone que sea el mismo tribunal que es competente para conocer de la sucesión.

Este certificado no sustituye a los certificados ya existentes en algunos Estados miembros. En el Estado miembro de la autoridad competente, la prueba de la cualidad de heredero y de los poderes del administrador o ejecutor de la sucesión se efectúa, por tanto, conforme al procedimiento interno».

6. LA COMPETENCIA PARA LA EMISIÓN

La competencia preferente, según los artículos 64, 4, 7, 10 y 11 del Reglamento es la de la *professio iuris*, en su defecto, o en caso de no acoger la competencia, la correspondiente a la última residencia habitual del causante y, con un recuerdo al fuero real de situación de los bienes, junto con la residencia del causante anterior al fallecimiento o la del heredero o legatario, los supuestos del artículo 10²⁹. La última previsión es la del *forum necessitatis* del artículo 11³⁰.

Órganos competentes son, como señala el artículo 4 con carácter general, «los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio tuviera su residencia habitual el causante en el momento de su fallecimiento». A su vez el artículo 2.2 en las definiciones señala que: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia de sucesiones que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que actúan:

- a) puedan ser objeto de recurso o revisión ante un órgano judicial, y
- b) tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

Los Estados miembros notificarán a la Comisión las autoridades y los profesionales del Derecho a que se refiere el párrafo primero, de conformidad con el artículo 79».

En este punto de los órganos competentes, el Notariado europeo (UINL), tanto en sus intervenciones institucionales³¹, como en las doctrinales³² ha presionado insistentemente y ha conseguido su inclusión en el artículo 37 de la Propuesta de Reglamento³³ de 2009. Creo que el Notariado tenía razón en la conveniencia de incluir la competencia de los notarios para la expedición de los certificados sucesorios europeos, tanto por aligerar a los juzgados de su carga de trabajo, cuanto por su conocimiento y especialización en derecho sucesorio³⁴.

Sin embargo pensaba, como muchos notarios, que era necesaria una nueva redacción del artículo 37.2 pues la inclusión del notariado dentro del concepto «órgano jurisdiccional competente» podría plantear dudas³⁵.

Al final el *lobby* notarial europeo consiguió reformar el actual artículo 64 del Reglamento (37 de la Propuesta) que tiene la siguiente redacción: «El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11. La autoridad expedidora deberá ser:

- a) un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, y
- b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*».

Cabía pensar que autoridad judicial es autoridad competente en el sentido del artículo 2.b) de la Propuesta de Reglamento y que los notarios ejercen funciones jurisdiccionales por delegación, como en el caso finlandés, donde la persona designada por el juez, no necesariamente notario, ni siquiera jurista, es quien liquida la herencia y sus decisiones equivalen a una resolución judicial³⁶.

No debe olvidarse, abundando en la necesidad de la reforma del artículo 37, la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas, de 24 de mayo de 2011 (recurso C-54/08) en la que, entre otras cosas, se dice que: «A pesar de que el planteamiento de la Comisión se limite a atacar una discriminación por razón de nacionalidad, la cuestión que subyace a este asunto es significativamente más compleja. En efecto, estos procedimientos van encaminados a que el Tribunal de Justicia declare que la función notarial latina, con el perfil que le caracteriza en un número significativo de Estados miembros, queda comprendida dentro del ámbito de la libertad de establecimiento, al no estar relacionada con el «ejercicio del poder público»³⁷.

El Reglamento es más completo con una consideración específica del notario en la emisión de los certificados sucesorios³⁸.

7. EL CERTIFICADO SUCESORIO EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE PROPIEDAD

El nuevo Reglamento establece la frontera entre el derecho sucesorio y el derecho de propiedad. Según el artículo 345 (antiguo art. 295 TCE) del Tratado consolidado de la UE³⁹: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». De este precepto deducen la unanimidad de los autores que la subsidiaridad y la no injerencia de la UE en los sistemas de propiedad alcanzan también al Registro de la Propiedad, como luego se expone. La UE no debe intervenir en las reglas de los Estados miembros que regulan el régimen de la propiedad.

A modo de ejemplo, cabe recordar que el pacto de sobrevivencia, el derecho expectante de viudedad aragonesa, la comunicación foral de bienes, los retractos de abolorio, sacas forales, colaciones e imputaciones, forma de adquisición de los bienes legados, etc., no deben ser objeto de regulación por el Reglamento.

En el texto normativo del Reglamento el artículo 1.2, letras *k*) y *l*) declara excluidos de la aplicación del Reglamento: «*k*) la naturaleza de los derechos reales, y *l*) 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».

Igualmente el Considerando (68) del Reglamento declara que: «La autoridad que expida el certificado debe tener en cuenta las formalidades que se exigen para la inscripción de bienes inmuebles en el Estado miembro en que esté situado el registro. A este fin, el presente Reglamento debe prever el intercambio de información sobre tales formalidades entre los Estados miembros»⁴⁰. Como se ve, la UE tiene muy clara la necesidad de la intervención de las autoridades o funcionarios del lugar de situación de los bienes a la hora de determinar la competencia para la emisión de certificados sucesorios y medidas cautelares, sobre todo teniendo en cuenta que la unidad en la *lex successionis* evita ya la escisión mueble/inmueble en la determinación de la ley aplicable.

Se prevé la aplicación de la *lex rei sitae* en supuestos especiales: *Artículo 30. Disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes*. Cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rijan la sucesión.

Por todo ello quiere dejar clara la Exposición de Motivos de la Propuesta del Reglamento que: «No armoniza ni el Derecho de Sucesiones ni los derechos reales de los Estados miembros»⁴¹. Una vez más la soberanía territorial queda indemne. Serán las leyes del Estado en que se encuentren los inmuebles las que determinen los derechos reales admisibles, su extensión y límites, la forma de adquisición, la de publicidad, o, con palabras de nuestro legislador (art. 10.1 CC): «La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

Por los mismos motivos el Proyecto de Informe sobre sucesiones y testamentos del Parlamento Europeo de 10-5-2006 dice: «La influencia de la *lex rei sitae* es especialmente fuerte cuando, entre los bienes que componen la herencia, figuran bienes inscritos en registros públicos (principalmente los bienes inmuebles).

Las consecuencias que resultan de la inscripción en los Registros Públicos de los datos concernientes a los bienes implican que solo pueden inscribirse en estos registros los tipos de actos indicados por la ley del Estado bajo cuya autoridad se mantiene el registro y a condición de que estos actos tengan el contenido exigido por esta ley»⁴².

Igualmente, con rotundidad, el Considerando (15) del Reglamento dice: «Se deben excluir también del ámbito de aplicación del presente Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el registro. En consecuencia, debe corresponder al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo. Así pues, en caso de que, por ejemplo, la adquisición de un derecho sobre un bien inmueble deba ser inscrita con arreglo al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro para producir efectos *erga omnes* o para la protección legal del negocio jurídico, el momento de dicha adquisición deberá regirse por el Derecho de ese Estado miembro».

Todo ello en la línea de respetar el artículo 345 del TUE, pero decae toda la estructura «real» al llegar al artículo 69 en sus apartados 3, 4 y 5: «*Efectos del certificado*. 3. Se considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

4. Cuando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

5. 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*)».

Estas últimas afirmaciones desplazan la Exposición de Motivos y los Considerandos citados antes, con lo que quiebra el consenso generalizado en aceptar que los aspectos reales derivados de los bienes inmuebles de la masa hereditaria sean competencia de la jurisdicción en cuyo territorio se encuentran.

Como se ha señalado por la doctrina⁴³ se trata de actos relativos a la entrada en el registro o a la transferencia de la propiedad en los que es preciso considerar los efectos declarativos o constitutivos que tiene la intervención de los funcionarios registrales, según el ordenamiento del lugar de situación de los bienes inmuebles.

Lo mismo quiere decir en el fondo el considerando 10 de la Propuesta de Reglamento: «Si bien en el presente Reglamento se ha de abordar la forma en que se adquiere un derecho real sobre los bienes corporales e incorporeales tal como prevé la ley aplicable a la sucesión, deben ser las normas nacionales de conflictos de leyes las que establezcan la lista restrictiva (*numerus clausus*) de derechos reales que reconoce el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, cuestión que se rige, en principio, por el principio de *lex rei sitae*. También debe excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento la publicidad de estos derechos, en particular el funcionamiento del registro de la propiedad inmobiliaria y los efectos de la inscripción o no inscripción en el mismo, aspectos que regula igualmente la legislación local».

El respeto por la tipología de los derechos reales [(«(15) El presente Reglamento permite la creación o la transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión. No obstante, no debe afectar al número limitado (*numerus clausus*) de derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico de algunos Estados miembros. No se debe exigir a un Estado miembro que reconozca un derecho real relativo a bienes ubicados en ese Estado miembro si su ordenamiento jurídico desconoce ese derecho»] debe conjugarse en nuestro sistema con la relativa apertura de los tipos reales que consagran tanto los artículos 2 LH y 7 de su Reglamento, como la jurisprudencia⁴⁴, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁵ o la doctrina de los autores⁴⁶, aunque con los límites que señalan las sentencias y resoluciones apuntadas: que el nuevo derecho real cumpla los requisitos típicos de los derechos reales, de forma que se trate de un verdadero derecho real, que no atente contra el orden público económico (una garantía que excediera los principios de prelación y concurso de la *lex rei sitae*); la adecuada descripción del objeto gravado y del derecho que pretende inscribirse, conforme al artículo 9 LH, así como, el respeto de los requisitos formales para acceder al Registro; por último, es necesaria la existencia de una concreta tutela jurídica de los intereses de las partes, a través de la creación del derecho real.

Esa posibilidad del *numerus apertus* en nuestro sistema, junto con la figura de la adaptación en derecho internacional posibilitaría la aceptación en nuestro sistema de figuras desconocidas por el legislador. Piénsese en los primeros tiempos del *leasing* o en los inicios del derecho de sobreelevación.

No aparecía en la Propuesta de Reglamento de 2009 la adaptación como figura dentro del ámbito de los derechos reales, sin embargo han tenido el acierto de incorporarla en la versión definitiva y así, en el artículo 31 dispone: «Adaptación de los derechos reales: Cuando una persona invoque un derecho real que le corresponda en virtud de la ley aplicable a la sucesión y el Derecho del Estado miembro en el que lo invoque no conozca ese derecho real en cuestión, este deberá, en caso necesario y en la medida de lo posible, ser adaptado al derecho real equivalente más cercano del Derecho de ese Estado, teniendo en

cuenta los objetivos y los intereses que aquel derecho real persiga y los efectos inherentes al mismo»⁴⁷.

8. LA NECESIDAD DE UN CONTROL POR PARTE DE LAS AUTORIDADES *REI SITAE*

Señala el Libro Verde, tantas veces citado, que: «La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles da lugar a inscripción en distintos Registros. En algunos Estados miembros, los asientos en estos Registros solo se inscriben a la vista de una resolución dictada o de un documento extendido por las autoridades nacionales. Cabría prever que la modificación de las inscripciones pueda efectuarse sobre la base de documentos expedidos en otro Estado miembro».

Acto seguido realiza a los Estados miembros (recuérdese que solo eran entonces 17) la siguiente pregunta: ¿Hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para:

- expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad;
- realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad?

De la pregunta se desprende ya la base de que parte la Comisión: se precisa un control *rei sitae*.

Muy claro lo dice el Considerando (18) del Reglamento: «Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios⁴⁸, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria. En particular, las autoridades podrán comprobar que el derecho del causante sobre los bienes sucesorios mencionados en el documento presentado para su inscripción es un derecho inscrito como tal en el registro o un derecho que de otro modo se haya probado que es conforme con el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que esté situado el registro. Para evitar la duplicidad de documentos, las autoridades del registro deben aceptar los documentos expedidos por las autoridades competentes de otro Estado miembro cuya circulación se contempla en el presente Reglamento. En particular, el certificado sucesorio europeo expedido en virtud del presente Reglamento

debe constituir un documento válido para inscribir los bienes sucesorios en el registro de un Estado miembro. Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita que presente la información o los documentos adicionales requeridos en virtud de la ley del Estado miembro en el que esté situado el registro, por ejemplo información o documentos relativos al pago de impuestos. La autoridad competente puede indicar a la persona que solicita la práctica del asiento cómo puede proporcionar la información o los documentos que falten».

El último párrafo tiene, como en tantas otras ocasiones, un defecto de traducción ya frecuente en los documentos legales de la Unión Europea. En la versión española se dice que: «Ello no debe impedir que las autoridades que tramiten la inscripción puedan pedir a la persona que la solicita», mientras que en la francesa se dice: «Cela ne devrait pas empêcher les autorités chargées de l'inscription de solliciter de la personne qui demande l'inscription». En inglés dice el documento: «This should not preclude the authorities involved in the registration from asking the person applying for registration». La peor redacción de las tres es la de nuestro idioma que traduce «autorités chargées de l'inscription» o «authorities involved in the registration», lo cual está muy lejos de «autoridades que tramiten la inscripción» pues incluye a secretarios judiciales, jueces, administración, notarios y registradores, excluyendo a particulares (art. 14 LH). La redacción correcta para países latinos es la francesa: «autoridades encargadas de la inscripción», que comprende a los jueces territoriales alemanes, a los conservadores franceses y a los registradores españoles o del Reino Unido, pero a nadie más.

Así cabía deducirlo también del artículo 9 de la Propuesta de Reglamento COM (2009) 154 final y del Considerando 15 de la misma Propuesta: «Dada la estrecha imbricación entre la dimensión sucesoria y la dimensión relativa a los derechos reales, el presente Reglamento ha de establecer la competencia excepcional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar en que esté situado el bien cuando la legislación de dicho Estado exija la intervención de sus órganos jurisdiccionales para adoptar medidas que atañan al derecho real relativas a la transmisión de dicho bien y a su inscripción en el registro de la propiedad inmobiliaria».

Al Registro de la Propiedad solo deben acceder en nuestro sistema títulos perfectos o con grandes posibilidades de serlo. Para ello se exige que la documentación sea fiable y la calificación del registrador encargado del registro. En algunos casos, en materia sucesoria, la fiabilidad resulta del título testamentario sin otro requisito que una instancia en la que se describan los bienes incluidos en la sucesión⁴⁹. Estos aspectos quedan regulados en los artículos 34, 36 y 37 del Reglamento hipotecario.

Debidamente documentada la herencia extranjera se somete el documento que la contiene a un doble control que realiza el registrador de la propiedad: a) el con-

trol formal o externo que determina la autenticidad del documento (legalización o apostilla y traducción oficial, salvo lo dispuesto en el art. 37 RH), y *b*) el control interno de la forma, capacidad dispositiva y validez de los actos dispositivos, según exige el artículo 18 de la LH, y *c*) control de fiscalidad que exige el artículo 254 LH.

Cuando se trata de documentos extranjeros el artículo 38 RH exige el reconocimiento de la sentencia o el laudo arbitral dictado en el extranjero. Al reconocimiento se le aplica el Convenio internacional que pudiera existir o el exequátur de los artículos 952 a 954 de la LEC.

Debe señalarse que el excesivo protagonismo notarial —en la intervención española para el Reglamento hizo que se hablara en la versión de 27/09/2005 de las contestaciones al Libro Verde presentado por la Comisión relativo a sucesiones y testamentos— hizo que en la página 24 se hablara de un inexistente control de legalidad notarial que «dificulta enormemente el reconocimiento [de escrituras públicas y testamentos]. Lo que se pretendió con ese desajustado informe⁵⁰ fueron dos objetivos: 1.º Enmascarar el exclusivo control registral del documento público extranjero por los registradores hablando de un inexistente «doble control», y 2.º Impedir la inscripción directa, sin intermediario ni coste adyacente, de las escrituras públicas y sentencias extranjeras⁵¹.

Más que la UE quienes han sostenido la necesidad de control registral han sido los Estados miembros en sus respuestas (*contributions*) al Libro Verde: españoles, en los términos que vienen exponiéndose; alemanes, las autoridades del lugar de situación del bien «deberían ser las únicas competentes» porque «están en mejores condiciones que los otros Estados para decidir sobre la materia»⁵². Más adelante⁵³ siguen diciendo que es importante precisar que «todas las personas que quieran hacer eficaz la modificación de un derecho real sobre un bien inmueble deben dirigirse a las autoridades del lugar de situación del bien y deben seguir el procedimiento vigente en ese lugar; los franceses son todavía más duros pues, por un lado, sostienen «la necesidad de que sean las autoridades *rei sitae* quienes decidan las formalidades para la oponibilidad de las transmisiones sucesorias inmobiliarias», pero además indican que «no es posible, a falta de actos y formalidades idénticas en todos los Estados miembros, permitir el reconocimiento de documentos auténticos extranjeros que tengan el efecto de modificar los registros de la propiedad⁵⁴.

Las dudas acerca del acceso del certificado sucesorio europeo a los registros de bienes o de derechos hacen que el Parlamento Europeo en su Recomendación número 7, diga: «que el certificado constituirá el título para la transcripción de la adquisición por herencia en los registros públicos del Estado miembro de situación de los bienes, respetando las normas de este último Estado en lo que concierne al funcionamiento de estos registros y a los efectos e informaciones que contienen».

También el CES dice algo parecido al ocuparse de la inscripción directa en el registro y a la entrega a las autoridades competentes para registrar los derechos en materia inmobiliaria.

9. LAS RAZONES DEL CONTROL REGISTRAL DE LA DOCUMENTACIÓN EXTRANJERA

La razón de ser del control por parte de las autoridades del lugar de situación es la salvaguarda del derecho interno en el sentido del artículo 345 del Tratado UE antes transcrito. Ni la Comisión ni el Parlamento quieren inmiscuirse, como se viene sosteniendo, ni en el sistema de derechos reales (creación, declaración, modificación, transmisión y extinción) ni, menos aún, en el de publicidad jurídica de los derechos reales.

Como se ha puesto de relieve en la audiencia pública realizada por la Comisión sobre el Libro Verde de sucesiones⁵⁵, «numerosas aportaciones temen que un procedimiento de reconocimiento automático (supresión de la totalidad de los procedimientos, incluso el *exequatur*) de los actos producidos por autoridades judiciales o extrajudiciales de otro Estado miembro, principalmente para la inscripción de un bien en el registro de la propiedad, alteren demasiado los procedimientos existentes en derecho interno».

En parecido sentido los holandeses⁵⁶ niegan la inscripción directa, sin control por considerarla desaconsejable e inconveniente porque perturbaría, más que favorecer, el comercio europeo. En el informe oficial el gobierno holandés no se opone a la inscripción «directa» del certificado sucesorio europeo, pero reservan a las autoridades del lugar de situación de los bienes el control del certificado⁵⁷. Los finlandeses⁵⁸ dijeron que «no estamos convencidos de que la inscripción de bienes en el registro tenga aquí su lugar [en el Reglamento sucesorio]». Los alemanes señalaron que «las únicas competentes deberían ser las autoridades *rei sitae*, porque ellas están en mejores condiciones que los demás Estados para decidir sobre la materia». También los franceses indicaron⁵⁹ que: «La lógica parece militar a favor de la competencia de las autoridades del lugar de situación del inmueble para establecer los documentos necesarios para la modificación de los registros de la propiedad y para realizar actos de administración y transmisión de dominio».

El gobierno español dijo en su informe lo siguiente: «Las autoridades del lugar de situación de los inmuebles tienen una competencia reservada en estas materias en cuanto son cuestiones ligadas al sistema de adquisición del dominio y judicialmente presentan fueros exclusivos. El lugar de situación del inmueble determina la *competencia administrativa* en relación a documentos públicos y registros inmobiliarios.

Asimismo, la administración y disposición de bienes inmuebles debe regirse, en todo caso, por el lugar de situación del inmueble, aunque sea otra la ley aplicable a la sucesión o la jurisdicción competente»⁶⁰.

Sorprende algo esa confusión acerca de la «competencia administrativa» en relación a documentos públicos y registros inmobiliarios. Probablemente, salvo en el aspecto probatorio, los documentos públicos pertenezcan al ámbito

de la competencia administrativa, pero, como señala el artículo 1 de la LH, los asientos del registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, lo que implica, como han puesto de relieve tantos autores⁶¹, que el Registro de la Propiedad nada tenga que ver con los registros administrativos⁶². Al final es lo mismo que el resto de los Estados miembros, pero con otro desliz y falacia como el del inexistente «doble» control de legalidad efectivo, que, como tantas veces se ha dicho es sencillo: únicamente el registrador de la propiedad controla la legalidad de todos los documentos que sirven de vehículo a los derechos que pretenden inscribirse en el Registro de la Propiedad.

En el Reino Unido, incluidos Gales y Escocia, entienden que el modo y efectos de la inscripción (*registration*), son propiamente cuestiones de la *domestic law of property* más que de Derecho Sucesorio⁶³. Por otro lado, la escritura notarial no es conocida en el Reino Unido a efectos sucesorios. Es el imprescindible administrador de la herencia (nombrado por el juez) quien redacta el documento que se inscribe. El título no es la herencia ni la declaración de heredero.

10. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El control del acceso al Registro de la Propiedad varía de unos Estados miembros a otros en función del sistema registral. En los registros de títulos es el autor del documento quien controla la adecuación del título a la legalidad (Francia, Argentina). Lo que se transcribe e incorpora al registro es el documento. En los registros evolucionados con eficacia de fe pública lo que se inscribe (que no transcribe⁶⁴) son derechos, no documentos y es el registrador quien en exclusiva controla el acceso al registro (Alemania, España).

Italia propuso a través del notariado italiano⁶⁵, para los certificados sucesorios que hubieran de inscribirse en Registros de la Propiedad situados fuera del Estado emisor, la creación de un anexo al certificado que acredite la conformidad con el orden público y con las disposiciones imperativas del Estado miembro requerido, expedido por la jurisdicción del Estado en cuya circunscripción se halla el registro o donde deba realizarse la inscripción o transcripción.

En los sistemas de control registral, que a la postre habrán de calificar y controlar el documento que contiene los derechos sucesorios con arreglo a la *lex rei sitae*, es totalmente superfluo el certificado en cuestión, pues no haría sino encarecer y dilatar el proceso de inscripción del certificado sucesorio.

El control ha de efectuarlo quien ostente la función de guardián de acceso al registro, lo cual en nuestro sistema es indudable: corresponde en exclusiva al registrador de la propiedad (art. 18 LH). Correspondería al registrador el examen de si el documento que pretende inscribirse es contrario o no al orden público

a efectos de lograr la inscripción. Si fuera contrario por darse alguno de los supuestos previstos en el Reglamento o por contradecir el ordenamiento de la *lex rei sitae*, el propio registrador rehusará (denegará o suspenderá) la inscripción. Tan es así que en el sistema finlandés el control se deja al encargado del catastro: «l'autorité pour l'action de laquelle la reconnaissance du jugement est importante, par exemple le *gestionnaire du cadastre*, pourrait vérifier elle-même s'il y a un motif de refus ou non»⁶⁶.

11. LA LEGALIZACIÓN

En lo que sí están de acuerdo todos los países es en la necesidad de la supresión de la legalización. Como señala el Gobierno finlandés⁶⁷: «la legalización o la formalidad correspondiente no deberían ser obligatorias. Sin embargo sería interesante encontrar un método simple que permita a la autoridad, que dude de la autenticidad de un acto, poder verificarlo». Creo que la forma electrónica, en el fondo, es la más segura a través de la firma electrónica certificada. Los franceses son partidarios también de la supresión de la legalización, pero siempre que se trate de documentos auténticos, es decir, notariales⁶⁸. No parece que la posibilidad de falsificación sea menor en un documento notarial legalizado que en uno confirmado electrónicamente en el que se certifique la cualidad del fedatario firmante, incluso que en un documento no auténtico pero con firma electrónica⁶⁹.

12. LAS CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN: ORDEN PÚBLICO Y LEGÍTIMAS

Según el artículo 35 del Reglamento que regula el orden público: «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro».

Con relación al orden público cabe hacer las siguientes matizaciones⁷⁰:

- a) Una de carácter general: su aplicación debe revestir carácter excepcional. El orden público aparece como límite al reconocimiento y aceptación de la legislación y el documento extranjero, pero siempre que contradigan «manifiestamente» orden público del foro. Así, en el Considerando 58 del Reglamento⁷¹, se excluye la aplicación de la ley extranjera «cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate»; el artículo 35 del Reglamento únicamente permite la exclusión de ley aplicable cuando sea «manifiestamente incompatible» con el orden público del foro; en el mismo sentido (manifiestamente incompatible) se

pronuncia el artículo 40 en cuanto a la denegación del reconocimiento de resoluciones contrarias al orden público del Estado miembro requerido; lo mismo dice el artículo 59.1 en cuanto a la aceptación de documentos públicos; el artículo 60.3 para la negación de fuerza ejecutiva a los documentos públicos por los tribunales también exige que la contradicción entre el documento y el orden público sea *manifiesta*; lo mismo establece el artículo 61.3 para las transacciones judiciales. También el «Programa de Estocolmo - Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano»⁷² respeta el orden público para el reconocimiento de documentos dentro de la UE junto con las peculiaridades de los sistemas judiciales y la tradiciones nacionales en ese ámbito⁷³.

Pero no cabe excluir la ley extranjera ni la denegación del reconocimiento o la aceptación, o ejecución de una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.

- b) La falta de coincidencia entre la *lex sucessionis* y la *lex rei sitae* en materia de legítimas, no puede justificar por sí sola la exclusión de la aplicación o el reconocimiento de la norma extranjera. Por otro lado, la existencia de menores, mayores o discapacitados en la sucesión debe tenerse en cuenta para poder aplicar la norma más favorable en todo caso.
- c) El control del orden público en materia inmobiliaria debe realizarse por el encargado del registro tanto por su proximidad a la legislación del lugar, como por su especificidad, los conocimientos específicos en la materia y por el bajo coste comparativo con otros controles. En cualquier caso será el Estado del lugar de situación del bien quien determine la competencia en este aspecto.
- d) No es este lugar para entrar en detalles, pero el orden público puede intervenir en materia sucesoria en cuestiones como la sucesión de los concubinos; las discriminaciones en contra de homosexuales (Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda), esta cuestión y la anterior ligadas a la tutela de los derechos humanos y la discriminación cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación; las segundas nupcias navarras; la sucesión a favor de los hijos adulterinos o sacrílegos y un etcétera no muy largo, pero tampoco corto, al que habría de añadirse la sucesión a favor del Estado (del lugar de situación de los bienes) o de las Comunidades Autónomas, Regiones o Länders.
- e) La discriminación legitimaria tiende a su desaparición y, además, en Estados plurilegislativos como el nuestro donde conviven sistemas de

absoluta liberalidad como el navarro (salvo para las segundas nupcias) con otros de legítima larga (castellano) no cabe alegar orden público alguno, a no ser que se entienda que el sistema legitimario lo es allí donde radique el bien. Además, como señala la diferencia entre las leyes relativas a la protección de los intereses legítimos de las personas próximas al causante no podría justificar su intervención, lo que sería incompatible con el objetivo de garantizar la aplicación de una única ley al conjunto de los bienes de la sucesión».

- f) No debe olvidarse la conexión régimen matrimonial con el sucesorio y los problemas que pueden producirse en relación con la protección del viudo. En nuestro sistema interregional no debe omitirse el régimen aragonés y su derecho expectante (art. 14 CC).

13. LA DEFENSA DE LA APARIENCIA

En el artículo 69 se regulan los efectos del certificado sucesorio siguiendo, como se ha dicho, el Derecho alemán.

Suele ser lugar común afirmar que los efectos del certificado sucesorio son los mismos que derivan de nuestro artículo 34 LH. Probablemente el origen de la afirmación en nuestro derecho sean las traducciones españolas de algunas obras alemanas⁷⁴. Sirva de ejemplo el siguiente texto: «El efecto del certificado sucesorio consiste, lo mismo que el de una inscripción en el Registro Inmobiliario, en dar lugar a una presunción de derecho en favor del que es acreditado como heredero, y en la protección de los terceros de buena fe. Los preceptos respectivos están inspirados en los 891-893»⁷⁵.

La afirmación, por extendida, no debe tomarse al pie de la letra: *a)* porque el certificado sucesorio solo actúa frente a adquisiciones hereditarias de bienes concretos que figuren en el mismo (§ 2366 del BGB). La presunción solo fundamenta una presunción de que el designado es heredero del causante. No es la base de ninguna presunción de que un determinado objeto pertenezca al caudal relicto; *b)* porque admite prueba en contrario⁷⁶, y *c)* porque la certificación hereditaria no otorga ninguna presunción sobre la efectividad de las cláusulas que se hacen constar; únicamente excluye la presunción de que no existen. La falta de legados, modos, deudas de legítimas no se presumen, puesto que tales obligaciones, aunque sean evidentes al Juzgado, no pertenecen al documento. La presunción tampoco se refiere a que un coheredero, que se haga constar en la certificación hereditaria, no haya enajenado su participación.

Debe tenerse en cuenta que cuando se trata de adquisiciones intrarregistrales tanto el Derecho español como el alemán (no se olvide que el Reglamento salva siempre el registro *rei sitae*) salvan siempre la buena fe del tercero y el carácter oneroso de la adquisición. En España, además, dando más seguridad y ante la

ausencia de la intervención judicial se exige el transcurso de dos años para que opere la plena protección del artículo 34 (art. 28 LH).

En cuanto a la buena fe del tercero, el Reglamento podría haberla definido de alguna manera para evitar discusiones, pues, de otro modo, tendría que acudirse, sin dudas, al sistema del Registro de la Propiedad del Estado correspondiente⁷⁷.

Las presunciones que a favor del titular del certificado sucesorio establece el Reglamento tienen, en materia inmobiliaria registral el límite del artículo 345 del Tratado, tal como antes se ha señalado, y como reconoce la Exposición de Motivos del Tratado. Frente a la presunción de exactitud caben los recursos de los artículos 71 y 72.

No se olvide que en el modelo legislativo seguido, el alemán, la presunción admite prueba en contrario. El juez del proceso debe admitirla. En el Derecho Registral Inmobiliario rige (LRI 36 prop. 1) el principio de que la prueba de la sucesión hereditaria únicamente puede llevarse a cabo mediante una certificación de heredero. Si la sucesión hereditaria descansa en una disposición por causa de muerte que está contenida en un documento público, entonces basta la presentación de este documento y del acta de la apertura de la disposición; pero el Registro de la Propiedad puede, cuando considera que con ello no se ha hecho prueba de la sucesión hereditaria, exigir una certificación de heredero (LRI prop. 2). Una certificación de heredero siempre es necesaria si la prueba del derecho hereditario debe hacerse, además, mediante prueba de la repudiación de la herencia por un llamado como fiduciario o fidicomisario o la ulterior desaparición de alguno de ellos⁷⁸.

El registrador no está atado al contenido del certificado sucesorio, si le son conocidos hechos de los que resulta su inexactitud. En tal caso, puesto que está contradicha la presunción del 2.365, puede rechazar la solicitud de inscripción y pedir la presentación de un nuevo certificado sucesorio.

En nuestro derecho junto al certificado sucesorio deberá acompañarse, si se trata de varios herederos, partición hereditaria correspondiente (arts. 76 a 82 del RH), sea española o de cualquier otro Estado miembro (arts. 4 LH y 36 RH) sin que se precisen más documentos, pues el testamento o la declaración de herederos se anexarán al certificado y si se trata de heredero único bastará con la instancia y el certificado sucesorio al que se anexe el testamento. Tratándose de legatarios haría falta la entrega del legado. Se precisaría una leve modificación legislativa de los preceptos citados para respetar el sistema inmobiliario español que, se insiste, no queda afectado por el Reglamento. Todo ello según los preceptos indicados y el sistema de adquisición hereditaria de nuestro Derecho.

El registrador, en el Estado español, calificará el certificado sucesorio, controlará la totalidad de los aspectos y extremos del mismo, así como de la partición o aceptación si existieran, y procederá, previa acreditación del pago de los impuestos correspondientes, según los tratados suscritos entre el Estado

español y el tercero donde hubieran podido pagarse, en su caso, y procederá, sin más trámites ni costes transaccionales a la inscripción.

14. EL HEREDERO APARENTE. EL ARTÍCULO 28 LH

La situación del heredero aparente surge de la inexistencia de alguno de los presupuestos necesarios para que se produzca la adquisición hereditaria: la aparición de un nuevo testamento, la declaración de nulidad del que dio lugar al nombramiento de heredero, la ineficacia de la declaración de heredero al aparecer otro pariente con mejor derecho, o de alguien que determine otra proporción en la adquisición; la existencia de vicios del consentimiento en la aceptación⁷⁹ o incluso el hecho de la propia muerte del causante en los supuestos de ausencia.

La debilidad del título hereditario se refuerza, en materia inmobiliaria, dentro del Derecho español con el artículo 28 LH que establece una «suspensión» de efectos de la fe pública del artículo 34⁸⁰. El tercer adquirente de un titular hereditario es un tercero claudicante durante dos años. Es una disposición en beneficio del heredero real de la que carecen los Estados con certificado sucesorio y ello, como se ha señalado por la doctrina⁸¹, porque esta disposición representa un resorte cautelar que se fundamenta en la desconfianza que suscita la situación del transferente como consecuencia de la debilidad de su título hereditario, dada la ausencia de un procedimiento general para emitir con suficientes garantías certificados que acrediten de modo absoluto e incontestado la condición de heredero, lo que impide asegurar a los terceros que el heredero voluntario inscrito del que traen causa, no sea un titular aparente o, cuando menos, claudicante⁸².

No se olvide que durante el plazo de los dos años del artículo 28 LH frente al adquirente del heredero aparente, el heredero real tiene sus acciones civiles, que no hipotecarias, fundamentalmente la *hereditatis petitio*, pero si surge un tercero hipotecario por el transcurso de esos dos años, el tercero del artículo 34 siempre quedará protegido por el carácter de su adquisición *a non domino*, si reúne los requisitos del citado precepto⁸³.

En Derecho catalán (considérese a efectos del art. 30 del Reglamento) han de tenerse en cuenta los artículos 464.15 (si ha concurrido a la partición un heredero aparente, la parte que se le ha adjudicado debe adicionarse a la de los demás coherederos, si procede, en proporción a sus cuotas. Sin embargo, la mayoría de los coherederos, según el valor de su cuota, pueden acordar dejar la partición sin efecto para que vuelva a hacerse) y 465.2 del Codi de Sucesions aprobado por Ley del Parlamento catalán 10/2008, de 10 de julio⁸⁴. En realidad la regulación ya aparecía en el artículo 275 de la Compilación, de 19 de julio de 1984, y en el artículo 64.4 del Codi de Sucesions, de 30 de diciembre de 1991⁸⁵.

El sistema del artículo 28 rige también en Cataluña como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española.

No habría estado de más que en un sistema como el vigente en los Estados miembros sin un registro general de actos de última voluntad fiable, y hasta tanto se consolide un registro europeo de testamentos se hubiera adoptado en el reglamento un período de vacancia similar al español en protección del heredero aparente. En todo caso la no injerencia en el sistema inmobiliario de los Estados miembros hace que la garantía del heredero aparente en nuestro registro perdure aun con la redacción del Reglamento. Proporcionar un arma tan fuerte como el certificado sucesorio sin las garantías existentes en nuestro sistema más que agilizar el tráfico redundaría en la inseguridad del mismo.

CONCLUSIONES

I. El Reglamento trata de que todos los Estados miembros tengan un certificado de heredero con la misma forma. La adopción de una directiva sería insuficiente por el margen que se deja a los Estados miembros para la transposición, lo que implicaría correr el riesgo de comprometer el logro del objetivo pretendido.

El reglamento sobrepasa su función normativa al regular cuestiones sobre aspectos materiales como cuando se ocupa indirectamente de las legítimas (art. 29) o, directamente, de la conmorienencia (art. 32).

II. Se cumple estrictamente con el principio de subsidiaridad, así como la proporcionalidad del instrumento empleado y la no injerencia del Derecho comunitario en los derechos materiales nacionales pues no se pretende una unificación de los mismos, sino una armonización de las normas de derecho internacional privado. Otro objetivo no habría sido admitido por las grandes diferencias entre ordenamientos sucesorios que antes se apuntaba.

Para cumplir con el principio de subsidiaridad imperante en el Derecho comunitario el certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares.

Debería haber un único certificado sucesorio europeo. Si existiera más de uno únicamente sería por error. De existir un certificado europeo y otro nacional habría que dar prevalencia al primero.

III. Implica la declaración de la autoridad de que las personas citadas son reconocidas como herederas o legatarias, a reserva de las acciones de nulidad, petición de herencia o reducción. El certificado sucesorio, como el acta de notoriedad, se funda en una apreciación provisional de la sucesión y no excluye que otras personas estén legitimadas sobre el fondo. La presunción de veracidad a favor del heredero aparente, por más buena fe que este tenga, no excluye la posible existencia del heredero real. La realidad y los hechos son muy tozudos, salvo para el tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que adquiere de titular registral un inmueble y lo inscribe a su favor.

La finalidad del certificado es la de legitimar al heredero o legatario frente a terceros como sucesor del causante. En el fondo, en el ámbito de la UE es lo mismo, pero además se trata de eliminar la reiteración de trámites e intervenciones judiciales y notariales, con el coste de transacción y de tiempo que ello implica a través de un certificado sucesorio europeo armonizado. No es otra cosa, en este caso, que la solución a problemas de reconocimiento y ejecución abreviados, sin *exequátur* ni legalización alguna.

IV. El nuevo Reglamento establece la frontera entre el Derecho Sucesorio y el Derecho de Propiedad. Según el artículo 345 (antiguo art. 295 TCE) del Tratado consolidado de la UE: «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros». De este precepto deducen la unanimidad de los autores que la subsidiaridad y la no injerencia de la UE en los sistemas de propiedad alcanzan también al registro de la propiedad, como luego se expone. La UE no debe intervenir en las reglas de los Estados miembros que regulan el régimen de la propiedad.

Serán las leyes del Estado en que se encuentren los inmuebles las que determinen los derechos reales admisibles, su extensión y límites, la forma de adquisición, la de publicidad.

También se excluyen del ámbito de aplicación del Reglamento los efectos de la inscripción de los derechos en el registro. En consecuencia, debe corresponder al Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro determinar si la inscripción tiene, por ejemplo, efecto declarativo o constitutivo.

La posibilidad del *numerus apertus* en nuestro sistema, junto con el respeto por la tipología de los derechos y la figura de la adaptación en derecho internacional posibilitaría la aceptación en nuestro sistema de figuras desconocidas por el legislador. Piénsese en los primeros tiempos del *leasing* o en los inicios del derecho de sobreelevación.

V. Al Registro de la Propiedad solo deben acceder en nuestro sistema títulos perfectos o con grandes posibilidades de serlo. Para ello se exige que la documentación sea fiable y la calificación del registrador encargado del registro. En algunos casos, en materia sucesoria, la fiabilidad resulta del título testamentario sin otro requisito que una instancia en la que se describan los bienes incluidos en la sucesión.

Debidamente documentada la herencia extranjera se somete el documento que la contiene a un doble control que realiza el registrador de la propiedad: a) el control formal o externo que determina la autenticidad del documento (legalización o apostilla y traducción oficial, salvo lo dispuesto en el art. 37 RH), y b) el control interno de la forma, capacidad dispositiva y validez de los actos dispositivos, según exige el artículo 18 de la LH, y c) control de fiscalidad que exige el artículo 254 LH.

VI. Solo podrá excluirse con carácter excepcional la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si

esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro. Revestir carácter excepcional. El orden público puede intervenir en materia sucesoria en cuestiones como la sucesión de los concubinos o las discriminaciones en contra de homosexuales (Reino Unido, Luxemburgo, Irlanda).

El control del orden público en materia inmobiliaria debe realizarse por el encargado del registro tanto por su proximidad a la legislación del lugar, como por su especificidad, los conocimientos específicos en la materia y por el bajo coste comparativo con otros controles. En cualquier caso será el Estado del lugar de situación del bien quien determine la competencia en este aspecto.

VII. Suele ser lugar común afirmar que los efectos del certificado sucesorio son los mismos que derivan de nuestro artículo 34 LH. Probablemente el origen de la afirmación en nuestro derecho sean las traducciones españolas de algunas obras alemanas.

La afirmación, por extendida no debe tomarse al pie de la letra: *a)* porque el certificado sucesorio solo actúa frente a adquisiciones hereditarias de bienes concretos que figuren en el mismo. La presunción solo fundamenta una presunción de que el designado es heredero del causante. No es la base de ninguna presunción de que un determinado objeto pertenezca al caudal relicto; *b)* porque admite prueba en contrario, y *c)* porque la certificación hereditaria no otorga ninguna presunción sobre la efectividad de las cláusulas que se hacen constar; únicamente excluye la presunción de que no existen.

Se mantiene sin alteración (no injerencia y respeto a la regulación interna del registro de la propiedad). No habría estado de más que en un sistema como el vigente en los Estados miembros sin un registro general de actos de última voluntad fiable, y hasta tanto se consolide un registro europeo de testamentos se hubiera adoptado en el reglamento un periodo de vacancia similar al español en protección del heredero aparente (art. 28 LH).

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZALO, Santiago: «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», en *AEDI*, 2011, pág. 371 y bibliografía allí citada.
- BINDER, Julius: *Derecho de Sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana, por LACRUZ BERDEJO, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1953, II, § 14, y DREWES, KGBI 1926, págs. 62 y sigs.
- BOUZA VIDAL, Nuria: *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.
- CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., Tomo I, Madrid, 1997.
- *Consiglio del Notariato Italiano in su «contribution» al Libro Verde*.
- DÍAZ FRAILE, J. M.: *El reglamento sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la lex rei sitae. Especial referencia al certificado sucesorio*.

- DÍEZ PICAZO, L.: «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.
- DÖRNER, Heinrich, y LAGARDE, Paul: *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes*. Direction Générale Justice et Affaires intérieures, pág. 107 y sigs.
- ENNECERUS, KIPP y WOLF: *Tratado de Derecho Civil*, T. 5.º, vol. II, 2.ª ed. española a cargo de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., Barcelona, 1976, pág. 177.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M.: «La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un supuesto de excepción a la fe pública registral», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 258 y sigs.
- FONT SEGURA, A.: «Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial», en *Perspectivas de derecho sucesorio europeo*, cit., pág. 79.
- GALINDO Y ESCOSURA: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. II, Madrid, 1880. GARCÍA GARCÍA *.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, J. L.: Revista en Noticias de la Unión Europea: «El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles», núm. 265, 2007.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, págs. 894-826. ISBN: 84-7130-826-6.
- LEYVA DE LEYVA, J. A.: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 261-308.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession*, págs. 120 y sigs.
- MELÓN INFANTE, F.: *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones a non domino, de bienes muebles)*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 75, principalmente.
- QUINZA REDONDO, P. y CHRISTANDL, G.: *Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*.
- REVILLARD, M.: «L'Introduction d'un Certificat International d'Héritier et la Pratique du Droit International Privé des Successions», en *Les Successions Internationales dans l'UE*.
- RODRÍGUEZ BENOT, A.: *La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero*, págs. 175 a 218.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S.: «La propuesta de Reglamento de Sucesiones de la Unión Europea y su proyección en el Registro de la Propiedad: blogauctoritas.es. En el Notariado: En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo, FUGARDO ESTIVILL, J. M., Barcelona, 2010.
- VIÑAS, R. y GARRIGA, G.: *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, (coords.), Madrid, 2009.

NOTAS

¹ Así, el artículo 81.2.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

² De este asunto, aunque no con referencia a sucesiones, me ocupé en la revista en Noticias de la Unión Europea, *El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles*, núm. 265, 2007.

³ DO C 53 de 3-3-2005, pág. 1.

⁴ En este sentido, vid. ÁLVAREZ GONZALO, Santiago, «Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», en *AEDI*, 2011, pág. 371 y bibliografía allí citada.

⁵ Recibió porque había encargado. En ocasiones, como se verá, se observa con toda claridad en la propuesta de reglamento, «la mano que mece la cuna», que en el caso fue el lobby notarial europeo.

⁶ Además de la bibliografía concreta que se citará en las notas cabe recordar, en Derecho español la obra colectiva, *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*, VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coors.), Madrid, 2009, especialmente RODRÍGUEZ BENOT, A., «La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», págs. 175 a 218. Entre los registradores de la propiedad cabe consultar RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, J. S., *La propuesta de Reglamento de sucesiones de la Unión Europea y su proyección en el Registro de la Propiedad*: blogauctoritas.es. En el Notariado, *En torno a la propuesta de reglamento sobre sucesiones y el certificado sucesorio europeo*, FUGARDO ESTIVILL, J. M. Barcelona, 2010.

La bibliografía europea no española es amplia, sobre todo la alemana.

⁷ Según el censo de 2009, el 12 por 100 de los residentes en España era de nacionalidad extranjera. A causa de la crisis económica que atraviesa España, del 2010 al 2011 se produjo un descenso de 37.056 personas en cifras absolutas.

En 2011, la población de origen foráneo representaba el 14,1 por 100 de una población total registrada de 47,1 millones de personas. Esta cifra contrasta con la de los años noventa, cuando el número era de cerca de un millón y su porcentaje rondaba el 2,5 por 100 de la población total. Durante la última década el origen de los inmigrantes se ha diversificado. En enero de 1998, los inmigrantes provenientes de la UE-15 constituían el 41,3 por 100 del total de residentes no nacidos en España. En enero de 2011, su porcentaje suponía menos del 20 por 100. Al mismo tiempo, el mayor aumento lo registraban los inmigrantes de países europeos no incluidos en la categoría UE-15, especialmente aquellos provenientes del este europeo.

El número de inmigrantes europeos de países fuera de la UE-15 entre 1998 y 2011, y su peso porcentual en el total de la inmigración pasó de 6,6 a 21 por 100. Considerando los países de origen de la inmigración vemos que en 1998 las cinco nacionalidades dominantes eran marroquíes (190.497), franceses (143.023), alemanes (115.395), británicos (87.808) y argentinos (61.323). En 2011 esta lista era: rumanos (809.409), marroquíes (766.187), ecuatorianos (478.894), británicos (392.577) y colombianos (372.541).

⁸ El Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Oxford de 1880 y, desde ahí, los convenios de La Haya de 1893, 1894, 1904 y 1905 y los más recientes de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias; Convenio de 2 de octubre de 1973 sobre la Administración Internacional de las Sucesiones y Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte.

⁹ Para el Estado español se aceptó la subsidiaridad mediante resolución de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2009 (*BOCG* de 22 de diciembre de 2009 en aplicación del denominado *Sistema de Alerta Temprana*. Recuérdese que el artículo 5 del Tratado UE dispone que: «En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, solo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

¹⁰ En este sentido, vid. el punto 1.3 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a

la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo» COM(2009) 154 final.

¹¹ Recuérdese que el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte —en el que sí se fijan puntos de conexión para la determinación de la ley aplicable a las sucesiones hereditarias—, no ha logrado entrar en vigor puesto que únicamente lo han firmado cuatro Estados y solo uno —los Países Bajos— lo ha ratificado.

¹² Artículo 36. *Estados con más de un sistema jurídico – conflictos territoriales de leyes.*

En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión.

El artículo 38 establece la inaplicación del Reglamento, respetando así las normas de Derecho interno, a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre dichas unidades territoriales.

¹³ Con razón critican QUINZA REDONDO, P. y CHRISTANDL, G., en *Ordenamientos pluri-legislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español*, www.indret.com, Barcelona, 2013, donde señalan que: «Uno de los mayores interrogantes que el método de remisión “subsidiario” plantea en nuestro sistema es especificar qué concreto Derecho Civil español resulta de aplicación cuando un extranjero fallece en España sin haber elegido la ley de su nacionalidad. Este problema resulta particularmente relevante para los extranjeros que fallecen teniendo residencia habitual en España, a la vista de que en el ordenamiento jurídico español la sujeción al Derecho Civil Común o Foral viene determinada por la vecindad civil (art. 14.1 CC)». Como soluciones señalan la posibilidad de aplicar: a) derecho común; b) aplicar el artículo 12.5 del Código Civil de forma analógica, o c) el artículo 36.2 del reglamento estudiado, pronunciándose en favor de esta tercera posibilidad.

¹⁴ Sobre estas cuestiones, puede verse una exposición breve relativa a muchos países europeos sobre la eficacia de la declaración de herederos, *statutory declaration* o certificado sucesorio en REVILLARD, M., *ob. cit.*; RODRÍGUEZ BENOT, A., «La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», págs. 190 y sigs., en *Perspectivas del Derecho Sucesorio en Europa*; VIÑAS, R. y GARRIGA, G. (coords.), Madrid, 2009, y Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Étude pour la Commission des Communautés Européennes*. Direction Générale Justice et Affaires intérieures, págs. 107 y sigs.

¹⁵ Recuérdese que en España coexisten la declaración judicial de herederos con el acta notarial de declaración de herederos.

¹⁶ Traducción libre del autor del texto: «1. Les décisions, les mesures ou les documents relatifs à une succession, de même que les droits qui dérivent d'une succession ouverte à l'étranger, sont reconnus en Suisse:

a) lorsqu'ils ont été rendus, pris, dressés ou constatés dans l'Etat du dernier domicile du défunt ou dans l'Etat au droit duquel le défunt a soumis sa succession ou s'ils sont reconnus dans un de ces Etats, ou

b) lorsqu'ils se rapportent à des immeubles et ont été rendus, pris, dressés ou constatés dans l'Etat dans lequel ces biens sont situés ou s'ils sont reconnus dans cet Etat.

2. S'agissant d'un immeuble sis dans un Etat qui revendique une compétence exclusive, seuls les décisions, mesures ou documents émanant de cet Etat sont reconnus.

3. Les mesures conservatoires prises dans l'Etat du lieu de situation des biens du défunt sont reconnues en Suisse».

¹⁷ Livre vert sur le droit successoral et testamentaire COM(2005) 65 final. Réponses du ministère finlandais de la justice, pág. 10.

¹⁸ Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*. Étude pour la Commission des Communautés Européennes Direction générale Justice et Affaires intérieures.

¹⁹ Texto legal: 892. Toute personne intéressée peut demander au greffier du tribunal où le défunt avait son domicile ou à un notaire, des lettres de vérification destinées à servir hors du Québec pour prouver sa qualité d'héritier, de légataire particulier ou de liquidateur de la succession.

²⁰ En este sentido, el Consejo de Notarios de la Unión Europea dice: «Los notarios de Europa observan que el artículo 36 de la Proposición [de Reglamento] establece que el certificado no sustituye a los procedimientos internos. Sin embargo, advierten que igualmente que la Comisión desea que el certificado produzca de la misma manera sus efectos en el Estado miembro cuyas autoridades lo han emitido, sin precisar que este certificado no puede emitirse sino cuando se den elementos de extranjería». Más adelante proponen la siguiente redacción: «A fin de asegurar la libre circulación de las pruebas de la cualidad de heredero y de los poderes de los ejecutores testamentarios o terceros administradores, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento intermedio en el Estado miembro de la ejecución, se crea un certificado sucesorio europeo».

²¹ MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW. «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», pág. 120 y sigs.

²² Como señalan ENNECERUS, KIPP y WOLF (*Tratado de Derecho Civil*. T. 5.º, vol. II, 2.ª ed. española a cargo de PUIG FERRIOL, L. y BADOSA COLL, F., Barcelona, 1976, pág. 177).

²³ Según el artículo 64: La autoridad expedidora deberá ser: a) un tribunal, tal como se define en el artículo 3, apartado 2, o (sic) b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa*. Normalmente el notario, aunque en Dinamarca, donde no rige el Reglamento (cfr. Considerando 83 del Reglamento), pueden expedirlo los abogados.

²⁴ No se ocupa el presente trabajo de ejecutores testamentarios o administradores de la herencia. La previsión, aunque vale para los derechos germánicos y latinos (albaceas) está hecha fundamentalmente pensando en los Estados de derecho sajón que, como señala el Considerando 82: «De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del presente Reglamento y no quedan vinculados por él ni sujetos a su aplicación».

²⁵ Con el certificado sucesorio quedará en el olvido la extravagante y errónea doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 7 de febrero de 2005, anulada por sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 2007, y ratificada por la STS de 19 de junio de 2012, entendiéndose que la fuerza «con arreglo a las leyes» del artículo 4 de la Ley Hipotecaria son las normas de Derecho Internacional Privado (art. 323 de la LEC) y no los requisitos de la legislación notarial española. Puede verse mi crítica a esa resolución en esta misma revista, *El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de Bienes Inmuebles*, núm. 265, 2007, págs. 101 a 110 y, sobre todo IRIARTE DE ÁNGEL, J. L. en la crítica que realiza a esta sentencia en este mismo número de la revista Noticias UE.

²⁶ Para un estudio más detallado BINDER, Julius, *Derecho de Sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana, por LACRUZ BERDEJO, Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1953, II, § 14, y DREWES, KGBI 1926, págs. 62 y sigs.

²⁷ El § 2356 BGB (Prueba de exactitud de las indicaciones) dispone: «*Prueba de exactitud de las indicaciones*. 1. El solicitante ha de probar por documento público la exactitud de las

indicaciones hechas en conformidad con el 2354,1, núms. 1.º y 2.º, y párrafo 2, y en caso del 2355 ha de exhibir el documento en que descansa su derecho hereditario. Si los documentos no pueden obtenerse, o solo con desproporcionadas dificultades, basta la indicación de otros medios de prueba.

2. En relación con las restantes indicaciones necesarias según los 2354 y 2355, el solicitante ha de asegurar mediante juramento ante el Tribunal o ante un notario que no es conocido para él nada que vaya en contra de la exactitud de sus indicaciones. El tribunal de testamentarías puede dispensar la aseveración si no la considera necesaria.

3. Estas disposiciones no se aplican siempre que los hechos sean notorios para el Tribunal de testamentarías. Por su parte el § 2358 del mismo BGB establece: «2358. *Investigaciones del caudal relicto*. 1. El Tribunal de testamentarías, con aprovechamiento de los medios de prueba indicados por el solicitante, ha de disponer de oficio las pesquisas necesarias para la fijación de los hechos y admitir la prueba que parezca adecuada

2. El Tribunal de testamentarías puede ordenar un requerimiento público para la aducción de los derechos hereditarios correspondientes a otras personas; la clase de publicación y la duración del plazo de aducción se determinan según las disposiciones existentes para el procedimiento intimatorio».

²⁸ Bien es verdad que el Gobierno de la RFA sostenía que el certificado debía inspirarse fundamentalmente en las normas del BGB. Nada de subterfugios. Y así fue. De nuevo se germaniza Europa.

²⁹ Artículo 10. *Competencia subsidiaria*.

1. Aun en el supuesto de que el causante no tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento en un Estado miembro, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán competentes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que:

a) el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto,

b) el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual.

2. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en virtud del apartado 1, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia serán, no obstante, competentes para pronunciarse sobre dichos bienes.

³⁰ «Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.

El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él».

³¹ Puede verse el trabajo de Heinrich DÖRNER et Paul LAGARDE antes citado, encargado por la Comisión al Deutsches Notarinstitut y las numerosas colaboraciones de instituciones notariales europeas en la Audiencia Pública convocada por la Comisión sobre el Libro Verde.

³² Vid., por todos, REVILLARD, M., «L'Introduction d'un Certificat International d'Héritier et la Pratique du Droit International Privé des Successions, en *Les Successions Internationales dans l'UE*. Así, por ejemplo, olvidando a jueces, abogados y registradores de la propiedad, señala: «De tous les praticiens du Droit, le notaire est sans doute celui qui est le plus souvent confronté aux problèmes de droit international privé de la famille. Dans ce domaine, les successions internationales occupent une place importante du droit international privé notarial».

³³ El Consiglio del Notariato Italiano en su «contribution» al Libro Verde señalaba que: «On pourrait donc introduire une phrase qui préciserait que par “autoricé juridictionnelle” on entend “toutes les autorités des Etats membres compétentes pour les matières relevant du champ d'application” du règlement (de même l'article 2, règlement 2201/2003). En ce sens,

les dispositions de l'article 2 de l'Avant-projet nous semblent conformes aux précédents règlements dès lors qu'elles énoncent que par "juridiction" on entend "toute autorité judiciaire ou toute autre autorité publique ou tout déléataire desdites autorités, notamment les notaires, des Etats membres compétentes dans les matières relevant du champ d'application du règlement". Cette formulation tient compte du rôle d'autorités différentes des tribunaux en matière de successions».

³⁴ Afirmación no predicable de los corredores de comercio asimilados a notarios por un poco acertado Real Decreto, sin perjuicio de honrosas excepciones como la de Fugardo ESTIVILL.

³⁵ El artículo 6 de la Convención de La Haya sobre administración de sucesiones de 2 de octubre de 1973, habla de que «cada Estado elige la autoridad judicial o administrativa competente para librar el certificado».

³⁶ Vid. el informe antes citado.

³⁷ La sentencia declaró que la República Federal de Alemania [al igual que Austria, Luxemburgo, Portugal, Grecia y Bélgica], al adoptar una medida como la prevista en el artículo 5 del código federal del notariado, modificado por la Ley de 26 de marzo de 2007, por la que se limita el acceso a la profesión notarial exclusivamente a los nacionales alemanes, ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 y 45.1 CE.

³⁸ Además del precepto antes citado, el Considerando (20) del Reglamento dice que: «El presente Reglamento debe respetar los distintos sistemas para sustanciar sucesiones que se aplican en los Estados miembros. A efectos del presente Reglamento, se debe dotar al término "tribunal" de un sentido amplio de modo que abarque no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios o a las oficinas del registro en algunos Estados miembros, que, en determinados supuestos, ejercen tal tipo de funciones, así como los notarios y los profesionales del Derecho que, en algunos Estados miembros, ejercen asimismo tales funciones jurisdiccionales en una sucesión determinada, por delegación de un tribunal. Todos los tribunales tal como se definen en el presente Reglamento deben estar vinculados por las normas de competencia establecidas en el mismo. En cambio, el término "tribunal" no debe incluir a las autoridades no judiciales de un Estado miembro que, en virtud del Derecho nacional, están facultadas para sustanciar sucesiones, como los notarios en la mayoría de los Estados miembros, en aquellos casos en los que, como ocurre habitualmente, no ejercen funciones jurisdiccionales».

³⁹ Versión del Diario Oficial núm. C 83 de 30-3-2010.

⁴⁰ También la Propuesta de Reglamento de 2009 excluía con toda claridad de la aplicación del Reglamento los derechos reales y la organización, régimen y efectos del Registro de la Propiedad. Entre los considerandos relativos a este extremo, cabe destacar los siguientes: En la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento se dice: «La letra j) precisa que el Reglamento se aplica a la adquisición por vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho. El Reglamento no afecta al *numerus clausus* de derechos reales de los Estados miembros, a la cualificación de los bienes y derechos ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos. Por consiguiente, no es válida, en principio, la constitución de un derecho real no reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien. La legislación sucesoria no puede tener como consecuencia la introducción en el Estado del lugar en que está situado un bien de un fraccionamiento o una modalidad de derecho de propiedad no reconocido por dicho Estado. A título de ejemplo, no es posible introducir un usufructo en un Estado que no reconozca esa figura. En cambio, la excepción no se aplica a la transferencia por vía sucesoria de un derecho real reconocido en el Estado miembro en el que está situado el bien.

Se excluye igualmente la publicidad de los derechos reales, en particular el funcionamiento del Registro de la Propiedad y los efectos de la inscripción o no inscripción en dicho registro».

Por su parte, el Considerando número 10 de la misma Propuesta dice: «Si bien en el presente Reglamento se ha de abordar la forma en que se adquiere un derecho real sobre

los bienes corporales e incorporeales tal como prevé la ley aplicable a la sucesión, deben ser las normas nacionales de conflictos de leyes las que establezcan la lista restrictiva (*numerus clausus*) de derechos reales que reconoce el ordenamiento jurídico de cada Estado miembro, cuestión que se rige, en principio, por el principio de *lex rei sitae*. También debe excluirse del ámbito de aplicación del Reglamento la publicidad de estos derechos, en particular el funcionamiento del Registro de la Propiedad Inmobiliaria y los efectos de la inscripción o no inscripción en el mismo, aspectos que regula igualmente la legislación local».

El Considerando número 15 de la Propuesta específicamente se dedica al Registro de la Propiedad: «Dada la estrecha imbricación entre la dimensión sucesoria y la dimensión relativa a los derechos reales, el presente Reglamento ha de establecer la competencia excepcional de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar en que esté situado el bien cuando la legislación de dicho Estado exija la intervención de sus órganos jurisdiccionales para adoptar medidas que atañan al derecho real relativas a la transmisión de dicho bien y a su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria».

⁴¹ Aspectos jurídicos de la Propuesta 3.3: «Principio de proporcionalidad e instrumentos elegidos».

⁴² Pág. 10.

⁴³ FONT SEGURA, A., «Valoración de las respuestas al Libro Verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial», en *Perspectivas de Derecho Sucesorio europeo*, cit., pág. 79.

⁴⁴ SSTs: 11-12-1992; 17-7-1998; 20-7-1998; 16-12-2004 ó 27-5-2009.

⁴⁵ Vid. Resoluciones 11-4-1930, 23-11-1934, 13-5-1936, 1-3-1939, 25-12-1943, 21-12-1943, 4-5-1944, 27-3-1947, 27-10-1947, 31-5-1951, 19-5-1952, 29-3-1955, 1-9-1959, 20-9-1966, 26-6-1987, 24-3-2007, 15-9-2009, 28-9-2010 ó 3-6-2011.

⁴⁶ DíEZ PÍCAZO, L. «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, págs. 284-294.

⁴⁷ Sobre esta cuestión, vid. BOUZA VIDAL, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho Internacional privado e interregional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977. Más específicamente, en esta misma revista, DíAZ FRAILE, J. M., *El reglamento sucesorio europeo: el principio de adaptación de los derechos reales y los límites impuestos por la lex rei sitae. Especial referencia al certificado sucesorio*.

⁴⁸ De nuevo la mano que mece la cuna logró introducir una absurda y torticera modificación frente a la redacción de la Propuesta de Reglamento que para nada se refería a la intervención notarial en el procedimiento registral, cosa perfectamente lógica, entre otros motivos por la posibilidad en algunos ordenamientos, como el danés o el nuestro (art. 14 LH), de la inscripción de instancias sin intervención notarial alguna. De todas maneras poco puede el considerando frente al texto legal del Reglamento que en el artículo 1.2.1) excluye, como no podía ser de otra manera, de la aplicación del Reglamento, «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». La inclusión de referencia carece de todo sentido en general y, en nuestro sistema concreto, nada pretende frente al artículo 18 LH.

⁴⁹ Por cierto que en la página de la UE http://www.successions-europe.eu/es/spain/topics/Cuál-es-el-órgano-competente_Con-quién-debo-ponerme-en-contacto/, de forma un tanto artera se olvida la Unión Internacional del Notariado Latino del artículo 14 de la LH, que permite la inscripción de la instancia de heredero único con la copia del testamento, sin intervención de notario.

⁵⁰ Contrario a las múltiples sentencias del TS que anularon abundantes preceptos de la reforma del Reglamento notarial por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

⁵¹ Vid. nota 23 sobre la STS de 19 de junio de 2012.

⁵² Informe cit., pág. 10.

⁵³ Cit., pág. 12.

⁵⁴ Informe, págs. 12 y 13.

⁵⁵ Audition publique «successions et testaments», Bruxelles, 30 novembre 2006, resume des reponses au livre vert, pág. 5.

⁵⁶ Informe del Instituto de Derecho Internacional Privado de Ulrik Huber, pág. 14.

⁵⁷ Projet de réponse du gouvernement néerlandais aux questions du Livre vert sur les successions et les testaments COM(2005) 65 final, pág. 8.

⁵⁸ Contribución al Libro Verde, pág. 11(13).

⁵⁹ *Observations et propositions du parquet général de la Cour de cassation Paris, France*, Septiembre 2005, pág. 15.

⁶⁰ Contestaciones al Libro Verde presentado por la Comisión relativo a sucesiones y testamentos (Sec. 2005, 270). Versión 27-9-2005, pág. 20.

⁶¹ Vid., por todos, LEYVA DE LEYVA, J. A., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 591, marzo-abril de 1989, págs. 261-308.

⁶² Más que de un error conceptual, teniendo en cuenta la época en que se produce el informe, se trata de un reflejo más de la mano que mece la cuna.

⁶³ Appendix b to UK response dated August 2006. Replies of the government of the United Kingdom to the questions raised in the European Commission's Green paper on succession and wills, págs. 29-31.

⁶⁴ Algún desgraciado intento en la época infame tuvo hasta reflejo legislativo en el artículo 12 LH. El TS en sentencia de 16 de diciembre de 2009 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de 2009 han ido matizando y enderezando las erróneas Resoluciones de 2007 y 2008 sobre esta cuestión.

⁶⁵ Otra vez la mano que mece la cuna. Consiglio Nazionale del Notariato Commission des Affaires Européennes et Internationales Réponses aux questions posées par le Livre Vert Succession et testaments COM (2005) 65 final du 1 mars 2005 {SEC (2005) 270}, pág. 48.

⁶⁶ *En contribution*, cit., pág. 9(13).

⁶⁷ Doc. cit., pág. 12 (13).

⁶⁸ NOTE DE LA DELEGATION FRANÇAISE. Objet: Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de successions et testaments, págs. 16 y 17.

⁶⁹ Piénsese en los problemas de autenticidad que han derivado de la necesidad de legalización de firmas para el depósito de cuentas en el Registro Mercantil o para la legalización de libros. Cfr. Instrucción de 30 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre presentación de las cuentas anuales en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos. Y la Instrucción de 31 de diciembre de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre legalización de libros en los Registros Mercantiles a través de procedimientos telemáticos.

⁷⁰ Sobre el concepto de orden público en Derecho español, vid.: DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, 2.^a ed., Tomo I, Madrid, 1997. Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Artículo 12, apartado 3 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, págs. 894-826. ISBN: 84-7130-826-6.

⁷¹ Antes en los 24 y 21 de la Propuesta de Reglamento en el mismo sentido.

⁷² DO C 115 de 4-5-2010, pág. 1.

⁷³ Vid. Considerando (6).

⁷⁴ BINDER y ENNECERUS, *ob. cit.*

⁷⁵ ENNECERUS, cit., pág. 179.

⁷⁶ Id., pág. 179, nota 4.

⁷⁷ En Derecho alemán: No es tercero de buena fe en el sentido de lo que va dicho, el que conoce la inexactitud de la certificación sucesoria, o si sabe tan solo que el Juzgado del caudal relicto ha exigido la devolución de dicho título a causa de su inexactitud (2.366); siendo indiferente que estime justificado o no lo que exige el Juzgado. El desconocimiento por negligencia, aunque sea grave, no puede ser equiparado al conocimiento. Al que confía en un certificado emitido después de averiguaciones oficiales, no puede imponérsele un propio deber de comprobación. Conoce la inexactitud del certificado sucesorio quien está enterado de

la verdadera situación jurídica, de la que discrepa el contenido del documento; es indiferente que conozca el contenido de la certificación o simplemente su existencia.

Es de buena fe el que desconoce la verdadera situación jurídica, aunque no conozca el contenido o existencia del certificado sucesorio y derive de otras fuentes de información su creencia en el derecho de quien aparece como heredero. La ley quiere extender lo más posible la protección a terceros (id., pág. 181).

⁷⁸ ENNECERUS, cit., págs. 179 y 180.

⁷⁹ En nuestro Derecho el artículo 997 admite el supuesto como una excepción a la irrevocabilidad de la aceptación. A este supuesto no le sería de aplicación el artículo 28 LH, pues la nulidad que establece es exclusivamente la del título sucesorio, no la del particional.

⁸⁰ Fuera del Derecho Hipotecario no existe un precepto parecido, pues la aplicación de los artículos 464 del Código Civil (vid., sobre esta cuestión, MELÓN INFANTE, F., *La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones a non domino, de bienes muebles)*, Bosch, Barcelona, 1957, pág. 75, principalmente), y artículo 1164 del Código Civil suponen la adquisición por el tercero sin esa limitación antes vista. El adquirente del inmueble o del crédito habrán de acudir a los remedios permitidos por la doctrina para la protección. La protección del heredero real frente a los actos dispositivos del aparente se rigen por la teoría general del heredero aparente, salvo cuando de inmuebles inscritos se trata.

⁸¹ FERNÁNDEZ ARROYO, M., «La protección registral del tercer adquirente de un heredero voluntario: un supuesto de excepción a la fe pública registral», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 2000, págs. 258 y 259.

⁸² La razón de ser del precepto nos la dan los autores clásicos (GALINDO y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, T. II, Madrid, 1880. GARCÍA GARCÍA **). Además es la probabilidad la que se tiene en cuenta: cuando de herederos forzosos se trata, no hay suspensión de efectos. Cuando se trata de parientes lejanos crece la duda.

⁸³ Al titular registral que adquirió del heredero aparente, sí le protegen los artículos 17, 20, 38, 82, etc., únicamente la aparición del heredero real provocaría el decaimiento de su adquisición (y de los posteriores) siempre dentro de los dos años.

⁸⁴ 1. El heredero aparente o el poseedor vencido por el ejercicio de la acción de petición de herencia debe restituir al heredero real los bienes de la herencia, aplicando las normas de liquidación de la situación posesoria y distinguiendo si la posesión ha sido de buena o mala fe.

2. Se excluyen de la restitución los bienes adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y las normas sobre la irrevindicabilidad de los bienes muebles.

3. En los supuestos a que se refiere el apartado 2, el heredero aparente o el poseedor vencido debe entregar al heredero real el precio o la cosa que ha obtenido como contraprestación o los bienes que ha adquirido con estos. Si la contraprestación aún no ha sido pagada, el heredero real se subroga en las acciones del transmitente para reclamarla.

⁸⁵ En Navarra, téngase en cuenta el artículo 323 del Fuero Nuevo: «Cuando el demandado hubiere enajenado bienes de la herencia, deberá restituir lo obtenido por ellos a no ser que los enajenare de mala fe, en cuyo caso responderá de todos los perjuicios que ocasionó. En cuanto a los frutos y mejoras se aplicará la Ley 362».

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios

European Court of Justice Doctrine on the examination of mortgage loans for unfair clauses

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho

*Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado.*

*Vocal permanente de la Comisión General de Codificación
Catedrático de Derecho Civil (acreditado)*

RESUMEN: La importancia de la calificación registral se justifica en la necesidad de depurar de cláusulas abusivas el título ejecutivo en la ejecución directa sobre bienes hipotecados, que es el asiento registral o, dicho de otra forma, los pactos de la escritura de préstamo hipotecario que han sido objeto de inscripción (art. 130 LH). Solo una depuración rigurosa de las cláusulas abusivas justifica la limitación de las causas de oposición.

En su calificación de la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, el registrador tendrá en cuenta la Directiva 93/13/CE, que establece una serie de cláusulas abusivas nulas por abusivas (lista negra de la Disposición Adicional primera) recogidas en la actualidad en el Real

Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Entre ellas están a partir de la Ley 1/2013, los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual y otras muchas que se han estudiado en este trabajo, por ser claramente contrarias a una norma imperativa o prohibitiva.

La doctrina del TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, ha afirmado la posibilidad de rechazo *in limine litis* de las cláusulas abusivas. Y ha recordado el deber de actuación positiva de las autoridades públicas para cumplir la Directiva 93/13/CE sin esperar a que exista sentencia judicial cuando se trata de cláusulas abusivas en condiciones generales. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esta evolución legitimando la calificación registral de las cláusulas abusivas contrarias a norma imperativa o prohibitiva.

La posición de la DGRN ha obtenido un claro respaldo por la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, que señala que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Se apoya en la legislación de la UE, en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, y en los artículos 552 y 695 de la LEC, en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos.

ABSTRACT: In foreclosure matters, examination by a registrar is important, because unfair clauses must be precluded from the enforcement order, and in Spain the enforcement order is the registration entry or, to put it another way, the registered terms of the deed formalizing the mortgage loan (Spanish Mortgage Act, section 130). Only the vital importance of meticulously eliminating unfair clauses justifies limiting the grounds on which an applicant may object to the registrar's findings.

When examining a mortgage loan for unfair clauses that might make the loan invalid, a registrar will bear in mind Directive 93/13/EEC, which lists a series of clauses whose unfairness renders them invalid (the blacklist in additional provision one, now included in Royal Legislative Decree 1/2007 of 16 November passing the revised Consumer and User Defence Act). As of the entry in force of Act 1/2013, the clauses that are clearly invalid by reason of their unfairness include clauses demanding interest at more than three times the statutory interest rate for late payment on mortgage loans for the purchase of a primary residence and many other clauses examined in this article that are clearly contrary to imperative or prohibitive rules or regulations.

The doctrine established by the Court of Justice of the European Union in its judgments of 14 June 2012 and 14 March 2013 affirms that unfair clauses

can be rejected in limine litis. Moreover, it reminds the public authorities of their duty to take positive action to comply with Directive 93/13/EEC without waiting for a court judgment on cases of unfair clauses in general conditions. The Spanish Directorate-General of Registries and Notarial Affairs has confirmed the evolution of doctrine in this direction by recognizing the legal standing of registrars' examinations of unfair clauses that are contrary to imperative or prohibitive rules or regulations.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea; Cláusulas abusivas; Hipoteca.

KEY WORDS: *European Union law, unfair clauses, mortgage.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012.—III. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013.—IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013.—V. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO.—VI. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DGRN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.—VII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CALIFICABLES POR EL REGISTRADOR.—VIII. VALIDEZ DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La doctrina reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha cambiado radicalmente el panorama en orden a determinar el ámbito de la calificación de las cláusulas abusivas dentro de los contratos de consumo y en particular en los préstamos hipotecarios. Destacaremos dos principalmente, que sancionan la posibilidad de calificación *in limine litis* —antes de que exista contienda judicial— de las cláusulas abusivas, contrarias a la Directiva 93/13/CEE, reforzando así la posición del juzgador e indirectamente de otras autoridades públicas —como el registrador de la propiedad—, que son las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013.

En efecto, la doctrina del TJUEC recogida en estas sentencias está íntimamente relacionada con el ámbito de la calificación de los registradores de la propiedad y mercantiles en relación a las cláusulas abusivas, al amparo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y del artículo 84 del Texto Refundido de la

Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y ha respaldado la más reciente posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado que sanciona la facultad —y el deber— de los registradores de rechazar cláusulas que sean nulas por abusivas, sin necesidad de que exista un pronunciamiento judicial previo.

II. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE JUNIO DE 2012

En primer lugar la sentencia del TSJUE, de 14 de junio de 2012, dictada en el procedimiento C-618/2010 —el llamado caso BANESTO—, dilucidó la cuestión prejudicial formulada por la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre la posibilidad de que un juez pueda rechazar *in limine litis* (y por tanto sin necesidad de oposición del deudor) una cláusula de interés de demora contenida en un contrato de financiación a consumidor. En concreto se trataba de un contrato de financiación a comprador de bienes muebles a plazos, en el que se estipulaba un tipo de interés de demora del 29 por 100. La Audiencia conocía de este contrato en apelación contra un auto del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Sabadell, dictado en un juicio monitorio en el que no había habido siquiera oposición por el deudor, y en el que el juez había desestimado la pretensión de la entidad acreedora por estimar que contenía una cláusula abusiva.

La Audiencia Provincial de Barcelona planteó al TJUE si existe esa posibilidad de rechazo *ad limine litis* de las cláusulas que puedan ser abusivas y por tanto antes de que exista una declaración judicial de nulidad en procedimiento adecuado. Se cuestionaba si podría ser incluso obligatorio por el juez realizar ese rechazo. En concreto preguntó al TJUE si es o no contrario al Derecho comunitario, en especial respecto al Derecho de consumidores y usuarios, que un órgano judicial nacional eluda pronunciarse de oficio e *in limine litis* y en cualquier fase del proceso, sobre la nulidad o no y la integración o no de una condición general de la contratación contenida en un contrato de préstamo a un consumidor y si el Tribunal puede optar, sin alterar los derechos del consumidor de la legislación comunitaria, por deferir el análisis de tal cláusula a la iniciativa de la parte deudora mediante la oportuna oposición procesal.

El Tribunal de Justicia recuerda que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. Y que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la

naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

En este contexto, declaró que un régimen procesal como el español que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13/CE.

A raíz de esta consulta, la Audiencia Provincial de Barcelona declaró directamente la nulidad del tipo de interés de demora del 29 por 100 y desde entonces los jueces de instancia vieron reforzada la posibilidad de excluir directamente cláusulas abusivas sin necesidad de que existiera oposición por el deudor, aunque no siempre tuvieran el mismo criterio respecto de lo que se pudiera considerar o no como interés de demora abusivo. En ocasiones los tribunales de instancia han discrepado igualmente en cuanto a si ese mismo criterio es aplicable a los intereses ordinarios¹.

En rigor, los intereses ordinarios cuando han sido negociados, no pueden ser objeto de impugnación como cláusula abusiva, pues no existe condición general. En efecto, lo primero que debe discernirse es que estemos ante una condición general de la contratación, pues si está negociada no cabrá apreciar su nulidad conforme a la normativa de protección del consumidor. En este contexto en principio las cuestiones atinentes a los elementos principales del negocio, al haber estado negociados, no podrán considerarse abusivos. Es el caso del principal o del interés ordinario, donde deben regir las reglas generales de libertad contractual, sin perjuicio de la normativa sobre represión de la usura contenida en la Ley de Azcárate, de 23 de julio de 1908². Suponiendo que los intereses ordinarios estuvieran indebidamente en condiciones generales, sí que podría aplicarse el régimen jurídico de estas. En todo caso parece razonable que el tipo de interés en los intereses ordinarios tiene que ser inferior al pactado para los de demora, pues estos tienen un elemento de cláusula penal para caso de incumplimiento, mientras que los ordinarios suponen la retribución ordinaria del préstamo.

La doctrina del TJUE ha tenido otra importante consecuencia: la de aclarar que cuando se aprecia la nulidad de una cláusula abusiva, decae el pacto por entero, no siendo posible su integración como sí sería posible conforme a las reglas general de los contratos (*ex art. 1258 CC*). En efecto, considera la sentencia que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que

se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Por lo que debemos entender derogado el citado precepto contenido en el artículo 83 TRLDU.

Cabe por tanto calificar *in limine litis* las cláusulas abusivas nulas, y en tal caso no cabe integración. Dicho de otra forma, no puede sustituirse el tipo de interés del 29 por 100 estipulado en condiciones generales por el 10 por 100 (máximo aplicable si se acepta que no puedan exceder de 2,5 veces el interés legal del dinero, actualmente en el 4 por 100). La cláusula es nula en su totalidad, sin posibilidad de integración judicial —y tampoco por el registrador lógicamente al inscribir, suponiendo que se tratara de un préstamo con garantía real—.

La nulidad de la cláusula es total, sin integración; pero lo que tampoco cabe es que la nulidad del tipo de interés de demora determine la nulidad del préstamo en su totalidad, sino solo de la cláusula relativa a aquel. En ocasiones los tribunales yerran al acordar la nulidad total del préstamo, con obligación tan solo de devolver el capital, pues la sanción de nulidad total solo está prevista en nuestro ordenamiento jurídico para el caso de interés usurario, conforme a la citada Ley de Azcárate, y no en la Ley de condiciones generales.

Finalmente debe quedar claro que la nulidad de la cláusula por contravenir la normativa de condiciones generales de la contratación, al ser parcial y no total —a diferencia de la nulidad total de préstamo cuando existe interés usurario— no puede determinar la nulidad de las garantías reales constituidas, en base al principio de accesoriedad, pues el préstamo debe subsistir sin la cláusula nula.

III. LA SENTENCIA DEL TJUE, DE 14 DE MARZO DE 2013

La sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013³, en la cuestión prejudicial C-415/2011 —caso Aziz & Catalunyacaixa— planteada por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, debatió sobre la adecuación a la normativa comunitaria de determinados aspectos de nuestra ejecución hipotecaria. Se cuestionaba la validez de un pacto de intereses de demora del 18,75 por 100, del vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de uno solo de los pagos por principal e intereses, la posibilidad de liquidación unilateral del saldo por la entidad financiera —al amparo del art. 153 y 153.bis de la LH—, y sobre todo la imposibilidad de alegar la abusividad de una cláusula determinante de la ejecución hipotecaria durante el proceso de ejecución.

En concreto se planteaban por el Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, las siguientes dudas sobre un pacto de ejecución de hipoteca contenido en escritura pública de préstamo hipotecario:

1. Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición, supone una limitación clara de la tutela del consumidor, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una efectiva tutela de sus derechos.
2. Si infringen la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas y el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y que declara la nulidad por abusivas de las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones, las siguientes cláusulas:
 - a) la posibilidad de vencimientos anticipados por incumplimientos en un periodo muy limitado y concreto en un contrato proyectado en un largo lapso de tiempo;
 - b) la fijación de intereses de demora, superiores al 18 por 100, que no coinciden con los criterios de determinación de los intereses moratorios en otros contratos que afectan a consumidores (créditos al consumo);
 - c) la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables debidos por el deudor, tanto ordinarios como moratorios, realizados unilateralmente por el prestamista, que vinculados a la ejecución hipotecaria no permiten al deudor ejecutado que articule su oposición a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento ejecutivo, remitiéndole a un procedimiento declarativo en el que cuando haya concluido el deudor habrá perdido el bien hipotecado o dado en garantía, cuestión de especial trascendencia cuando el préstamo se solicita para adquirir una vivienda y la ejecución determina el desalojo del inmueble.

A pesar de que el deudor ejecutado no se opuso a la ejecución, a pesar de que ya se había producido el lanzamiento de la vivienda, y dentro de un procedimiento declarativo posterior (ante el Juzgado de lo Mercantil competente por tratarse de la invocación de nulidad de una condición general de la contratación), el juez planteó la cuestión prejudicial sobre estos extremos. El Reino de España inicialmente alegó la improcedencia del planteamiento de esta cuestión fuera del proceso de ejecución y que se trataba de una cuestión procesal sobre la que el TJUE no tendría competencia.

Sin embargo, la STJUE de 14 de marzo de 2013, aunque no pone en duda la adecuación al Derecho de la UE la existencia de títulos ejecutivos que fa-

vorezcan el cobro de las deudas, consideró que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajustaba a la normativa de protección de los consumidores derivado de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, al no permitir alegar la nulidad de las condiciones generales nulas por abusivas dentro del procedimiento de ejecución.

El TJUE no discute la validez del procedimiento ni la posibilidad de títulos ejecutivos que disminuyan las causas de oposición. Tampoco cuestiona la determinación unilateral del saldo. Pero sí que no se pueda alegar que existan cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario determinantes de la ejecución, y que esto pueda hacerse en el proceso de ejecución, así como que no puedan ser apreciadas de oficio por el juez⁴.

No era cierta del todo la afirmación de que no pudiera paralizarse la ejecución hipotecaria de la vivienda por existencia de cláusulas abusivas. Es verdad que las causas de oposición están limitadas en la ejecución hipotecaria (sustancialmente reducidas al pago o falsedad de la certificación), pues esta es una de las características propias de la ejecución de la hipoteca desde la implantación de un procedimiento judicial sumario para hacerla efectiva, ya desde la reforma de la Ley Hipotecaria de 1909. Pero existía —y todavía sigue existiendo— la posibilidad de suspender la ejecución y evitar el lanzamiento si el deudor impugna la validez de la hipoteca y anota preventivamente en el Registro de la Propiedad la demanda de nulidad (vía art. 130 LH que en tal caso no permite cancelar como carga posterior la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca), lo que *de facto* produce esa paralización.

No obstante, dado que el TJUE considera que esta posibilidad es muy restringida, considera necesario establecer la suspensión de una manera más efectiva para evitar el lanzamiento injusto del deudor.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 9 DE MAYO DE 2013

La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo también debe ser tomada en consideración lógicamente en esta materia, junto con la ya citada del TJUE.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013, debe destacarse en sede de condiciones generales y cláusulas abusivas, pues analizó las controvertidas cláusulas suelo, que fijan un mínimo en los tipos de interés variable, planteándose si es necesario o no que exista una correlativa cláusula techo.

Las cláusulas suelo son verdaderos derivados financieros, que hacen trasladar el riesgo de la evolución de un subyacente al propio deudor o a un tercero, por lo que tienen gran trascendencia y muchas veces no son suficientemente informadas por la entidad prestamista ni suficientemente entendidas por el deudor.

Esta sentencia de gran interés, aborda los requisitos para ser condición general abusiva. Y recuerda que aunque cabe una transposición más rígida que la propia Directiva 93/13/CEE, esta en principio deja al margen de su ámbito de aplicación el objeto principal del contrato, como sería un pacto como el de la cláusula suelo. Por lo que no siendo condición general, no podría ser abusiva cuando la suscribe un consumidor. No obstante, recuerda la necesidad de que sea suficientemente informada. Lo importante es que haya verdadera inclusión de la cláusula suelo en el contrato, para lo cual se requiere el cumplimiento del criterio de transparencia. Dicho de otra forma, lo que hace nulas a estas cláusulas no es el desequilibrio o la inexistencia de una correlativa cláusula suelo sino la falta de información suficiente sobre los riesgos de la misma.

En este sentido, la Ley 1/2013, de 14 de mayo —a la que ahora nos referiremos— rápidamente acogió el criterio jurisprudencial, exigiendo para poder inscribir préstamos hipotecarios a personas físicas sobre vivienda o solares con cláusulas que establezcan un límite mínimo a la variabilidad de los tipos de interés, del tipo de cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; o en que se contrate al mismo tiempo un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés o que se conceda en divisas, debe constar expresión manuscrita en la escritura por la que el prestatario reconozca que se le ha advertido los riesgos derivados del contrato (art. 6 de la Ley 1/2013).

Este criterio también ha sido acogido por la doctrina de la DGRN, en cuya Resolución de 13 de septiembre de 2013, y revocando la calificación registral que la denegaba por no existir una correlativa cláusula techo, determina que las denominadas «cláusulas suelo» son, en principio válidas, siempre que su transparencia permita al consumidor conocer que es una cláusula definidora del objeto principal del contrato y de los riesgos.

«Así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo —dice la RDGRN, de 13 de septiembre de 2013— en la sentencia número 241/2013, de 9 de mayo, en los siguientes términos: “256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. 257. No es preciso que exista equilibrio ‘económico’ o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. 258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado

del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. 259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados —lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención—. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso”. En el presente caso, respecto de los concretos fundamentos jurídicos que expresa el registrador en la calificación impugnada, el primero de ellos no puede ser confirmado, pues —como se ha dicho anteriormente— la citada sentencia del Tribunal Supremo, número 241/2013, de 13 de mayo, considera que no es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo —máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite—. Más aún, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. En definitiva, el Alto Tribunal considera que las cláusulas suelo, al referirse al objeto principal del contrato —aunque no elemento esencial— tiene que cumplir con las obligaciones de transparencia pero no necesariamente tiene que figurar una cláusula techo como factor de equilibrio».

V. LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, no solo sirvió para dar solución a las cláusulas suelo, sino para corregir las deficiencias de nuestro sistema procesal en orden a la alegación de causas abusivas en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, y su posible apreciación de oficio *in limine litis*, que había sido puesta de manifiesto por el TJUE. Se admite a partir de entonces, que no solo los jueces en virtud de la doctrina del TJUE pueden apreciar de oficio las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que la puedan alegar también los consumidores en la propia ejecución, a cuyo efecto se establece como nueva causa de oposición a la ejecución, sin necesidad de acudir a un juicio declarativo posterior.

Esta Ley ha ordenado la suspensión de los lanzamientos de vivienda habitual durante dos años en colectivos especialmente vulnerables. Ha mantenido

la doble acción personal y real en la ejecución de la hipoteca, de manera que ante la insuficiencia del valor de la finca hipotecada para cubrir la cantidad reclamada por el acreedor, puede este seguir la ejecución persiguiendo los bienes del deudor conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, ha reformado el artículo 579 de la LEC, de manera que si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante, y se tratara de ejecución de vivienda habitual, se aplique una mora y al mismo tiempo una quita en favor del deudor, así como un derecho a participar en las plusvalías derivadas de la venta posterior del bien que pudiera realizar el acreedor ejecutante. Con ello se logra equilibrar las críticas, sostenidas por los partidarios de la denominada dación en pago obligatoria, de que muchas veces las entidades financieras, tras haber perseguido los bienes del deudor, obtenían un enriquecimiento injusto⁵.

Existen otras medidas adoptadas por esta Ley 1/2013, derivadas de la doctrina del TJUE y basadas en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico hipotecario a la Directiva 93/13/CEE, dirigidas a la protección sobre todo de la vivienda habitual, como son las siguientes:

1. En la escritura de constitución de hipoteca sobre vivienda debe constar el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada (art. 21.3 de la LH, modificado por el art. 3.1 de la Ley 1/2013).
2. En toda hipoteca, sea o no de vivienda habitual, en la escritura deberá figurar el domicilio del deudor y el precio de subasta, que no puede ser inferior al 75 por 100 del valor de tasación realizada conforme a la ley de mercado hipotecario (art. 682 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013). A partir de ahora, la tasación por una entidad homologada es exigible no solo para las hipotecas sometidas al mercado secundario, sino para cualquier hipoteca que quiera gozar del procedimiento judicial de ejecución directa sobre bienes hipotecados, lo que es una medida tendente a que el precio de la subasta no quede por debajo de la realidad y para que el porcentaje de adjudicación a la entidad financiera a falta de postores no sea irrisorio.
3. En los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda se establece que:
 - 3.1. Los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (art. 114.3 de la LH, en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013).
 - 3.2. No cabe pacto de anatocismo en los intereses de demora (nada impide pactarlos en los ordinarios), es decir, que los intereses se acumulen al capital para devengar nuevos intereses de demora —con la única excepción de que sí se pueden pactar en el supuesto de insuficiencia del precio de remate para pagar el crédito

del acreedor conforme al 579.2 LEC (art. 114.3 de la LH en la redacción dada por el art. 3.2 de la Ley 1/2013) —.

- 3.3. El plazo de amortización de la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual, y la hipoteca se halla sometida a la Ley del Mercado Hipotecario (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de mayo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013).
 - 3.4. El importe del principal no puede exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado, cuando la hipoteca se halla sometida a Ley del Mercado Hipotecario. Si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual no podrá exceder del 80 por 100 de dicho valor de tasación (art. 5.2 de la Ley 2/1981, de 25 de mayo, modificado por el art. 4.6 de la Ley 1/2013).
4. En cuanto a los pactos de vencimiento anticipado por impago de capital o intereses en todo tipo de préstamos hipotecarios, se establece que el impago de una cuota mensual no implica el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, siendo necesario que se produzca el vencimiento de tres plazos mensuales sin cumplimiento de la obligación de pago por parte de deudor o de un número de cuotas que supongan que dicho deudor ha incumplido su obligación por un plazo de al menos tres meses (art. 693 de la LEC, modificado por el art. 7.13 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo).
 5. El pacto de venta extrajudicial ante notario solo es válido en las hipotecas para el caso de falta de pago del capital o de los intereses, no en otros casos de vencimientos anticipados; debe constar de forma separada; y solo es válido para hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, por tanto no a hipotecas de máximo (art. 129 LH en la redacción dada por el art. 3.3 de la Ley 1/2013).

VI. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA DGRN EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

El control de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de los contratos en general, y de los bancarios en particular, corresponde en última instancia al juez. Pero no cabe duda que también debe existir un control preventivo por parte de notarios y registradores. No solo porque es la razón de ser de su función, sino por expresa exigencia de la normativa de protección de los consumidores derivada de las directivas de la Unión Europea.

Ahora bien, tal control preventivo no debe impedir la introducción de nuevos productos financieros, en base al principio de libertad contractual, ya que supondría un entorpecimiento del desarrollo económico. No cabe considerar abusivas cláusulas en base a criterios generales de desequilibrio contractual, sin base en ninguna prohibición específica, ya que eso entorpecería la creación de nuevos productos financieros (baste pensar en la dificultad que tuvo la introducción en España de la hipoteca en garantía de crédito abierto, que en ocasiones se consideraba injustificadamente como una suerte de reserva de rango en beneficio de un acreedor determinado y en perjuicio de los demás).

La abstención de los notarios en la autorización de instrumentos públicos en los que se inserten cláusulas abusivas y su denegación por parte de los Registradores, caso de que se hayan incorporado al título, viene exigida por lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (anteriormente art. 10.6 del TR de 1984 en la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en transposición de la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) y se circunscribe a supuestos determinados. En concreto, tratándose de condiciones generales abusivas, los notarios y registradores deben rechazarlas en los tres siguientes casos:

- a) cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas (hoy en día contenida en los arts. 85 a 90 del TRDCU de 2007, antes Disposición Adicional primera de la misma Ley de 1984), de manera que se puedan encuadrar en ella sin lugar a dudas; la razón es que son nulas «en todo caso» y no cabe interpretación;
- b) cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace;
- c) cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia firme. El artículo 84 TRLDCU exige que se trate de sentencias que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁶, pero lo cierto es que, en función de la doctrina del TSJUE, la Dirección General de los Registros y del Notariado lo ha ido extendiendo a toda sentencia judicial firme, esté o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Lo que no parece posible es que se abstengan de intervenir o califiquen negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el artículo 82 TRLDCU de 2007 —antes art. 10 bis de la LGDCU—, ya que corresponde al juez, en tales casos, declarar tal nulidad. Por supuesto, tampoco podrán considerar abusivas cláusulas contractuales negociadas individualmente o aquellas que integren el objeto del contrato —como pudiera

ser el precio en una compraventa o el tipo de interés ordinario en un préstamo puesto que han sido negociados⁷—.

Sobre la imposibilidad de que la calificación registral se extendiera a todo tipo de condiciones generales abusivas, se había pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 19 de abril de 2006 y otras posteriores entre las que podemos destacar la Resolución de 24 de julio de 2008. Esta última limitó exageradamente el papel de notarios y registradores en el control preventivo de las cláusulas abusivas y entendió que tras la Ley 41/2007, que reformó el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, la inscripción en el Registro debería ser una transcripción de las cláusulas financieras en los mismos términos que resultaran del título, sin poder rechazar ninguna cláusula por abusiva.

En contra de este criterio, la sentencia de 1 de abril de 2011, dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona —en juicio verbal interpuesto contra la citada resolución—, procede a su anulación. Esta sentencia se basa en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (en su sentencia de 16 de diciembre de 2009) y en la posición más reciente y adecuada de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (entre ellas, Resoluciones de 1 de octubre de 2010, 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011).

Según esta posición —jurisprudencial y del Centro Directivo de notarios y registradores— más reciente y acertada podemos afirmar que los notarios y registradores deben rechazar aquellas cláusulas financieras —incluidas las de vencimiento anticipado— siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también aquellas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin necesidad de realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicho de otro modo, el control sobre cláusulas abusivas debe extenderse a las que estén afectadas de una causa directa de nulidad apreciable objetivamente porque así resulte claramente de una norma que lo exprese sin poder entrar en conceptos jurídicos indeterminados.

Como señala la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 1 de octubre de 2010 y posteriores, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la sentencia von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las

que deben incluirse por supuesto a los jueces (la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de octubre de 2010, ha considerado también incluidos tanto a notarios como a registradores de la propiedad). La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la abogada general en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009, reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo).

En la misma línea —sigue diciendo el Centro Directivo—, se acaba de manifestar recientemente la corte comunitaria en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08). Mediante la mencionada resolución, la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, en el sentido de que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no operase *ipso iure*, sino únicamente en el supuesto de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva mediante demanda presentada al efecto. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto la citada cuestión declarando que «*el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula*».

Por tanto, si se trata de una condición general abusiva claramente encuadrable en la lista negra de cláusulas nulas a que se refieren los artículos 80 a 89 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, las autoridades judiciales y administrativas podrán declarar de oficio su nulidad, sin necesidad de esperar a un pronunciamiento judicial previo a través de un juicio declarativo.

VII. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CALIFICABLES POR EL REGISTRADOR

En base a los pronunciamientos judiciales citados anteriormente podemos señalar como ejemplos de cláusulas que no deben incorporarse al título ni inscribirse:

- a) vencimientos anticipados por cualquier embargo o disminución de solvencia del deudor en las que no se prevea la posibilidad de que el deudor preste nuevas garantías;
- b) vencimiento anticipado por arrendamientos posteriores sujetos a purga, pues no perjudican a la hipoteca;
- c) prohibición o limitación de la facultad de enajenar la finca, salvo que se tratara de hipoteca inversa en que dicho pacto es admisible según Ley 41/2007;
- d) renuncia del deudor a ser notificado de la cesión del crédito, considerándose derogado el artículo 242 del Reglamento Hipotecario que lo permitía;
- e) vencimientos anticipados del préstamo hipotecario por incumplimiento de obligaciones accesorias del mismo;
- f) cláusulas de comisión de cancelación o subrogatorias contrarias a los máximos legales;
- g) cláusulas denominadas «suelo» donde se fija un tipo de interés mínimo cuando no estén suficientemente informadas (STS de 9 de mayo de 2013).

Por el contrario, sí que serían admisibles las siguientes:

- a) extensión de la hipoteca a las costas de la ejecución;
- b) pacto de liquidación unilateral por la entidad financiera;
- c) pacto de compensación de la deuda con otros créditos vencidos del mismo deudor con la misma entidad salvo que deriven de créditos indistintos con varios titulares;
- d) vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por impago de un número razonable de cuotas de principal o intereses. No sería válido en la actualidad, tras la Ley 1/2013, el pacto de vencimiento anticipado por un solo impago —como había dejado entrever la STJUE, de 14 de marzo de 2013—, pero sí cuando se han impagado tres mensualidades o una cantidad equivalente a tres plazos cuando no haya mensualidades.
- e) vencimiento anticipado por arrendamiento de la vivienda hipotecada que no esté sujeto a purga conforme al artículo 13 de la LAU, puesto que tales arrendamientos sí perjudican al acreedor hipotecario, pues tendrá que subrogarse en ellos.

Esto mismo debe afirmarse cuando se trata de una reclamación en un juicio monitorio de una deuda basada en un contrato que contenga cláusulas abusivas claramente encuadrables en las proscritas por las Directivas comunitarias y el Derecho interno. Pese a que en principio el juicio monitorio no es más que un requerimiento de pago hecho vía judicial, de manera que solo si hay oposición

se convierte en contencioso, a pesar de eso el juez debe poder declarar *ad limine litis* la nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato en el cual se basa la reclamación cuando sean claramente contrarias a un precepto imperativo o prohibitivo o exista una sentencia judicial firme que ya haya declarado su nulidad en acción individual o colectiva.

En cuanto a la fijación de mecanismos de liquidación y fijación de los intereses variables debidos por el deudor, tanto ordinarios como moratorios, realizados unilateralmente por el prestamista, debe considerarse válida. Esta cláusula no solo no está prohibida ni considerada expresamente como abusiva, sino que —por el contrario— está expresamente admitida en el artículo 153.bis de la Ley Hipotecaria. Debe tenerse en cuenta además que su validez está limitada a entidades financieras —sometidas a especial control por el Banco de España y demás entidades de supervisión— y no a cualquier acreedor hipotecario.

Es cierto que la oposición del deudor al saldo no paraliza la ejecución (art. 575.2 LEC), pero eso es debido a la naturaleza del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, que ya hemos visto que es la realización forzosa del bien hipotecado, de manera que la pluspetición deberá verse en juicio ordinario. Y no debe tampoco olvidarse que el ejecutante deberá acompañar el documento justificativo de los intereses devengados y que la fijación unilateral exige un pacto previo con el deudor que este acepte aquella fijación en la forma determinada por las partes en el título ejecutivo (art. 572.2 LEC).

En definitiva, la cuestión debe centrarse no en la radicalidad del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, sino en el origen convencional del mismo. Está aceptado por el deudor que en la escritura pública lo estipula. Por tanto lo importante es que haya una adecuada información precontractual. Y esto se consigue dada la intervención notarial, y la calificación registral.

A este respecto debe traerse a colación la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y la reciente Orden del Ministerio de Economía, de 29 de octubre de 2011 sobre transparencia de préstamos hipotecarios, que exigen facilitar al deudor información detallada de lo que están firmando. En concreto en la Sección 4.^a del citado Capítulo II, se establecen normas con relación a la documentación contractual y la formalización en escritura pública y obligaciones impuestas a los notarios, así como relativas a la actuación de los registradores de la propiedad en su función calificadora (arts. 29 y 30). En concreto se establece toda una serie de obligaciones que deben cumplir los notarios (art. 30.3) de información precontractual, de información al cliente y de verificación de asesoramiento independiente.

Por tanto, tales cláusulas no están incluidas en las cláusulas consideradas, en todo caso, como abusivas por la Directiva 93/13/CE ni en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y solo podrán ser declaradas nulas por abusivas en el contexto de un procedimiento

judicial ordinario, sin que pueda ningún Tribunal, *ad limine litis*, prejuzgar que la cláusula es nula, pues no hay ningún precepto de la Directiva 93/13/CE que así lo establezca claramente.

VIII. VALIDEZ DEL SISTEMA HIPOTECARIO ESPAÑOL

No cabe duda de que el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados se ajusta al Derecho comunitario. Tan es así que en el propio Libro Blanco de la Unión Europea sobre préstamos hipotecarios se quiere impulsar a nivel comunitario procedimientos rápidos de ejecución hipotecaria, y por tanto del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, aunque se caracterice por la limitación de causas de oposición. Las sentencias del TJUE que hemos analizado dejan claro que no se discute la posibilidad dentro del Derecho de la Unión Europea de títulos ejecutivos que limiten las causas de oposición, como ocurre en el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados. A nivel nacional, la validez del procedimiento de ejecución directa es una cuestión ya zanjada por el Tribunal Constitucional español y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En rigor, la ejecución de la hipoteca no es un juicio en sentido estricto, sino la realización forzosa de un bien que convencionalmente se ha afectado al pago de una obligación. Tan es así que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil admite que el procedimiento de ejecución hipotecaria se realice extrajudicialmente ante Notario (art. 129 de la LH). La ejecución hipotecaria no es un juicio sino la venta del bien para satisfacer al acreedor de lo que se le debe y el resto entregárselo al deudor; de ahí que no pueda paralizarse sino por la justificación del pago. La validez del préstamo, si hubo o no consentimiento, deben ventilarse ante el juez en procedimiento ordinario.

Lo cierto es que la ejecución directa supone una limitación de las causas de oposición. Por eso en la creación del título ejecutivo es donde debe ponerse el acento, evitando que se incluyan causas abusivas. Debe existir una depuración previa inicial muy rigurosa de cláusulas abusivas en la escritura de préstamo hipotecario y en la inscripción registral, pues no cabe olvidar el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, y que solo lo inscrito legitima la ejecución directa (cfr. art. 130 de la LH).

La limitación de causas de oposición responde a una razón evidente: es contrapartida a la depuración fuerte de sus cláusulas y al asesoramiento jurídico previo que recibe el deudor por la intervención notarial. Y posteriormente por la de exclusión de las cláusulas nulas o abusivas que pudieran existir, vía calificación del registrador de la propiedad.

En efecto, el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 41/1981, de 18 de diciembre, refrendada en el reciente auto del TC 113/2011, de 19 de julio

de 2011 (*BOE* de 17 de agosto de 2011) sancionó la constitucionalidad del procedimiento. Y al defender la constitucionalidad de las disposiciones legales que limitan los motivos de oposición a la ejecución en el marco del procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, señala en su Fundamento 7.º como argumento decisivo que «el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico. La hipoteca voluntaria, dice el artículo 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral».

Y es que, en efecto, la depuración de las cláusulas abusivas del procedimiento se va a realizar por el control notarial de la adecuación del negocio al ordenamiento jurídico y por la denegación por parte de los registradores de la propiedad, al calificar sustantivamente el préstamo hipotecario presentado a inscripción (cfr. art. 18 de la LH). En definitiva, la intervención notarial y registral es un argumento utilizado por el TC para defender la constitucionalidad de la ejecución hipotecaria, cosa que no ocurriría si la inscripción fuera un mero traslado sin criba alguna, de los pactos impuestos por las entidades financieras.

Esta es también —como hemos visto— la posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no admite una transcripción automática de las cláusulas financieras, sino que obliga a los registradores de la propiedad a rechazar las cláusulas que sean contrarias a norma imperativa o sean contrarias a una sentencia judicial firme (Resolución de 1 de octubre de 2010, *BOE* de 8 de noviembre de 2010)⁸.

En los préstamos hipotecarios la exigencia de escritura pública e inscripción registral son requisitos constitutivos de la hipoteca; y la ejecución directa no es sino realización forzosa o venta del bien dado voluntariamente en garantía, y no un juicio en sí mismo (es un procedimiento de realización que incluso puede realizarse extrajudicialmente). Existe una intervención preventiva de control de legalidad por parte de notarios y registradores de la propiedad a quien corresponde denegar las cláusulas abusivas y demás nulas por no ajustarse al Ordenamiento Jurídico. Y esa depuración previa de las cláusulas nulas es lo que justifica la existencia de menores causas de oposición, de manera que cualquier otra causa distinta del pago o de la falsedad debe ser llevada al juicio declarativo ordinario.

En conclusión, la importancia de la calificación registral se justifica en la necesidad de depurar de cláusulas abusivas el título ejecutivo en la ejecución

directa sobre bienes hipotecados, que es el asiento registral o, dicho de otra forma, los pactos de la escritura de préstamo hipotecario que han sido objeto de inscripción (art. 130 de la LH). Solo una depuración rigurosa de las cláusulas abusivas justifica la limitación de las causas de oposición.

En su calificación de la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, el registrador tendrá en cuenta la Directiva 93/13/CE, que establece una serie de cláusulas abusivas nulas por abusivas (lista negra de la disposición adicional primera) recogidas en la actualidad en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que son claramente nulas por abusivas. Entre ellas están, a partir de la Ley 1/2013, los intereses de demora superiores a tres veces el interés legal del dinero en los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual y otras muchas que se han estudiado en este trabajo, por ser claramente contrarias a una norma imperativa o prohibitiva. Y debe tenerse en cuenta la doctrina del TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, que han afirmado la posibilidad de rechazo *in limine litis* de las cláusulas abusivas. Y han recordado el deber de actuación positiva de las autoridades públicas para cumplir la Directiva 93/13/CE sin esperar a que exista sentencia judicial cuando se trata de cláusulas abusivas en condiciones generales. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha confirmado esta evolución legitimando la calificación registral de las cláusulas abusivas contrarias a norma imperativa o prohibitiva.

Lo dicho hasta aquí ha sido sancionado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de septiembre de 2013, en cuyo Fundamento de Derecho tercero, tras señalar que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 41/2007, debe interpretarse en conjunción con la normativa europea y con la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, que considera irrenunciables los derechos reconocidos por ella a los consumidores y en cuyo artículo 18, con ocasión de los deberes de notarios y registradores, señala que estos últimos denegarán la inscripción de las escrituras de préstamos o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente. Igualmente destaca los artículos 552 y 695 de la LEC en cuanto regulan el tratamiento de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución, debiendo los funcionarios negar su colaboración con títulos jurídicos que sean evidentemente nulos, posición que ha sido sostenida en sus últimas resoluciones por la DGRN, a la cual da un claro respaldo⁹.

NOTAS

¹ Parece ir abriéndose paso en la doctrina de las Audiencias, en relación con los intereses moratorios y algo más tímidamente en relación con los remuneratorios, la consideración como canon de referencia, para determinar el carácter abusivo de las cláusulas que fijan el tipo de interés, las previsiones del artículo 19.4 de la Ley de crédito al consumo. Así la sentencia de la Audiencia de Alicante, de 26 de julio de 2012 (Sección 9.^a), hace un recorrido de las distintas posiciones jurisprudenciales. Sentencia AP de Lleida (Sección 2.^a), de 14 de enero de 2002, en relación con un interés que quintuplica el legal del dinero en la época de concesión, utilizando el referente del citado artículo 19.4, señala (FJ segundo): «si se fijan estos límites para intereses que tienen naturaleza moratoria y sancionadora del incumplimiento, con mayor razón no podrán excederse cuando se imponen como remuneratorios (en igual sentido, sentencia de la AP de La Coruña, de 10 de febrero de 2000)». La sentencia de la AP de Murcia (Sección 5.^a), de 7 de octubre de 2003, establece que «todos los intereses, tanto los contractuales como los remuneratorios, que superen el margen del 2,5 veces el interés legal del dinero, se consideran abusivos». Asimismo, la sentencia de la AP de Asturias (Sección 4.^a), de 9 de julio de 2004, juzga, en un crédito al consumo, claramente desproporcionado, un tipo de interés efectivo anual, muy alejado del interés legal del dinero y del límite fijado en el artículo 19.4 de la Ley de crédito al consumo, considerando que incurre en la prohibición prevista en el artículo 10 bis 1 de la LGDCU, al tiempo que señala que la carga de la prueba de acreditar que la cláusula se ha negociado corresponde al profesional, según establece el propio precepto. Las sentencias de la AP de Girona (Sección 2.^a), de 23 de enero de 2001 y AP de Murcia (Sección 2.^a), de 31 de marzo de 2000, señalan por el contrario, la imposibilidad de entrar a conocer el eventual carácter abusivo del importe de los intereses remuneratorios pactados, en la medida en que estos responden, en nuestro sistema económico, al juego de los mecanismos del mercado, siempre que quede correctamente garantizada la formación de la voluntad del prestatario y, sin perjuicio, de que, en su caso, operen los controles previstos en la Ley de Crédito al Consumo o, incluso en la Ley de Usura de 1908. En el mismo sentido, considerando que el importe de los intereses remuneratorios solo puede ser controlado a través de la Ley de Usura, sentencia de la AP de Barcelona (Sección 13.^a) de 9 de junio de 2004. Sin embargo, los tribunales de la Comunidad Valenciana se vienen inclinando, en general, por aceptar el carácter abusivo de los intereses remuneratorios cuando por su desproporción perjudican al consumidor: La SAP de Alicante, de 22 de septiembre 2011, nos dice que: «Constituye el último motivo desestimación en la instancia de la atribución de abusividad a la cláusula relativa a los intereses, reiterándose la nulidad de dicho pacto por infracción del artículo 19 de la Ley 7/95 de Crédito al Consumo en relación al artículo 89-7 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y a la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Alicante».

² Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.

³ El contenido de la sentencia de 14 de marzo de 2013 ha sido reiterado por Auto del mismo TJUE de fecha 14 de noviembre de 2013.

⁴ En aplicación de esta sentencia del TJUE, la sentencia de 2 de mayo 2013 del Juzgado Mercantil, número 3 de Barcelona, declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de intereses de demora del 18,75 por 100 en una hipoteca de vivienda. Aunque el pacto de liquidez pueda considerarse válido, también se declara nulo por ser abusivas las cláusulas que determinan la liquidación y la apertura de la expeditiva ejecución directa. Y acorde con la doctrina del TJUE aclara que las cláusulas no pueden integrarse en beneficio del predisponente y desaparecen del contrato.

⁵ Dispone ahora el artículo 579 LEC, tras la reforma, que «si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por 100 de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por 100 dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por 100 dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de diez años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por 100 de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

⁶ El artículo 84 TR aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, antes artículo 10.6 de la LGDCU en la redacción dada por la Disposición Adicional primera de la LCGC, establece que los notarios y registradores, en el ejercicio profesional de sus funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

⁷ Muy discutible es que pueda calificarse el tipo de interés de demora, por muy alto que parezca, y solo podrá rechazarse en base al propio TR de 2007, los tipos de interés que para descubiertos prevé la Ley de Crédito al Consumo.

⁸ De este modo, los objetivos perseguidos por la redacción dada al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma introducida por la Ley 14/2007, deben ser ponderados, en primer lugar, con los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo (...) que en su artículo 18.1 señala que «los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley». El propio Centro Directivo de notarios y registradores se basa en las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, al recordar que «la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (Fundamento duodécimo)», y que «El Tribunal de Justicia de Luxemburgo ha resuelto (...) declarando que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula”. Y concluye la DGRN proclamando que: «En definitiva, solo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función

calificadora del registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refieren el párrafo segundo del reiterado artículo 12 LH. Y el resultado necesario de tal interpretación impide asumir la exclusión absoluta de la calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aunque sí una modalización en cuanto a su extensión». «De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto». La calificación registral es así una exigencia de orden público para la protección de los particulares, para la validez de los asientos y para el fomento del mercado hipotecario. «Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Más aún, una solución diferente a la ahora sostenida convertiría la intervención del registrador en un mero trámite impuesto al particular, sin que ello le reportara ninguna ventaja desde la perspectiva de los fines de las normas dictadas en defensa de sus intereses, obligándole así a renunciar por imperativo legal a los instrumentos de protección que le dispensa nuestro modelo de seguridad jurídica preventiva. No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en este ámbito —calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como “equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público” (As, C-40/08)— unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría de forma palmaria contra esta exigencia. A todo lo apuntado cabe añadir, que la absoluta exclusión de la calificación registral de este tipo de cláusulas puede suponer una seria cortapisa para el fomento del mercado hipotecario que la Ley 41/2007 asume como objetivo específico. Piénsese que una interpretación en tales términos puede dar lugar a que prosperen de forma considerable las peticiones de anotación preventiva de las demandas de nulidad de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de todos aquellos deudores que anticipen una inminente ejecución, desde el momento en que ya no se podrá contar como argumento en contra de la apreciación del requisito del *fumus boni iuris* para la concesión de dicha medida, la previa calificación registral de las mismas».

Acceso al Registro de las escrituras
públicas de adquisición de inmuebles
otorgadas en el extranjero
(Comentario a la sentencia del Pleno
de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo,
de 19 de junio de 2012)

*Registrability of public documents
executed abroad in acquisition of
property ownership
(Commentary on the ruling of 19 June 2012
of the civil division of the supreme court)*

por

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra*

y

MARTA CASADO ABARQUERO
*Profesora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Deusto*

RESUMEN: Tras un largo peregrinaje judicial el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido favorable a la posibilidad de que una compraventa de un inmueble sito en España, formalizada ante notario alemán, por vendedor y

comprador de nacionalidad alemana no residentes en España, una vez cumplimentado el trámite de la apostilla del Convenio de La Haya, tenga acceso al Registro de la Propiedad español. De esta forma, declara la idoneidad de un documento público extranjero para producir determinados efectos jurídicos, concretamente, el Tribunal Supremo le reconoce valor suficiente, por sí solo, como título traslativo del dominio, inscribible en el Registro de la Propiedad español. Aunque adolece de algunas imprecisiones que serán analizadas en el presente estudio, se trata de una resolución aperturista que debe ser valorada muy positivamente.

ABSTRACT: After a long judicial pilgrimage, the Supreme Court has ruled in favor of the access to the Spanish Property Registry of a sale of an immovable placed in Spain, concluded between a seller and a buyer, both German citizens non-resident in Spain, before a German notary. Thus, the Supreme Court declares the ability of a foreign public document to produce some extraterritorial effects by itself. Namely, the Supreme Court has recognized effects enough as translativ title of ownership, registrable in the Spanish Property Registry. Although it suffers from some inaccuracies which will be analyzed in this study, the openness of this resolution should be highly appreciated.

PALABRAS CLAVE: Escritura pública extranjera. Venta de inmuebles situados en España. Efectos extraterritoriales de documentos públicos extranjeros.

KEY WORDS: *Foreign Notary Deed. Real State in Spain. Extraterritorial effects of foreign public documents.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES.—II. LOS ARGUMENTOS.—III. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA.—IV. EL ACCESO DEL DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. REQUISITOS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: A) *El documento autorizado por el notario extranjero debe ser un documento público.* B) *Las funciones desarrolladas por el notario o funcionario público autorizante extranjero deben ser equivalentes a las desarrolladas por el notario español (Equivalencia de funciones).* C) *El documento público debe cumplir con los requisitos de autenticidad internacional (control de la autenticidad).* D) *El documento público extranjero debe estar traducido a lengua oficial.* E) *El acto o negocio contenido en el documento público debe ser válido (Control de legalidad del acto contenido en el documento).*—V. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

El pleito que dio lugar a la resolución que ahora se comenta tiene su origen en la venta de un apartamento en Tenerife. El inmueble había sido adquirido *pro indiviso* por dos personas de nacionalidad alemana. Uno de ellos, con el consentimiento del otro copropietario, vendió su mitad a un tercero, formalizándose la transmisión en escritura pública otorgada ante fedatario alemán. El problema surgió al intentar inscribir la transmisión en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, pues el registrador denegó dicha pretensión al adquirente por considerar que el documento notarial alemán carecía, a su juicio, de plena fuerza legal en España. La decisión del registrador fue confirmada por la Dirección General de los Registros y el Notariado¹. La Resolución de la DGRN fue, a su vez, impugnada ante los tribunales, quienes se pronunciaron en sentido contrario a la DGRN tanto en primera instancia², como en apelación³. Con la Resolución de 19 de junio de 2012 el Tribunal Supremo confirma lo establecido en las instancias inferiores, anulándose por tanto definitivamente la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, y poniendo fin a un debate jurídico cuyo núcleo era el de si los documentos extranjeros, por el hecho de ser extranjeros, tenían o no acceso a los registros públicos españoles.

La resolución aperturista del Tribunal Supremo debe ser valorada muy positivamente aunque, como se verá, adolece de algunos defectos que evidencian una imprecisa calificación de los hechos planteados, puesto que el problema que se suscita no es un mero problema de ley aplicable a la forma, regulado por el artículo 11 del Código Civil y 9 del entonces vigente Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. La cuestión que en este asunto se plantea entronca directamente con el problema del reconocimiento de eficacia extraterritorial de un documento público extranjero⁴.

Existe, por lo tanto, un claro pronunciamiento favorable a la admisibilidad en el Registro de la Propiedad de los documentos extranjeros. Además, el Tribunal Supremo mantiene que en los casos en los que la ley rectora del contenido del acto (en este caso, de la transmisión de la propiedad del inmueble) exija una forma solemne, esta debe cumplirse, pero no necesariamente de acuerdo con las exigencias previstas en la ley rectora del contenido, sino de acuerdo con lo establecido en cualquier Derecho, siempre que se trate de una forma equivalente a la exigida por la ley rectora del contenido del acto.

Se trata, en definitiva, de una decisión que acaba con el proteccionismo notarial al rechazar la exclusividad del control de legalidad del acto por parte de los notarios españoles consagrado por la Resolución de la DGRN, de 7 de febrero de 2005, resolución que abocaba a que solamente los notarios españoles pudieran autorizar en documentos públicos un acto regido por el Derecho español.

II. LOS ARGUMENTOS

Los argumentos aducidos en su recurso por el abogado del Estado para negar la inscripción del título presentado se sustentan en dos motivos. En primer lugar, infracción de los artículos 4 LH y 33 RH. Así, alega que de conformidad con el artículo 4 LH, para que los títulos otorgados en país extranjero sean inscribibles en el Registro de la Propiedad, deben tener fuerza en España con arreglo a las leyes. Según el abogado del Estado, esto implica que deben ser otorgados con las mismas formalidades observadas por el notario español. Sin embargo, entiende —al igual que la DGRN— que estas formalidades y equivalencia no concurren en el caso del notario alemán, puesto que el fedatario alemán no está obligado a informar a los contratantes sobre el Derecho español, ni emite un juicio acerca de que el acto que autoriza es conforme al ordenamiento jurídico español.

En segundo lugar, infracción de los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como del artículo 33 RH. En este sentido, el abogado del Estado esgrime la doble condición de la escritura pública autorizada por notario español, en cuanto que instrumento de un contrato, pero también como título traslativo de la propiedad, lo que posibilita la inscripción registral según el artículo 33 RH. Sin embargo, en su opinión, el documento alemán solo cumple la primera condición y no tiene efecto traslativo de la propiedad, ni con arreglo al derecho alemán ni al español, puesto que el sistema español de transmisión por contrato de la propiedad y demás derechos reales es muy diferente al alemán.

Antes de entrar a analizar los dos motivos de recurso, en su Fundamento de Derecho tercero el Tribunal Supremo realiza una serie de aseveraciones de carácter general que contextualizan los derroteros argumentales por los que va a discurrir el fallo. Sin un análisis exhaustivo y con cierta carencia de rigor, la decisión afirma que el recurso del abogado del Estado contra la sentencia de apelación parte de un entendimiento de la normativa vigente que limita injustificadamente el principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea, puesto que la necesidad de intervención en todo caso de notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos. Esta referencia al Derecho comunitario debe ser acogida positivamente, puesto que pone de manifiesto una conciencia europeísta de nuestro más alto tribunal, quien estima que la exigencia de documento público español en la transmisión de inmuebles que radican en nuestro territorio, pese a no ser discriminatoria —puesto que afectaría a españoles y extranjeros por igual— y estar fundada en un interés general (la protección de la seguridad jurídica) puede ser contraria al Derecho comunitario e implicar trabas al tráfico intracomunitario si es desproporcionada. En cualquier caso, esta referencia genérica a la libre prestación de servicios no tiene en cuenta el específico régimen previsto por la legislación europea a la función notarial. Hasta las sentencias del TJUE, de 24 de mayo y 1 de diciembre de 2011⁵, un

sector de la doctrina más clásica había sostenido que los notarios desarrollan actividades revestidas de poder público y que, por lo tanto, están excluidos de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios propias del Derecho de la UE. Numerosos Estados miembros eran de dicha opinión y, en consecuencia, reservaban a sus propios nacionales el acceso a la profesión de notario. La razón de esta exclusión de la función notarial de las libertades comunitarias radicaba en la estrecha conexión existente entre la finalidad del control notarial de la legalidad y los intereses generales del Estado. Descartado por el TJUE que el cuerpo de notarios realice actividades que impliquen el ejercicio del poder público, no cabe duda de que su actividad se incluye en el ámbito material de aplicación de las libertades de circulación de trabajadores, de establecimiento y de prestación de servicios.

No obstante, por lo que a la libertad de servicios se refiere, interesa centrar la atención en la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* (también conocida como «Directiva de servicios»⁶), Directiva que suprime las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que afectan especialmente al mercado interior de servicios y obliga a los Estados miembros a identificar y suprimir todos los obstáculos y limitaciones al acceso y ejercicio de la libertad de servicios. Sin embargo, el Tribunal Supremo silencia que el artículo 17.2 de la Directiva establece que la libre prestación de servicios «no se aplicará a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario».

Tras dichos pronunciamientos generales, analiza el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho cuarto, la primera de las infracciones de ley alegadas por el abogado del Estado. Frente a la alegación de que la escritura pública autorizada por un notario alemán carece de fuerza legal en España pues, entre otras razones, el notario alemán no está obligado a controlar aspecto alguno relativo a la titularidad y cargas, certificado del arquitecto y colaboración con las administraciones públicas en materia fiscal y de prevención de blanqueo, afirma el Tribunal Supremo, que dicho argumento «no se ajusta a la necesaria aplicación de las normas del Derecho Internacional español, en cuanto a la remisión a las mismas..., que conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplegar su natural eficacia el contrato de que se trate».

De este modo, el Tribunal Supremo confunde la norma de conflicto aplicable y prima la Ley reguladora de la forma de los contratos sobre la norma de conflicto que fija la ley aplicable a la propiedad y demás derechos reales, obviando cualquier análisis del problema de los efectos extraterritoriales de

un documento público extranjero y de su sustantividad, también regulada por nuestras normas de Derecho Internacional Privado.

En cuanto a la segunda de las infracciones invocadas por la Abogacía del Estado, relativa a los artículos 609, 1462 y 10.1 del Código Civil, así como al artículo 33 del RH, la sentencia considera que el artículo 11.1 del Código Civil recoge el principio *locus regit actum* y que esta norma conduce de modo natural a los artículos 609 y 1462 del Código Civil, que, junto con otros preceptos como el artículo 1095 del Código Civil, establecen en nuestro Derecho la conocida exigencia de título y modo para transmitir la propiedad. En definitiva, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el artículo 10.1 no constituye un impedimento para que el documento público alemán sea un título inscribible en el Registro de la Propiedad español. Así, si las partes no establecen lo contrario, se entenderá que la propiedad inmueble se ha transferido al otorgarse la escritura pública ante notario, sea alemán o español.

III. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD EN ESPAÑA

El Derecho de la Unión Europea tiene, por el momento, una incidencia nula en la regulación del derecho de propiedad en los Estados miembros. Así, el artículo 345 TFUE (antiguo art. 295 TCE) indica que los Tratados de la UE en nada afectan ni prejuzgan el régimen de la propiedad en los Estados miembros. Por tanto, mientras no se proceda a armonizar el Derecho de propiedad en la UE —cuestión altamente improbable en un futuro inmediato—, cada Estado miembro tiene libertad para establecer el régimen jurídico que estime más conveniente en relación con la propiedad y con su publicidad.

La prueba más reciente de la nula incidencia del Derecho de la UE sobre el régimen jurídico de la propiedad y su publicidad en los Estados miembros la encontramos en el Reglamento (UE) 650/2012, 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 europeo⁷. En el Considerando 18 se establece que: «*Los requisitos de la inscripción en un registro de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles se deben excluir del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Por consiguiente, debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el registro (para los bienes inmuebles, la *lex rei sitae*) el que determine en qué condiciones legales y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades, como registradores de la propiedad o notarios, se ocupan de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria*».

El artículo 10.1 del Código Civil establece que: *La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se registrarán*

por la Ley del lugar donde se hallen. De esta forma, circunscribe su ámbito de aplicación material a la duración, efectos y contenido del derecho real, así como a las condiciones de su adquisición, modificación, transmisión, pérdida y extinción o a la publicidad de los actos que afecten a los mismos. El inmueble objeto de la compraventa está situado en España, por lo que no cabe duda de que la transmisión de los derechos reales sobre el mismo se regirá por lo dispuesto en la ley española, siendo irrelevante lo que al respecto establezca la legislación alemana. Por lo tanto, de acuerdo con el Derecho Civil español, la propiedad se transmite *por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición* (art. 609 CC), puesto que el sistema traslativo del dominio en nuestro ordenamiento jurídico se ajusta al modelo del título y modo. Sin embargo, cuando la venta se hace en escritura pública no es precisa la entrega real del inmueble porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1462 del Código Civil, el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega (*traditio ficta*). Se plantea en este punto la duda sobre los requisitos o formalidades que debe cumplir este documento público para ser considerado equivalente a una escritura española y, en definitiva, acomodarse a su función de transmisión de la propiedad.

Esta cuestión no tiene nada que ver con la Ley aplicable a la forma de los actos, puesto que surge una vez que se ha determinado la Ley material aplicable al fondo del asunto y a la forma del acto jurídico en cuestión. Constituye una cuestión jurídica material y no conflictual. La Ley material reguladora del supuesto puede exigir que el acto jurídico conste en un documento público y se trata, simplemente, de decidir si tal exigencia queda satisfecha no solo con el otorgamiento de un documento público redactado por las autoridades del Estado cuya Ley material es aplicable, sino con el otorgamiento de un documento público por autoridades de otros Estados.

Este aspecto queda fuera del alcance del artículo 10.1 del Código Civil, aspecto este de gran importancia puesto que la aplicación de una u otra Ley estatal a la forma de cada concreto acto jurídico puede suponer que este sea considerado válido o nulo por motivos formales.

En nuestro ordenamiento jurídico, la norma general de Derecho Internacional Privado que regula la Ley aplicable a la forma de los actos es el artículo 11 del Código Civil. No obstante, a pesar de su pretendido carácter general, existen cuestiones relativas a la forma de los actos o aparentemente relacionadas con ella a las que el artículo 11 del Código Civil no resulta de aplicación. Así, el artículo 11 del Código Civil no regula la forma de las actuaciones procesales⁸, las formas de publicidad de los actos que acceden a Registros Oficiales⁹, las formalidades de los actos administrativos y de Derecho público¹⁰ o las formas habilitantes de los actos jurídicos¹¹.

Además, la aplicación del artículo 11 del Código Civil ha pasado de general a ciertamente residual, puesto que el alcance general de la norma también se ve limitado por la existencia de normas específicas aplicables a la forma de

determinados y concretos actos jurídicos. Es el caso de las cuestiones de forma relativas al tráfico inmobiliario, puesto que todas las cuestiones de forma relativas a los contratos internacionales sobre inmuebles se rigen por el artículo 11 del Reglamento Roma I¹², en cuyo apartado 5 se indica que: «*No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo*».

En cualquier caso, tanto el artículo 11 del Código Civil como el 9 del Convenio de Roma se limitan a regular la validez o eficacia de un contrato desde el punto de vista formal, pero no regulan la eficacia registral de un título, ni los requisitos que deben cumplir para tener acceso al Registro de la Propiedad español.

IV. EL ACCESO DEL DOCUMENTO PÚBLICO EXTRANJERO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD ESPAÑOL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Registro de la Propiedad español tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Concretamente, se inscribirán los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales o los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales. El debate que suscitan los hechos que dan lugar a la resolución comentada es el de saber si los documentos públicos otorgados ante fedatarios extranjeros pueden acceder al Registro de la Propiedad español, y en su caso, en qué condiciones. En definitiva, se trata de saber si cada vez que el Derecho español exige que un acto o contrato se otorgue en documento público o escritura pública, está exigiendo que se trate de documento intervenido por notario o funcionario español. En otras palabras, podría decirse que la cuestión estriba en decidir si la escritura pública extranjera produce en España el efecto de tipicidad, de modo que puede ser subsumida en la expresión escritura pública o documento público que emplean las normas del Derecho español.

El artículo 1216 del Código Civil indica que son documentos públicos «*los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*». Es obvio que este precepto, así como el artículo 1464.2 del Código Civil que regula la *ficta traditio* del inmueble, se refieren a los documentos autorizados por notarios españoles o por funcionarios

españoles, y que cuando aluden al otorgamiento de escritura pública se refiere implícitamente a la escritura pública española. Sin embargo, negar con base en estos preceptos el acceso al Registro español a los documentos públicos extranjeros es ampliar sin cobertura legal alguna el ámbito de aplicación de estas normas, pensadas y diseñadas exclusivamente para supuestos de tráfico meramente interno.

El TS así parece entenderlo, acogiendo con ello una interpretación que había sido admitida doctrinalmente con varios argumentos¹³. Así, si el legislador hubiera querido exigir el necesario otorgamiento de una escritura pública formalizada ante fedatario público español, lo hubiera exigido de manera expresa, como ha sucedido, por ejemplo, con el artículo 17.1 y 2 del Real Decreto 671/1992, de 2 de julio, sobre inversiones extranjeras en España (norma hoy derogada)¹⁴, o como parece que pretendía hacer en la propuesta de Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima que se elaboró en el seno de la Comisión General de Codificación y que no fue recogida en el Proyecto de Ley presentado en el Congreso según la cual se atribuía en exclusiva a los notarios y cónsules españoles la competencia para documentar determinados negocios (compraventa de buques españoles y constitución de hipoteca sobre buques españoles)¹⁵. Además, la apertura del Registro español a las escrituras formalizadas ante fedatarios extranjeros está en armonía con el principio general de eficacia registral en España de los documentos públicos extranjeros consagrado con carácter general en el artículo 36.1.º RH. En este sentido, la STS de 19 de junio de 2012 entiende que si el Registro español está abierto para escrituras y demás documentos públicos otorgados ante fedatarios extranjeros que satisfacen determinados requisitos de legalidad, también debe interpretarse que el concepto de documento público o escritura pública utilizado por la legislación española cubre los documentos públicos otorgados en el extranjero.

Antes de abordar el núcleo central de la cuestión, debe ponerse de manifiesto que la inscripción en el Registro de la Propiedad español carece de efectos constitutivos y es meramente voluntaria. Según el Derecho español, la inscripción en el Registro de la Propiedad español del documento público no es necesaria para que produzca la transmisión de la propiedad entre las partes, pero sí para que despliegue efectos reales frente a terceros. El artículo 1218 del Código Civil establece el efecto probatorio frente a terceros del documento público, en lo que a su otorgamiento, fecha e incluso declaraciones respecta. Pero excluye la eficacia real frente a terceros, que depende directamente de la inscripción registral.

2. REQUISITOS DE ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La necesidad, condiciones y efectos de la inscripción registral se determinan conforme a la ley española (art. 10.1 CC). Establecido lo anterior, la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad español por parte de los documentos públicos extranjeros está fuera de toda duda, puesto que el artículo 4 LH indica que: «*también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo 2, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Este artículo es desarrollado por el artículo 36 RH, según el cual: «*Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España*». De esta forma, si las partes pretenden que la escritura pública de transmisión de la propiedad del inmueble, otorgada por notario extranjero, acceda al Registro de la Propiedad español será necesario que tal documento cumpla los requisitos exigidos por la legislación notarial y registral. Así debe tratarse de un documento público, la autoridad extranjera que interviene en la autorización del documento público debe tener atribuciones similares a las que tiene el funcionario público español que autoriza un documento similar, el documento público debe ser auténtico y presentarse debidamente traducido y, finalmente, el acto contenido en el documento debe ser válido.

A) *El documento autorizado por el notario extranjero debe ser un documento público*

El documento extranjero debe ser público, esto es, debe haber sido autorizado por funcionario que sea titular de la función pública en el Estado al que pertenece y dé fe y controle la legalidad de los actos extrajudiciales¹⁶. Y debe, en consecuencia, ser un documento en cuya confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se ha otorgado para que el documento pueda ser considerado como documento público. No es necesario que la autoridad pública extranjera haya respetado las concretas formalidades exigidas por la legislación notarial española, puesto que esta normativa no es aplicable a los documentos expedidos por autoridades públicas extranjeras. Estos notarios están sometidos a su legislación notarial nacional y no a la normativa notarial española (*auctor regit actum*).

La intervención de una autoridad o funcionario público en la preparación del documento permite garantizar la identidad de los otorgantes y la fecha del acto, e inexcusablemente asegurar que el control de legalidad del acto en general

se lleva a cabo por un sujeto que tiene atribuida esta función¹⁷. La doctrina del TJUE excluye del concepto de documento público con eficacia extraterritorial ejecutiva los documentos en que el notario interviene con el único objeto de acreditar la veracidad de las firmas o el intercambio del consentimiento, y exige al notario una intervención más constitutiva del acto u fiscalizadora de las condiciones de legalidad¹⁸.

B) *Las funciones desarrolladas por el notario o funcionario público autorizante extranjero deben ser equivalentes a las desarrolladas por el notario español (equivalencia de funciones)*

El Derecho español no niega eficacia a los documentos públicos otorgados en el extranjero. Sin embargo, exige que el documento extranjero sea equivalente al documento público español. Es el conocido requisito de equivalencia de funciones y tiene consagración legal expresa, entre otros, en el artículo 97.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el que se establecen los requisitos que han de cumplir los documentos extrajudiciales extranjeros para su inscripción, estableciéndose, entre otros, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate. Y esto es necesario para poder afirmar una equivalencia de efectos jurídicos entre el documento público extranjero y el español. Únicamente cuando se ha acreditado tal equivalencia podrá considerarse que el documento redactado por autoridad extranjera es un documento público a los efectos de la aplicación de la Ley material española.

Se trata de una exigencia de notable importancia que merece ser objeto de un análisis detallado, máxime si tenemos en cuenta que nuestra doctrina científica se encuentra dividida. Precisamente por su carácter controvertido y discutible, sorprende la superficialidad con la que la sentencia del TS, de 19 de junio de 2012, elimina el debate jurídico y minimiza injustificadamente las exigencias de este principio.

En el Derecho notarial existe una clasificación de sistemas notariales que básicamente diferencia entre notariado latino y notariado sajón. La principal diferencia entre ambos estriba en el control de legalidad que ejercen los notarios latinos y la ausencia del mismo en el notariado sajón¹⁹. En los segundos, el notario se limita a constatar la capacidad de los intervinientes y la prestación del consentimiento, sin que exista control de legalidad alguno. Sin embargo, en los sistemas latinos existe un control de la legislación aplicada. En definitiva, se trata de verificar que el documento público extranjero es auténtico; y, en segundo lugar, que el documento público extranjero cumple con las mismas garantías de control de legalidad que un documento público español. Si el documento

otorgado ante fedatario extranjero satisface ese mismo nivel de control de legalidad, las normas españolas que exigen el otorgamiento de documento público verían cumplida su exigencia material. La *ratio* de la norma es respetada. En tal caso, no hay motivo para exigir que el documento público sea autorizado por fedatario español.

En el caso de los documentos públicos de compraventa de inmuebles sitos en España, los notarios españoles controlan los hechos relevantes, tales como la fecha, la identidad de los sujetos otorgantes, la autenticidad y vigencia de los poderes de representación empleados si el compareciente actúa como apoderado de un sujeto principal, etc. Junto a este control de la autenticidad del documento, los notarios españoles deben realizar un *juicio de legalidad civil* del negocio jurídico. La compraventa debe ser válida con arreglo a las leyes, españolas o extranjeras, que resulten aplicables a la misma conforme a las normas españolas de Derecho Internacional Privado. Así, el notario español debe comprobar que concurren los requisitos necesarios para la existencia válida de un contrato de compraventa establecidos por la Ley material que regula dicho contrato. Pero además, dentro de este juicio de legalidad civil, el notario debe controlar otros extremos como, por ejemplo, el de la titularidad del bien inmueble a favor del vendedor en el Registro de la Propiedad español, mediante el acceso, incluso telemático, a dicho Registro; la identificación de la finca, de modo que el notario debe contrastar los datos del Registro de la Propiedad y del Catastro; la acreditación y comprobación de las cargas o gravámenes jurídicos que pesan sobre la finca y que el adquirente debe conocer para que sus expectativas no queden defraudadas; la notificación inexcusable, en su caso, al arrendatario del bien inmueble; la exigencia del certificado del arquitecto en el caso de obra nueva. Y a todo ello debemos añadir el asesoramiento legal del notario a las partes, y en especial, al consumidor. En este sentido, el notario explica los derechos y deberes de los contratantes, así como el contenido del documento de compraventa y en su caso, préstamo hipotecario, y elimina de la redacción final las cláusulas antijurídicas que pudiera haber preparado alguna de las partes. Antes de la firma también el notario procede a la lectura del documento y a la explicación de su contenido fundamental y responde, en su caso, a las cuestiones planteadas por los contratantes y sus asesores. Este juicio de legalidad civil protege intereses particulares, tanto de las partes contratantes como de terceros.

Junto al juicio de legalidad civil, está el *juicio de legalidad pública* del negocio jurídico. El notario debe controlar la legalidad de los aspectos de Derecho Público vinculados al contrato de compraventa del inmueble. Destacan dos de ellos. En cuanto a los *aspectos fiscales*, el notario debe acreditar la correlación entre precio y valor y debe también impedir la evasión fiscal, así como retener parte del precio en concepto de impuestos debidos a la Hacienda española. A tal efecto, debe recordarse que solo los notarios españoles pueden colaborar con el fisco español a efectos de evitar fraudes fiscales. Y respecto de la vigilancia

y control del blanqueo de capitales, el notario debe comprobar que el pago del precio se produce de forma ajustada a Derecho mediante la entrega de dinero o efectos de procedencia legal y acreditada. Además, ha de cumplir con las exigencias de comunicación al Registro de Inversiones la información sobre las inversiones y exigir la declaración previa en las inversiones extranjeras en España cuando la titularidad de la inversión procede de un país calificado como paraíso fiscal. Y en el caso de adquisición por extranjero no ciudadano de un Estado miembro de la UE de inmuebles situados en cualquiera de los 1.560 municipios situados en áreas de interés estratégico, deberá exigir la acreditación de la previa autorización del Ministerio de Defensa²⁰. Este juicio de legalidad público protege intereses del Estado, tratando de colaborar con Hacienda y los poderes públicos en la lucha contra el fraude o el blanqueo de dinero.

Pues bien, en este punto un sector doctrinal entiende que si el documento público extranjero de compraventa de inmueble sito en España ha sido autorizado por fedatario extranjero que no ha realizado las mismas funciones que desarrolla un notario español cuando autoriza una escritura de venta de inmueble sito en España, tal documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa exigida por el Derecho español y, por tanto, no podrá considerarse como una escritura pública de compraventa susceptible de inscripción registral. El notario extranjero no puede realizar el mismo control que lleva a cabo un notario español porque no es un funcionario público español y no dispone de medios técnicos ni legales para practicar el control que sí realiza el notario español²¹. En ningún momento esta corriente doctrinal cuestiona la validez del contrato o la transmisión de la propiedad, puesto que, según ellos, las partes pueden compelerse a otorgar nueva escritura ante notario español si de inscribir en el Registro español se trata. Con esta tesis, los intereses de las partes, de terceros y de los poderes públicos quedan perfectamente salvaguardados en detrimento de la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

Pese a todo, no creemos que deba ser esta la interpretación que se tenga que dar a la exigencia de equivalencia de funciones, puesto que se estaría obligando a las partes a otorgar una segunda escritura pública para que el negocio jurídico produzca todos sus efectos. El TJUE ya se ha pronunciado sobre la necesidad de evitar la duplicidad de formas o condiciones exigidas por la legislación de los Estados miembros cuando esta es desproporcionada y no está justificada por razones de interés general²². Por otro lado, tampoco debe olvidarse que el artículo 57 del Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil reconoce al documento público otorgado en otro Estado miembro efectos ejecutivos, en principio de mayor alcance que los efectos registrales²³. Quedarían sin embargo por articular mecanismos que protegieran adecuadamente los intereses en presencia, tanto de terceros como de los poderes públicos y que fueran coherentes con las exigencias de integración del espacio

europeo²⁴. Una vía de solución pudiera ser el traslado del control del cumplimiento de estas condiciones a los registradores, de forma que un documento público que no ha cumplido todas estas condiciones no pueda acceder al Registro de la Propiedad, pero sin obligar a las partes a documentar doblemente el acto ante un notario español²⁵.

El principio de equivalencia de formas exige un documento equivalente, pero no idéntico. Es imposible que el documento notarial alemán sea idéntico al español en cuanto a estructura, menciones y protocolo puesto que el notario alemán aplica su legislación notarial y no la española (*auctor regit actum*).

C) *El documento público debe cumplir con los requisitos de autenticidad internacional (control de la autenticidad)*

El documento público extranjero debe venir acompañado de la legalización (art. 323.2.2.º LEC) o de trámite que lo sustituya, como la apostilla prevista en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. Con ello se garantiza la autenticidad de las firmas y de los sellos del documento, aspectos que la autoridad registral española no podría comprobar con arreglo a sus normas, y se evita el acceso de documentos falsos al Registro de la Propiedad español.

D) *El documento público extranjero debe estar traducido a lengua española oficial*

Según dispone el artículo 37.1.º RH, los documentos no redactados en idioma español podrán ser traducidos por la Oficina de Interpretación de Lenguas o por funcionarios competentes autorizados en virtud de leyes o convenios internacionales, y, en su caso, por un notario, que será quien responda de la fidelidad de la traducción. No obstante, pese al carácter obligatorio de la traducción, el artículo 37 RH *in fine* exime de tal exigencia si el registrador conociere el idioma extranjero de que se trate.

E) *El acto o negocio contenido en el documento público debe ser válido (control de legalidad del acto contenido en el documento)*

Solo acceden al Registro de la Propiedad español documentos que reflejen actos y negocios válidos. Esta validez legal debe controlarse mediante la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado españolas relativas a la capacidad, forma y fondo del negocio, ley que perfectamente puede ser una ley extranjera si así lo establecen las normas de conflictos españolas.

Así, en relación con los hechos que motivan la sentencia objeto de análisis, esto es, en relación con una escritura pública autorizada por notario alemán en Alemania y relativa a la compraventa de un inmueble sito en España, para que la compraventa sea válida las partes deben tener capacidad contractual, según sus leyes nacionales (art. 9.1 CC), la compraventa debe ser válida en cuanto al fondo, según disponga la ley que rige el contrato (arts. 3 y 4 del Reglamento Roma I) y la forma de dicho contrato debe ser la exigida por cualquiera de las leyes a las que remite el artículo 11 del Reglamento Roma I.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. No obstante, el artículo 36.2 RH facilita la prueba de la ley extranjera y exime de la utilización de estos medios cuando el registrador tuviera conocimiento privado de la legislación extranjera.

V. CONCLUSIONES

1. En la transmisión de bienes inmuebles no deben confundirse los aspectos reales y los contractuales de la misma. La cuestión debe centrarse en establecer las condiciones de validez del título (contrato de compraventa) conforme a la ley que rige el contrato y el modo de transmitir el derecho real. En el caso que aborda la sentencia comentada, el primero de los aspectos se regiría muy probablemente por el Derecho alemán (arts. 3 y 4 del entonces Convenio de Roma), mientras que el segundo quedaría sujeto al Derecho español (art. 10.1 CC).

2. La transmisión de la propiedad de un inmueble situado en España se rige por la ley española, lo que implica que salvo que las partes dispongan lo contrario, la transmisión de la propiedad entre las partes tiene lugar con el otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 CC). Esta función traslativa del dominio puede ser cumplida por un documento público otorgado tanto ante un notario español como ante uno extranjero.

3. El documento público extranjero tendrá acceso al Registro de la Propiedad español si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 36 RH. Esto es, debe tratarse de un documento público, la autoridad extranjera que interviene en la autorización del documento público debe tener atribuciones similares a las que tiene el funcionario público español que autoriza un documento similar, el documento público debe ser auténtico y presentarse debidamente traducido y, finalmente, el acto contenido en el documento debe ser válido.

4. Corresponde al Registrador de la Propiedad el verificar si se cumplen las condiciones para que el documento público extranjero pueda ser inscrito en el Registro español.

5. El hecho de que un notario español deba aplicar a la formalización de un documento público la legislación española (*auctor regit actum*) no significa que cuando un acto se encuentra sometido a la ley española en cuanto a la forma deba ser otorgado ante notario español.

NOTAS

¹ Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005.

² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2006.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), de 22 de noviembre de 2006.

⁴ Como apunta SÁNCHEZ LORENZO, S. («La eficacia extraterritorial de las escrituras públicas de compraventa de inmueble otorgadas ante notario extranjero a la luz de la doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *La Ley*, núm. 6425, de 20 de febrero de 2006), los efectos del documento público extranjero pueden clasificarse en la eficacia probatoria del documento en juicio (art. 323 LEC), efectos ejecutivos (art. 57 del Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) y efectos registrales (aptitud como título para practicar una inscripción registral, regulada en los arts. 4 LH y 36 a 38 RH).

⁵ STJUE, de 24 de mayo de 2011, en los recursos por incumplimiento, en los asuntos C-47/08 (Comisión/Bélgica), C-50/08 (Comisión/Francia), C-51/08 (Comisión/Luxemburgo), C-53/08 (Comisión/Austria), C-54/08 (Comisión/Alemania) y C-61/08 (Comisión/Grecia), y de 1 de diciembre de 2011, en el asunto C-157/09 (Comisión/Países Bajos).

⁶ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁷ DOUE de 27 de julio de 2012, L 201/107.

⁸ Las cuestiones relativas a las formas de los actos procesales nada tienen que ver con la forma de los actos jurídicos de carácter privado. En ámbito de un procedimiento judicial es norma generalmente aceptada por los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que el proceso se rige por la Ley del país ante cuyos tribunales se desenvuelve el proceso (*lex fori regit processum*, axioma jurídico recogido en el art. 3 LEC). Tomando esta máxima como punto de partida, se concluye que la forma de las actuaciones procesales seguidas ante nuestros tribunales queda sujeta a la Ley procesal española.

⁹ Los Registros Oficiales son Registros públicos y, por lo tanto, su funcionamiento está regulado por normas de Derecho Administrativo del Estado del que depende el Registro. En consecuencia, las formas de publicidad que ofrecen los Registros públicos, los documentos que pueden acceder a tales registros, el modo en el que las inscripciones se practican, el acceso a la información que brindan tales Registros, etc., son cuestiones reguladas por la Ley del Estado del que depende el Registro.

¹⁰ Estos actos se rigen por el Derecho Administrativo del Estado del que depende el órgano que los dicta.

¹¹ Son aquellas normas que para que un acto pueda ser considerado válido imponen la forzosa intervención de una autoridad pública, cuya función sería completar o suplir la capacidad de algún sujeto en particular. Es el caso de la preceptiva autorización judicial que el tutor precisa para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o para enajenar o gravar bienes inmuebles (art. 271 CC). Son cuestiones reguladas con carácter general en el artículo 9.1 del Código Civil, puesto que no inciden en la forma del acto jurídico sino en la capacidad del sujeto.

¹² Reglamento (CE) número 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *DOUE*, Ley 177 de 4 de julio de 2008.

¹³ Vid. *Inter alios*: AÑOVEROS TERRADAS, B., «Effects in Spain of a deed of sale and Purchase of a Property, Located in Spain, Authorised by a German Notary Public», en *Yearbook Private International Law*, 2005, vol. 7, págs. 277-282; ARENAS GARCÍA, R., «Denegación de la inscripción de un documento en el Registro de la Propiedad español por el hecho de ser extranjero», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, vol. V, págs. 337-349; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «*Traditio* y escritura pública (Reflexión crítica a propósito de la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005)», en *La Ley*, núm. 6322, de 20 de septiembre de 2005, D-208, vol. 4, págs. 1585-1589; HEREDIA CERVANTES, I., «Comentario a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 70 (enero/abril), págs. 122-138; SÁNCHEZ LORENZO, S., *La eficacia registral de las escrituras públicas...*, págs. 1-14.

¹⁴ BLANCO-MORALES LIMONES, P., «Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura autorizada por notario alemán: Comentario a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 19 de junio de 2012», en *La Ley*, núm. 7940, Sección Doctrina, de 9 de octubre de 2012.

¹⁵ Vid. el texto del proyecto en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, núm. 111-1, de 10 de noviembre de 2006.

¹⁶ El TJUE en las sentencias de 24 de mayo de 2011 en los recursos por incumplimiento, en los asuntos C-47/08 (Comisión/Bélgica), C-50/08 (Comisión/Francia), C-51/08 (Comisión/Luxemburgo), C-53/08 (Comisión/Austria), C-54/08 (Comisión/Alemania) y C-61/08 (Comisión/Grecia), así como en la sentencia de 1 de diciembre de 2011, en el asunto C-157/09 (Comisión/Países Bajos) además de anular el requisito de nacionalidad para el ejercicio de la profesión de notario, recalca que el elemento esencial del acto auténtico es la intervención de una autoridad pública o de cualquier otra autoridad habilitada por el Estado y subraya que la obligación de los notarios de autenticar un acto o contrato es «*garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares*», lo que responde a un objetivo de interés general. No obstante, el hecho de actuar en aras de un objetivo de interés general no basta por sí mismo para considerar que una actividad concreta está directa y específicamente relacionada con el ejercicio del poder público.

¹⁷ El TJUE en su sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-269/1997, *Unibank* establece que «*un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del Derecho del Estado de origen, cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por dicho Estado, no constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica*».

¹⁸ STJUE de 17 de junio de 1999, asunto C-269/1997, *Unibank*.

¹⁹ Sobre esta clasificación y sus efectos, PAZ-ARES, C., *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1995, págs. 85 y sigs.

²⁰ BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Del cándido europeísmo al turismo documental...*

²¹ En este sentido: BLANCO-MORALES LIMONES, P., *Del cándido europeísmo al turismo documental...* CALVO-CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2011, vol. I, pág. 592.

²² STJUE de 1 de diciembre de 1998, Asunto C-410/2006, *Ambry*; o STJUE de 7 de diciembre de 2004, Asunto C-189/2003, *Comisión c. Países Bajos*, entre otras.

²³ SÁNCHEZ LORENZO, S., *La eficacia extraterritorial (...)*.

²⁴ Los intereses de las partes contratantes no son objeto de tan especial protección, puesto que la elección de un notario extranjero puede implicar una renuncia tácita a los mismos y, salvo las precisiones que son necesarias en contratos de en el que una de las partes tiene la condición de consumidor, la autonomía de la voluntad de las partes debe prevalecer.

²⁵ En este sentido, ARENAS GARCÍA, R., *Deneg. Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 2005*.

La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca del matrimonio entre personas del mismo sexo

The position of the European Court of Human Rights on same-sex marriage

por

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

RESUMEN: Por sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional español ha resuelto a favor de la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se reforma la regulación del matrimonio en el Código Civil español y se posibilita su celebración entre personas del mismo sexo. Esta materia había sido ya objeto de controversia en diversos países y su tratamiento legal y judicial dio lugar incluso a algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en especial, la sentencia de 24 de junio de 2010, asunto *Schalk and Kopf v. Austria*), que había tenido que examinar si las normas estatales que circunscribían el matrimonio al celebrado entre personas de distinto sexo resultaban o no acordes al derecho a la vida privada y familiar, al derecho a contraer matrimonio y al derecho a la igualdad reconocidos a toda persona, respectivamente, en los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El presente artículo pretende analizar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de derecho a contraer matrimonio, cuyo interés para el jurista español reside en que el Tribunal Constitucional ha tenido que abordar dos cuestiones que habían sido previamente analizadas y resueltas por aquel Tribunal: la necesidad de una interpretación evolutiva de la institución garantizada y del derecho fundamental a contraer matrimonio, y la existencia o no dentro de los márgenes de la Constitución (en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del convenio) de formas alternativas de otorgar protección a las parejas del mismo sexo.

ABSTRACT: In Judgement 198/2012 of 6 November, the Spanish Constitutional Court ruled in favour of the constitutionality of Spanish Act 13/2005 of 1 July revising marriage regulations under the Spanish Civil Code and enabling the marriage of persons of the same sex. This issue had already engendered controversy in various countries, and its treatment in law and in the courts had even given rise to a number of pronouncements by the European Court of Human Rights (especially the ECHR's Judgment of 24 June 2010, on Schalk and Kopf v. Austria). It had fallen to the ECHR to decide whether national rules circumscribing matrimony to the marriage of persons of different sexes was or was not in accordance with the right to private and family life, the right to marry and the right to equality, which are recognized as rights belonging to all people in articles 8, 12 and 14, respectively, of the European Convention on Human Rights.

This article looks at ECHR case-law concerning the right to marry. The issue is of interest to Spanish legal scholars, because the Spanish Constitutional Court has already had to tackle two issues previously examined and decided on by the ECHR: the need to take evolution into consideration when interpreting marriage and the fundamental right to marry, and the existence or non-existence of alternative ways to protect same-sex partners within the bounds of the Constitution (or, in the case of the European Court of Human Rights, within the bounds of the Convention).

PALABRAS CLAVE: Matrimonio homosexual. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Principio de no discriminación.

KEY WORDS: *Homosexual marriage. European Court of Human Rights. Rule of non-discrimination.*

SUMARIO: I. LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN PROBLEMA ENQUISTADO.—II. LA SENTENCIA SCHALK AND KOPF CON-

TRA AUSTRIA.—III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO: 1. LA HETEROSEXUALIDAD DEL MATRIMONIO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE TRANSEXUALIDAD. 2. MATRIMONIO, VIDA FAMILIAR Y DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA: A) *Convivencia homosexual y vida familiar*. B) *Convivencia homosexual y derecho a fundar una familia: la desvinculación del matrimonio y la procreación*. C) *Matrimonio, sexo institucionalizado y procreación*. 3. EVOLUTIVIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO. 4. DE LA TOLERANCIA A LA IMPOSICIÓN: LA DOCTRINA DEL CONSENSO EUROPEO.— IV. MATRIMONIO HOMOSEXUAL O DISCRIMINACIÓN: UNA FALSA DISYUNTIVA: 1. ¿ES DISCRIMINATORIO NO ADMITIR LEGALMENTE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL? 2. ¿ES DISCRIMINATORIO NO CONTEMPLAR LEGALMENTE UNA VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN?

I. LA SOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE UN PROBLEMA ENQUISTADO

Si hay una materia dentro del Derecho de Familia capaz de suscitar las más enconadas polémicas no solo en la doctrina científica sino también en la clase política y, por extensión, en la sociedad misma, esa ha sido la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo. Más allá de consideraciones morales, que no procede ahora examinar, el llamado matrimonio homosexual se erige en la atalaya desde la cual analizar un buen número de cuestiones propiamente jurídicas.

Sin pretensión de exhaustividad, enumero algunas materias que se vieron involucradas con la admisión de esta figura: el papel que desempeña el libre desarrollo de la personalidad en materia matrimonial y familiar; el juego del principio de igualdad y proscripción de toda discriminación al establecer los límites a la capacidad de contraer matrimonio; el margen de actuación del legislador ordinario sobre instituciones constitucionalmente recogidas y sobre las que se construyen derechos fundamentales; la reconocibilidad social de instituciones jurídicas y los como poco inciertos —sino discrecionales— criterios que sirven traducir en términos jurídicos los cambios sociológicos; la dialéctica de confrontación o coexistencia entre el interés individual y el interés público al regular el matrimonio y la familia, etc.

En el origen de la reforma legal del año 2005 estuvo el deseo del legislador de adecuar la institución del matrimonio a la realidad social española y de poner fin a una discriminación secular. Este último objetivo, que quedó plasmado con claridad meridiana en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio¹, había sido el argumento clásico esgrimido por los partidarios de la admisión del matrimonio homosexual² y constituía una manera de legitimar estas uniones mediante el recurso a un principio, el de igualdad, con el que

resultaba (y resulta) muy difícil disentir, por el riesgo implícito para el crítico de ser inmediatamente encasillado en el papel de intolerante.

Este enfoque del problema no es exclusivo del Derecho español, pues ha sido empleado también en otros países de nuestro entorno cultural y jurídico. Así por ejemplo, el principio de igualdad y la proscripción de discriminaciones en materia matrimonial estuvo en la base de la reforma legal acaecida tanto en Bélgica (mediante la Ley de 13 de febrero de 2003, por la que se abría el matrimonio a las personas del mismo sexo y se modificaban ciertos artículos del Código Civil belga), sin que la Cour d'arbitrage belga manifestara expresamente en su Arrêt número 159/2004, de 20 de octubre de 2004, que la situación legal anterior había sido discriminatoria, como en Alemania (mediante la Ley de 16 de febrero de 2001, de uniones convivenciales registradas), respecto de la cual la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 17 de julio de 2002, señaló en su parágrafo 98 que la protección constitucional del matrimonio no implicaba un mandato de discriminar o perjudicar otras formas de vida en común, de modo que la ley, pese a no abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, se erigía precisamente en el cauce para evitar toda posible discriminación.

La hipotética discriminación (y consiguiente inconstitucionalidad) de la normativa del Código Civil fue rechazada, en cambio, por el Tribunal Constitucional portugués, en su sentencia 121/2010, de 8 de abril de 2010 (y ya antes en su sentencia 359/2009, de 9 de julio de 2009), al entender que la aprobación de la ley discutida no derivaba de una imposición constitucional de igualdad, lo cual no obstaba a que resultase constitucionalmente legítima la regulación por el legislador ordinario del matrimonio homosexual. También fue desestimada la inconstitucionalidad de la normativa civil del matrimonio por la Corte Costituzionale italiana en su sentencia 138/2010, de 15 de abril de 2010, y por el Conseil Constitutionnel francés en su Arrêt de 28 de enero de 2011 (asunto *Mme Corinne C. et autre*), con base este último en la diferencia entre la situación de las parejas del mismo sexo y las parejas integradas por un hombre y una mujer, que podría justificar una diferencia de trato en cuanto al acceso al matrimonio, el cual quedaría circunscrito a la unión de un hombre con una mujer (Considerando 9.º)³.

Por su parte, los detractores de la reforma entendieron que la admisión del vínculo conyugal entre personas del mismo sexo suponía una auténtica redefinición del concepto de matrimonio, así como un atentado contra la garantía institucional presente en el artículo 32 CE y contra el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, lo que llevó en su momento a una parte importante de la doctrina a cuestionar si el cauce seguido para la reforma había sido el adecuado⁴.

Enquistado durante más de siete años el problema de si la reforma del ámbito subjetivo del matrimonio se adecuaba o no a la Constitución, la cuestión ha

sido resuelta por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad número 6864/2005 interpuesto en su día contra la Ley 13/2005, de 1 de julio.

En el presente trabajo no pretendo realizar un comentario exhaustivo del contenido de tan relevante sentencia, pues ello excedería con mucho el espacio habilitado para un artículo como este. Mi intención, por el contrario, es plantear el tratamiento del derecho a contraer matrimonio por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en su interpretación de un texto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), vinculante para España y que a tenor del artículo 10.2 de la Constitución tiene un carácter decisivo a la hora de interpretar los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidas en nuestra Carta Magna.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo presenta gran interés, en la medida que el propio Tribunal Constitucional, a la hora de fundamentar su pronunciamiento, va a abordar dos cuestiones que habían sido previamente tenidas en consideración por dicho tribunal europeo: de un lado, la necesidad de una interpretación evolutiva de la institución constitucionalmente garantizada y del derecho fundamental a contraer matrimonio⁵; de otro lado, la existencia o no dentro de los márgenes de la Constitución de formas alternativas de otorgar protección a las parejas del mismo sexo⁶.

A ello tenemos que añadir que el propio Tribunal Constitucional reconoce, con base en diversas sentencias anteriores, que su interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas no puede de ninguna manera prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. A juicio del Tribunal, «la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva» (Fundamento Jurídico 9.º, párrafo 2.º), afirmación que, formulada con carácter general, puede resultar discutible, pero que se entiende mejor si tenemos en cuenta el valor que el Tribunal de Estrasburgo atribuye a la evolución social, legal e institucional en materia de derechos humanos y la necesidad de ofrecer un marco único y coordinado en la protección de tales derechos.

En consecuencia, la vinculación argumentativa y la mención expresa en numerosas ocasiones de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, hacen que resulte interesante conocer la jurisprudencia de dicho Tribunal sobre el matrimonio y que las críticas o dudas que esta suscite se trasladen a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

II. LA SENTENCIA SCHALK AND KOPF CONTRA AUSTRIA

La polémica en torno a la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo fue directamente abordada por la Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 24 de junio de 2010 (*asunto Schalk and Kopf v. Austria*).

El supuesto que da origen a la sentencia arranca con la oposición de una pareja de varones al artículo 44 del Código Civil austríaco, según el cual: «El contrato matrimonial es la base de las relaciones familiares. Por el contrato matrimonial, dos personas del sexo opuesto declaran su propósito legítimo de vivir juntas en matrimonio indisoluble, engendrar y criar a los hijos y apoyarse mutuamente». Con el fin de ofrecer a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal para el reconocimiento y para la concesión de efectos a su relación, Austria aprobó la Ley de parejas registradas número 135/2009, que entró en vigor el 1 de enero de 2010. Dicha ley, orientada únicamente a las uniones registradas de parejas del mismo sexo, buscaba atribuir a sus miembros la misma situación legal que a los esposos en diversos ámbitos jurídicos, sin perjuicio de la subsistencia de ciertas diferencias respecto del matrimonio, principalmente referidas al acceso a la paternidad, viéndose así excluidos tanto de la adopción conjunta como de la adopción de los hijos del otro conviviente, a lo que cabría añadir la negativa al acceso a la inseminación artificial.

Como consecuencia de ello, los demandantes plantearon ante el Tribunal Constitucional austríaco un recurso en el que invocaban «que la imposibilidad legal para ellos de contraer matrimonio constituía una violación de su derecho al respeto de su vida privada y de su vida familiar y del principio de no discriminación». En su argumentación, defendían la existencia de una evolución en la noción de matrimonio y, en particular, sostenían que «la procreación y la educación de los hijos no constituyen ya parte esencial del matrimonio que, en la percepción actual, es una unión permanente que afecta a todos los aspectos de la vida» (*Schalk, parágrafo 11*). En consecuencia, impedir el acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio carecía, en su opinión, de una justificación razonable y constituía una vulneración de la Constitución austríaca y del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Rechazado el recurso por el Tribunal Constitucional austríaco, la cuestión llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que va a acoger solo parcialmente sus argumentos, aunque desestimándolos sin embargo en lo principal. Así, el Tribunal de Estrasburgo rechazó que la interpretación vigente del derecho a contraer matrimonio imponga a los Estados firmantes del convenio el deber de modificar su legislación interna con el fin de admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Y, por otra parte, negó la existencia de discriminación por parte de la legislación austríaca al abordar el tratamiento legal de la convivencia entre personas del mismo sexo.

Planteado recurso por los demandantes, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reunida el 22 de noviembre de 2010, lo rechazó, convirtiéndose así en definitiva (en virtud del art. 44 del CEDH) la decisión dictada en su día por la Primera Sección del Tribunal⁷.

III. EL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

Señala el artículo 12 del CEDH que: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

En la demanda de la que trae causa la sentencia dictada en el *asunto Schalk*, los dos varones reclamantes invocaron la existencia de una presunta vulneración del derecho a contraer matrimonio contemplado en el citado artículo 12. Para comprender mejor la respuesta ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo a la reclamación formulada, merece la pena detenerse un momento a examinar qué venía entendiendo por matrimonio dicho órgano judicial.

1. LA HETEROSEXUALIDAD DEL MATRIMONIO EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE TRANSEXUALIDAD

Uno de los argumentos invocados por los demandantes en el caso controvertido consistía en que de la redacción del artículo 12 del CEDH no se deduce necesariamente «que un hombre solo pueda casarse con una mujer, y viceversa» (*Schalk*, *parágrafo 55*). Se planteaba, por tanto, que ese derecho al matrimonio pudiera predicarse de dos hombres o de dos mujeres, lo que a la postre era tanto como refutar que la diversidad sexual de los cónyuges fuera un elemento esencial del derecho a contraer matrimonio. De mantenerse la exigencia de diversidad sexual, el matrimonio entre personas del mismo sexo y las legislaciones que lo permitiesen no tendrían aparentemente cabida dentro del convenio. En cambio, en caso de rechazarse la necesaria heterosexualidad de la unión matrimonial, habría que determinar las consecuencias jurídicas de la inexigibilidad de tal requisito dentro del artículo 12 del CEDH, consecuencias que los demandantes cifraban en garantizar a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y en obligar a los Estados miembros a proporcionar este acceso en sus leyes nacionales.

A la hora de cuestionar la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio, los reclamantes se amparaban en una lectura del precepto basada en un literalismo interesado: puesto que el precepto convencional no habla en ningún momento del derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio «entre sí», el precepto estaría reconociendo a hombres y mujeres el *ius connubii*, sin

pretender especificar el sexo de la persona con la cual cada hombre o mujer podría contraer matrimonio.

Ante la debilidad de tal argumento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contestó que, aunque una interpretación aislada del precepto podría no excluir dicha comprensión del mismo, su interpretación sistemática⁸ en el conjunto del Convenio (en el que, por contraposición, todos los demás artículos sustantivos otorgan derechos y libertades a «toda persona» o establecen que «nadie» podrá ser sometido a determinadas clases de tratos prohibidos) permite concluir que la elección de los términos hombre y mujer es deliberada (*Schalk, párrafo 55*), en la medida que se atribuye el derecho con un carácter correlativo⁹. Conclusión a la que se llegaría no solo por aplicación del canon sistemático, sino también del canon histórico, esto es, acudiendo a una interpretación del artículo en su contexto histórico¹⁰, en el que el matrimonio estaba indudablemente referido a los vínculos instaurados entre personas de diferente sexo¹¹. En definitiva, como se afirmara en la Decisión del TEDH, de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*, «si bien es cierto que hay un número de Estados contratantes que han extendido el matrimonio a parejas del mismo sexo, esto refleja su propia visión del papel del matrimonio en sus sociedades y no, *tal vez por desgracia para muchos*, deriva de una interpretación del derecho fundamental según lo establecido por los Estados contratantes en la Convención de 1950» (la cursiva es mía).

En efecto, la exigencia de diversidad sexual en el derecho a contraer matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH venía siendo sostenida reiteradamente por el TEDH. Buena muestra de ello es la jurisprudencia del Tribunal en materia de transexualidad, donde, pese al giro copernicano acontecido en el año 2002, se mantiene incólume la exigencia de heterosexualidad para el matrimonio del transexual, si bien con la precisión de que este no se realizará ya según su sexo biológico sino de conformidad con su nuevo sexo registral. Merece la pena detenerse un momento en esta materia, que no siempre ha sido bien entendida por la doctrina¹² y que, como veremos más adelante, tampoco parece haberlo sido por nuestro Tribunal Constitucional.

En el último cuarto del pasado siglo fueron diversos los casos de personas transexuales que llegaron a conocimiento del Tribunal de Estrasburgo, invocándose en todos ellos la vulneración del derecho a la vida privada recogido en el artículo 8 del CEDH y en algunos de ellos la violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12. En cuanto a esta última cuestión, que es la que aquí interesa analizar, en la sentencia de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees v. Reino Unido*, el TEDH señaló que el artículo 12, al garantizar el derecho a contraer matrimonio, se refería «al matrimonio tradicional entre dos personas de distinto sexo biológico», deduciéndose claramente de su redacción que la finalidad que se persigue con ello «es principalmente proteger el matrimonio como fundamento de la familia» (*Rees, párrafo 49*). De este modo, el Rei-

no Unido no vulneraba el artículo 12 del CEDH ni afectaba a la esencia del derecho a contraer matrimonio cuando impedía el matrimonio del transexual de conformidad con el nuevo sexo adquirido ya que, de admitirse, estarían celebrando el matrimonio dos personas del mismo sexo biológico, único a tener en cuenta a tales efectos.

Pocos años más tarde, el TEDH dicta la sentencia de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*, en la que se insiste que mantener el concepto tradicional de matrimonio sería «un motivo suficiente para continuar aplicando criterios biológicos para determinar el sexo de una persona a efectos de contraer matrimonio» (*Cossey*, *parágrafo 46*). Decisión que, en lo relativo a la inexistencia de vulneración del artículo 12 del CEDH, contó con la oposición de cuatro jueces, destacando la extensísima y fundamentada opinión disidente del juez Martens, en la que se señalaba que con su decisión, el TEDH habría legitimado el impedimento legal puesto por el Reino Unido al matrimonio de personas que no sean de sexo biológico diferente, lo que vendría a reducir el derecho a contraer matrimonio —garantizado también a estas personas— a un grado tal que se encontraría afectado en su esencia¹³. Por su parte, los otros tres jueces discrepantes señalaron también que la decisión finalmente adoptada por la mayoría privaba a la demandante de toda posibilidad de contraer matrimonio, pues no podría ni psicológica ni físicamente casarse con una mujer y, de hacerlo, habría dudas acerca de la validez de tal matrimonio¹⁴, todo lo cual pondría de manifiesto una afectación de la esencia de su derecho a contraer matrimonio.

La materia controvertida no pudo ser nuevamente examinada en la sentencia de 25 de marzo de 1992, *asunto B. v. Francia*, pese a que el motivo que llevaba a un transexual a pretender el cambio registral de sexo era precisamente su deseo de contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico. La razón de tal omisión fue que la Comisión Europea de Derechos Humanos había declarado admisible la demanda el 13 de febrero de 1990, con la excepción de la queja basada en el artículo 12, rechazada por entender que no se habían agotado los recursos internos en Francia¹⁵.

Será en la sentencia de 30 de julio de 1998, *asunto Sheffield and Horsham v. Reino Unido*, donde el TEDH recuerde de nuevo que «al garantizar el derecho a casarse, el artículo 12 atañe al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico distinto», desprendiéndose de su redacción «que el fin perseguido consiste esencialmente en proteger el matrimonio como fundamento de la familia». Por tanto, sostiene de nuevo que mantener por parte del Reino Unido el sexo biológico de la persona como criterio determinante a efectos de contraer matrimonio no constituye una violación del artículo 12 del CEDH, por no suponer una limitación que restrinja o reduzca el derecho «de una manera o a un grado que lo alcanzaran en la sustancia misma» (*Sheffield and Horsham*, *parágrafo 66*).

Esta sentencia fue dictada con la aprobación de una mayoría (18 contra 2) superior incluso a la existente en el *asunto Cossey*, lo que consolidaba notablemente la jurisprudencia del TEDH en su interpretación del artículo 12 del CEDH en casos de transexualidad. Pese a todo, esta posición mayoritaria del TEDH contó con la opinión disidente del juez Van Dijk (cuyo análisis fue compartido por el juez Wildhaber en su Declaración) para quien, puesto que el artículo 8 del CEDH «exige un reconocimiento jurídico de los cambios de sexo obtenidos por vía quirúrgica, las demandantes deben ser consideradas en el plano jurídico, incluso para aplicar el artículo 12, como personas del sexo que han escogido».

Para el juez Van Dijk, no podía servir como pretexto el que, pese a todo, se autorizase a las demandantes (hombres que se habían transformado en mujeres) a casarse con mujeres, por no ser esto último lo deseado y porque además «no están (o ya no están) en la mejor situación —psicológica o físicamente— para casarse con mujeres». Por todo ello entendía que «negar en términos absolutos a los transexuales operados el derecho a casarse con una persona del antiguo sexo cuando casarse con una persona de su nuevo sexo ya no representa para ellos una opción aceptable, excluiría a los interesados de cualquier matrimonio. Puesto que ninguna restricción de un derecho o de una libertad consagrados por el convenio puede afectar a la sustancia de este derecho o de esta libertad (...), conviene concluir que una denegación tan absoluta excede el margen de apreciación de los Estados», incluso aunque ese margen pudiese ser más amplio por no existir un punto de vista común suficiente entre los Estados acerca del reconocimiento de los matrimonios entre transexuales operados quirúrgicamente y personas de su antiguo sexo.

La citada opinión disidente resulta además interesante por plantearse en ella, aun cuando de manera incidental, las consecuencias que para los homosexuales tenía la presunción, seguida reiteradamente por el TEDH, de que el artículo 12 aludía al matrimonio entre personas del sexo opuesto. Interpretación que llevaría a la «lamentable consecuencia de privar a los homosexuales de un derecho consagrado por el convenio o como poco de convertir este derecho en ilusorio para ellos».

Pese a todos los precedentes descritos, el TEDH revisó con posterioridad su jurisprudencia y acogió los planteamientos que latían en buena parte de los votos disidentes formulados frente a las sentencias anteriores. El cambio de doctrina se produjo en las sentencias de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido* (ambas dictadas por la Gran Sala), con base en «la existencia de elementos claros e indiscutibles que muestren [mostraban] una tendencia internacional continua, no solamente hacia una creciente aceptación social de los transexuales, sino también hacia el reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de los transexuales operados» (*I. v. Reino Unido*, párrafo 67)¹⁶.

En estas sentencias el TEDH admite por unanimidad la existencia de una violación del artículo 12 del CEDH por parte de la legislación inglesa al no admitir el matrimonio del transexual de conformidad con el nuevo sexo adqui-

rído y constatado registralmente¹⁷. En opinión del Tribunal, cuando el derecho interno admite, a efectos del matrimonio, únicamente el sexo registrado al nacer, impone una limitación que vulnera la sustancia misma del derecho a casarse. Percepción que no se ve afectada por el hecho de que, conforme a la Ley, siga permitiéndose a los transexuales casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo, pues dicha afirmación resulta artificial, ya que la demandante llevaba una vida de mujer y, como tal, quería casarse con un hombre. El Tribunal entendió que al no otorgársele esa posibilidad se le estaba privando de su derecho a casarse, por lo que existía una vulneración de la sustancia misma del derecho a contraer matrimonio (*I. v. Reino Unido*, parágrafo 83).

En definitiva, corresponde al Estado contratante determinar las condiciones que debe reunir el transexual para el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual. Ahora bien, como afirma CASADEVALL, «una vez legalmente reconocida, no puede ser objeto de ninguna limitación en el ejercicio de los derechos reconocidos por el convenio, en este caso el de contraer matrimonio»¹⁸.

Tras estas sentencias, se puede afirmar que el sexo biológico, sobre el que se inspiraba el concepto tradicional de matrimonio, deja de ser el determinante a la hora de ejercitar el derecho a contraer del artículo 12 del CEDH. Sin embargo, semejante afirmación no significa un abandono de la visión heterosexual del matrimonio y difícilmente puede ser interpretado como un paso en pro del reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Antes bien, podemos afirmar que en las sentencias dictadas en los *asuntos Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido*, el Tribunal sostiene una visión plenamente heterosexual del matrimonio¹⁹.

Así se desprende de un doble orden de consideraciones, tenidas en cuenta por el Tribunal: 1) la sentencia proclama la obligación de reconocer jurídicamente el cambio de sexo y la subsiguiente posibilidad de contraer matrimonio según el nuevo sexo registral y, por tanto, con persona de sexo diferente; 2) la sentencia «considera artificial afirmar que a las personas que han sufrido una intervención de cambio de sexo no se les priva del derecho a casarse ya que, conforme a la Ley, sigue permitiéndoseles casarse con una persona del sexo opuesto a su antiguo sexo». Al realizar semejante afirmación, el Tribunal presupone que el hombre convertido en mujer, que actúa y se relaciona como tal, querrá casarse con un hombre (con quien civilmente tiene diversidad sexual actual), no con una mujer (con quien civilmente tenía diversidad sexual originaria), de manera que al permitirle contraer matrimonio solo según su sexo biológico se estaría vulnerando la sustancia misma de su derecho a casarse (*I. v. Reino Unido*, parágrafo 83). Esto es, el Tribunal entiende que el matrimonio es heterosexual y proclama que para respetar esa diversidad sexual hay que atender al sexo registral actual y no al sexo registral originario, derivado del dato biológico²⁰.

Esta misma interpretación se deduce de la propia sentencia *Schalk and Kopf v. Austria*, en la cual se afirma, con base en las alegaciones formuladas por el

Gobierno tercero (el del Reino Unido), que el asunto que en ella se resuelve es diferente al caso abordado en *Christine Goodwin*, por versar este último sobre el matrimonio entre los miembros de una pareja de distinto género, con la particularidad de no definirse este por criterios puramente biológicos (*Schalk*, parágrafos 59 y, por remisión, 46).

Por todo lo anterior, llama poderosamente la atención que el Tribunal Constitucional español invoque en el Fundamento Jurídico 9.º de su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de matrimonio de los transexuales como precedente de la sentencia dictada en materia de derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo en el asunto *Schalk y Kopf v. Austria*. Resulta curioso que el Tribunal Constitucional trate el matrimonio del transexual dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues ello significa negar la eficacia civil del cambio registral de sexo, volver a la doctrina ya superada de la ficción de mujer o ficción de varón a efectos civiles (doctrina sostenida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias de los años ochenta) y contradecir la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a raíz de los asuntos *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I v. Reino Unido*.

Para terminar con esta materia, hay que destacar que la visión heterosexual del matrimonio en la jurisprudencia del TEDH, relativa a supuestos de transexualidad, se vio confirmada posteriormente por el tratamiento de la repercusión del cambio de sexo de uno de los cónyuges sobre el matrimonio ya vigente. En el asunto *Parry v. Reino Unido*, los demandantes alegaron la vulneración del CEDH por parte del Reino Unido al estar supeditada la obtención del Certificado de pleno reconocimiento de género (*full Gender Recognition Certificate*) a la previa anulación del matrimonio legal vigente. De esta manera, para obtener el pleno reconocimiento formal del nuevo sexo adquirido resultaba ineludible anular el matrimonio, lo que se justificaba por la falta sobrevenida de heterosexualidad ya que «en Derecho inglés [...] solamente las personas de sexo opuesto pueden casarse; los matrimonios entre personas del mismo sexo no están permitidos»²¹.

Mediante su Decisión de 28 de noviembre de 2006, el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la demanda, señalando que el Estado actuaba dentro de los márgenes del artículo 12 del CEDH cuando solo permitía el matrimonio entre personas de sexo opuesto. A lo cual añadió que quedaba dentro del margen de apreciación del Estado la determinación del modo de regular los efectos del cambio de género sobre los matrimonios preexistentes»²².

2. MATRIMONIO, VIDA FAMILIAR Y DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

En materia de familia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos distingue entre el derecho a la vida familiar y el derecho a fundar una familia²³.

El primero es un concepto muy amplio, que se reconoce a aquellos que real y efectivamente guardan entre sí una relación personal estrecha²⁴ y no necesariamente de base biológica o consanguínea²⁵, relación que tienen derecho a preservar sin injerencias estatales que dificulten o impidan injustificadamente su mantenimiento. El Tribunal de Estrasburgo emplea así un concepto material y no formal de familia, extendiendo su protección «a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio»²⁶.

Este derecho al respeto de la vida familiar existe en las relaciones entre cónyuges²⁷, así como entre padres e hijos²⁸, pero se extiende también a otro tipo de relaciones fundadas en el parentesco (entre hermanos, tíos y sobrinos, abuelos y nietos²⁹) e incluso al margen de este, pues «la noción de familia contemplada por el artículo 8 no se limita solamente a las relaciones basadas en el matrimonio³⁰, sino que puede englobar otros vínculos «familiares» *de facto*, cuando las partes conviven fuera de todo vínculo marital»³¹.

Curiosamente, pese a la amplia definición ofrecida acerca de qué se entiende por vida familiar y pese a las coordenadas en las que se mueve esta definición (relación personal estrecha y no necesariamente fundada en el dato biológico), la relación existente entre dos personas del mismo sexo no venía siendo considerada como constitutiva de vida familiar³², sino que simplemente quedaba encuadrada en el derecho a la vida privada³³.

Por su parte, el derecho a fundar una familia se concebía en el Convenio como una consecuencia natural del derecho a contraer matrimonio, dada la heterosexualidad que caracteriza a este último, al ser un derecho del hombre y de la mujer, que cada uno tiene respecto del otro. Este derecho a fundar una familia se había venido entendiendo como el derecho a la obtención de descendencia³⁴. Si al ejercer su *ius connubii* los cónyuges fundaban desde ese momento una familia, iniciando una relación protegible por el artículo 8 en cuanto que constitutiva de vida familiar, parecía razonable entender que el «derecho a fundar una familia» contemplado en segundo lugar en el propio artículo 12 había de consistir en algo distinto pero relacionado con el derecho que le antecede. Bajo esa denominación, se incluía implícitamente el derecho a tener hijos, sin que por ello el artículo 12 reconociese a los cónyuges ningún derecho a la adopción³⁵.

Con la sentencia del TEDH, por la que se resolvía el *asunto Schalk and Kopf*, la interpretación del contenido de ambos derechos se vio seriamente afectada.

A) *Convivencia homosexual y vida familiar*

Por lo que se refiere al derecho a la vida familiar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, variando totalmente su doctrina anterior, va a admitir en su

sentencia de 24 de junio de 2010 que la convivencia entre personas del mismo sexo constituye hoy una manifestación no solo del derecho a la vida privada sino también del derecho a la vida familiar, recogidos ambos en el artículo 8 del CEDH.

Así, en su párrafo 94 afirma que resulta artificial «mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de “vida familiar” a los efectos del artículo 8». Fundamenta el Tribunal su afirmación en la rápida evolución de las actitudes sociales respecto de las parejas del mismo sexo, en su reconocimiento legal por parte de un buen número de Estados miembros (20 de 47, en el momento de dictarse la sentencia, según los datos reflejados en *Schalk, párrafos 27 a 30*) y en su inclusión dentro de la noción de familia³⁶ en algunas disposiciones del Derecho comunitario europeo³⁷. Todo ello le lleva a negar la existencia del amplio margen de apreciación de los Estados que reconocía anteriormente en esta materia y a considerar que la relación de los integrantes de una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable «está incluida en el concepto de “vida familiar”, exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación» (*Schalk, párrafos 93 y 94*).

Afirmación que no deja de resultar sorprendente en la medida que, como luego veremos, el Tribunal de Estrasburgo no deduce de ella ninguna consecuencia jurídica, no imponiendo al Estado austríaco el deber de indemnizar a los demandantes por no haber reconocido legalmente con anterioridad su unión.

De un examen conjunto de los párrafos 94 y 105 se desprende que la tendencia favorable detectada en los últimos años en las legislaciones de los Estados miembros es motivo suficiente para entender que nos movemos en el ámbito de la protección del derecho a la vida familiar (valoración inclusiva para la cual, no obstante, no parece imprescindible el recurso al argumento de la desaparición del margen de apreciación estatal) pero, sin embargo, no tiene la entidad necesaria para imponer las reformas legales.

Esto último se debe a que esa tendencia no es seguida por la mayoría de los Estados, lo que impide hablar de la existencia de un consenso europeo en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Más bien estamos en un consenso en fase de formación, razón por la cual se aplica la doctrina del margen de apreciación estatal aunque de manera limitada: no en relación a si procederá en el futuro exigir ese reconocimiento (pues implícitamente se concibe la tendencia como imparable) sino respecto del momento en que se deberán introducir esas reformas legales (*Schalk, párrafo 105*).

Se distancia así el Tribunal del criterio seguido en *Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido*, en el sentido de que la mera «tendencia internacional continua» de aceptación social del fenómeno y de regulación del mismo en las legislaciones nacionales no es suficiente como para considerar que el Estado demandado vulneró el artículo 8 del CEDH, sino, a lo sumo,

para considerar que la figura tiene encaje dentro del derecho al respeto de la vida familiar.

B) *Convivencia homosexual y derecho a fundar una familia: la desvinculación del matrimonio y la procreación*

En cuanto al derecho a fundar una familia del artículo 12 del CEDH, este se va a ver afectado indirectamente y de manera menos perceptible, al admitirse en *Schalk* la desvinculación entre matrimonio y procreación.

Ha sido frecuente afirmar que esta desvinculación estaba presente en la doctrina del TEDH desde las sentencias de 2002, antes citadas³⁸. En concreto, el Tribunal de Estrasburgo estaría desvinculando ambos derechos y precisando que no es necesario poder tener hijos para poder casarse cuando, tras proclamar que «mediante el artículo 12 se encuentra garantizado el derecho fundamental, para un hombre y una mujer, a casarse y fundar una familia», añade que «sin embargo, el segundo aspecto no es una condición del primero, y la incapacidad para una pareja de concebir o criar a un hijo no puede en sí misma privarle del derecho citado por la primera parte de la disposición en cuestión» (*asunto I. v. Reino Unido*, párrafo 80, y *asunto Christine Goodwin v. Reino Unido*, párrafo 98). En definitiva, que poder fundar una familia no es *conditio* para poder contraer matrimonio³⁹. Puede haber, pues, matrimonio aun no siendo los cónyuges aptos para fundar una familia, entendiendo este derecho como la obtención de descendencia. De aquí se deduce que la procreación no sería exigencia del matrimonio.

A mi juicio, la desconexión entre matrimonio y procreación, cuyas consecuencias sobre la dimensión subjetiva del matrimonio resultan innegables, no se desprende de las sentencias dictadas con motivo de la admisión del matrimonio del transexual según su nuevo sexo registral. Pese a imponerse dicha admisión, una vez permitido el cambio registral de sexo por el Estado firmante, el matrimonio seguía estando orientado a la procreación y por eso: 1) el derecho a fundar una familia seguía desenvolviéndose en el marco del derecho a contraer matrimonio; 2) el matrimonio conservaba su estructura heterosexual, que no era sino ratificada por las sentencias de 2002. Y es que una cosa es que pueda haber matrimonio aunque no pueda haber hijos (por razones, en el caso concreto, de edad avanzada, de impotencia o de esterilidad) y otra distinta es que matrimonio y procreación se desvinculen⁴⁰. La procreación no es una *conditio sine qua non* del matrimonio, sino una consecuencia natural, derivada de una estructura institucional que es preservada en dichas sentencias.

En realidad, la desvinculación a nivel supranacional se va a producir con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 9 prevé, ya desde la Carta de Niza del año 2000⁴¹, otras formas de fundar una familia al

margen del matrimonio tradicional de hombre y mujer. Con este artículo: 1) se da cabida dentro del derecho a fundar una familia a las convivencias *more uxorio*: no hace falta estar casado para fundar una familia; 2) se interpreta el concepto «fundar una familia» en un sentido más próximo al de vida familiar, incluyendo en él relaciones personales estrechas, pero no abiertas a la procreación (como las que caracterizan a las parejas estables del mismo sexo); 3) se pretende admitir modalidades matrimoniales distintas, en concreto el matrimonio entre personas del mismo sexo, lo cual supone un cambio radical, pues significa que la fundación de una familia no solo no es requisito del matrimonio sino que ni tan siquiera es su consecuencia natural: «no hace falta ser sexualmente complementarios para ser capaces de contraer matrimonio». Cambiada la estructura de la institución, el matrimonio quedaría, ahora sí, desvinculado de la procreación.

Esta alteración de la relación entre el *ius connubii* y el derecho a fundar una familia (entre el derecho al matrimonio y el derecho a la procreación⁴²) no es impuesta a los Estados por la Carta ni tampoco es impuesta por el TEDH en el asunto *Schalk and Kopf*, pero, sin embargo, sí que es acogida en esta sentencia. En *Schalk*, no solo se admite que la relación estable existente entre dos personas del mismo sexo es constitutiva de vida familiar, sino que además, como veremos con detalle más adelante, se considera que no siempre el matrimonio ha de ser heterosexual. Así se desprende del párrafo 61 de la sentencia, cuando se afirma que «teniendo en cuenta el artículo 9 de la Carta, por tanto, el Tribunal no puede considerar ya que el derecho a contraer matrimonio consagrado en el artículo 12 deba limitarse en todas las circunstancias al matrimonio entre dos personas de sexo contrario». Como afirma el Tribunal Constitucional español al interiorizar las reflexiones del Tribunal de Estrasburgo, «el artículo 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo» (sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 9.º).

La admisión dentro de los márgenes del artículo 12 del CEDH del llamado matrimonio homosexual implica desvincular estructuralmente el matrimonio de la procreación, pudiendo existir matrimonio entre dos personas que no van a poder fundar una familia (en el significado que a esta expresión le otorgaba inicialmente el convenio) por pertenecer a un mismo sexo y resultar imposible que de la unión de dichas personas surja descendencia alguna.

De hecho, la sentencia *Schalk* viene a constatar el cambio radical en la manera de entender el «derecho a fundar una familia» recogido en el artículo 12 del CEDH, que deja de identificarse con el derecho a la obtención de descendencia. Pese a que en el párrafo 56 parezca sostenerse aún esa visión⁴³, lo cierto es que el TEDH venía estableciendo desde algunos años atrás que el derecho de los integrantes de una pareja a concebir un hijo⁴⁴ e incluso el derecho de una persona a ser padre en exclusiva vía adopción⁴⁵ o mediante el recurso a técnicas

de reproducción asistida⁴⁶, entraban dentro del ámbito del artículo 8 del CEDH, por tratarse de una expresión de la vida privada y familiar⁴⁷.

Precisamente por ello, aunque en el *asunto Dickson v. Reino Unido*, los demandantes se quejasen de que al denegarles la posibilidad de someterse a la inseminación artificial, se vulneraban sus derechos en virtud del artículo 8 y/o del artículo 12 del Convenio (*Dickson*, *parágrafo 3*), la Gran Sala consideró que no se planteaba ninguna cuestión distinta desde el punto de vista de este último artículo y que no procedía examinar la queja de los demandantes a la luz de dicha disposición (*Dickson*, *parágrafo 86*).

C) *Matrimonio, sexo institucionalizado y procreación*

Esta desvinculación, sin embargo, no parece cuadrar del todo con la visión del matrimonio que venía sosteniendo el propio TEDH al resolver algunas demandas planteadas por personas integradas en otros tipos de relación convivencial. Resulta notorio que negar la apertura a la procreación tiene notable trascendencia jurídica, en la medida que permite poner en discusión el régimen de impedimentos del matrimonio⁴⁸ o la propia exigencia de heterosexualidad⁴⁹. Si el matrimonio no se orienta a la procreación parece razonable entender que el sexo en él no puede resultar determinante: un matrimonio así entendido no implicaría una relación definida sustancialmente por su carácter sexual⁵⁰. Y entonces cabría preguntarse por qué no se ofrece la protección del matrimonio a otros modelos de convivencia en los que, concurriendo afectividad, dependencia, solidaridad mutua, proyecto vital en común y acreditada estabilidad en la relación entre dos personas, la relación sexual queda mitigada o es directamente inexistente.

La cuestión se ha planteado en alguna ocasión ante el TEDH, si bien invocando no tanto el artículo 12 del CEDH sino el derecho a una vida familiar del artículo 8. En el *asunto Burden y Burden v. Reino Unido*, resuelto por sentencia de 12 de diciembre de 2006, el TEDH (Sección 4.^a) se vio en la necesidad de examinar la reclamación planteada por dos hermanas inglesas que desde hace años vivían juntas de manera permanente y que compartían la titularidad de la vivienda que habitaban. Las demandantes alegaban que la negativa del Reino Unido a conceder la exención en el pago del impuesto de sucesiones, que sí se reconocía a los cónyuges o a los integrantes de una pareja homosexual registrada, constituía una discriminación por parte del Reino Unido.

En la citada sentencia, el TEDH entiende que la negativa de la legislación inglesa a reconocer a este tipo de cohabitación el citado beneficio fiscal persigue un fin legítimo, adoptando una medida razonable y objetivamente justificada en la medida que con ello se busca *promover las relaciones comprometidas heterosexuales y homosexuales*, proporcionando al sobreviviente una medida de seguridad económica tras el fallecimiento del esposo o del compañero» (*Bur-*

den y Burden, parágrafo 59). Como se puede ver, para el TEDH lo común al matrimonio y a las parejas homosexuales registradas es el hecho de constituir *relaciones comprometidas*. No se explicita en qué consisten esas relaciones ni cuál es el contenido de ese compromiso, pero de esta definición se deduce la igualdad de trato entre ellas y la protección reforzada frente a otros modelos de convivencia, como el de las reclamantes, cuya relación se caracterizaba, sin embargo, por un vínculo de afecto mutuo y de dependencia mutua y por una estabilidad que se había mostrado muy superior a la de la mayoría de matrimonios.

Planteado recurso ante la Gran Sala del TEDH, esta dictó sentencia el 29 de abril de 2008, en el ahora denominado *asunto Burden v. Reino Unido*. En ella, la Gran Sala resaltó las diferencias esenciales entre esta relación de cohabitación duradera, fundada en la consanguinidad (*Burden, parágrafo 62*) y un matrimonio o unión civil homosexual, donde «el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual», más que la duración o el carácter solidario de la relación (*Burden, parágrafo 65*). A su juicio, estas diferencias entre quienes han contraído matrimonio o constituido una unión civil (formas de unión jurídicamente vinculantes) y quienes, como las demandantes, mantienen una relación de cohabitación duradera, impedirían hablar de relaciones análogas y, por tanto, de discriminación a los efectos del artículo 14 del CEDH.

En realidad, el problema de fondo que subyace en este caso no es solo el de a qué modelos de convivencia se otorga protección por vía de exención fiscal, sino el de por qué la convivencia entre determinadas personas no tiene acceso ni al matrimonio ni al régimen de la unión civil registrada. Todo lo cual supone, en último término, preguntarse por el sentido mismo del matrimonio y de las uniones registradas.

El Tribunal de Estrasburgo no aborda la cuestión directamente. Es más, elude pronunciarse sobre ella, como se aprecia en el parágrafo 62 de *Burden*, donde la Gran Sala, tras afirmar que «la esencia misma del vínculo entre hermanos y hermanas es la consanguinidad», omite decir cuál es la esencia misma del matrimonio o de la unión civil registrada, limitándose a afirmar que «una de las características que definen el matrimonio o la unión basada en la Ley de Uniones Civiles es que estas formas de unión son prohibidas a las personas con un parentesco cercano».

Así las cosas, la pregunta surge de inmediato: ¿qué es lo que impide a dos hermanas que conviven de manera prolongada conformar una unión civil y disfrutar entonces de los citados beneficios fiscales? Pregunta que constituye la cuestión principal, como se desprende de la opinión concordante del juez Björgvinsson⁵¹ y que no parece que pueda ser contestada acudiendo a la inexistencia, frente a lo que sucede en el matrimonio y en las uniones civiles, de una voluntad pública de compromiso, pues precisamente lo que es cuestionable es por qué dos hermanas no pueden manifestar públicamente tal tipo de compromiso.

A mi juicio, cuando la Gran Sala afirma que «en el plano cualitativo la relación entre hermanos y hermanas es diferente por naturaleza de la que une a dos cónyuges o miembros homosexuales de una unión civil en virtud de la Ley británica de Uniones Civiles» (*Burden*, *parágrafo 62*), lo hace pensando no solo en el papel esencial que juegan la declaración de voluntad y la adhesión consciente a una institución que confiere un estatus jurídico particular, sino en el contenido mismo de la relación que así se constituye. Contenido que no tiene un carácter meramente afectivo y solidario (que también concurrirían en la convivencia entre hermanos) sino que se caracteriza por algo más. Ese algo parece residir en el carácter sexual de la relación.

A ello aludía con extrema tibieza la sentencia recurrida (*asunto Burden y Burden*) al considerar como fin legítimo la protección de las relaciones heterosexuales y homosexuales que sean comprometidas. Por su parte, entre los jueces integrantes de la Gran Sala, el juez Björgvinsson afirmaba en su opinión concordante que «toda comparación entre, de un lado, la relación de las demandantes y, de otro, la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil debe hacerse sin referencia particular a la diferencia de marco jurídico aplicable y concentrarse únicamente en las diferencias sustanciales o materiales que afectan a la naturaleza misma de la relación», diferencias que se referirían «principalmente al carácter sexual de la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil» y que no caracterizarían la relación entre las demandantes. Y con igual claridad, pero con un estilo aún más directo, se manifestaba en su opinión disidente el juez Zupančič, cuando se preguntaba: «¿Es el hecho de que dos personas tengan una relación sexual lo que crea un vínculo racional con un interés legítimo del Estado?» En opinión del citado juez, la opinión mayoritaria de la Gran Sala se asienta sobre una consideración del matrimonio y de las uniones registradas como relaciones estables de contenido sexual merecedoras de protección privilegiada, razón por la cual la concesión de ventajas fiscales en tales casos, y no a favor de otros modelos de convivencia, no sería por este motivo discriminatoria (sí, a su juicio, por otras razones), por perseguir tal medida la consecución de un fin legítimo.

Ahora bien, entiendo que a menos que sostengamos que la satisfacción sexual y felicidad subsiguiente de los ciudadanos es cuestión de interés público y elemento suficiente para justificar las diferencias de trato en materia tan sensible como esta (donde tal vez podría haberse invocado discriminación no por razón de orientación sexual sino de parentesco), es necesario preguntarse en qué consiste ese interés legítimo del Estado⁵² en otorgar una especial protección a determinadas relaciones de índole sexual⁵³.

Aplicado al matrimonio, la razón que justificaba tradicionalmente el otorgamiento de dicha protección privilegiada⁵⁴ era el interés social consistente en asegurar la perpetuación de la sociedad (el relevo generacional) y en establecer un ambiente adecuado para la educación de la prole⁵⁵. No queda claro si este es

el argumento en el que se apoyó el Tribunal cuando en el *asunto Burden* sostuvo implícitamente el carácter sexual del matrimonio. De ser así, no solo no habría desconexión entre matrimonio y reproducción, sino que cabría replantearse el sentido de la equiparación entre matrimonios y uniones civiles homosexuales, así como la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo⁵⁶. Al ser dichas uniones o matrimonios natural y estructuralmente incapaces de contribuir al relevo generacional, pese al contenido sexual de la relación a la que dan lugar, no se ve cómo habrían de contribuir a la consecución de ese fin legítimo sobre el que los Estados asentarían las diferencias de trato y con base en el cual el TEDH negaría la existencia de discriminación.

La doctrina sentada en el *asunto Burden* fue seguida por el TEDH en la sentencia (Sección 3.ª) de 12 de mayo de 2009, *asunto Korelc v. Eslovenia*. En este caso se trataba de dos hombres adultos —de cuarenta y cuatro y ochenta y seis años respectivamente— que comenzaron a vivir juntos en una relación de contenido asistencial pero no sexual. Al morir el de mayor edad, el más joven pretende subrogarse en el alquiler de la vivienda, siendo rechazada su pretensión en todas las instancias, lo que le lleva a acudir finalmente al TEDH, invocando la vulneración, entre otros, del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del CEDH.

En esta sentencia, interesa nuevamente la concepción del matrimonio y de las parejas registradas en la que se inspira el Tribunal de Estrasburgo. Y al respecto resulta llamativo que el Tribunal comienza su argumentación señalando que el demandante no afirma que la naturaleza de su relación con el difunto fuera de tipo homosexual ni que se sintiese discriminado por razón de su orientación sexual (*Korelc*, parágrafo 88). De este hecho deduce que su caso es claramente diferente al del *asunto Karner v. Austria* del año 2003, en el que el miembro superviviente de una pareja homosexual reclamaba la subrogación arrendaticia al morir el arrendatario.

En esta última sentencia, el TEDH entendió que Austria vulneraba el Convenio al no haber acreditado, al establecer una diferencia de trato basada en la orientación sexual, por qué dicha medida excluyente de quienes vivían una relación homosexual resultaba necesaria para conseguir el fin pretendido, que no era otro que la protección de la familia en sentido tradicional. Protección que, en principio, constituía un objetivo legítimo a juicio del TEDH⁵⁷ pero para cuya consecución resultaba imprescindible la proporcionalidad de las medidas adoptadas, que no se habría respetado en este caso por no quedar acreditado que excluir de la subrogación arrendaticia a las personas que viven una relación homosexual fuese necesario para conseguir dicho fin (*Karner*, párrafos 40 y 41).

De un examen conjunto de las sentencias se deduce que lo que hace diferente ambas situaciones y lo que conduce a una solución diversa en cada caso, no es la inexistencia de un compromiso de vida futura formalizado legalmente, que no concurría ni entre los convivientes del *asunto Korelc* ni entre los convivientes del *asunto Karner*; en realidad, la diferencia reside en el carácter sexualizado de

la relación. Este carácter concurre en el supuesto de hecho del *asunto Karner*, aproximando así la relación a la que mediaría entre los cónyuges o entre los que el artículo 14 de la Ley de arrendamientos austríaca denominaba «compañeros de vida» pero, sin embargo, no estaba presente entre los convivientes del *asunto Korelc*, arrojando en este caso al superviviente fuera del ámbito de la subrogación por consistir su cohabitación en una mera «comunidad económica», ajena a la «comunidad de vida duradera» (*long-lasting life community*) que sí que le otorgaría tal facultad subrogatoria según la legislación eslovena⁵⁸.

Como se puede apreciar, del análisis de la proscripción de discriminaciones fundadas en la orientación sexual brota de nuevo una visión del matrimonio y de la convivencia extramarital, en este caso no necesariamente registrada, como relaciones de contenido sexual, lo que permite de nuevo plantearse el motivo de dicha protección en un contexto en el que se presume la desvinculación entre el modo de convivencia elegido y la finalidad procreadora.

Una vez resaltado el carácter sexual de dos de las categorías objeto de protección por la ley arrendaticia eslovena, el TEDH se planteó si la situación de los reclamantes podría ser considerada como similar o análoga a aquellas protegidas por la ley arrendaticia eslovena. El TEDH comparó entonces la situación en la que se encontraba el demandante antes de fallecer el arrendatario y la situación existente entre dos esposos o entre dos miembros de una unión de hecho (*long-lasting life community*), a quienes la ley eslovena reconocía la subrogación *mortis causa*, y afirmó que «las consecuencias legales de un matrimonio o de una unión civil homosexual, a las cuales las parejas expresa y deliberadamente deciden adherirse, distancian estos tipos de relación de otras formas de cohabitación» (*Korelc*, *parágrafo 90*), como la que mantenía el reclamante con el difunto. Resaltaba así el valor diferencial del compromiso de vida futura voluntariamente asumido, con un «acierto» similar al del *asunto Burden*, pues del mismo modo que en este las dos hermanas inglesas no tenían acceso ni al matrimonio ni a la unión registrada (no pudiendo, pues, prestar compromiso alguno que les diera acceso al beneficio fiscal que pretendían), en el *asunto Korelc* los convivientes eslovenos tampoco podían en aquel momento dar su consentimiento para constituirse legalmente en pareja estable a los efectos de una subrogación arrendaticia que se encontraba limitada a los convivientes de sexo diverso y para la cual, además, no se exigía a dichas comunidades de vida duradera un reconocimiento formal a través de alguna forma de registro.

Por último, el contenido sexual de la relación instaurada mediante la celebración del matrimonio aflora también en la sentencia del TEDH, de 13 de septiembre de 2005, *asunto B. y L. v. Reino Unido*. En ella se plantea demanda contra la negativa del Reino Unido a autorizar el matrimonio de un suegro con su nuera, tras el divorcio previo de ambos de sus respectivos cónyuges. Esta posibilidad estaba afectada en la legislación inglesa por un impedimento legal (derivado de la Ley de Matrimonios de 1949 en la redacción nacida de la reforma

introducida por la Ley de Matrimonios de 1986) que se mantenía mientras los anteriores cónyuges siguieran con vida, lo cual implicaba su carácter temporal aunque también escasamente probable, pues si tenemos en cuenta que los hijos normalmente sobreviven a sus padres, tal posibilidad de contraer matrimonio podría no eliminar el perjuicio a la esencia del derecho (*B. y L.*, *parágrafo 35*).

Invocada por la pareja demandante la vulneración del artículo 12 del CEDH, el TEDH les va a dar la razón, estimando que tal impedimento no se justificaba, pues las limitaciones impuestas al derecho a contraer matrimonio no pueden ser de tal rigidez que afecten a su propia sustancia. El Tribunal admite que el citado impedimento está orientado a proteger la integridad familiar, evitando *la rivalidad sexual entre padres e hijos* (lo que denota claramente una visión del matrimonio por parte del TEDH como relación de carácter sexual) y los daños a los menores que pudieran quedar afectados por el cambio de relaciones entre los adultos de su entorno familiar (*B. y L.*, *parágrafo 37*). Objetivos que son legítimos pero que en este caso no resultan suficientes, pues «no existen leyes, de incesto u otras leyes penales que prohíban las relaciones extramatrimoniales entre padres e hijos políticos a pesar de que los hijos puedan vivir en esos hogares» (*B. y L.*, *parágrafo 38*). La alusión a la no concurrencia de incesto implica admitir que darles acceso al matrimonio (concebido nuevamente, pues, como relación sexual) no significaría legalizar una relación incestuosa.

En conclusión, las sentencias ahora analizadas, dictadas con muy poca distancia temporal respecto de la que resolvió el *asunto Schalk and Kopf*, ponen de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al abordar la negativa estatal a extender determinados beneficios legales a relaciones convivenciales distintas al matrimonio, parte de un concepto de matrimonio como sexo institucionalizado. Esa dimensión sexual requiere una explicación, en especial si de ella se deducen consecuencias jurídicas basadas en privilegiar dicha relación frente a otras. Tradicionalmente explicada por su orientación estructural a la procreación y educación de la prole y por el interés público consiguiente, este entendimiento parece decaer cuando en *Schalk* el TEDH admite la apertura del artículo 12 del CEDH al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Tras la sentencia de 24 de junio de 2010 quedaron abiertos nuevos interrogantes: en primer lugar, si el matrimonio sigue siendo un vínculo de carácter sexual, como hasta entonces se venía sosteniendo; en segundo lugar, y supuesto que la respuesta sea afirmativa, por qué ha de tener carácter sexual un vínculo jurídico que no se orienta ya estructuralmente a la procreación; y, por último, en caso de que la respuesta al primer interrogante fuera negativa y que la sentencia *Schalk* pusiera fin a la comprensión del matrimonio como la institucionalización de ciertas relaciones de carácter sexual, si no sería discriminatorio no extender el mismo régimen de protección a otras formas de convivencia que revelen la existencia de un compromiso de estabilidad y mutua ayuda entre dos personas y que sea cauce para el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar.

Preguntas cuya respuesta se presenta difícil en una interpretación del Convenio guiada más por la adaptación a las cambiantes circunstancias sociales que por la coherencia del sistema.

3. EVOLUTIVIDAD DEL DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO

En páginas precedentes he sostenido que la heterosexualidad no solo había presidido la visión del matrimonio y del correlativo derecho a contraerlo, sino que había sido sostenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos casos en los que dicho requisito había sido cuestionado como consecuencia del previo cambio de sexo de uno de los aspirantes a adquirir la condición de cónyuge.

Conscientes de ello, los recurrentes en el *asunto Schalk* habían hecho girar su reclamación «sobre la jurisprudencia del Tribunal que considera el convenio como un instrumento vivo que ha de interpretarse en las condiciones actuales», lo que conduciría a ver el artículo 12 como un precepto que garantizaría a las parejas del mismo sexo el acceso al matrimonio y que obligaría a los Estados miembros a proporcionar este acceso en sus leyes nacionales (*Schalk*, párrafo 57).

Se abría así ante el Tribunal una disyuntiva: sostener el concepto de matrimonio y de *ius connubii* presente al elaborarse el convenio, so pena de poder ser acusado de conducir con ello a su fosilización, o defender un concepto amplio de matrimonio, cuya laxitud le permitiría amoldarse a las diferentes realidades sociales. La dicotomía fue zanjada con una solución que no por cauta deja de ser reveladora del parecer del Tribunal y del futuro del *ius connubii*.

Como no podía ser de otro modo, el Tribunal admitió los importantes cambios sociales experimentados en los últimos años por la institución del matrimonio. Cambios que se traducían no solo en una notable tolerancia o aceptación social hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo⁵⁹, sino también en el impulso institucional de la figura, encauzando un cierto sentir social y promoviendo su proyección a nivel legislativo⁶⁰.

Buena muestra de este impulso institucional había sido la posición del Parlamento Europeo, que a través de múltiples Resoluciones se había mostrado reiteradamente favorable al acceso de las parejas del mismo sexo al matrimonio, sobre la base de la necesaria proscripción de toda discriminación por razones de orientación sexual⁶¹. Textos que no eran directamente vinculantes para los Estados miembros, pero que sí podían serlo de manera indirecta, al contribuir a consolidar un cambio social que podía llevar a la reinterpretación del convenio.

Mayor trascendencia jurídica y valor interpretativo tuvo para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo dispuesto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en virtud del artículo 6.1 del Tratado de la

Unión Europea (con la redacción introducida por el Tratado de Lisboa) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, resultando por tanto sus disposiciones jurídicamente vinculantes en el ámbito de la Unión.

Como es bien sabido, en el artículo 9 de la Carta se adoptó un texto diferente⁶² al del artículo 12 del CEDH, redacción con la que deliberadamente se quiso dar un carácter más abierto al derecho a contraer matrimonio y, así, dejar la puerta abierta a la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Así se desprende con nitidez de la explicación ofrecida a dicho artículo 9, donde, tras reconocer que el mismo está basado en el artículo 12 del CEDH, se añade seguidamente que: «La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. *Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca*»⁶³. Argumentos reiterados en la explicación al artículo 52, apartado tercero de la Carta⁶⁴ (relativo al grupo de artículos cuyo sentido es el mismo que el de los artículos correspondientes del CEDH, pero cuyo alcance es más amplio), donde se afirma que ese artículo 9 «abarca el ámbito del artículo 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple»⁶⁵.

Con su sentencia, y en particular con la interpretación del Convenio con apoyo en lo dispuesto en la Carta de Estrasburgo de 2007, el TEDH abrió el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH y la propia institución matrimonial a las personas del mismo sexo. Al afirmar que no cabe limitar el *ius connubii* «en todas las circunstancias al matrimonio entre dos personas de sexo contrario» (*Schalk*, *parágrafo 61*) podemos concluir que el llamado matrimonio homosexual no contradice el artículo 12. Antes bien, dicha modalidad de matrimonio tiene cabida dentro de su ámbito de aplicación y, por tanto, las legislaciones que lo admitan operan dentro de los márgenes del convenio.

Para ello, el Tribunal se vio en la necesidad de eliminar el obstáculo que a tal efecto suponía el requisito de la heterosexualidad. Como bien se señala en el comentario al artículo 9 de la Carta, al que alude la propia sentencia *Schalk* en su *parágrafo 60*, «puede interpretarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones del mismo sexo en el ámbito del matrimonio», si bien recordando que «en cualquier caso, no se exige de forma explícita que las leyes nacionales permitan este tipo de uniones»⁶⁶. En definitiva, como ha señalado la sentencia de la Corte di Cassazione italiana, número 4184, de 15 de marzo de 2012 (apartado 4.1) «el Tribunal Europeo [...] (solamente) ha removido el obstáculo —precisamente la diversidad de sexo de los cónyuges— que impedía el reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual, reservando sin embargo la garantía de tal derecho a las libres opciones de los Parlamentos nacionales».

Se impuso, pues, en el Tribunal una interpretación evolutiva⁶⁷, lo que por otra parte presenta un interés añadido, pues permite plantearse si el derecho al matrimonio tiene algún tipo de contenido esencial previo e inmutable o si, por el contrario, puede ser matrimonio cualquier cosa que arraigue bajo dicha denominación en la sociedad⁶⁸ y que disfrute de una cierta cobertura institucional.

La interpretación del artículo 12 CEDH, realizada por el Tribunal contó, sin embargo, con la *concurring opinion* emitida por el juez Malinverni, a la que se adhirió el juez Kovler, en la que ambos manifestaron su disconformidad con algunos de los argumentos esgrimidos por la mayoría del Tribunal. Oposición que consistió en negar que pudiese tener cabida dentro del artículo citado el matrimonio entre dos hombres o dos mujeres, puesto que la aplicación de las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales (contenidas en el art. 31, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969) exige que todo Tratado sea interpretado «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Lo cual, a juicio de los jueces mencionados, implicaba necesariamente circunscribir el ejercicio del derecho al matrimonio al celebrado entre personas de sexo opuesto.

Aun admitiendo que el convenio es, ciertamente, un instrumento vivo que debe ser interpretado de modo contemporáneo, a la luz de las condiciones actuales, y aun asumiendo que se han producido importantes cambios sociales en la institución del matrimonio desde la aprobación del convenio, dichos jueces sin embargo entendieron que «el Tribunal no puede, mediante una interpretación evolutiva, extraer de [él] un derecho inicialmente no incluido en el mismo»⁶⁹. Opinión que puede resultar compartible, pero que no deja de reflejar una comprensión del problema minoritaria dentro del Tribunal de Estrasburgo.

4. DE LA TOLERANCIA A LA IMPOSICIÓN: LA DOCTRINA DEL CONSENSO EUROPEO

Como ya he señalado, mediante la sentencia de 24 de junio de 2010, el TEDH abrió el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH y la propia institución matrimonial a las personas del mismo sexo. El llamado matrimonio homosexual tiene cabida dentro del artículo 12 del convenio. Cuestión distinta es que el Tribunal haya remitido la regulación y la efectividad de este derecho a las libres opciones de los parlamentos nacionales⁷⁰.

A pesar de la admisión de una cierta volatilidad en la institución del matrimonio, motivada por haberse producido en los últimos años un cambio en las percepciones sociales, en los modos de convivencia y en la reacción de los ordenamientos jurídicos ante este fenómeno, pese a todo el Tribunal de Estrasburgo constató en el *asunto Schalk* que no existía un consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, al ser aún muy reducido

el número de Estados que lo admitían. En palabras del Tribunal Constitucional español, «la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los Derechos Humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo [...] pone de manifiesto la existencia de una nueva *imagen* del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y [...] nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del Derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural (sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 9.º).

Es por ello que, siguiendo el planteamiento abierto, inclusivo y no impositivo del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal dejó la regulación de la materia en manos de los legisladores nacionales⁷¹, cuyo criterio no podía ser reemplazado por el del Tribunal.

Ahora bien, esta disociación entre el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, así entendido, y la protección efectiva de su ejercicio no queda *sine die* al albur de la voluntad de dichos Parlamentos, pues en último término será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien podrá apreciar cuándo la aceptación social, institucional y legislativa de tales matrimonios llega a tal nivel de consenso⁷² que se alcanza el punto de inflexión en el que el margen de apreciación de los Estados decae⁷³ y en el que lo que era solo posible se convierte en debido⁷⁴, imponiéndose a aquellas legislaciones nacionales que se muestren reticentes⁷⁵, so pena de tener que soportar la imposición de satisfacciones equitativas con las que resarcir a las personas cuyos derechos se hubiesen visto vulnerados (arts. 41 y 46 CEDH).

Todo lo cual pone de manifiesto que el argumento sociológico y evolutivo es un arma de doble filo que sirve tanto para proclamar hoy en día, en aras del respeto del margen de apreciación estatal, la improcedencia de una imposición del matrimonio homosexual a los Estados signatarios⁷⁶, como para admitir que en el futuro, logrado el consenso europeo suficiente⁷⁷, esa imposición pueda ser un hecho⁷⁸.

IV. MATRIMONIO HOMOSEXUAL O DISCRIMINACIÓN: UNA FALSA DISYUNTIVA

La invocación de una presunta discriminación, que en este caso no estaría fundada en el sexo sino en la orientación sexual de quienes deseaban contraer matrimonio, fue también uno de los argumentos fundamentales sobre los que se erigió el recurso de la pareja de homosexuales austríacos cuya reclamación dio lugar a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de junio de 2010.

La pregunta que debemos hacernos es: ¿puede hablarse fundadamente de discriminación cuando un Estado, como es el caso de Austria, se limita a regu-

lar el matrimonio en un sentido tradicional, esto es, como vínculo jurídico que instaura una relación de corte heterosexual?

Pregunta que en el caso de España, donde la ley contempla ya el matrimonio entre personas del mismo sexo, nos sirve para plantearnos, al menos, si la reforma introducida por la Ley 13/2005 resultaba imperativa a la luz del principio de igualdad y si la redacción anterior del Código Civil vulneraba el artículo 14 del CEDH y, por ende, de la Constitución Española. Esta cuestión no queda suficientemente bien resuelta en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre⁷⁹, por lo que su texto ha merecido en este punto la crítica de uno de los Magistrados que integran el Tribunal, don Manuel Aragón Reyes, quien en su Voto Particular Concurrente señala que «es claro, y la sentencia debía de haberlo constatado, que la regulación legal del matrimonio anterior a la reforma recurrida no había vivido en la inconstitucionalidad».

Veamos qué dijo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la presunta discriminación alegada en el *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.

1. ¿ES DISCRIMINATORIO NO ADMITIR LEGALMENTE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL?

Siguiendo la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, para que haya discriminación es necesario que exista una diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones relevantemente similares o equiparables. Esto no significa que toda diferencia de trato sea discriminatoria⁸⁰, pues solo lo será aquella que introduzca una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales o equivalentes careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello, lo que sucederá cuando con tal diferencia de trato normativo no se persiga un objetivo legítimo o cuando no exista una relación razonable de proporcionalidad⁸¹ entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida⁸².

En todo caso, el presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del principio de igualdad es que las situaciones subjetivas objeto de comparación (esto es, aquellas en las que se encuentran las personas que mantienen relaciones afectivas estables y duraderas con personas de su mismo sexo y, de otro lado, la situación de aquellos que mantienen ese mismo tipo de relaciones con personas del sexo opuesto) sean, efectivamente, equiparables.

En este sentido, resulta curioso observar cómo en la sentencia de 24 de junio de 2010 se señaló que «aunque las partes no han abordado explícitamente la cuestión de si los demandantes se encuentran en situación relevantemente similar a las parejas de distinto sexo, el Tribunal podría partir de la premisa de que las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para comprometerse en relaciones estables. Por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a una pareja de distinto sexo con res-

pecto a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de su relación» (*Schalk*, parágrafo 99).

De esta manera, el Tribunal dispuso a los recurrentes de tener que probar la similitud entre ambas situaciones y dejó vía expedita para entrar en el tema de fondo, esto es, si las diferencias de tratamiento jurídico resultaban o no justificadas. La similitud se dio por supuesta, en la medida que el Tribunal examinó el contenido de una y otra relación obviando las evidentes diferencias biológicas y sus consecuencias en materia de apertura estructural a la procreación y centrando su atención en la capacidad de compromiso para dar lugar a relaciones estables. Puesto que en el componente convivencial y afectivo-sexual, en la intención de crear un vínculo jurídicamente relevante, en la estabilidad o inestabilidad de la relación, en el mutuo socorro y ayuda entre los miembros de la pareja, la proximidad de las uniones de homosexuales con respecto al matrimonio tradicional es notable⁸³, el TEDH entendió que concurría un grado de similitud suficiente como para proseguir con el enjuiciamiento a la luz del principio de igualdad⁸⁴.

Superado este primer obstáculo, procedía entonces plantearse si la diferencia de trato normativo entre ambos tipos de relaciones resultaba objetivamente justificada y razonable. En concreto, si se podía sostener que la circunscripción del matrimonio a solo una de las citadas situaciones (la de los convivientes de diferente sexo) no suponía incurrir en discriminación alguna, por responder tal diversidad de tratamiento normativo a un objetivo legítimo y por existir proporcionalidad entre la medida adoptada y la finalidad pretendida.

La negación de semejante afirmación fue el argumento desarrollado por los demandantes en *Schalk*, donde invocaron una doble discriminación (*parágrafos 65 y 100*): en primer lugar, por no darles la legislación austríaca acceso al matrimonio; y en segundo lugar, por no ofrecerles medios alternativos de reconocimiento legal de su unión hasta el año mismo en que el Tribunal dictó su sentencia, año en el que entró en vigor la *Registered Partnership Act*.

Ante los previsibles problemas derivados de la interpretación del artículo 12 del CEDH al regular el derecho a contraer matrimonio, los recurrentes pretendieron lograr el acceso a dicha institución a través del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del CEDH, de manera que la protección del derecho a la vida privada y familiar prevista en este último permitiese a las personas del mismo sexo, en aras del respeto a la igualdad establecida en el artículo 14, el acceso al matrimonio o, en su defecto, a un régimen de protección idéntico, aun cuando articulado a través de una institución diversa y de nuevo cuño.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó no compartir tal planteamiento (*Schalk*, parágrafo 101) pero sin explicitar adecuadamente, a mi juicio, los motivos de su disenso. En concreto, en la sentencia no se analizó la diferencia de trato introducida por la legislación austríaca ni a la luz del criterio del objetivo legítimo ni a la luz del juicio de proporcionalidad a los que se aludía en el parágrafo 96 de la propia sentencia⁸⁵.

Visto desde el preterido prisma del objetivo legítimo, podría entenderse que si el legislador austríaco restringía el matrimonio al celebrado entre hombre y mujer y otorgaba protección solo a las relaciones estables de base heterosexual, ello se debería al deseo de proteger a la familia tradicional. En concreto, a la voluntad de proteger y promover aquellas relaciones estructuralmente orientadas a la perpetuación de la especie y a la educación de la prole, enlazando así con la visión, presente en el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del matrimonio como base de la familia y de esta como «elemento natural y fundamental de la sociedad», visión en la que se inspiró la redacción del artículo 12 del CEDH. El objetivo legítimo perseguido con la diferencia de trato residiría, en tal caso, en el interés que para la sociedad tiene la institución del matrimonio⁸⁶, así configurada en su dimensión subjetiva⁸⁷.

Sin embargo, estas afirmaciones no dejan de ser meras conjeturas, pues este argumento no fue desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como contrapeso a su doctrina según la cual «al igual que las diferencias por razón de género, las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones de especial peso como justificación», se limitó a decir que «por otra parte, normalmente se concede al Estado un amplio margen al amparo del Convenio en cuanto a las medidas generales de estrategia económica y social» (*Schalk*, párrafo 97)⁸⁸.

Afirmaciones que resultan oscuras al ponerlas en conexión con el caso enjuiciado (pues no se trataba de la adopción de medidas económicas con implicaciones sociales, como sucedería en caso de reconocimiento de exenciones fiscales —*asunto Burden v. Reino Unido*— o de prestaciones sociales o similares) y con las que el TEDH parece querer señalar, de un lado, que la regulación del matrimonio está implícitamente incluida dentro de las medidas generales de estrategia social⁸⁹ y, de otro, que con ello se vendría a compensar la necesidad de una mayor justificación para las diferencias de trato cuando estas se encuentren fundadas en la orientación sexual de quienes aspiran al matrimonio.

Del mismo modo, tampoco abordó directamente la sentencia Schalk and Kopf si la legislación austríaca respetaba o no el llamado juicio de proporcionalidad, en virtud del cual se ha de examinar que no exista desproporción entre la medida adoptada y la finalidad con ella pretendida. Lo cual es especialmente grave si tenemos en cuenta que, como se señaló en la STEDH, de 24 de julio de 2003, *asunto Karner v. Austria*, en los casos en los que el margen de discrecionalidad reconocido a los Estados miembros es limitado, como sucede cuando la diferencia de trato esté basada en el sexo o en la orientación sexual, «el principio de proporcionalidad no exige únicamente que la medida elegida sea en principio apropiada para la obtención del fin perseguido», sino que los Estados deberán también demostrar por qué es necesario para la consecución de ese fin privar a esas personas o parejas del derecho reconocido por la ley a otras (*Karner*, párrafo 41), lo que es tanto como

limitar en tales casos el margen de apreciación de los Estados en el contexto del artículo 14 del CEDH.

Para respetar el principio de proporcionalidad habría hecho falta que la medida legal adoptada (en este caso, la inadmisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y la no regulación alternativa de este tipo de convivencia) no hubiese supuesto el sacrificio innecesario o excesivamente oneroso de otros valores o intereses susceptibles de protección⁹⁰, como el interés de las personas en poder formar una comunidad de vida en la que desarrollar libremente su personalidad y en constituir una nueva familia.

Pese a soslayar el análisis de la demanda planteada a la luz del objetivo legítimo y del juicio de proporcionalidad, la sentencia recaída en *Schalk and Kopf v. Austria* estimó, sin embargo, que con la diversidad de trato sentada por el Derecho austríaco (esto es, negando el matrimonio a las parejas de homosexuales y no previendo hasta el 1 de enero de 2010 su posible unión como parejas registradas) no se vulneró el principio de igualdad del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio. El motivo de tal decisión, aprobada por cuatro a tres votos y objeto de voto particular por los tres magistrados discrepantes, fue doble.

Por lo que se refiere a la denegación de acceso al matrimonio, el Tribunal entendió que con ello Austria no vulneró el CEDH, pues de su artículo 12, interpretado como ya se ha expuesto *supra*, no se derivaría la imposición a los Estados de la obligación de abrir el matrimonio a las parejas del mismo sexo, no pudiendo acudirse al juego coordinado de los artículos 14 y 8 del CEDH para hacer surgir una obligación que no se deduce de su artículo 12, pues ello atentaría contra la interpretación sistemática del convenio, que debe contemplarse como un todo y cuyos artículos deben, por tanto, interpretarse de forma armónica entre sí (*Schalk, párrafo 101*).

Solución que resulta lógica si tenemos en cuenta el criterio sostenido respecto del artículo 12 del CEDH (esto es, la *admisión sin imposición* del matrimonio entre personas del mismo sexo) pero que resulta pobre desde el punto de vista argumentativo, quedando un cierto regusto a elusión deliberada del asunto, tal vez espinoso, de cual es el objetivo legítimo perseguido con la regulación tradicional del matrimonio.

2. ¿ES DISCRIMINATORIO NO CONTEMPLAR LEGALMENTE UNA VÍA ALTERNATIVA DE PROTECCIÓN?

Lo que, sin embargo, parece más discutible es la posición sostenida por el TEDH respecto de la no exigencia al Estado de vías alternativas de protección.

Una vez admitido por la propia sentencia el carácter familiar de la convivencia estable y duradera entre personas del mismo sexo, resultaría lógico

que se reconociera el deber de los Estados de otorgar algún tipo de protección legal a estas relaciones para así dar efectividad a tal manifestación del derecho a la vida familiar⁹¹. De no existir protección alguna, ello supondría el sacrificio innecesario y excesivamente oneroso de un derecho recogido en el CEDH (nótese, en el art. 8, no en el art. 12), en un intento de preservar unos intereses generales que no se explicitan en la sentencia.

Esto es, aun cuando el TEDH admite la falta de claridad acerca de qué se entiende por «respeto» en el sentido del artículo 8 del CEDH y, en especial, de cuáles son las obligaciones positivas inherentes a dicha noción, también afirma que «para determinar si existe una obligación positiva, hay que tener en cuenta —deseo que subyace en todo el convenio— el *equilibrio justo* a mantener entre el interés general y el del individuo (*I. v. Reino Unido*, *parágrafo 54*). De manera que cuando no concurre ningún factor importante de interés público que entre en disputa con el interés de la persona que exige ese respeto a su vida privada o familiar, la noción del equilibrio justo inherente al convenio inclinará resueltamente la balanza a favor de la persona demandante (*parágrafo 75*), lo que exigirá la adopción de las medidas correspondientes en cumplimiento de esas obligaciones positivas. Como consecuencia de ello, la normativa estatal no superaría el juicio de proporcionalidad que, en cambio, sí se respetaría mediante el otorgamiento de una protección a través del matrimonio o, como alternativa igualmente válida, a través de la figura de las uniones registradas.

Sin embargo, al referirse a las consecuencias derivadas de la inexistencia en la legislación austríaca de otra forma alternativa de reconocimiento jurídico, el Tribunal siguió un razonamiento cuando menos curioso, guiado por un criterio temporal. Así, admitió que en el momento de formularse la demanda, los reclamantes no tenían ninguna posibilidad de obtener el reconocimiento de su relación con arreglo a la Ley austríaca, pero al mismo tiempo señaló que esa situación se superó con la entrada en vigor de la Ley de Uniones Registradas, el 1 de enero de 2010. Este cambio legislativo permitió al Tribunal circunscribirse, por tratarse de un procedimiento derivado de una demanda individual, al examen del caso concreto planteado, sin tener que entrar a examinar si actualmente la hipotética inexistencia de algún medio de reconocimiento jurídico de las parejas del mismo sexo constituiría una vulneración del artículo 14, tomado en conjunción con el artículo 8 (*Schalk*, *parágrafo 103*). Es decir, dado que el problema legal estaba ya solucionado, no procedía plantearse qué habría pasado si no lo hubiera estado, huyendo así de la tentación de dictar una doctrina general al respecto.

Actitud esta que choca con la sostenida por el TEDH en la sentencia de 24 de julio de 2003, *asunto Karner vs. Austria*, en la que, tras invocarse la existencia de una discriminación en la legislación arrendaticia urbana al impedir la subrogación del compañero del mismo sexo del arrendatario difunto, el TEDH declaró la procedencia de no cancelar la demanda del registro de entradas (pese a ser esta la práctica común en caso de ausencia de herederos o de familiares

próximos que hubieran expresado su deseo de proseguir con la demanda) por entender que es doctrina reiterada del Tribunal que sus «sentencias sirven de hecho no solamente para decidir los casos presentados ante el Tribunal, sino de manera más general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas instituidas por el Convenio, y por ello contribuir al cumplimiento por parte de los Estados de los compromisos adquiridos por ellos como Partes Contratantes», de manera que «aunque el principal objetivo del convenio es proporcionar una satisfacción individual, su misión es también determinar cuestiones de interés general, y así elevar los niveles generales de protección de los derechos humanos y extender la jurisprudencia de los derechos humanos a través de la comunidad de los Estados firmantes del convenio» (*Karner, parágrafo 26*)⁹².

Doctrina que habría podido perfectamente aplicarse a un supuesto como el resuelto en el *asunto Schalk and Kopf*, donde además de coincidir la normativa hipotéticamente vulnerada, el motivo de la discriminación y el país que discriminaba, existía la necesidad de resolver una cuestión de interés general, como la relativa a los efectos del reconocimiento de la convivencia homosexual como vida familiar y las consecuencias que habrían de derivarse para aquellos países que se negasen a proporcionarles algún tipo de reconocimiento y protección.

Y al abordar el problema de si el Estado austríaco debería haber proporcionado a los demandantes un medio alternativo de reconocimiento jurídico de su unión antes de lo que lo hizo, el Tribunal de Estrasburgo va a entender que en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, Europa es *aún un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido*, razón por la cual los Estados deben disfrutar de un *margen de apreciación en cuanto al momento* de introducir las modificaciones legales (*Schalk, parágrafo 105*)⁹³. Aunque Austria no figuraba a la vanguardia de esa tendencia de los últimos años, el TEDH estimó que no por ello se le podía reprochar al legislador austríaco no haber introducido con anterioridad la Ley reguladora de la convivencia registrada.

Una interpretación conjunta de ambos argumentos permite apreciar mejor la paradójica posición del TEDH y, en cierto modo, entrever el futuro. Aun cuando el Tribunal rechaza tener que pronunciarse acerca de si la presente falta de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo por parte de un país constituiría una vulneración del principio de no discriminación, inmediatamente después se ampara en que todavía no existe un consenso suficiente (o si se quiere, en la existencia de una tendencia aún en expansión) para justificar que se reconozca a los Estados un cierto margen a la hora de valorar no ya si procede o no introducir esas modificaciones legales, sino más bien el momento en que han de ser introducidas. Esto es, *el qué* (la procedencia de las modificaciones legales) se da por sobreentendido de cara al futuro y lo que se reserva al margen de apreciación de los Estados es *el cuándo*⁹⁴.

Esta forma de razonar no solo da respuesta a la pregunta que el propio Tribunal eludía responder en el parágrafo 103⁹⁵, sino que conduce a una situación

curiosa, pues la sentencia reconoció a la convivencia estable entre personas del mismo sexo como una manifestación del derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 (negando el margen de apreciación de los Estados a tal efecto⁹⁶) y, como tal, como un tipo de relación necesitado de protección y reconocimiento jurídicos (de lo que se deduciría, en buena lógica, que las modificaciones legales a las que alude el Tribunal serían necesarias) pero, al mismo tiempo, no derivó de ello un deber positivo de los Estados de establecer mecanismos legales que permitiesen hacer eficaz esa protección y ese reconocimiento⁹⁷.

El tratamiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como manifestación del derecho a la vida familiar ha quedado reducido por el momento a un *flatus vocis*, limitando *de facto* su eficacia a ser mera manifestación de la vida privada. El derecho a la vida familiar, recogido en el artículo 8 del CEDH, queda, pues, a expensas de que en un pronunciamiento ulterior el TEDH entienda que el consenso europeo es suficiente como para imponer la protección de esta manifestación de la vida familiar. Hasta entonces, la doctrina establecida por el Tribunal en el *asunto Schalk and Kopf* impedirá entender que el vacío normativo de un Estado en esta materia sea constitutivo de una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8, en su vertiente de derecho a la vida familiar⁹⁸.

Desde mi punto de vista, tal argumentación resulta difícilmente sostenible, por incoherente. La consecuencia lógica del reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo como vida familiar debería ser que las relaciones afectivas estrechas basadas en la convivencia y mutua ayuda entre dichas personas no pudieran ser hoy preteridas por el legislador estatal, pues ello impediría el ejercicio del derecho a la vida familiar, constituyendo un obstáculo al libre desarrollo de su personalidad y afectando a la propia dignidad de la persona que, junto a su libertad, constituye «la esencia misma del Convenio» (*asunto I. v. Reino Unido*, *parágrafo* 72).

En cierto modo, es el planteamiento seguido por el Tribunal Constitucional italiano, de cuya sentencia 138/2010, de 15 de abril (nótese, anterior al pronunciamiento del TEDH y a su consiguiente argumentación) se desprende que un país como Italia, que no prevé ningún tipo de reconocimiento legal expreso para dichas uniones, podría estar vulnerando con tal omisión los derechos fundamentales de estas personas (apartado 8). En concreto, el derecho fundamental a vivir libremente en pareja, como manifestación del derecho a integrarse en aquellas formaciones sociales a través de las cuales el sujeto desarrolla su personalidad (art. 2 de la Constitución Italiana). Entre esas formaciones se encuentra, destacadamente, la familia, si bien el Tribunal Constitucional italiano se cuida de incluir a dicho tipo de uniones dentro del concepto de familia. Pese a ello, entiende que la unión de personas del mismo sexo sí que encajaría en la noción de «formación social», lo que daría a sus integrantes el derecho a obtener «—en los tiempos, en la forma y con los límites establecidos por la ley— el reco-

nocimiento jurídico con los derechos y deberes conexos», correspondiendo al Parlamento concretar la forma de garantía y reconocimiento de dichas uniones.

Y creo que es la posición de la que parte también el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, pues al referirse a que nuestro legislador «*tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo*» (Fundamento Jurídico 9.º), a que «*se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo*» (Fundamento Jurídico 11.º) o a que «*se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador, para dar ese paso, no era el único técnicamente posible*» (Fundamento Jurídico 11.º), parece estar presuponiendo la necesidad de una fórmula que proteja la convivencia entre personas del mismo sexo, garantizando así la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad. En consecuencia, y pese a lo dispuesto por el Tribunal de Estrasburgo, la ausencia total de regulación no sería una opción válida para el Tribunal Constitucional español.

Por todo lo anterior, entiendo que la solución lógica a la que conduciría el planteamiento del TEDH en el *asunto Schalk and Kopf* sería entender que para evitar la discriminación de los integrantes de parejas homosexuales frente a las heterosexuales en el ejercicio de su derecho a la vida familiar, cada Estado estará obligado a establecer los mecanismos legales necesarios para dar efectividad a ese derecho⁹⁹.

Con ello no se impone la modificación del régimen jurídico del matrimonio, sino simplemente la salida del ostracismo para ciertos modelos de convivencia. A la hora de regular esta materia, cada Estado habrá de buscar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad, entre el interés privado y el público¹⁰⁰, y adoptar medidas razonables a efectos de lograr esa protección¹⁰¹.

Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, corresponderá al legislador nacional determinar el grado de tutela de ambas situaciones (matrimonio y convivencia *more uxorio*), pues el hecho de que un Estado deba ofrecer protección a las parejas del mismo sexo no significa que esté obligado a conferirles un estatus que, a pesar de las diferencias de nombre, se corresponda al del matrimonio en todos y cada uno de sus aspectos¹⁰², disponiendo de un cierto margen de valoración para decidir la naturaleza exacta del estatus conferido (*Schalk, parágrafo 108*), sin que ello implique discriminación alguna¹⁰³.

A lo sumo, como se señala en *Schalk*, podrá plantearse la vulneración del principio de igualdad ante la ley cuando existan concretas diferencias no justificadas en el tratamiento de ambas situaciones¹⁰⁴. La determinación, caso por caso, de qué diferencias resultan o no justificadas puede ser, sin embargo, una tarea compleja y no exenta de cierto grado de inseguridad.

CONCLUSIONES

I. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de transexualidad no es un argumento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo sino que, por el contrario, ratifica la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio.

II. Aunque en la sentencia *Schalk* el Tribunal de Estrasburgo reinterpreta el artículo 12 del convenio para dar cabida en él al matrimonio entre personas del mismo sexo y aunque lo justifica con base en la desvinculación entre matrimonio y procreación, en diversas sentencias temporalmente muy próximas a la citada, el Tribunal caracteriza el matrimonio y las convivencias registradas como uniones sexualizadas, residiendo en este carácter sexual el elemento diferencial con otros tipos de convivencias afectivas y estables y el motivo de su protección jurídica, al enlazarlo con la existencia de un interés social. Sin embargo, ese carácter sexual no justifica el interés social de la unión por sí mismo sino por su relación con la procreación, lo que pone en duda la coherencia de la posición del Tribunal, ya sea al denegar esa protección a otros modelos de convivencia, ya al otorgar plena protección a convivencias sexualizadas pero estructuralmente no abiertas a la procreación.

III. La existencia de una tendencia internacional favorable al reconocimiento de la convivencia entre personas del mismo sexo hace que, para el Tribunal de Estrasburgo, esta deba ser considerada como una manifestación del derecho a la vida familiar y deba ser objeto de protección, ya sea mediante el régimen jurídico del matrimonio o mediante la regulación de un medio alternativo que dé reconocimiento jurídico a esa unión, no pareciendo razonable que luego el Tribunal invoque la provisional ausencia de un consenso europeo suficiente como motivo para evitar exigir a los Estados dicha protección.

ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES

- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 10 de julio de 1975, *asunto X v. Bélgica y Países Bajos*.
- Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 10 de julio de 1997, *asunto Dalila di Lazzaro v. Italia*.
- Decisión del TEDH de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*.
- Decisión del TEDH de 28 de noviembre de 2006, *asunto R. and F. v. Reino Unido*.
- Decisión del TEDH de 21 de septiembre de 2010, *asunto Manenc v. Francia*.
- STEDH de 13 de junio de 1979, *asunto Marckx v. Bélgica*.
- STEDH de 28 de noviembre de 1984, *asunto Rasmussen v. Dinamarca*.
- STEDH de 28 de mayo de 1985, *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*.

- STEDH de 17 de octubre de 1986, *asunto Rees v. Reino Unido*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1986, *asunto Johnston v. Irlanda*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1987, *F. v. Suiza*.
- STEDH de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*.
- STEDH de 25 de marzo de 1992, *asunto B. v. Francia*.
- STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*.
- STEDH de 18 de julio de 1994, *asunto Karlheinz Schmidt v. Alemania*.
- STEDH de 27 de octubre de 1994, *asunto Kroon y otros v. Países Bajos*.
- STEDH de 21 de febrero de 1997, *asunto Van Raalte v. Países Bajos*.
- STEDH de 27 de marzo de 1998, *asunto Petrovic v. Austria*.
- STEDH de 30 de julio de 1998, *asunto Sheffield and Horsham v. Reino Unido*.
- STEDH de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*.
- STEDH de 10 de mayo de 2001, *asunto Mata Estévez v. España*.
- STEDH (Gran Sala) de 12 de julio de 2001, *asunto K. y T. v. Finlandia*.
- STEDH de 11 de octubre de 2001, *asunto Hoffmann v. Alemania*.
- STEDH de 26 de febrero de 2002, *asunto Fretté v. Francia*.
- STEDH de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 11 de julio de 2002, *Christine Goodwin v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 11 de julio de 2002, *I. v. Reino Unido*.
- STEDH de 24 de julio de 2003, *asunto Karner v. Austria*.
- STEDH de 16 de noviembre de 2004, *asunto Ünal Tekeli v. Turquía*.
- STEDH de 13 de septiembre de 2005, *asunto B. y L. v. Reino Unido*.
- STEDH de 18 de abril de 2006, *asunto Dickson v. Reino Unido*.
- STEDH de 9 de mayo de 2006, *asunto C. v. Finlandia*.
- STEDH de 12 de diciembre de 2006, *asunto Burden y Burden v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, *asunto Evans v. Reino Unido*.
- STEDH de 11 de septiembre de 2007, *asunto L. v. Lituania*.
- STEDH de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*.
- STEDH (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2007, *asunto Dickson v. Reino Unido*.
- STEDH (Gran Sala) de 22 de enero de 2008, *asunto E. B. v. Francia*.
- STEDH (Gran Sala) de 29 de abril de 2008, *asunto Burden v. Reino Unido*.
- STEDH de 8 de enero de 2009, *asunto Schlumpf v. Suiza*.
- STEDH de 12 de mayo de 2009, *asunto Korelc v. Eslovenia*.
- STEDH de 8 de diciembre de 2009, *asunto Muñoz Díaz v. España*.
- STEDH de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*.
- STEDH de 1 de abril de 2010, *asunto S. H. y otros contra Austria*.
- STEDH de 24 de junio de 2010, *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.
- STEDH (Gran Sala) de 22 de noviembre de 2010, *asunto Schalk and Kopf v. Austria*.
- STEDH (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2010, *asunto A, B, y C, v. Irlanda*.
- STEDH de 17 de febrero de 2011, *asunto Andriele v. República Checa*.

- STEDH de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*.
- STC 32/1981, de 28 de julio de 1981.
- ATC 222/1994, de 11 de julio de 1994.
- STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012.
- STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de 17 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario, de 10 de junio de 2003, *asunto Halpern v. Canada*.
- Sentencia de la Cour d'arbitrage de Bélgica 159/2004, de 20 de octubre de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica 2006-7262, de 23 de mayo de 2006.
- Sentencia de la Corte Suprema de California, de 15 de mayo de 2008, *In re Marriage Cases*.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal 359/2009, de 9 de julio de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal 121/2010, de 8 de abril de 2010.
- Sentencia de la Corte Costituzionale de Italia 138/2010, de 15 de abril de 2010.
- Federal District Court Decision, de 4 de agosto de 2010, *asunto Perry v. Schwarzenegger*.
- Sentencia del Conseil Constitutionnel de Francia, de 28 de enero de 2011.
- Decisión del Conseil Constitutionnel de Francia, de 17 de mayo de 2013.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 mayo 2011, *asunto Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg*.
- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-577/11, de 26 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 3 de noviembre de 2011.
- Sentencia de la Corte di Cassazione italiana, número 4184, de 15 de marzo de 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (2011): «La familia y el Derecho de Familia», en M. YZQUIERDO TOLSADA y M. CUENA CASAS (dir.): *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. I, Cizur Menor, Aranzadi, págs. 51-191.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I. (1989): *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.
- ARRESE IRIONDO, M. N. (2009): En I. LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Cizur Menor, Thomson Reuters, págs. 618-638.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2004): «El matrimonio de los homosexuales», en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [en línea], núm. 15, disponible en la base de datos Westlaw (referencia BIB 2004\1736) o en <http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=Ie449cf20c73811db8f5d010000000000&srguid=i0ad8181600000141e63e9d1977083c79>
- CASADEVALL, J. (2012): *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CERNA, C. M. (2010): *Schalk & Kopf v. Austria* (Eur. Ct. H.R.) - Introductory Note. *International legal materials*, núm. 49, págs. 1302-1305.
- CONTI, R. (2011): «Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali», en *Il Corriere Giuridico*, núm. 4, págs. 579-587.
- COOPER, S. L. (2011): «Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights». *German Law Journal*, vol. 12, núm. 10, págs. 1746-1763.
- DE PABLO CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2007): *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Madrid: Rialp.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2007): «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», en *Indret* [en línea], núm. 2, disponible en http://www.indret.com/pdf/420_es.pdf
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006): «Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2.º, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, págs. 1461-1484.
- GARCÍA CANTERO, G. (2009): «Unde venis et quo vadis, hispanica familia?», en S. PANIZO ORALLO (coord.), *¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia*, Madrid, CEU Ediciones, págs. 83-137.
- GARCÍA ROCA, J. (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Civitas.
- GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2004): «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, núm. 1, págs. 163-184.
- HODSON, L. (2011): «A Marriage by any other Name? Schalk and Kopf v. Austria». *Human Rights Law Review*, vol. 11, núm. 1, págs. 170-179.
- LLOPIS GINER, J. M. (2008): «Reflexiones críticas del Derecho de Familia: tradición y futuro», en R. BENEYTO, M. TORRERO y J. M. LLOPIS (coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, págs. 245-298.
- MAGI, L. (2011): «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso», en *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 2, págs. 396-421.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2008): *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008): «Comentario al artículo 9», en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, págs. 244-255.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2006): «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas», en J. ALVENTOSA DEL RÍO (dir.), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, págs. 481-490.
- PACIA, R. (2012): «Le nuove convivenze», en *Persona e Danno* [en línea], disponible en <http://www.personaedanno.it/matrimonio-famiglia-di-fatto/le-nuove-convivenze-romana-pacia>
- POLO SABAU, J. R. (2006): *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Cizur Menor, Thomson-Civitas.
- PRATS ALBENTOSA, L. (2006): «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», en J. M. NAVARRO VIÑUALES (dir.), *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, págs. 13-26.
- PRESNO LINERA, M. A. (2008): *El Derecho Europeo de Familia*, Cizur Menor, Aranzadi.
- ROSAS DE CASTRO, J. (2010): «Em torno da margem de apreciação dos estados na aplicação da convenção europeia dos direitos do homem», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, págs. 281-314.
- SANTOLAYA, P. (2009): «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 545-566.
- SANZ CABALLERO, S. (2003): «A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, págs. 307-316.
- (2008): «La familia, ¿una preocupación europea?», en R. BENEYTO, M. TORRERO y J. M. LLOPIS (coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, págs. 375-404.
- TORRALBA SORIANO, V. (2006): «¿Qué matrimonio?», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 2.º, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios, págs. 1817-1824.
- TORRES GUTIÉRREZ, A. (2009): «El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 691-705.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008): *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Madrid, Thomson-Civitas.
- VEGA GARCÍA, A. (2011): «La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre Sucesiones», en *Indret* [en línea], núm. 1, disponible en http://www.indret.com/pdf/793_es.pdf
- WINKLER, M. (2010): «Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 11, págs. 1137-1154.

NOTAS

¹ A cuyo tenor: «La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad, se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta ley trata de dar respuesta».

² Ello pese a que el Tribunal Constitucional español había manifestado en su Auto 222/1994, de 11 de julio (donde se enfrentó por primera vez al recurso de amparo planteado por el miembro supérstite de una pareja homosexual, que invocaba que la negativa a otorgarle una pensión de viudedad vulneraba el derecho a la igualdad del art. 14 CE), que «se debe admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial» (Fundamento Jurídico 2.º), sin que proceda admitir la existencia de discriminación, por ser el matrimonio y la unión homosexual dos realidades diferentes y no equiparables, lo que justificaba la diferencia de trato, aunque no impedía al legislador establecer un sistema de equiparación de su eficacia jurídica.

³ Pese a lo cual, la no inconstitucionalidad de la regulación del matrimonio por el Code français, en la redacción vigente en la fecha que se dictó la sentencia, no implicaba que la heterosexualidad del matrimonio fuese una exigencia constitucional en Francia, como se ha encargado de señalar el Conseil Constitutionnel en su Decisión número 2013/669, de 17 de mayo, en la que enjuició la constitucionalidad de la reforma introducida pocas semanas antes en el Código Civil francés y por la que se abría la institución del matrimonio a las parejas integradas por personas del mismo sexo. En palabras del Conseil, «el legislador ha estimado que las diferencias entre las parejas formadas por un hombre y una mujer y las parejas de personas del mismo sexo no justifican ya que estas últimas no puedan acceder al estatus y a la protección jurídica vinculados al matrimonio, sin que corresponda al *Conseil constitutionnel* reemplazar con su apreciación aquella del legislador sobre cómo ha de tenerse en cuenta, en materia de matrimonio, esta diferencia» (apartado 22).

⁴ Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *El matrimonio de los homosexuales*, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 15/2004, parte Tribuna, BIB 2004/1736, quien ya en relación al Anteproyecto de Ley afirmaba que la polémica no está en el resultado pretendido (la equiparación de tratamiento) sino que reside «en el cauce para alcanzar ese resultado. Nuestra Constitución actual no lo permite. El cambio pasa necesariamente por la reforma constitucional». En el mismo sentido, si bien con posterioridad a la aprobación de la Ley 13/2005, GARCÍA CANTERO, G., *Unde venis et quo vadis, hispanica familia?*, en «¿Crisis del sistema matrimonial? Sobre el futuro del matrimonio y de la familia», CEU Ediciones, Madrid 2009, págs. 83-137 (en especial, págs. 108 y sigs.) o TORRALBA SORIANO, V., «¿Qué matrimonio?», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 1822-1824. Entre quienes, por el contrario, se habían mostrado partidarios de la reforma y del cauce elegido para realizarla, cabe destacar a PRATS ALBENTOSA, L., «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», en *El nuevo Derecho de Familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales* (Navarro Visuales, dir.), Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 16-20. La necesidad de una reforma constitucional, y no meramente legal, para dar cabida al matrimonio entre personas del mismo sexo ha sido puesta de relieve en los tres votos particulares a la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre, emitidos por los magistrados RODRÍGUEZ ARRIBAS, OLLERO TASSARA y GONZÁLEZ RIVAS, respectivamente.

⁵ Así se desprende de su Fundamento Jurídico noveno. Tras afirmar que «la Constitución es un árbol vivo (...) que, a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», señala que la «lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Dere-

cho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla». Cultura jurídica que configura la *imago maestra* de la institución y que se construye acudiendo a diferentes elementos, entre los que se encuentra «la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición».

⁶ En el penúltimo párrafo del Fundamento Jurídico 9.º el Tribunal Constitucional afirma que «el legislador español, como otros de nuestro entorno jurídico cercano, *tenía varias opciones a su alcance a la hora de otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo*, y la opción escogida es respetuosa con los dictados del texto constitucional, *sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra*». Más adelante, en el Fundamento Jurídico 11.º señala que al darse a las personas homosexuales, tras la reforma legal, la opción de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, «se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales [...], además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental [...], *sin perjuicio de que se puede reconocer que el mecanismo elegido por el legislador para dar ese paso no era el único técnicamente posible*». Idea ratificada inmediatamente después, acogiendo las alegaciones del abogado del Estado, cuando afirma que «*se pudo optar por diversas modalidades de regulación de la unión entre personas del mismo sexo*», sin que, como señala el Tribunal, corresponda a este enjuiciar «la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles», debiendo respetar las opciones legislativas siempre que las mismas se ajusten al texto constitucional.

⁷ Cfr. Press Release Referrals to Grand Chamber, núm. 906, de 29 de noviembre de 2010: «Court's judgment concerning Austrian authorities' refusal to allow marriage of homosexual couple becomes final».

⁸ A la que acude también el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, cuando afirma que, si bien «desde una estricta interpretación literal, el artículo 32 CE solo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse», pese a todo «hay que insistir en ello, sistemáticamente resulta claro que ello no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales».

⁹ Como señalan DE PABLO CONTRERAS, P. y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Ed. Rialp, Madrid, 2007, pág. 98, el *ius connubii* es reconocido ya desde las Declaraciones y Tratados internacionales de mediados del pasado siglo como un derecho «relacional y recíproco de varón y mujer», integrándose esta característica dentro del contenido esencial o núcleo duro que el legislador debe necesariamente respetar (pág. 105).

¹⁰ Vid. el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, o el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

¹¹ Interpretación histórica que en la doctrina italiana suscita la crítica de WINKLER, M., «Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo», en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, año XXVI, núm. 11, noviembre de 2010, pág. 1150, para quien no se debería interpretar el CEDH con los esquemas de 1950, pues el convenio no blinda los conceptos que sus autores tenían *in mente* sino que es, por el contrario, un instrumento vivo y conforme a ello han de ser interpretadas todas sus normas, también el artículo 12.

¹² Cfr. TORRES GUTIÉRREZ, A., «El derecho a contraer matrimonio (art. 12 CEDH)», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., Madrid, 2009, págs. 697-699 y 704, quien considera que la nueva orientación jurisprudencial en materia de transexualidad está llamada a influir significativamente en el derecho positivo de los ordenamientos nacionales en una materia como la de la protección de nuevas formas de convivencia que existen en la sociedad, entre

las que estarían las parejas compuestas por personas del mismo sexo, a las que se abriría la posibilidad de contraer matrimonio.

¹³ Opinión disidente del juez Martens, apartado 5. Criticaba también el citado juez la decisión adoptada por la mayoría por entender que el TEDH olvidaba un dato esencial: que en un número considerable de Estados miembros existía un reconocimiento legal de una manera u otra, existiendo diferencias de matiz dentro de las cuales deberían moverse los Estados en el ejercicio de su margen de apreciación, no siendo, por tanto, razonable enrocarse en la falta de una total convergencia para justificar que no se exija a los Estados el citado reconocimiento (apartado 5.6.2). A lo que hay que añadir que, a juicio del juez Martens, el TEDH ha mostrado una precaución extrema al enfrentarse a los procesos de evolución en materia de derecho de familia y de sexualidad, exigiendo a lo largo de su jurisprudencia una aceptación absolutamente mayoritaria que, a su parecer, resultaría incoherente con la misión del Tribunal, que es proteger al individuo contra la colectividad mediante la elaboración de normas comunes. Para el juez, la cautela necesaria en la actuación del Tribunal debería traducirse, cuando la colectividad oprime al individuo y se niega a reconocer los cambios sociales, en no inclinarse demasiado fácilmente frente a los argumentos del particularismo cultural e histórico de un país (apartado 5.6.3).

¹⁴ Opinión disidente común de los jueces Palm, Foighel y Pekkanen, apartado 5.

¹⁵ En cambio, en su Informe de 6 de septiembre de 1990, entendió que sí había existido violación del artículo 8 del CEDH, pues las autoridades francesas, con su negativa a rectificar la indicación de su sexo en el Registro Civil y en sus documentos oficiales de identidad, relegaban a la demandante en la vida diaria a una situación incompatible con el respeto a su vida privada.

¹⁶ Argumento reiterado en la sentencia del TEDH (Sección 2.^a) de 11 de septiembre de 2007, *asunto L. v. Lituania*, donde la violación del artículo 8 del CEDH derivaba en este caso no de la falta de reconocimiento del derecho al cambio de sexo o al cambio de estado civil, sino de la existencia de un vacío legal a la hora de regular la cirugía de reasignación sexual completa, lo que dificultaba de manera desproporcionada el ejercicio de su derecho por parte del demandante.

¹⁷ Pese a lo cual, entiende que no procede indemnizar por daño moral a la demandante, declarando por unanimidad que las constataciones de violación constituyen en sí mismas una indemnización suficiente por el daño moral sufrido por esta (*I. v. Reino Unido*, párrafo 97).

¹⁸ Cfr. CASADEVALL, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 391. Como afirma SANZ CABALLERO, S., «A propósito de las sentencias Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, núm. 1, enero-junio de 2003, pág. 315, el Estado, cuya legislación admite las operaciones de conversión sexual, debe ser luego consecuente y debe autorizar la rectificación registral del estado civil y el matrimonio del transexual con una persona de su sexo de origen.

¹⁹ Como acertadamente señalara el Consejo de Estado en su Dictamen número 2628/2004, de 16 de diciembre de 2004, «en todo caso, esos pronunciamientos del TEDH no se dirigen a la concepción del matrimonio en cuanto integrado por personas de distinto sexo (esto es, al llamado principio de heterosexualidad del matrimonio, que se da por supuesto), sino a los criterios para determinar si concurre tal heterosexualidad».

²⁰ En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional italiano señala que «por tanto, el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a aquellos que han cambiado de sexo constituye más bien un argumento para confirmar el carácter heterosexual del matrimonio, como se prevé en el vigente ordenamiento» (sentencia 138/2010, de 15 de abril, apartado 9, párrafo final).

²¹ Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.^a), de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry v. Reino Unido*. En idéntica fecha, la misma Sección del TEDH dictó una Decisión por la que se resolvió el *asunto R. and F. v. Reino Unido*, con una argumentación idéntica a la expuesta *supra*, con el matiz de que al vivir los cónyuges en Escocia, la

Gender Recognition Act de 2004 exigía, en este caso, no la anulación del matrimonio sino el divorcio de los cónyuges.

²² Invocada también por las demandantes la vulneración del artículo 8 del CEDH, en su vertiente de derecho a la vida privada y familiar, el TEDH consideró que los efectos del sistema impuesto por la ley inglesa no eran desproporcionados pues, aunque se vieran en la necesidad de anular su matrimonio, podían continuar su relación normalmente e incluso bajo un estatus legal similar al del matrimonio, mediante la creación de una *civil partnership*, con casi los mismos derechos y obligaciones que antes de la anulación de su matrimonio.

²³ Como recuerda CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 340, «para poder invocar la protección del artículo 8 debe quedar establecida la existencia previa de una vida familiar en el sentido del convenio, porque el derecho a constituir una familia, previsto como tal en el artículo 12, no entra en el campo de aplicación del artículo 8».

²⁴ Doctrina recogida en la STEDH de 13 de junio de 1979, *asunto Marckx v. Bélgica*, párrafo 31 y reiterada por el Tribunal en decisiones posteriores como en la STEDH (Gran Sala), de 12 de julio de 2001, *asunto K. y T. v. Finlandia*, párrafo 150 o en STEDH (Sección 1.^a), de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*, párrafo 33.

²⁵ En palabras de CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 340, «para determinar la existencia de vida familiar entre dos o más personas el TEDH, se focaliza más en la realidad social y en el comportamiento cotidiano de los interesados que en la realidad biológica y, en consecuencia, considera que no se impone siempre y necesariamente un vínculo de sangre o genético».

²⁶ Cfr. SANTOLAYA, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.^a ed., Madrid, 2009, pág. 553.

²⁷ Cfr. STEDH de 28 de mayo de 1985, *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido*, párrafo 62, en la que, matizando lo dispuesto en el *asunto Marckx* (donde se recordó que la garantía del derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia previa de una familia), se afirmó que «sin embargo, ello no implica que toda vida familiar proyectada quede enteramente excluida de su ámbito. Sea lo que fuere lo que la palabra “familia” pueda además significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio (...) incluso si una vida familiar del tipo al que el Gobierno se refiere no ha sido todavía plenamente establecida. Deben considerarse tales uniones como suficientes para merecer el respeto debido en virtud del artículo 8».

²⁸ Al margen de que estos sean matrimoniales o extramatrimoniales, pues un hijo nacido en el marco de unas relaciones familiares de *facto* es parte *ipso iure* de esa unidad familiar por el mero hecho de su nacimiento, existiendo por tanto entre el hijo y los padres un vínculo que supone vida familiar (STEDH de 11 de octubre de 2001, *asunto Hoffmann v. Alemania*, párrafo 34) y ello aunque en el momento del nacimiento no haya convivencia efectiva entre dichos padres o la relación haya llegado a su fin (STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*, párrafo 44). La vida familiar derivada *ipso iure* de las relaciones paterno-filiales se ve excepcionada cuando se trate de hijos adultos, en cuyo caso para apreciar vida familiar y gozar de la protección del artículo 8 habrá de demostrarse «la existencia de elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos normales» (*asunto Emonet y otros v. Suiza*, párrafo 35).

²⁹ Como señala SANZ CABALLERO, S., «La familia, ¿una preocupación europea?», en *Retos del siglo XXI para la familia* (BENEYTO, TORRERO y LLOPIS, coords.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, pág. 381, los abuelos no siempre formarán parte del núcleo familiar (no se presume que exista vida familiar con ellos), debiendo tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

³⁰ En el mismo sentido, para nuestro Tribunal Constitucional el texto de la Constitución Española «no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio [...] ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia»

(STC 19/2012, de 15 de febrero, Fundamento Jurídico 5.º y sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, Fundamento Jurídico 5.º).

³¹ El reconocimiento de vida familiar en el marco de una convivencia *more uxorio* aparece ya con toda nitidez en la STEDH de 18 de diciembre de 1986, *asunto Johnston v. Irlanda*, párrafo 56 («Es claro que los demandantes —de los cuales los dos primeros viven juntos desde hace quince años...— constituyen una “familia” a efectos del artículo 8. Por consiguiente, tienen derecho a su protección, aunque sus relaciones estén fuera del matrimonio») y da lugar a una jurisprudencia constante, reflejada, entre otras, en la STEDH de 26 de mayo de 1994, *asunto Keegan v. Irlanda*, párrafo 44; STEDH de 27 de octubre de 1994, *asunto Kroon y otros v. Países Bajos*, párrafo 30 (en un supuesto en el que no concurría la convivencia que suele ser una condición de tal relación familiar, pero en el que el TEDH entendió que, excepcionalmente, otros factores —los progenitores no convivían pero concibieron sucesivamente cuatro hijos comunes— también pueden servir para demostrar que una relación tiene la suficiente constancia como para crear lazos familiares *de facto*), o en la STEDH de 13 de diciembre de 2007, *asunto Emonet y otros v. Suiza*, donde se resalta 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) o si, como sucedía en este caso, no habiendo tenido hijos en común, la convivencia entre los integrantes de la pareja y la hija de uno de ellos permitía hablar de *vínculo familiar de facto*». Como señala PRESNO LINERA, M. A., *El Derecho Europeo de Familia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 51, en tales situaciones es de gran importancia que las relaciones fácticas existentes estén acompañadas de una apariencia de vida familiar, de la asunción de un determinado rol y del desarrollo de una cierta conducta frente a los demás.

³² Derecho que, en cambio, sí que concurría en el ámbito de las que podríamos denominar «relaciones familiares verticales», entre un padre de tendencia homosexual y su hija, nacida de un matrimonio anterior, sin que la orientación sexual del progenitor fuese un argumento por sí mismo suficiente para retirarle la custodia de su hija, pues ello iría contra su derecho a la vida familiar y contra el derecho a la igualdad de trato (vid. sentencia del TEDH (Sección 4.ª) de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*). Por su parte, en la sentencia del TEDH (Sección 4.ª) de 9 de mayo de 2006, *asunto C. v. Finlandia*, pese a existir hijos de una de las integrantes de la pareja homosexual y pese a existir una convivencia estable entre los niños, su progenitora y la pareja de esta, el TEDH no negó que concurriera vida familiar sino que simplemente evitó hablar de la existencia de vida familiar entre dichas personas, cuestión que tampoco abordó al morir la madre y quedar los hijos bajo la protección de la *partner* superviviente. Por el contrario, el Tribunal se limitó a reconocer la protección del derecho a la vida familiar del padre divorciado cuya petición de atribución de la custodia había sido rechazada por los Tribunales internos.

³³ Cfr. sentencia del TEDH de 10 de mayo de 2001, *Mata Estévez v. España* (relativa a la denegación de la pensión de supervivencia al miembro superviviente de la pareja homosexual), donde se entendía que las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no entraban dentro del derecho al respeto a la vida familiar, por tratarse de una materia en la que no existía un denominador común ampliamente compartido y en la que los Estados gozarían de un amplio margen de apreciación. En la doctrina española, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L., *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pág. 210, recalca la dificultad de hablar de familia respecto de las uniones de homosexuales pues «familia incluso en el lenguaje vulgar es procreación y responsabilidad por la misma, y ello va contra la propia estructura de las parejas homosexuales».

³⁴ ARRESE IRIONDO, M. N., *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (dir.: LASAGABASTER HERRARTE), 2.ª ed., Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág. 619. Contra, PRESNO, *op. cit.*, pág. 60, para quien «la familia no se reduce a la unión de personas con capacidad para procrear o criar hijos».

³⁵ Cfr. CASADEVALL, *op. cit.*, pág. 392. En realidad, no lo reconoce ni el artículo 12 ni ningún otro. Como señala el TEDH en su sentencia de 26 de febrero de 2002, *asunto Fretté*

v. *Francia*, «el convenio no garantiza, como tal, un derecho a la adopción» (parágrafo 32). En el mismo sentido se había manifestado ya la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión de 10 de julio de 1997, *asunto Dalila di Lazzaro v. Italia*, donde recordó además que «el artículo 8 no obliga a los Estados a garantizar a una persona el estatus de padre adoptivo o de hijo adoptivo».

³⁶ Como con acierto anticipara PRESNO, *op. cit.*, pág. 51, reconocer la presencia de vida familiar sobre la base de una «apariencia de vida familiar», pese a no existir ni vínculo matrimonial ni parentesco, suponía servirse de algo sujeto a evolución jurídica, histórica y social, detectándose desde hace años una tendencia creciente a no condicionar esa apariencia de familia a la heterosexualidad de la pareja.

³⁷ En particular, el artículo 4.3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, y el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³⁸ En realidad, se podía apreciar ya en la opinión disidente del juez Martens en el *asunto Cossey*, cuando en su apartado 4.5.2 afirmaba que «el matrimonio es mucho más que una unión sexual y la capacidad de tener relaciones sexuales no es por lo tanto esencial. Las personas que no son capaces de procrear o de tener relaciones sexuales pueden también desear casarse y se casan con eficacia. Esto se explica por el hecho de que *el matrimonio representa más que una unión legitimadora de las relaciones sexuales y dirigida a la procreación*», siendo una institución de derecho que crea una relación jurídica entre los cónyuges basada «en intensas emociones humanas, en un compromiso mutuo exclusivo y en un elemento de la permanencia», así como también un tipo de comunidad donde «los lazos intelectuales, espirituales y emocionales son por lo menos tan esenciales como los vínculos físicos».

³⁹ Argumentación que ya se contenía en la opinión disidente común de los jueces Palm, Foighel y Pekkanen a la sentencia del TEDH de 27 de septiembre de 1990, *asunto Cossey v. Reino Unido*: «El hecho de que un transexual no sea apto para procrear no puede ser decisivo. Un gran número de hombres y mujeres incapaces de tener hijos, tienen indiscutiblemente el derecho de casarse. La capacidad de procrear no es ni puede ser un requisito previo para el matrimonio» (apartado 5).

⁴⁰ Como afirman DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Constitución», cit., págs. 99-100, en el *asunto Rees*, el TEDH vincula el *ius connubii* con el derecho a fundar una familia, «pero ello en el plano de su potencialidad objetiva o estructural como institución, no en los casos concretos», razón por la cual los autores estiman que las afirmaciones recogidas en los *asuntos Christine Goodwin v. Reino Unido* e *I. v. Reino Unido* (esto es, que la incapacidad procreativa no puede privar del derecho a contraer matrimonio) no contradicen en este punto la doctrina presente en el *asunto Rees*.

⁴¹ La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C/303/01), si bien su texto recoge y adapta la Carta de Niza, de 7 de diciembre de 2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas [DOCE], de 18 de diciembre de 2000, C 364/01), sustituyéndola a partir del 1 de diciembre de 2009.

⁴² Nótese cómo en la Decisión de 10 de julio de 1975, *asunto X v. Bélgica y Países Bajos*, la Comisión Europea de Derechos Humanos afirmaba que «el artículo 12, en efecto, concibe el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia como un único derecho», para seguidamente añadir que «incluso asumiendo que el derecho a fundar una familia pueda ser considerado al margen del matrimonio», el artículo 12 reconoce el derecho a un hombre y a una mujer (esto es, a una pareja de distinto sexo) a fundar una familia, es decir, a tener hijos.

⁴³ «Con respecto a la conexión entre el derecho a contraer matrimonio y el *derecho a fundar una familia*, el Tribunal ya ha sostenido que la *incapacidad de una pareja de concebir o criar un hijo* no puede considerarse *per se* excluyente del derecho a casarse».

⁴⁴ Sentencia del TEDH (Sección 1.^a), de 1 de abril de 2010, *asunto S. H. y otros contra Austria*, parágrafo 60, en unos supuestos en los que se planteaba el derecho de dos parejas a concebir hijos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. El empleo de dichas técnicas de procreación había sido analizado anteriormente por la Gran Sala del TEDH en su sentencia de 4 de diciembre de 2007, *asunto Dickson v. Reino Unido*, en la que se rectificaba la decisión adoptada por la Sección 4.^a en su sentencia de 18 de abril de 2006. La Gran Sala estima que el artículo 8 es aplicable a las quejas de los demandantes (un prisionero y su esposa) en la medida en que «la denegación de la inseminación artificial afecta a su vida privada y familiar, incluyendo estas nociones el derecho al respeto de su decisión de ser padres genéticos» (parágrafo 66).

⁴⁵ Derecho que no emana directamente del artículo 8 del CEDH, pues como recuerda el TEDH, las disposiciones del artículo 8 (en concreto, el derecho al respeto de una *vida familiar*) no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a la adopción. Lo cual no obsta para que, cuando un Estado vaya más allá de sus obligaciones derivadas del artículo 8 y cree un derecho como el de las personas solteras a solicitar una adopción, en tal caso las circunstancias de la causa que se suscite caerán, sin duda, bajo el imperio del artículo 8 del convenio, no pudiendo entonces el Estado adoptar medidas discriminatorias en el sentido del artículo 14, como sucedería si se excluyese del procedimiento a una persona con base en su homosexualidad (sentencia del TEDH —Gran Sala— de 22 de enero de 2008, *asunto E. B. contra Francia*, parágrafo 49).

⁴⁶ Cfr. la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, *asunto Evans v. Reino Unido*, parágrafo 71, en un caso en el que se planteaba la destrucción de embriones crioconservados tras la ruptura de la pareja y la negativa del varón a que su excompañera hiciese uso en exclusiva de los mismos a efectos de concebir un hijo. El Tribunal reconoce que el invocado derecho al respeto de la decisión de convertirse en madre en sentido genético también entra en el ámbito del artículo 8 del CEDH.

⁴⁷ Vid. *asunto S. H. y otros contra Austria*, parágrafo 58, que incluye dentro del derecho a la vida privada y familiar «el derecho a la decisión tanto de tener como de no tener un hijo».

⁴⁸ Cabría preguntarse qué sentido tiene el impedimento de parentesco (art. 47 CC) cuando se trata del matrimonio entre personas del mismo sexo que, por definición, no pueden tener hijos biológicos comunes. No concurriendo la razón eugenésica que subyace en dicho impedimento, ¿por qué aplicarlo en ese modelo de matrimonio? Cfr. TORRALBA SORIANO, *op. cit.*, págs. 1818-1819, quien entiende que, por este motivo, la Ley 13/2005 no acabó con una discriminación sino que estableció nuevas discriminaciones.

⁴⁹ Como afirma el Tribunal Constitucional portugués en su sentencia 359/2009, de 9 de julio de 2009, apartado 14 (Diário da República, 2.^a série, núm. 214, de 4 de noviembre de 2009) si se entiende el matrimonio como una institución social basada en la función que le corresponde en la reproducción de la sociedad, puede tener sentido que se reserve el matrimonio a las personas de diverso sexo. Ahora bien, si se adoptase una concepción del matrimonio como una relación puramente privada entre dos personas adultas, sin proyección alguna en la reproducción de la sociedad, la exclusión del matrimonio entre personas del mismo sexo resultaría necesariamente discriminatoria. Para PRATS ALBENTOSA, *op. cit.*, págs. 15 y 20, los ordenamientos jurídicos que conciben la relación matrimonial de modo finalista, como abocada a la procreación, exigen la diferencia sexual de los cónyuges, mientras que en aquellos ordenamientos en los que esta finalidad «no es contemplada ni tan siquiera como mera eventualidad», tal exigencia carece de sentido.

⁵⁰ De hecho, el concepto de matrimonio nacido de las reformas de 2005, y que según la STC 198/2012, de 6 de noviembre, se corresponde con la imagen que tiene la sociedad española actual del matrimonio, es el que concibe la institución 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 es-

tablecidas en el ordenamiento» (Fundamento Jurídico 9.º). Como señala el Magistrado don Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS en su Voto Particular a la sentencia, tal descripción, «un tanto enrevesada y poco eufónica, realiza una verdadera filigrana para eludir hablar de sexo al definir el matrimonio, con lo que, a primera vista, este podría constituirse entre un tío y un sobrino», a lo que añade: «con esta formulación se prescinde absolutamente del componente biológico (o antropológico, si se quiere) ínsito en el matrimonio desde que apareció el ser humano en el planeta y que como institución precedió a la tribu», pues «este es también una unión sexual que la naturaleza destina a la perpetuación de la especie humana y aunque este fin natural pueda satisfacerse fuera del matrimonio y también aunque no sea el único fin de la institución que permanece si cumple los demás fines, no puede desconocerse sin incurrir en un salto ilógico imposible de admitir» (apartado primero).

⁵¹ En palabras del juez David THÓR BJÖRGVINSSON, «aunque en sentido estricto, la queja alude únicamente a una diferencia de trato en materia de impuesto sobre sucesiones, en un contexto más amplio trata —en sustancia— del hecho de que se aplican normas distintas y que el vínculo de consanguinidad entre las demandantes impide a estas contraer un acuerdo jurídico semejante al matrimonio o a la unión civil para que el marco jurídico en cuestión [...] fuese aplicable a su situación».

⁵² Vid. al respecto, POLO SABAU, J. R., *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, págs. 37-38 y 84-86. Para el autor, el declive de la dimensión procreativa del matrimonio en la legislación estatal, en beneficio de la convivencia afectiva o amorosa como causa del matrimonio, permite plantearse qué sentido tiene en la actualidad la intervención social en el matrimonio, esto es, la protección específica de los sentimientos de los ciudadanos y de las relaciones que pudieran derivarse de los mismos. En palabras de don Andrés OLLERO TASSARA, recogidas en su Voto Particular a la STC 198/2012, de 6 de noviembre, «la ausencia de una adecuada percepción de la dimensión social del derecho lleva a olvidar por qué el matrimonio, a diferencia de la mera amistad, tiene relevancia jurídico-institucional. El matrimonio pasa de entenderse como un vínculo de relevancia social a enfocarse como una desvinculada vía de emancipación individual» (apartado tercero).

⁵³ Como señala el TEDH, la vida sexual pertenece a la esfera personal que protege el artículo 8 del CEDH (junto a la identidad sexual, el nombre o la orientación sexual: sentencia del TEDH, Sección 4.ª, de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty v. Reino Unido*, o sentencia del TEDH, Sección 1.ª, de 8 de enero de 2009, *asunto Schlumpf v. Suiza*, parágrafo 100), precepto que tutela el derecho al pleno desarrollo personal y a establecer relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Este derecho exige la no injerencia arbitraria de los poderes públicos y, además, ciertas obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada o familiar (parágrafo 102). Ahora bien, ha de notarse que el TEDH reclama tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses de la persona, especialmente en un tema tan sensible como el de su definición sexual o su orientación sexual. Por lo tanto, el respeto por la vida sexual de las personas pertenece al interés privado de estas, pero no a un interés legítimo del Estado que pueda justificar un tratamiento diferencial frente a otras conductas o relaciones que también son manifestaciones del derecho a la vida privada y que se conectan con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

⁵⁴ Protección que es el resultado, en Derecho español, de considerar el matrimonio como uno de los «elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional». Así se desprende de la aplicación al matrimonio por parte de la STC 198/2012, de 6 de noviembre (Fundamento Jurídico 7.º) del concepto de garantía institucional acuñado por la STC 32/1981, de 28 de julio (Fundamento Jurídico 3.º).

⁵⁵ Como se afirma en *Parry v. Reino Unido*, Decisión del TEDH del 28 de noviembre de 2006, al examinar la pretendida violación del artículo 12 por imponerse la anulación del matrimonio previo para así poder lograr el pleno reconocimiento del nuevo sexo del aún cónyuge, «dadas las sensibles opciones morales implicadas y la importancia que particularmente debe atribuirse a la *protección de los niños y al fomento de ambientes familiares seguros*,

esta Corte no debe apresurarse a sustituir con su propio juicio el de las autoridades que están en mejores condiciones para *evaluar y responder a las necesidades de la sociedad*». De las palabras en cursiva puede deducirse una visión del derecho al matrimonio y del derecho a fundar una familia en íntima relación con el interés social en la protección de los hijos.

⁵⁶ ALONSO PÉREZ, M., «La familia y el Derecho de Familia», en *Tratado del Derecho de la Familia* (YZQUIERDO TOLSADA y CUENA CASAS, dir.), vol. I, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pág. 141, al reflexionar sobre el fenómeno de la convivencia estable de pareja y sobre el que denomina «seudomatrimonio homosexual», recuerda que, aunque el positivismo legalista pueda abrir el matrimonio a dos hombres o dos mujeres, este «es la fuente principal de vínculos familiares por su estructura bisexual y su apertura a la creación de vidas nuevas». En palabras de este autor, «el matrimonio solo lo es en cuanto potencialmente es creador de vida y renuevo constante de los miembros de la sociedad. Algo imposible en el llamado matrimonio homosexual».

⁵⁷ Vid. también la Decisión del TEDH de 21 de septiembre de 2010, *asunto Manenc v. Francia* (decisión sobre la admisibilidad de la reclamación núm. 66686/09), en relación a la negativa del Estado francés a reconocer la *pension de réversion* al integrante superviviente de un pacto civil de solidaridad, con independencia de su orientación sexual. En opinión del Tribunal, el objetivo de la norma francesa se concreta en la protección de la familia fundada en el matrimonio, objetivo legítimo para cuya consecución se adopta la medida discutida en uso del amplio margen de apreciación que el convenio otorga a los Estados.

⁵⁸ En realidad el razonamiento de la sentencia es que, como reconoció el Tribunal Constitucional esloveno, la discriminación por razón de sexo solo se podría haber planteado si se hubiera tratado de una pareja de hecho entre personas del mismo sexo, pues en aquel entonces la Sección 56 de la Housing Act eslovena de 1991 solo permitía la subrogación arrendaticia a las parejas estables de distinto sexo (situación esta que cambió en la Registration of the Same-Sex Civil Partnership Act de 2005, Sección 37). Al no ser este el caso, no habría discriminación por el simple motivo de que la diferencia de trato se fundaría, no en la falta de diversidad sexual, sino en el hecho de no estar ante una pareja estable. De ahí que la solución hubiera sido la misma si la convivencia no sexualizada se hubiera dado entre un hombre y una mujer (vid. *Korelc*, parágrafo 88).

⁵⁹ Como se reflejó en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea, en el Eurobarómetro 66, *Public Opinion in the European Union*, realizado entre septiembre y octubre de 2006 y publicado en septiembre de 2007, págs. 43 a 46 y 461-462, que señalaba que el 44 por 100 de ciudadanos en el total de la Unión Europea era partidario del matrimonio homosexual, oponiéndose al mismo el 49 por 100.

⁶⁰ Actitud que en algunos casos puede resultar cuestionable pues, como alerta LLOPIS GINER, J. M., «Reflexiones críticas del Derecho de familia: tradición y futuro», en *Retos del siglo XXI para la familia* (BENEYTO, TORRERO y LLOPIS, coords.), Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2008, pág. 262, «la tiranía de las encuestas y de las estadísticas se muestra en este punto como uno de los objetivos que mayor peligro comporta a una justa regulación jurídica en el ámbito familiar». En opinión del autor, a veces los políticos no pueden sustraerse a ellas y otras veces se esconden tras ellas, alegando que es la sociedad la que exige los cambios en materia de familia y olvidando que «lo que aparentemente figura como parecer de la mayoría, no ha de ser necesariamente correcto desde el punto de vista ético». Igualmente crítico se muestra ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código Civil de julio de 2005», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, págs. 1467-1471, quien tras poner en duda que el legislador ostente «la luminosa visión de la sociedad que pretenciosamente se arroga, afirma que aunque en efecto fuese capaz de percibir certeramente la realidad social, ello no garantiza que la visión de la sociedad sea acorde a la dignidad humana y a los valores constitucionales, razón por la cual entiende que «el fundamento de las leyes debe ser algo más que ese barato y pretendido sociologismo que ahora se nos propone», debiendo ser buscado «en otra parte, no en la simple repetición de actos por parte de los integrantes del cuerpo social».

⁶¹ Así, cabe citar las Resoluciones de 8 de febrero de 1994 (DOCE de 28 de febrero de 1994, C 61/40), sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea; la Resolución de 17 de diciembre de 1998 (DOCE de 9 de abril de 1999, C 98/279), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1997); la Resolución de 16 de marzo de 2000 (DOCE de 29 de diciembre de 2000, C 377/344), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1998-1999); la Resolución de 15 de enero de 2003 (DOCE de 12 de febrero de 2004, C 38 E/247), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001); o, más recientemente, la Resolución de 14 de enero de 2009 (DOCE de 24 de febrero de 2010, C 46 E/48), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2004-2008). Con posterioridad a la sentencia *Schalk*, podemos destacar la Resolución de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas o la Resolución de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2011).

⁶² Artículo 9: «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

⁶³ Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C 303/21. Para una visión crítica de las Explicaciones del *Praesidium*, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Comentario al artículo 9», en *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo* (dir. MANGAS MARTÍN, A.) 2008, págs. 248-249, que pone de manifiesto la confusión a la que inducían esas explicaciones al afirmar que justificar la modernización en la redacción de este derecho apelando al reconocimiento por algunas legislaciones nacionales de *vías distintas a la del matrimonio* para fundar una familia, podría entenderse (aunque de manera errónea, a su juicio) como una reserva del matrimonio para las uniones de hombre y mujer y como una mera valoración de las uniones entre personas del mismo sexo a los efectos de fundar una familia. Interpretación errónea, como explica con detalle el autor.

⁶⁴ Artículo 52, apartado tercero: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio. Esta disposición no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa».

⁶⁵ Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007, C 303/21.

⁶⁶ De manera muy gráfica, afirma la sentencia que: «No obstante, *tal como están las cosas*, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las leyes nacionales de cada Estado contratante» (párrafo 61). Esta visión suscita la crítica de HODSON, L., «A Marriage by any other Name? *Schalk and Kopf v. Austria*», en *Human Rights Law Review*, vol. 11 (1), marzo de 2011, pág. 173, para quien si el matrimonio no es ya «inevitavelmente una institución hecha para las parejas de distinto sexo», la exclusión de un grupo concreto, como en este caso las parejas del mismo sexo, requeriría una justificación, no bastando con dejar el asunto a la discreción de cada legislador estatal.

⁶⁷ En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, «una apertura relativa de la noción más tradicional de matrimonio» (STC de 6 de noviembre de 2012, Fundamento Jurídico 9.º).

⁶⁸ Ante las posibles críticas por una excesiva sociologización, cabe destacar la cautela con la que se manifiesta nuestro Tribunal Constitucional cuando en el citado Fundamento Jurídico 9.º menciona, entre los elementos que contribuyen a la configuración de una cultura jurídica, «la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico».

⁶⁹ Esta misma posición fue la sostenida por el Tribunal Constitucional de Chile, en su sentencia de 3 de noviembre de 2011, al serle requerido por la Corte de Apelaciones de Santiago el pronunciamiento sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno.

⁷⁰ De esta manera, encuentra respuesta la pregunta formulada por CERNA, C. M., «*Schalk & Kopf v. Austria* (Eur. Ct. H.R.) - Introductory Note», en *International legal materials*, núm. 5, año 2010, pág. 1303, quien, tomando como referencia la decisión adoptada en California por el juez

Vaughn Walker sobre el mismo tema (Federal District Court Decision, *Perry v. Schwarzenegger*, núm. C 09-2292 VRW, N.D. Cal., de 4 de agosto de 2010), se plantea: «¿no debería haber una “exigencia explícita de que las leyes nacionales deban facilitar tal matrimonio [homosexual]” si el derecho al matrimonio del mismo sexo fuera un derecho humano?» La contestación a tal pregunta pasa por afirmar que puede que ya exista tal derecho, pero su protección resulta por el momento limitada y sujeta a la discrecionalidad de los legisladores estatales.

⁷¹ Nótese la diferencia con lo acaecido en materia de transexualidad, donde tampoco existía el consenso europeo necesario para justificar una interpretación evolutiva, legitimándose esta sin embargo con base en la «tendencia internacional continuada» a la que se refiere el TEDH en las sentencias *I. v. Reino Unido* y *Christine Goodwin v. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002. Para una visión crítica de esta técnica interpretativa, vid. GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, núm. 1, enero-junio de 2004, págs. 177-184.

⁷² En opinión de MAGI, L., «La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto alla vita familiare e al matrimonio fra individui dello stesso sesso», en *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 2, año 2011, págs. 396-421, el umbral de aceptación necesario para forjar el consenso se sitúa en la mayoría simple de los Estados firmantes.

⁷³ Para CONTI, R., «Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali», en *Il Corriere Giuridico*, 4/2011, pág. 583, la «doctrina del consenso» tiene como objetivo salvaguardar las tradiciones histórico-jurídico-sociales de los países que se han adherido al CEDH, a los que se reconoce la capacidad de adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. Sin embargo, no queda claro ni la manera en que el TEDH adquiere los elementos cognoscitivos para evaluar ese consenso, ni las características que este debe presentar, ni tampoco su extensión o los casos en que decae. En la misma línea, ROSAS DE CASTRO, J., «Em torno da margem de apreciação dos estados na aplicação da convenção europeia dos direitos do homem», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI, 2010, págs. 291-294, quien extiende su crítica a la correlativa doctrina del margen de apreciación, en la que la inconsistencia argumentativa y la ausencia de principios orientadores precisos a la hora de valorar el peso de cada uno de los criterios seguidos, permiten afirmar que la invocación de dicha doctrina como fundamento de la decisión tiene poco que ver con la claridad, previsibilidad e igualdad en la aplicación del convenio inherentes a un sistema fundado en la primacía del Derecho (págs. 303-310, en especial, pág. 308). En la misma línea crítica, en la doctrina española, cfr. GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2010, en particular págs. 264-265, 293-295 ó 377 y sigs. Para este autor, estamos ante un «criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular. (...) a veces es más un *criterio de justificación* de legitimidad de las decisiones del TEDH, más o menos retórico, que un verdadero *criterio de interpretación* de los derechos».

⁷⁴ A menos que, como el propio TEDH ha señalado en alguna ocasión, se admita que «el hecho de que, al final de una evolución gradual, un país se encuentre en una posición aislada respecto a un aspecto de su legislación, no necesariamente implica que ese aspecto contradiga el convenio, particularmente en un campo —el matrimonio— el cual está fuertemente unido a tradiciones culturales e históricas de cada sociedad y a sus arraigadas ideas sobre la unidad familiar» (STEDH de 18 de diciembre de 1987, *F. v. Suiza*, epígrafe 33). En un ámbito distinto al matrimonial, la subsistencia del margen de apreciación de un Estado a la hora de establecer ciertas prohibiciones, pese a la existencia de un consenso suficiente sobre la materia (admisibilidad del aborto por motivos de salud o de bienestar de la mujer) entre el resto de países firmantes, es defendida en la STEDH (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2010, *asunto A, B, y C c. Irlanda*, donde el TEDH entiende que el margen de apreciación de los Estados a la hora de determinar si se ha ponderado de manera proporcionada, según el criterio del equilibrio justo, la protección del interés general (la protección de la vida del

nasciturus) y el derecho concurrente de las demandantes al respecto de su vida privada (art. 8 CEDH) es un margen más amplio «cuando el asunto plantea cuestiones morales o éticas delicadas» (parágrafos 232 y 233).

⁷⁵ Se aprecia así la interacción entre los sistemas de protección de derechos fundamentales, de carácter nacional e internacional, y la tendencia a constituir un solo cuerpo jurídico de garantía, como ha señalado NASH, C., «Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos», ponencia presentada en *Simpósio Humboldt: internacionalización del derecho constitucional - constitucionalización del derecho internacional* (Universidad de Buenos Aires, Argentina, 4-6 de octubre de 2010), donde se utiliza precisamente el tema del matrimonio entre personas del mismo sexo y la sentencia de la *Corte Europea de Derechos Humanos. Case of Schalk and Kopf v. Austria. Application n.º 30141/04, 24 June 2010*, para sostener esa interacción.

⁷⁶ Reiterada por la sentencia del TEDH (Sección 5.ª), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, parágrafo 66.

⁷⁷ Como señala GARCÍA ROCA, *op. cit.*, págs. 149-150, «la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar la aplicación de una interpretación evolutiva y a empujar el margen».

⁷⁸ Como afirma CONTI, *op. cit.*, pág. 587, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo, se tiene la sensación de que las posiciones adoptadas por los Tribunales nacionales y por el propio TEDH no son en absoluto definitivas sino solamente «expresión de una época de gran efervescencia y cambios que, por tanto, deja verdaderamente abierta más de una vía para su reversión».

⁷⁹ Aunque entiendo que la validez constitucional de la anterior opción del legislador se desprende de su redacción, en concreto de los párrafos finales de los Fundamentos Jurídicos 10.º y 11.º.

⁸⁰ De hecho, la sentencia *Schalk and Kopf v. Austria* admite en su parágrafo 96 la existencia de un amplio margen de apreciación a la hora de valorar por parte de los Estados firmantes del CEDH en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican un tratamiento jurídico distinto. Reconocen también ese margen de apreciación la sentencia de 28 de noviembre de 1984, *asunto Rasmussen v. Dinamarca* (donde se recuerda que la amplitud del margen de apreciación varía según las circunstancias, los asuntos y el contexto; pudiendo resultar un factor pertinente a este respecto la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes) y la sentencia de 21 de febrero de 1997, *asunto Van Raalte v. Países Bajos*. No obstante, como señala el TEDH en la sentencia de 18 de julio de 1994, *asunto Karlheinz Schmidt v. Alemania*, «solo consideraciones de gran consistencia pueden conducir al Tribunal a estimar compatible con el convenio una diferencia de tratamiento exclusivamente fundada en el sexo» o en la orientación sexual. En cuanto a esta última, el Tribunal afirma en la sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*, que «la orientación sexual es un concepto que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 14» y «asimismo, cuando la distinción en cuestión se produce en esta esfera íntima y vulnerable de la vida privada de una persona, es necesario exponer ante el Tribunal razones de particular peso que justifiquen la medida impugnada. Cuando una diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación de que dispone el Estado es limitado y en tales situaciones el principio de proporcionalidad no exige simplemente que la medida elegida fuera por lo general la adecuada para lograr la finalidad perseguida, sino que también debe acreditarse que era necesaria en las circunstancias de la causa» (parágrafo 92).

⁸¹ En la doctrina española, MARTÍN SÁNCHEZ, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 130 y sigs., entiende que solo si la diferencia de trato y la restricción del derecho al matrimonio a determinado grupo de personas obedece a un argumento constitucional más fuerte que el derecho en juego podría sostenerse la constitucionalidad de dicha diferencia. A su juicio, la imposición del principio heterosexual no es proporcional respecto de los derechos que se limitan, que serían el derecho personal al matrimonio, manifestación del derecho a la libertad del individuo, al libre desarrollo de la

personalidad, a la dignidad y a la intimidad personal y familiar. Como se afirma el Magistrado Hernán VODANOVIC en su voto particular en contra a la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 3 de noviembre de 2011, «No hay duda que, para sus protagonistas, el matrimonio entre personas del mismo sexo expresa la plena realización de los valores de libertad, igualdad y dignidad humanas. Si se entendiera que hay oposición entre el ejercicio de tales derechos y la protección de la familia, una ponderación razonable del conflicto no puede sino dar preeminencia a la dignidad y derechos humanos de las personas sobre los intereses de una institución social, por trascendente y respetable que ella sea».

⁸² Como señala de manera constante la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid., a título de ejemplo, la sentencia de 27 de marzo de 1998, *asunto Petrovic v. Austria*; la sentencia de 16 de noviembre de 2004, *asunto Ünal Tekeli v. Turquía*, o, más recientemente, la sentencia de 17 de febrero de 2011, *asunto Andrlé v. República Checa*.

⁸³ Contra, DE PABLO-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Constitución*, cit., págs. 48-50, donde se recogen diferentes estudios e informes en los que se refleja la mayor inestabilidad y el menor índice de fidelidad que caracterizarían al modelo de convivencia homosexual.

⁸⁴ De esta manera la sentencia desarrolla la doctrina establecida por la Gran Sala del TEDH en la ya citada sentencia de 29 de abril de 2008, *asunto Burden v. Reino Unido*, en la que el TEDH establece que en el matrimonio y en la unión civil, «más que la duración o el carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual» (parágrafo 65). Como se puede apreciar, en la sentencia *Schalk and Kopf* se da un paso más, pues se reconoce la similitud entre el matrimonio y la situación de los integrantes de una pareja del mismo sexo pese a no haber emitido estos el «acuerdo jurídicamente vinculante» que sería necesario para identificar su unión con el matrimonio y distanciarla de otras relaciones de convivencia. Ante la falta de regulación austríaca al respecto, el Tribunal se basa para admitir el carácter relevantemente similar de ambas relaciones en el contenido de las mismas y, en particular, en la capacidad para un compromiso estable.

⁸⁵ Lo que suscita la crítica de WINKLER, *op. cit.*, págs. 1151-1152, para quien no quedaba en absoluto claro cuál era el interés del Estado en regular el matrimonio de tal modo, hecho este que adquiriría especial relieve si tenemos en cuenta que ante la diversidad de trato, fundada en la orientación sexual de las personas, se debería seguir la lógica, de origen norteamericano, del *strict scrutiny*, exigiendo al Estado que ofreciese una justificación objetiva, razonable, legítima, consistente y una proporcionalidad entre la medida y el objetivo a lograr (en el mismo sentido, HODSON, *op. cit.*, pág. 173). Todo lo cual ni se aportó ni fue tenido en cuenta por el TEDH en su sentencia, que solucionó la cuestión apelando a la coherencia interna del sistema del CEDH y sin, a juicio del autor, proclamar en el parágrafo 101 que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo no representaba una discriminación ilegítima e injustificada.

⁸⁶ Interés que explica que la Constitución de Hungría regule el matrimonio dentro de sus disposiciones básicas y no dentro de los derechos fundamentales, que la de Lituania lo sitúe no en el título segundo, que recoge los derechos de la persona, sino en el título tercero: «La sociedad y el Estado»; o que la Constitución de Polonia lo ubique en el capítulo I, «La República», y no en el capítulo III, «Libertades, derechos y obligaciones de las personas y ciudadanos». Interés que, asimismo, lleva al artículo 7 de la Constitución política del Estado de Baja California, en México, a reconocer y proteger la institución del matrimonio como «derecho de la sociedad», y no como un derecho individual de las personas.

⁸⁷ El hecho de que se reformule el matrimonio y se exalte su perspectiva puramente individualista, se explica por la falta de vigor teleológico del matrimonio resaltada en su día por ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *El consentimiento matrimonial*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S. A., Pamplona, 1989, pág. 19. Este diagnóstico es el que lleva a MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas», en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 489 y 490, a proponer como solu-

ción la recuperación de ese vigor teleológico: intentar saber el por qué y el para qué de la regulación jurídica, más allá de la pura inercia histórica o cultural. «Pensar cuál es la razón en cuya virtud, desde hace siglos, la Sociedad y el Derecho invierten tiempo y esfuerzo en regular este tipo de relaciones, dotándoles además de una configuración muy específica y de una estructura jurídica muy densa».

⁸⁸ Argumento ya presente en la sentencia del TEDH (Sección 3.^a) de 8 de diciembre de 2009, *asunto Muñoz Díaz v. España*, parágrafo 49, lo que se explicaba porque «gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales están, en principio, en mejor situación que el juez internacional para determinar qué es de utilidad pública en materia económica o en materia social», respetando el Tribunal la manera en la que el Estado concibe los imperativos de utilidad pública, excepto si su resolución se revela manifiestamente desprovista de base razonable. En el caso concreto, se cuestionaba si resultaba discriminatorio por parte del Estado español negar el acceso a ciertos beneficios económicos (pensión de viudedad) a dos personas casadas según el rito gitano.

⁸⁹ También lo estaría la adopción y la filiación, pues en la sentencia del TEDH (Sección 5.^a), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, se invoca también la doctrina del Tribunal, según la cual, «el margen de valoración que gozan los Estados para determinar si y en qué medida las diferencias entre situaciones análogas justifican las distinciones de trato es habitualmente amplio cuando se trata de adoptar medidas de orden general en materia económica o social» (parágrafo 60). Nótese que la sentencia resuelve una demanda planteada por dos ciudadanas francesas por impedir el Estado francés la adopción simple por una de ellas de la hija obtenida por su compañera sentimental tras una fecundación asistida heteróloga realizada en Bélgica, lo que se justifica por entender que tal adopción iría en perjuicio del interés del menor, pues transferiría la patria potestad a la adoptante en detrimento de la madre biológica, que la perdería *ex artículo 365 Code*.

⁹⁰ Como señala CERNA, *op. cit.*, págs. 1302-1324, es este el argumento del que se sirve el juez Walker para rechazar la Proposition 8 que, aprobada por referéndum el 4 de noviembre de 2008, constitucionalizaba la heterosexualidad del matrimonio al añadir una Sección 7.5 al artículo I de la Constitución de California. En opinión del juez, el Estado debe probar que esa limitación del derecho a contraer matrimonio responde a un interés estatal superior, interés que el Tribunal no logra encontrar, razón por la cual entiende que se ha producido una violación de la *Due Process Clause* de la Decimocuarta Enmienda. Y similares razones son las alegadas para sostener la vulneración de la *Equal Protection Clause*, pues el Tribunal de California no encuentra ninguna base racional para la ley prohibitiva del matrimonio entre personas del mismo sexo que no sea el recurso a la «tradición» o a la «desaprobación moral», y por esta razón, «ya que la Proposición 8 negó a las parejas del mismo sexo su derecho al matrimonio en igualdad de condiciones con las parejas heterosexuales», la Corte concluyó que la Proposition 8 era inconstitucional.

⁹¹ Es el criterio mantenido por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C-577/11, de 26 de julio de 2011, en la que, si bien se admite la constitucionalidad de la circunscripción del matrimonio a las parejas integradas por personas de sexo diverso, afirma que las parejas integradas por personas del mismo sexo también constituyen modelos de familia dignos de protección constitucional, por lo que insta al legislador a crear, en el plazo de dos años, la figura a través de la cual se institucionalice y reconozca tutela jurídica a las uniones con vocación de permanencia entre personas del mismo sexo. Más matizadamente, la sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica 2006-7262, de 23 de mayo de 2006, que deniega la inconstitucionalidad de la exigencia de heterosexualidad en el matrimonio y señala que el problema es de ausencia de normativa que regule los efectos personales y patrimoniales de las uniones entre personas del mismo sexo, por hacerlo necesario «un imperativo de seguridad jurídica, sino de justicia».

⁹² Argumento que da lugar a la opinión disidente del juez Grabenwarter, por entender que aunque es cierto que las sentencias sirven también para aclarar, proteger y desarrollar los niveles de protección garantizados por el convenio, «no está en línea con el carácter del

convenio (que está principalmente concebido para proteger a las personas individuales) continuar el procedimiento sin un demandante». Asimismo, el juez disidente entendió que faltaba tanto interés social en el caso como una dificultad especial para presentar un caso similar ante el Tribunal, razón por la cual consideró que la demanda debería haber sido cancelada del registro de entradas.

⁹³ Lo que suscita la crítica de la opinión disidente de tres de los jueces integrantes del Tribunal, que consideran que, dado que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones de especial peso como justificación, el Gobierno de Austria no podía limitarse a invocar su margen de apreciación para legitimar la diferencia de trato. Y ello al margen de la existencia o no de una base común en la legislación de los Estados contratantes, pues «solo en el caso de que las autoridades nacionales aporten motivos de justificación puede el Tribunal apreciar, teniendo en cuenta la existencia o no de una base común, que aquellas están en mejor situación para determinar efectivamente la cuestión» (apartado 8).

⁹⁴ En el mismo sentido, HODSON, *op. cit.*, pág. 176.

⁹⁵ Nótese que examinar, como hace el Tribunal en su párrafo 104, si el Estado austríaco debería haber proporcionado un medio alternativo de reconocimiento jurídico antes de lo que lo hizo, solo tiene sentido si ese reconocimiento resulta debido en el momento de dictarse la sentencia, pues si tampoco lo es ahora, bastaría con decir que ni ahora ni, con mayor motivo, antes era exigible tal reconocimiento, en atención a la falta de consenso.

⁹⁶ En realidad, el argumento estaba ya implícito en la sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak v. Polonia*, al señalar en su párrafo 98 que «el convenio es un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales» y que «el Estado, en la elección de los medios para proteger a la familia y asegurar, tal y como exige el artículo 8, el respeto de la vida familiar, debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de las cuestiones sociales, relacionales y de estatus civil, incluido el hecho de que no existe solamente una manera o una opción en el ámbito de cómo una persona lleva o entiende su vida privada o familiar».

⁹⁷ Cfr. HODSON, *op. cit.*, pág. 175. En opinión de COOPER, S. L., «Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights», en *German Law Journal*, vol. 12, núm. 10, págs. 1747 y 1761, estamos ante una negativa a proteger ese modelo de vida familiar.

⁹⁸ Así se manifiesta la opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens (apartado 4) en la que se critica que al no apreciar la existencia de ninguna vulneración del artículo 14, en conjunción con el artículo 8, el Tribunal avala el vacío legal existente hasta el 1 de enero de 2010, «sin imponer al Estado demandado *ninguna obligación positiva de proporcionar un marco satisfactorio* que ofrezca a los demandantes, al menos en cierta medida, la protección propia de una familia». Desde mi punto de vista, este razonamiento resulta criticable, pues la propia existencia de la Ley de Uniones Registradas hacía innecesaria la imposición a Austria de tal marco normativo, pudiendo, a lo sumo, canalizarse el incumplimiento del derecho a la vida familiar, en caso de haberse producido, por una vía distinta como la obtención de una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH, si entendiéramos que la reforma legal solo permitió reparar de manera imperfecta el daño causado por la violación).

⁹⁹ En opinión de COOPER, *op. cit.*, pág. 1762, aun cuando los Estados firmantes que reconocen algún tipo de marco de protección de las uniones gays no sean una mayoría (en concreto, en torno al 47 por 100), «el margen de apreciación debería ahora operar solo para proporcionar a los Estados miembros la discrecionalidad de determinar cómo reconocer las relaciones entre personas del mismo sexo, pero no si estas deben ser reconocidas». Por su parte, MAGI, *op. cit.*, critica la posición adoptada por el TEDH en el *asunto Schalk*, por entender que si el Tribunal ha considerado que existe consenso suficiente (aun cuando no mayoría de Estados) para considerar como familia y como vida familiar la que se desarrolla entre los miembros de las uniones homosexuales, debería entonces deducir de tal postura consecuencias concretas, de modo que se les ofreciese una tutela sustancial.

¹⁰⁰ Es esta una de las principales críticas que el Magistrado don Andrés OLLERO TASSARA realiza a la tantas veces citada STC 198/2012, de 6 de noviembre. En el apartado segundo de su Voto Particular señala que el trasfondo antropológico de la sentencia es el de un «radicalismo individualista que dificulta la adecuada articulación entre instituciones jurídicas, rebosantes de exigencias sociales, y derechos individuales, haciendo que los segundos conviertan en irrelevantes a las primeras. No me parece acertado tratar a determinadas instituciones jurídicas como si fueran mero corolario de los derechos y no más bien razón de su fundamento, abocando a una contraposición simplista entre limitación o ampliación de derechos individuales».

¹⁰¹ Vid. PACIA, R., «Le nuove convivenze», en *Persona e Danno*, págs. 2-3, texto disponible en http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=38911&catid=116.

¹⁰² Cuestión distinta es si resulta legítimo admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo pero no aplicarle un régimen jurídico totalmente idéntico al propio del matrimonio heterosexual, como sucede en Portugal (art. 3 de la Ley 9/2010, de 31 de mayo, Diario da República, 1.ª serie, núm. 105, 31 de mayo de 2010, pág. 1853) donde no se permite la adopción a las personas del mismo sexo que contraen matrimonio. Para DÍEZ-PICAZO, L. M., «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», en *InDret*, 2/2007, pág. 7, declarar inconstitucional la exigencia de diversidad de sexos implica que el matrimonio entre personas del mismo sexo ha de quedar asimilado al mismo régimen jurídico que el matrimonio tradicional, pues de lo contrario no tendría mucho sentido una declaración de inconstitucionalidad basada en el argumento de la discriminación.

¹⁰³ En el mismo sentido, la sentencia del TEDH (Sección 5.ª), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois v. Francia*, parágrafo 66. Por el contrario, la Corte Suprema de California, en su sentencia de 15 de mayo de 2008, *In re Marriage Cases*, estimó que, pese a la admisión legal del contrato de *domestic partnership* y pese a la concesión a los contratantes de esencialmente los mismos derechos que el matrimonio proporciona a los heterosexuales, la no designación de dicha relación como matrimonio vulneró la Constitución de California. En el mismo sentido se posicionó el Tribunal de Apelación de Ontario, en su sentencia de 10 de junio de 2003, *Halpern v. Canada*.

¹⁰⁴ Como ha determinado el Tribunal Constitucional alemán en sus sentencias de 7 de julio de 2009 (sobre la normativa de pensiones de viudedad de empleados del sector público) y de 21 de julio de 2010 (en materia de Impuesto de sucesiones). Un comentario a esta última puede verse en VEGA GARCÍA, A., «La equiparación en Alemania de las parejas de hecho registradas (eingetragene Lebenspartnerschaften) a los matrimonios en el Impuesto sobre Sucesiones», en *InDret* 1/2011, enero de 2011, quien resalta que el criterio del Tribunal Constitucional alemán (según el cual el tratamiento diverso a estos efectos fiscales resulta inconstitucional por no existir un motivo adicional que justifique en esta materia una diferencia de trato entre el matrimonio heterosexual y la unión registrada homosexual) puede extenderse en el futuro a otros ámbitos del derecho tributario e incluso a otras ramas jurídicas. Es el argumento que sostiene también la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011, *asunto Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg* (DOUE de 2 de julio de 2011, C 194/2).

La privación del derecho por el Registro de la Propiedad: requisitos

Deprivation of rights by the Register, requirements

por

ENRIQUE RAJOY BREY
Ex Secretario General del CINDER (2003-2010)
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: El trabajo comienza determinando la función de los Registros que, cuando se trata de Registros de derechos, no es solo la de proteger y publicar los derechos, sino también la de asignarlos. Este hecho explica la capacidad «expropiatoria» que en ellos la inscripción tiene, ya que el error en su extensión puede producir su pérdida para el titular «verdadero» o civil. Seguidamente y dado el carácter de derecho humano que la legislación europea atribuye a la propiedad, se analiza si esta posible privación reúne los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige para que pueda considerarse ajustada a Derecho. Tales requisitos son cinco: existencia de una ley que le dé cobertura, presencia de un interés público que la justifique, proporcionalidad entre el beneficio obtenido por la colectividad y el medio elegido para su consecución, ejecución por un poder público y resarcimiento del daño causado. El estudio indica las dificultades que la concurrencia de estos requisitos plantea a los Estados lo que explica que, a pesar de la mayor ineficiencia de este sistema, algunos hayan optado por no atribuir al Registro la función dicha de asignar definitivamente derechos o sea, hayan optado por el Registro de títulos. Asimismo, respecto de aquellos que sí le han conferido este poder, repasa su diferente funcionamiento y organización, según la manera

en que cada uno de ellos cumple con las exigencias que la legislación europea impone para que dicha privación pueda darse.

ABSTRACT: The study starts by explaining the function of the Registers that, when we refer to Registers of rights, is not only to protect and publish the rights but also to assign them. This fact explains the expropriation powers that these kinds of Registers have. An error in the registration can causes the loss of the right for the «true» or civil title holder. Thereafter, and because of the condition of human right that the European legislation attributes to property, they analyse whether this possible deprivation fulfils the requirements that the jurisprudence of the European Court of Human Rights demands in order for it to be considered in accordance with the law. There are five such requirements: the existence of a law that foresees this effect of deprivation, a public interest that justifies it, proportionality between the benefit obtained by the community and the means used for its attainment, execution by the public power and payment of compensation. The study details the difficulties that the presence of these requirements causes to the States which explains that, despite the greater inefficiency of this system, some of them have opted not to assign to the Register said function of definitively attributing rights but have opted for a Title Register. Furthermore, in relation with those States that have granted the Register this power, it reviews the different ways they operate and are organised according to how each of them observes the exigencies that the European legislation imposes in order for this deprivation to be able to occur.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea.

KEY WORDS: Private Law of the European Union.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA. B) PRIVACIÓN Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. C) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU FUNCIÓN.—II. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POR EL REGISTRO: A) EXISTENCIA DE UNA LEY QUE PREVEA LA POSIBILIDAD DE QUE DICHA PRIVACIÓN TENGA LUGAR. B) CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA QUE JUSTIFIQUE LA PRIVACIÓN. C) PROPORCIONALIDAD ENTRE LA DECISIÓN Y EL FIN QUE SE PERSIGUE. D) DISPOSICIÓN DE LA PRIVACIÓN POR UN ÓRGANO QUE SE ENCUADRE DENTRO DE UNO DE LOS TRES PODERES QUE FORMAN EL ESTADO. E) INDEMNIZACIÓN QUE COMPENSE EL DAÑO CAUSADO.—CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

A) EL CONFLICTO ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO. LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

Uno de los equilibrios más difíciles de alcanzar en el mundo del Derecho es el que ha de darse en la resolución de los conflictos entre las normas de derecho público y privado, administrativo y civil principalmente. Los administrativistas suelen fundar la preferencia de las primeras en el diferente carácter de los intereses que unas y otras tutelan que, en un caso, sería el de la sociedad en su conjunto mientras que, en el segundo, se ceñiría al de algunos individuos concretos. Su argumentación ha sido contestada tanto por algunos constitucionalistas como por ciertos civilistas. Los primeros arguyen que el Estado nace de un contrato entre las personas y que, en virtud de las propias cláusulas de este acuerdo, ha quedado obligado a respetar sus derechos fundamentales y humanos de modo tal que ni siquiera el interés general constituiría una razón suficiente para vulnerarlos, salvo en el caso de que mediara una compensación proporcionada. De hecho, suelen razonar los representantes de esta tendencia, es difícil aducir ese interés cuando la tutela de los derechos de que hablamos constituye el motivo principal de la constitución del Estado Social y de Derecho, el bien (público) más importante. De otro modo, si fuera más allá de lo que el pacto le autoriza, se entendería que lo ha violado y, consecuentemente, los derechos de resistencia y de rebelión resurgirían. Por su parte, los civilistas acostumbran a destacar que las normas de derecho privado solo indirectamente tutelan los intereses particulares de los individuos. Más que la protección de estos, su finalidad sería la de conseguir la utilización más eficiente posible de los recursos, objetivo que, parece obvio, redundaría en beneficio de todos. Que dicha optimización demande una distribución desigual de los beneficios no es un argumento en contra de tal afirmación, salvo para los utópicos que condenan el ser en la medida en que se aleje de lo que ellos mismos consideran que constituye el «deber ser» e identifican este con la igualdad material y, quizá y también, con la identidad de las personas. Sin embargo, la eficiencia no solo no está reñida, sino que más bien exige la presencia de una política de redistribución que, sin eliminar el incentivo preciso para que el esfuerzo, el riesgo y la probidad existan, permita que la igualdad de oportunidades sea una realidad al tiempo que se asista a los individuos que, por cualquier circunstancia, carezcan de los medios necesarios para garantizar su dignidad.

Por último no hay que perder de vista que, a pesar de la afirmación en contrario de algunos teóricos liberales, el interés general no equivale a la suma de los diferentes particulares. Cifrándonos al ámbito de que hablamos, vemos que la seguridad jurídica es un bien público protegido por la Constitución Española (art. 9.3). Su vulneración no afecta pues al interés privado del titular

del derecho tutelado en cada supuesto particular. Golpea más allá al corazón mismo del Estado de Derecho.

La regulación de la propiedad es, sin duda, una de las cuestiones en las que la tensión de que hablamos es más manifiesta¹. Antes de la aparición del Estado moderno, del Estado institucional, el monopolio que los tres grandes estamentos (Iglesia, ejército y aristocracia) tenían sobre la tierra, el poder absoluto que este derecho les confería sobre ella, facilitó la proliferación de múltiples abusos que condujeron a la preconización de su desaparición². El desarrollo del Estado Social y de Derecho propició la fragmentación de la propiedad, su utilización como activo económico y la participación de un gran número de accionistas en las grandes sociedades. Se atemperó de este modo la extensión de estas teorías cuyo posterior fracaso práctico terminó de silenciar. Por su parte, el reconocimiento de su función social ha puesto fin a la concepción de la propiedad como un derecho que atribuye un monopolio de explotación y disfrute absolutos a su titular en perjuicio de los demás miembros de la comunidad hasta el punto de que, si el dueño decidiera destruirlos, estaría legitimado para ello. Hoy casi nadie discute tampoco que la propiedad privada favorece la optimización del aprovechamiento de un recurso tan escaso como la tierra³. La polémica se centra por un lado en precisar cuáles son los límites que han de imponerse a las facultades que la integran y, por otro, en determinar bajo qué condiciones y con qué requisitos es posible privar total o parcialmente de ella a su titular⁴.

La solución que se dé a estas cuestiones es importante porque no podemos olvidar que el derecho de propiedad constituye una garantía del ejercicio efectivo de los derechos fundamentales al tiempo que personifica la libertad de las personas para autores tan significativos como LOCKE o HEGEL por lo que, según ellos, su privación por el Estado compromete el albedrío que define a aquellas. Al margen de los beneficios que aporta al bienestar general, estas notas explican su reiterado reconocimiento como derecho humano⁵. Así lo sancionaba ya el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 antecedente remoto del artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que dice: «1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad», y del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de marzo de 1952, que reza textualmente: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que los Estados poseen de dictar las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas».

B) PRIVACIÓN Y LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD

En materia de limitaciones del derecho de propiedad existe un consenso bastante amplio que entiende que aquellas derivadas de la ordenación urbanística o de la protección del medio ambiente no constituyen una privación y que, por tanto, en estos casos, el titular afectado carece de derecho a obtener una compensación. Hablamos de restricciones tales como las limitaciones⁶ para edificar, para fijar el volumen y destino de las construcciones, para parcelar, para desecar humedales o usar las aguas de los manantiales que brotan en su terreno, para imponer determinadas servidumbres públicas, etc. Más difícil es concluir si ciertas leyes que imponen un uso único, concreto, determinado, al titular de un terreno pueden considerarse privación. R. ELLICKSON⁷ formula la siguiente regla: «si una ley, aunque explote un valor de uso de la propiedad de alguien, no obstante deja abiertos al propietario sustancialmente todos los usos de la propiedad que él previamente había escogido, no ha tenido lugar una apropiación, una expropiación para darle un uso, y no debe concederse una compensación, ... En el extremo opuesto, si una ley limita de tal forma el campo de opciones de uso del propietario que únicamente dispone de un solo uso específico legalmente permitido para la propiedad en cuestión, el Estado, en realidad (a pesar de que el propietario continúe conservando la posesión y la propiedad pueda aún tener un valor) ha requisado o asumido el control de la propiedad, para dedicarla a un servicio dictado por él y debe abonarse una compensación». Entre una y otra hipótesis existe una pluralidad de posibilidades cuya resolución, a propósito de si constituyen o no una privación, corresponde a los Tribunales⁸. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia *Sporrong y Lönnroth*, de 23 de septiembre de 1982, ha sostenido una interpretación amplia del concepto de privación de modo que no implica necesariamente una pérdida de la posesión ni del poder de disposición sobre el bien.

En cualquier caso, los textos citados contemplan la privación de la propiedad privada como una excepción. En el ámbito al que este trabajo se circunscribe (Europa), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido puliendo los requisitos que han de concurrir para que pueda tener lugar⁹. La necesidad de su presencia en cualquier proceso de privación de la propiedad nos lleva a concluir, en sentido contrario, que la ausencia de uno de ellos determinará la declaración de nulidad de la resolución que la disponga. En síntesis tales requisitos son: que exista una ley que la prevea, que concurra una causa de utilidad pública que la justifique, que haya una proporcionalidad entre la decisión y el fin que se persigue, que se disponga por un órgano que se encuadre dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado y que medie una indemnización que compense el daño causado¹⁰.

La expropiación constituye, sin duda, el mecanismo más común a través del que la privación de un derecho opera. De ahí la existencia de una amplia

jurisprudencia y de trabajos doctrinales que se ocupan de ella. Sin embargo, suele olvidarse que el Registro de la Propiedad puede igualmente conllevar la privación del dominio o de alguna de las facultades que lo integran para la persona a la que, en principio y con arreglo a las normas del Derecho Civil, le correspondería su titularidad por haberla adquirido de acuerdo con lo preceptuado con carácter general en las mismas. Esta privación puede proceder bien de la falta de inscripción del derecho pero también, en los supuestos en los que el Registro lo es de derechos, del error (jurídico o material) cometido al tiempo de extender un asiento. Lógicamente, para que esta privación pueda ser posible, es preciso que, en ella, concurren los mismos requisitos que legitiman la expropiación. Si se optara por otra solución, nos encontraríamos ante una contradicción inaceptable. Dicho en otras palabras, de acuerdo con las normas internacionales citadas, sea cuál sea la vía a través de la que opera, la privación de la propiedad solo puede darse si concurren todos y cada uno de los requisitos citados. El presente trabajo analiza su concurrencia en el caso de que dicha privación proceda de la falta de inscripción o del error cometido al tiempo de practicarla.

C) EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: SU FUNCIÓN

Es frecuente afirmar que el Registro es la institución que protege¹¹ y publica los derechos reales inmobiliarios. La aceptación de esta definición explica que, tal y como se acaba de decir, los autores apenas se hayan planteado la legitimidad de la privación que la inscripción puede conllevar. El error consiste en suponer que, en los sistemas en que la inscripción es declarativa, la transmisión se opera al margen del Registro de manera tal que, como se acaba de indicar, este se limita a proteger al adquirente del derecho y a publicar este. Sin embargo, lo cierto es que, con independencia de su naturaleza declarativa o constitutiva, en un Registro de derechos, la inscripción es siempre el acto que los atribuye definitivamente¹². Solo así, solo si aceptamos, entendemos e interiorizamos esta verdad, podremos explicarnos cómo es posible que la inscripción provoque la privación del derecho que atribuye, sea la propiedad, sea otro derecho real. De esta afirmación se derivan dos consecuencias:

- a) Que en los Registros en que la inscripción es declarativa y en tanto que esta no se practica, el adquirente solo es titular frente a su transmitente pero, frente a los demás, este conserva dicha titularidad¹³.
- b) Que, una vez extendida la inscripción, el titular inscrito puede perder su derecho si, por error, el registrador lo inscribe nueva e indebidamente a favor de un tercero protegido, de un tercero amparado por la llamada fe pública del Registro.

Es importante destacar que, en esta última hipótesis, la atribución errónea vincula el posterior fallo judicial en el caso de impugnación de la inscripción. Dicho de otro modo, aunque el negocio inscrito que actúa como causa de la extensión del acta de inscripción del derecho sea declarado judicialmente nulo, la asignación del derecho que, en su virtud, se ha efectuado no decae ni, por tanto, el Tribunal puede anularla si la persona favorecida por ella reúne los requisitos que las respectivas legislaciones exigen para que tenga la condición de tercero hipotecario. Según acabamos de ver, Fernando MÉNDEZ apunta, acertadamente a mi entender, que esta sujeción se debe a que las vicisitudes causales de ese negocio no afectan a la titularidad de este adquirente.

No siempre el error resulta atribuible al registrador. En ocasiones, y tal y como más adelante veremos, deriva de fallos estructurales en nuestro sistema de seguridad jurídica. Hablamos, por ejemplo, del error causado por la falsa manifestación de un adquirente acerca de su estado civil o vecindad y, por tanto y en esta segunda hipótesis, de su régimen económico-matrimonial¹⁴ o la errónea identificación del otorgante en los casos de suplantación de identidad.

Sentadas estas bases se impone la tarea de comprobar la legalidad de esta vía de privación de la propiedad y demás derechos reales o, lo que es igual, si, en ella, concurren los requisitos que la legislación internacional y, en concreto, europea impone para que pueda tener lugar¹⁵.

II. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POR EL REGISTRO

A) EXISTENCIA DE UNA LEY QUE PREVEA LA POSIBILIDAD DE QUE DICHA PRIVACIÓN TENGA LUGAR

Como antes se ha significado, existen dos vías para que dicha privación opere. La primera de ellas ocurre a través cuando el adquirente no inscribe su derecho y, posteriormente y en virtud de la aplicación del principio de inoponibilidad es privado de él a favor del adquirente posterior que sí inscribe y contra el que no puede hacerlo valer. El supuesto más normal es el de la doble venta o el de la adquisición de un derecho real que lo grava o limita como sería el derecho de usufructo que posteriormente no puede oponerse frente al adquirente de buena fe. La segunda, cuando el registrador inscribe erróneamente un acto o contrato (por ejemplo, porque atribuyó al derecho carácter privativo, siendo así que era ganancial con lo que asignó el poder de disposición a uno solo de los cónyuges cuando debería corresponder a ambos) y, en su virtud, adjudica irreversiblemente el derecho a favor de un adquirente que ostenta la condición de tercero hipotecario¹⁶.

El principio de inoponibilidad de lo no inscrito está consagrado en la legislación de la práctica totalidad de los países europeos. Ahora bien, en los que

existe un Registro de títulos¹⁷, solo rige entre y frente a los acreedores cuyos derechos no constan inscritos, ya sea porque nunca lo han estado, ya porque han sido indebidamente expulsados (al practicarse erróneamente una cancelación, por ejemplo) y en los supuestos de doble venta¹⁸. Así, por ejemplo, el artículo 2106 del Código Civil francés establece que: «Entre los acreedores, los privilegios no producen efecto respecto de los inmuebles en tanto que no son publicados por una inscripción en la Contaduría de hipotecas, en la manera determinada por los artículos 2146 y 2148». Sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre en aquellos en que existe un Registro de derechos, no se da frente a los titulares civiles, ya que estos siempre podrán aducir la nulidad del segundo contrato en un procedimiento judicial por serlo de cosa ajena lo que, dado que la inscripción no prejuzga la legalidad de los contratos documentados en los títulos objeto de depósito, implicará la atribución de la preferencia a su favor¹⁹ y la expulsión del Registro del título contradictorio y de los que traigan causa de él. Como se acaba de indicar, en los países en que existe un Registro de Derechos, la solución es la contraria y el titular civil puede ser privado de su derecho ya sea porque no ha inscrito su derecho ya porque, en virtud del juego de la fe pública registral, el adquirente, a pesar de la nulidad del negocio del que su adquisición trae causa, ha inscrito el derecho a su favor y reúne los demás requisitos exigidos por la legislación respectiva.

La estrecha conexión entre el principio de inoponibilidad y el de prioridad, en cuya virtud las cargas se ordenan por el orden cronológico de su presentación en el Registro, permite concluir que, en estos casos de conflicto entre los acreedores o entre dos compradores que, casi simultáneamente o sea, sin que, al tiempo de otorgarse el segundo contrato, el primero se haya perfeccionado, adquieren un mismo derecho, no hay una verdadera privación de derechos sino la aplicación de una regla de prioridad que, al establecer la presentación en el Registro como criterio determinante de la preferencia de esos gravámenes, persigue sancionar el comportamiento oportunista del titular que, con la ocultación de su derecho, busca evitar que los demás conozcan esa titularidad al tiempo que facilita que el titular del dominio o derecho real gravado opere en el tráfico como si, en realidad, su derecho estuviera libre de cargas. Esta circunstancia, unida a la interpretación, a que se acaba de hacer referencia, de la doble venta en los países que cuentan con un Registro de títulos, permite concluir que, en ellos, el único verdadero supuesto de privación se da cuando se cancela indebidamente una carga dando así lugar a la presunción de extinción del derecho adjudicado por lo que este no podrá oponerse al tercer adquirente que sí deposita su título en el Registro²⁰.

La situación difiere radicalmente en los países en que existe un Registro de derechos²¹. En ellos, como ya se ha adelantado, el tercero hipotecario, el adquirente a cuyo favor se inscribe el derecho y que, además, reúne los requisitos exigidos por la legislación nacional, prevalece en la titularidad del derecho que la inscripción le atribuye no solo frente al adquirente anterior que no ha inscrito

su derecho, sino también frente a aquel que no ha sido protegido debidamente y que, en virtud de un error del registrador, ha perdido la condición de titular registral²². Esta posibilidad está sancionada legalmente en todos los países que cuentan con un Registro de Derechos. Así, en Inglaterra, el artículo 58 de la Land Registration Act de 2002, establece: «Si se ha practicado un asiento en el Registro por el que una persona aparece como titular de un derecho real y el derecho real no debería habersele atribuido, será considerado como su verdadero titular como resultado de la inscripción». Por su parte, el artículo 891 del Código Civil alemán, dispone: «Si se inscribe un derecho en el Registro a favor de una persona, se presume que ostenta la titularidad de dicho derecho. Si se cancela un derecho inscrito en el Registro se presume que el derecho no existe». El artículo 892 recoge el principio de inoponibilidad: «los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que, mediante un negocio jurídico, adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o el adquirente conozca la incorrección. Si el titular del derecho tiene registrada su facultad de disposición del derecho inscrito en beneficio de cierta persona, dicha restricción no es eficaz frente al adquirente a menos que se deduzca como obvio del Registro o que dicho adquirente la conozca». En Suecia, el artículo 1 del capítulo 18 del Land Code confirma el principio de fe pública: «Si el derecho real ha sido adquirido por compra (a título oneroso) y el transmitente no era su legítimo titular, debido a que su adquisición o la de alguno de sus causantes era nula, la adquisición será, sin embargo, válida si el derecho consta inscrito a favor del transmitente y el adquirente no conocía ni debía haber conocido (buena fe) que aquel no era el titular legítimo. Esta regla no se aplica a las adquisiciones derivadas de un procedimiento de ejecución». Por su parte, el artículo 1 del capítulo 22 del mismo cuerpo legal recoge el principio de legitimación: «A los efectos de este capítulo (el que regula la hipoteca) propietario es la última persona que ha inscrito su dominio». Por último, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria española dice: «El tercero que, de buena fe, adquiera a título oneroso algún derecho de persona que, en el Registro, aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro». Y el 32 completa la posibilidad de privación a través del principio de inoponibilidad: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Vemos pues que, a diferencia de lo que ocurría en los países en los que existe un Registro de títulos en los que la inoponibilidad únicamente juega en materia de cargas, en los que tienen uno de derechos, también afecta al dominio y los demás derechos reales de modo tal que el titular civil de un derecho puede perderlo si no lo ha inscrito a su favor. Como antes se indicó y de acuerdo con

la citada doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, la falta de convalidación de la nulidad de los contratos que se inscriben solo produce efectos *inter partes*. Por este motivo, en el supuesto de la doble venta, no cabe aducir que, perfeccionada la primera, en la segunda, nos encontramos ante un supuesto de venta de cosa ajena y provocar la caída de la cadena que se ha formado (lo que sí procedería si, en el país, existiera un Registro de títulos o de mera publicidad).

En estos casos, la privación puede considerarse una sanción a la negligencia del titular o a su intento de pervertir el funcionamiento ordinario del mercado sustrayendo a su conocimiento la situación jurídica del bien²³. Por ello, por la mayor semejanza que guarda con el supuesto de la expropiación, para nuestro estudio, resulta más interesante la privación que se produce sin su conocimiento o, cuanto menos, sin su consentimiento voluntario y consciente²⁴. El error puede darse al cancelar indebidamente un asiento, lo que impide que pueda oponerse a un adquirente que, como antes se ha explicado, no es preciso que reúna la condición de tercero hipotecario ya que estaría protegido por el principio de inoponibilidad y no por el de fe pública registral, pero también, al extender uno nuevo, hipótesis en la que sí se requiere que el adquirente reúna la condición de tercero hipotecario²⁵. Según las normas civiles, el contrato sería nulo y, sin embargo, la legislación hipotecaria de los países citados, de los países en los que existe un Registro de derechos, atribuye la titularidad del derecho al adquirente, en detrimento del «verdadero» titular al que se impide hacer valer esa nulidad. Por ello, cabe concluir que, desde el punto de vista de este último, se ha producido una pérdida indebida del derecho, una pérdida que, además y conforme a la doctrina establecida en la sentencia del TEDH, Tsirikakis contra Grecia, de 17 de enero de 2002, en orden a fijar los requisitos precisos para que se entienda que ha habido una privación, sería irreversible.

B) CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA QUE JUSTIFIQUE LA PRIVACIÓN

Además de cobertura legal, la privación de la propiedad requiere, en segundo lugar y según la jurisprudencia mencionada, que exista una causa de utilidad pública que la justifique.

Una peculiaridad en el supuesto de privación de un derecho en virtud de error en la asignación del mismo por el Registro es el hecho de que el primer o inmediato beneficiado por él no suele ser el Estado u otra Administración Pública sino un particular toda vez que deviene titular de un derecho que, en principio, con arreglo a la legislación civil, no debería ostentar. Esta nota podría llevar a concluir que, dado que la privación no tiene como finalidad el uso público del bien, faltaría el requisito de que hablamos. Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos habla de «causa de utilidad pública». No importa pues quien

es el beneficiado inmediato de la privación sino si esta produce un beneficio general que la justifica. La falta de una explotación directa por la Administración no obsta a la concurrencia de una causa de utilidad pública de igual modo que, cuando se prohíbe usar de un bien de manera tal que prácticamente se priva de contenido al derecho de propiedad, dando así lugar a obtener una compensación según la jurisprudencia citada aunque no se expropie expresamente ese derecho, tampoco existe propiamente un uso público sino la prohibición a un titular concreto de usar de él salvo en unos términos muy restrictivos²⁶.

Cabría también objetar a la concurrencia de este requisito la propia esencia o naturaleza de la institución del Registro de la propiedad, una de cuyas funciones es la de proteger a los propietarios. Anteriormente ya hemos recalcado el error que a menudo se comete al obviar que, además de proteger y publicar los derechos, el Registro de derechos fundamentalmente los atribuye²⁷. Esta incorrección es la que cometen los autores que entienden que el Registro no puede privar «indebidamente» de un derecho al titular pues, si este lo ha inscrito, ha sido precisamente para obtener su protección. Ciertamente estos errores han de ser pocos ya que, en otro caso, además de que el sistema atentaría contra el principio constitucional de la seguridad jurídica, la alarma social generada impediría la existencia de un mercado inmobiliario e hipotecario; además y según se estudiará más adelante, han de ser compensados. Estas condicionantes inciden directamente en la organización de los Registros de la propiedad. Sin embargo, ahora interesa destacar que la tutela de la propiedad individual es solo la función inmediata del Registro consistiendo la última en conseguir que exista un mercado hipotecario e inmobiliario lo más óptimo posible²⁸. Como hemos visto, la protección del titular inscrito se dispensa a través de las presunciones que la ley establece a su favor y de la protección que la correcta aplicación de los principios registrales le brinda. Sin embargo, en ocasiones, puede ocurrir que esta aplicación se realice erróneamente y, en estos casos, la privación está justificada para conseguir el fin último que acabamos de mencionar.

Esta afirmación plantea, a su vez, una nueva interrogante: ¿qué es, cómo se mide el grado de optimización de un mercado hipotecario e inmobiliario? Esencialmente por la facilidad para movilizar y para convertir la propiedad y los demás derechos reales en un activo líquido. Cuanto mayor resulte, los bienes tendrán un valor más elevado, habrá más propietarios, más crédito, por un plazo más largo y a un interés menos elevado. En iguales circunstancias externas (políticas, sociales, económicas, institucionales, etc), esa facilidad crecerá tanto más cuanto mayor sea la seguridad jurídica en la transmisión, constitución y gravamen de los derechos al tiempo que su coste se reducirá²⁹.

Esta finalidad de tutelar el interés público, de hacer prevalecer este sobre el particular de cada propietario, que justifica la legitimidad de la privación que el error al extender un asiento puede causar, ha sido destacado por la jurisprudencia inglesa. En concreto, la sentencia dictada por The Supreme Court of Judicature

Court of appeal (Civil Division) el 10 de enero de 2001, en el caso *Kingsalton Ltd. and another vs Thames Water Developments Ltd. and others*, dice en su fundamento 45 redactado por la juez Arden: «I also agree with the conclusión of Meter Gibson LJ concerning article 1 of the First Protocol to European Convention on Human Rights. The point was not fully argued and so I will deal with it briefly. In my judgment that provision (as a matter of English domestic law) capable of applying to an order of court declining rectification made after 2 October 2000 if the order fails to give effect to the substantive property rights of a party (see Human Rights Act 1998, s. 6). That party is deprived of his right to his property because the registered proprietor will be able to deal with land without impediment: see Land Registration Act 1925, s. 18. However the power to decline rectification is given for the legitimate aim in the public interest of enhancing to land registration system (see above). The court's order implements Parliament's policy on land registration. Moreover, because an error or omission has occurred in the register, that party is entitled to compensation on the basis set out in s. 83 (see para. 16 of Peter Gibson LJ's judgment)».

En este asunto, la demandante había alegado que el artículo 1 del primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos se había vulnerado al habersele privado del dominio, aún siendo el «verdadero» dueño, por un error en el Registro. Así lo recoge expresamente el fundamento 30 redactado por el juez Peter Gibson: «In the course of his griten submissions Mr. Elvin (abogado de la parte demandante) referred to Article 1 of the first Protocol to the Convention, protecting the right of every person to the peaceful enjoyment of his possessions. Mr. Elvin submitted that to refuse to order rectification would amount to the deprivation of Kingsalton of its possessions which could not be justified. He stressed that there was no dispute as to the underlying title. He pointed out that the extent of the possible harm and losses to Kingsalton has not been quantified and is not known to the court, which, he said, cannot be satisfied that a fair balance can be struck». Como acabamos de señalar, el Tribunal rechaza su pretensión en base al interés público que el Registro de la propiedad tutela. Esta apelación evidencia lo que aquí se viene defendiendo y muchas veces no se ha sabido o querido ver: a saber, que, como cualquier institución del Estado Social y de Derecho, el Registro no está al servicio de los propietarios individuales sino de ese Estado y que, por tanto, su finalidad es tutelar el interés general de modo que, cuando se plantea una cuestión de preferencia entre uno de los preceptos que recogen los efectos de sus asientos y otra norma de derecho público, el conflicto no puede abordarse como un enfrentamiento entre un interés privado y otro público en el que este ha necesariamente de prevalecer. Cuantas más numerosas resulten las excepciones que los Tribunales reconozcan a la asignación de derechos que el Registro ha realizado, mayor será la inseguridad jurídica y, por ende, las variables que miden la eficiencia de su funcionamiento se resentirán³⁰.

C) PROPORCIONALIDAD ENTRE LA DECISIÓN Y EL FIN QUE SE PERSIGUE

Como se ha indicado, conforme al artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la privación de un derecho real exige también que haya una proporcionalidad entre la decisión tomada (la privación resultante de dar preferencia a la titularidad atribuida por el Registro sobre la que resulta de la legislación civil) y el fin perseguido, la tutela del interés público en los términos vistos.

Hemos visto que dicha privación puede deberse a dos hechos: la falta de solicitud de inscripción de un negocio jurídico y el error del registrador bien porque no ha advertido su falta de validez, bien porque, por imperativo legal o imposibilidad fáctica, no ha podido controlar la verdad de la causa de la que deriva su nulidad³¹ o bien porque ha omitido hacer constar un gravamen o limitación en la inscripción provocando así el «error» que posibilita la aparición de un tercer hipotecario.

En el primer caso, la inoponibilidad del derecho oculto al contradictorio que consta inscrito tiene su base en una negligencia o interés fraudulento del titular, actitud que, de hecho, impide que ese derecho tenga la condición de «real»³²; o sea, que tenga eficacia *erga omnes*. En el segundo, por el contrario, el *verus dominus* pierde su derecho a consecuencia de un error, generalmente imputable al registrador y, en todo caso, al sistema, en virtud del juego de la fe pública registral.

En el primer supuesto, la imputabilidad de la pérdida al propio titular ha provocado que nadie discuta la proporcionalidad entre este resultado y el fin perseguido, la existencia de un mercado inmobiliario e hipotecario. En última instancia se sancionaría la negligencia de ese titular³³ o su intención fraudulenta de sustraer el conocimiento de sus derechos patrimoniales a los demás agentes por el riesgo de que, por ejemplo, estos procedieran contra ellos para conseguir el cobro de las cantidades que les debe o para evitar el pago de los impuestos que gravan la transmisión realizada.

La apreciación de esa proporcionalidad en el segundo supuesto, parece más difícil ya que, en él, la privación del derecho se deriva de un acto del registrador al practicar un asiento. La pregunta que, al constatar esta realidad, cabe formular resulta evidente: ¿no sería suficiente con limitar dicha pérdida a los casos derivados de la aplicación del principio de la inoponibilidad de lo no inscrito? Dicho en otras palabras, ¿qué justifica la fe pública del registro?, ¿por qué un registro de derechos?, ¿no es suficiente y, principalmente, más acorde con la Convención Europea de Derechos Humanos y en particular con el artículo 1 del primer protocolo adicional, limitar a los casos de privación a los que sancionan la conducta oportunista u olvidadiza del titular?

La respuesta a esta interrogante requiere clarificar una vez más el riesgo que, en el supuesto de que se optara por el registro de títulos, quedaría abierto y que

no es otro que la vinculación de todos los adquirentes a la declaración de nulidad no ya del negocio jurídico otorgado por ellos y cuyo título han depositado en el Registro sino y también a los vicios que aquejen a cualquiera de los actos o contratos otorgados por las personas que lo preceden en la cadena causal. Resulta evidente que los contratantes no pueden disipar por sí mismos este riesgo por la complejidad que su valoración entraña³⁴. Cabría dejarla entonces a la apreciación de un tercero experto que ellos elijan o a la de otros tantos cuantas partes haya de modo tal que cada una de estas designe al jurista que considere que va a defender mejor sus intereses, dando así pie a una negociación que acabará con la firma del contrato³⁵. La ausencia de un control independiente de su legalidad, de su validez, provoca que el depósito del mismo en el Registro no atribuya al adquirente una presunción de legitimación y, menos aún, le convierta en titular de ese derecho si, finalmente, los Tribunales sentencian su nulidad³⁶. La debilidad de la protección que el asiento le presta genera una incertidumbre tal que los costes de averiguación de la situación jurídica de los bienes se disparan³⁷.

Las consecuencias de esta circunstancia son varias y van desde la contracción que el mercado, hipotecario e inmobiliario, sufre³⁸ hasta la devaluación de los bienes y la dificultad de las diferentes Administraciones para embargarlos o ejecutarlos en orden a cobrar las cantidades que le son debidas, pasando por la necesidad de concertar un seguro de responsabilidad civil que garantice al adquirente la devolución del daño sufrido³⁹. Esta última necesidad es consecuencia de la inexistencia de una regla de responsabilidad objetiva que, en caso de pérdida del derecho, obligue a indemnizar al notario que ha autorizado el negocio⁴⁰ o, en el caso de los países en que este no existe o no interviene, a los abogados que han asesorado a las partes y encargado de su redacción y negociación⁴¹.

La aparición de un agente externo que asume y garantiza el riesgo multiplica los problemas que la creación de un eficiente sistema de seguridad jurídica plantea. En primer término, el carácter individual de este seguro favorece la desigualdad. El grado de seguridad de que los contratantes disfruten dependerá de su capacidad económica. Cuanto mayor sea esta, se cubrirán contra un mayor número de riesgos⁴² y por una cuantía más alta⁴³. En segundo lugar, la necesidad de cada uno de estos operadores de contar con su propia base de datos al objeto de evaluar el riesgo asumido, disparará los costes de administración y, por ende, los de transacción. La imposibilidad de generar economías de escala mediante la creación de una única base de datos, en virtud de los principios de libre competencia y de protección de datos, los incrementará aún más⁴⁴.

La ausencia de la fe pública registral determina que, en última instancia, no pueda nunca fijarse la titularidad de un bien⁴⁵. Dicho en otros términos, no hay propietarios definitivos. La caída de la cadena de la que un transmitente formaba parte provoca la pérdida de los derechos negociados en los eslabones sucesivos⁴⁶. La existencia de este efecto dominó determina que los perjuicios ocasionados por cada error se multipliquen.

El planteamiento teórico que hemos desarrollado deja entrever que los países en que exista un Registro de derechos deberán tener un mercado hipotecario más eficiente que aquellos que cuenten con otro de títulos. La demostración de esta conclusión es precisa porque, solo en la medida en que se cumpla, se justificará la legalidad de esta vía de privación de la propiedad a la luz del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos.

El estudio sobre costes de transacción elaborado y publicado por la Federación Hipotecaria Europea en relación con el año de 2010⁴⁷ nos permite corroborar la corrección de la anterior afirmación. Según este análisis los costes de transacción más elevados en la compraventa de una vivienda corresponden a Bélgica (con un total de 10,7 por 100 del precio que se distribuye: 1,1 en concepto de arancel notarial, 9,5 tasa de registro y 0,1, otros costes), Italia (con un total de 5,2 por 100 del total del precio, que se distribuyen así: 1,9 arancel notarial, 3,2 tasa de registro y 0,1, otros costes) y Francia (con un total de 1,8 por 100 del total del precio que se distribuye de la siguiente manera: 1,4 por 100 es el coste de notario, 0,1 el de registro y 0,3 corresponde a otros costes). La cuantía de estos costes no tiene además en cuenta el déficit que la seguridad jurídica preventiva presenta en estos países debido al régimen de responsabilidad que tienen. A diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, donde el riesgo que se deriva de la falta de fijación y publicación a priori por el Estado de la situación jurídica de los bienes y, por ende, de la imposibilidad de conocerla en el momento de contratar se mitiga con la suscripción de un seguro privado de responsabilidad, en los países europeos citados, las compañías de seguros no suelen ofrecer sus servicios por varios tipos de motivos. El primero, la inversión que tendrían que efectuar para crear unas bases fiables acerca de esa situación. Piénsese que, en este tipo de seguro, a diferencia de lo que normalmente sucede, el riesgo que se cubre es pasado y que, por tanto, la prevención, la falta de siniestros, es la regla, lo que motiva que los costes de administración sean los más importantes⁴⁸. Además, cuenta también la tradición y la supuesta asunción de la responsabilidad de este riesgo por el notariado⁴⁹. En principio, este tiene la función de eliminar la incertidumbre sobre la situación jurídica de los bienes. A tal fin, antes de contratar, investiga la corrección de la cadena de los títulos anteriores lo que le permite también identificar y ordenar las cargas que gravan el objeto del negocio⁵⁰. No obstante, la ausencia de un sistema de responsabilidad objetiva introduce importantes lagunas en el sistema⁵¹ a pesar de que precisamente la labor de depuración, de estudio, justifica una parte de la cuantía del arancel que percibe y que, como seguidamente veremos, es significativamente más alto que el que se aplica en los países en que existe un Registro de derechos. Por lo demás, esta labor de análisis incrementa notablemente el tiempo que la contratación requiere. Por ejemplo, la regla general en Bélgica es que, entre el encargo de la redacción del documento y su firma, medien dos meses. Este aumento del coste debido a la demora no ha

sido contemplado en los datos que seguidamente se exponen y que conciernen únicamente al ámbito monetario⁵²; tampoco los costes de aseguramiento que la inexistencia de un sistema de responsabilidad objetiva en la determinación de la situación jurídica del bien aconseja suscribir aunque, como se acaba de apuntar, raramente se firme una póliza.

Los costes de transacción en las compraventas de vivienda son considerablemente más bajos en los países en que existe un Registro de derechos. Así, en España, ascienden al 0,4 por 100 del precio (porcentaje que se divide del siguiente modo: 0,2 corresponde al arancel notarial, 0,1 al del Registro y otro 0,1 a otros costes⁵³); en Dinamarca, al 0,5 por 100 (0,4 se paga a los abogados y 0,1 al Registro); en Reino Unido, al 0,6 por 100 (0,4 son honorarios de abogados⁵⁴, 0,1 gastos de Registro y 0,1 también, otros costes); y en Alemania, 0,7 por 100 (de los que 0,5 son percibidos por los notarios y 0,2 por el Registro).

Si analizamos los costes de transacción en materia de constitución de préstamos hipotecarios, la situación no varía. De nuevo, según los datos de la FHE, los países en que existe un Registro de depósito presentan los mayores costes (2,5 por 100 de la total responsabilidad en Bélgica, 1,8 por 100 en Italia y 0,5 por 100 en Francia, frente al 1,6 por 100 de España, 0,8 por 100 de Reino Unido, 0,5 por 100 de Dinamarca y 0,4 por 100 de Alemania). Si nos ceñimos a los costes de notaría y registro, la diferencia es más clara ya que hablaríamos del 2,1 en Bélgica, 1,3 en Italia y 0,5 en Francia, frente al 0,3 de España, 0,2 de Dinamarca y Alemania y 0,0 de Reino Unido.

El menor coste de las transacciones inmobiliarias no solo implica un ahorro para los contratantes; también, incide en la facilidad de acceso al crédito por los ciudadanos. Así, según el mismo estudio de la Federación Hipotecaria Europea, vemos que, en el año de 2009, el importe de crédito hipotecario que cada ciudadano debía era notablemente mayor en los países en los que existe un Registro de derechos que en los que cuentan con uno de títulos. Así, siendo la media de los países de la UE, 12.370 euros por persona, nos encontramos con que los ciudadanos de los que cuentan con un Registro de Derechos ese importe es considerablemente superior (por ejemplo, en Dinamarca alcanza 41.960; en Suecia, 25.500; en Reino Unido, 22.210; en Finlandia, 18.610; en España, 14.810 y en Alemania, 13.990). Por el contrario, los ciudadanos de los países en que existe un Registro de documentos tienen más dificultad para acceder al préstamo hipotecario o, lo que es igual, para utilizar su derecho como un activo económico que les sirva para obtener liquidez. Así, el importe de la deuda hipotecaria por habitante es considerablemente inferior en ellos (por ejemplo, Bélgica, 13.560; Francia, 11.460 e Italia, 5.510 euros)⁵⁵.

La mayor eficiencia del sistema del Registro de derechos tiene también su reflejo en las estadísticas que, sobre los datos proporcionados por el *European Covered Bond Council*, la FHE ha elaborado en relación con la bursatilización o titulización de los préstamos hipotecarios. Según esta estadística, el volumen

de préstamo hipotecario comercializado en el mercado secundario por los países que tienen un Registro de derechos es sensiblemente superior al que las entidades bancarias de los países que cuentan con un Registro de títulos han conseguido colocar.

Según este trabajo, al final de 2009, el volumen de préstamo hipotecario comercializado (vendido) al mercado por las entidades de España, ascendía a 385.857 millones de euros; de Alemania a 281.952 millones; de Reino Unido a 231.527 millones; y de Suecia a 187.009 millones. El volumen colocado por las entidades de los países en que existe un Registro de documentos era muy inferior. Así, en Francia se elevaba a 213.328 millones; y en Italia a 21.500 millones; no constando las cifras de Bélgica⁵⁶.

¿Qué significan estos datos? Que, en comparación con la situación que el Registro de títulos crea, la existencia de un Registro de derechos:

- 1.º Aumenta la seguridad jurídica al disminuir los perjuicios que los errores causan y asegurar su indemnización.
- 2.º Favorece el acceso al crédito a los ciudadanos (o sea, la transformación de sus derechos en activos económicos).
- 3.º Abarata el coste del dinero (tipo de interés a satisfacer).
- 4.º Contribuye a incrementar el capital circulante al favorecer el comercio de los diferentes productos a través de los que las entidades bancarias ofrecen los créditos hipotecarios de que son titulares al mercado (títulos, bonos y participaciones, en el caso español).
- 5.º Reduce los costes de transacción (tanto de las compraventas como de los créditos hipotecarios).
- 6.º Asegura la eficacia de los embargos decretados por la autoridad judicial o administrativa al sujetar el bien al pago de las deudas garantizadas.
- 7.º Revaloriza la propiedad inmobiliaria y facilita su liquidez.

Las estadísticas desglosadas demuestran que el tipo de Registro con que cada país cuenta resulta determinante para valorar los efectos a que acabamos de referirnos. La homogeneidad de los datos que sistemáticamente arrojan los países en que existe uno de derechos o de títulos no puede ser atribuida a la casualidad o a otros factores. Esta última hipótesis resulta tanto más imposible de mantener cuanto que este (la clase de Registro) es el único elemento de los que intervienen en la creación de la seguridad jurídica preventiva que se repite en uno y otro grupo. Los demás elementos, como son la forma de organización del proceso de redacción de documentos y su autenticación o la manera de llevarse a cabo las labores de asesoramiento y de comprobación de la identidad y de la capacidad natural de las partes otorgantes, no influyen prácticamente en estas estadísticas. Todos los países en que existe un Registro de derechos presentan unos perfiles semejantes con independencia del hecho de que estas

labores las lleven a cabo los notarios, una determinada clase de abogados o, incluso y en alguno, en el supuesto de los préstamos hipotecarios, las mismas entidades bancarias.

Estas ventajas que se dan en los países en que existe un Registro de derechos son las que explican y aconsejan que la privación de la propiedad pueda darse en virtud de un error del registrador y no únicamente como consecuencia de la falta de depósito de su título por el *verus dominus*. Vemos pues que, tal y como exigen el espíritu y la dicción del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la tutela del interés público impone la existencia de esta segunda forma de privación, resultando el perjuicio que causa tan proporcional como justificado, siempre y cuando medie su reparación.

Antes de cerrar este apartado conviene resaltar que el análisis que precede solo puede sostenerse en la medida en que el número de errores (al autorizar un asiento pero también, al expedir la correspondiente información) sea mínimo, tan así que, desde el punto de vista estadístico, resulte prácticamente despreciable. De otro modo y dada la potencialidad «expropiatoria» de la inscripción, en lugar de un factor de seguridad y protección, el Registro sería percibido por la ciudadanía como una amenaza, como un riesgo. En esta hipótesis, la ineficiencia impondría la supresión de la fe pública registral⁵⁷. Como observa B. ARRUÑADA⁵⁸, en un Registro de derechos debe haber pocos errores, pues de otra forma no sobreviviría⁵⁹.

D) DISPOSICIÓN DE LA PRIVACIÓN POR UN ÓRGANO QUE SE ENCUADRE DENTRO DE UNO DE LOS TRES PODERES QUE FORMAN EL ESTADO

Para que el artículo 1 del primer protocolo adicional de la Convención Europea ampare la privación de la propiedad es necesario que se decrete por un órgano que esté encuadrado dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado. La razón es clara: el Estado tiene las facultades de reconocer el derecho de propiedad en abstracto, de establecer las reglas para su adquisición y de proteger a los titulares que han llegado a serlo conforme a ellas; también, de expropiación o privación del mismo cuando además estén presentes los requisitos cuya concurrencia en el caso concreto de error en los pronunciamientos del Registro venimos examinando⁶⁰.

Como apunta Fernando MÉNDEZ⁶¹ citando a NORTH, «es difícil sin embargo que el Estado promueva derechos de propiedad eficientes y se comporte como un tercero imparcial. Existe el riesgo claro de que se convierta en un Estado depredador que use su poder no para fomentar el crecimiento económico sino para el beneficio de quienes lo dirigen a costa de asfixiar las posibilidades de crecimiento. Para evitarlo, se requiere la presencia de instituciones que controlen efectivamente a quienes dirigen el Estado». Esta circunstancia explica que, en

todos los países en que existe un Registro de derechos, los pronunciamientos se basan en la independencia del funcionario que los realiza⁶² quien, a su vez, tiene atribuido el control de legalidad (calificación) de los negocios jurídicos cuya inscripción se pretende⁶³.

El mismo autor, apoyándose en DE OTTO⁶⁴, pone de manifiesto que la inscripción es un acto de soberanía mediante el que el poder público (Estado) declara la existencia de un derecho, su extensión, el rango que, en el caso de los de garantía, le corresponde y la identidad de su titular, y, añade el repetido F. MÉNDEZ, «ello con independencia de que el sistema legal configure o no la inscripción como requisito integrante del proceso adquisitivo *inter partes*». Aunque hay quien niega esta verdad y, con independencia de la clase de Registro de que se hable, tiende a considerar la inscripción como un acto administrativo que sirve para publicar la titularidad de un derecho, entendiendo que la existencia y transferencia de este depende exclusivamente de la voluntad de las partes, lo cierto es que, como antes se ha apuntado, la asignación definitiva del derecho o sea, su imposición a toda la comunidad no tiene lugar en tanto que aquella, la inscripción, no se produce, en tanto que no se adjudique definitivamente, lo que demanda necesariamente la existencia de un acto de soberanía. No hay propiedad, ni derechos, al margen del Estado. El profesor Robert ELLICKSON⁶⁵ lo resume perfectamente: «¿Cuál es finalmente el contenido de la pretensión de que un determinado derecho de propiedad, como uno que rija el uso del suelo, no puede ni remotamente describirse como un beneficio estatal? Este no está ni remotamente claro. Todos los derechos de propiedad no constitucionales son beneficios estatales en el sentido de que existen como derechos solo como consecuencia de su concesión y protección mediante normas positivas. Al menos esto es así salvo que uno crea que determinados derechos de propiedad preexisten de algún modo al ordenamiento jurídico, de forma que su disfrute no es cuestión de derecho positivo sino de, ¿qué otra cosa?, derecho natural».

Como es normal, dado que hablamos de un derecho humano, la última instancia de su tutela está encomendada a los jueces. En los países (por ejemplo, Alemania, Dinamarca, Austria o Suecia) en que los Registros están llevados por uno, sus decisiones son recurribles ante las instancias superiores⁶⁶. En los casos en que, como en España o Reino Unido, los encargados de decidir y autorizar las inscripciones son funcionarios que no están integrados en el poder judicial, el régimen de recursos contra su calificación varía según que esta haya sido negativa o positiva. La negativa es susceptible de ser recurrida en primera instancia ante un órgano administrativo contra cuya resolución cabe apelar ante los Tribunales de Justicia si bien, en el caso español, es igualmente posible acudir directamente a estos. Por el contrario, la positiva, que da lugar a la inscripción, solo puede ser revisada por dichos Tribunales tanto en uno como en otro país. La razón radica en el distinto objeto del recurso en uno y otro caso. Mientras que, en el primero, se cuestiona la procedencia de una interpretación normativa

que impide obtener el reconocimiento *erga omnes* del derecho adquirido por el Estado y también y consecuentemente investirse con el poder de disposición del derecho, en el segundo se impugna la atribución de ese derecho efectuada por la inscripción o sea, el reconocimiento de su titularidad por el Estado lo que, en principio, es un tema reservado a la competencia judicial.

En el caso de estos países (Reino Unido y España), la nota más llamativa, más característica, es que la atribución de derechos y también, la determinación de su extensión y rango, solo puede revisarse judicialmente en la medida en que el adquirente no reúna los requisitos que la ley exige para considerarle tercero hipotecario. Consecuentemente, los Tribunales examinan primero si es así y, en la medida en que concurren, se abstienen de analizar si, desde el punto de vista normativo, la adjudicación es válida ya que, aunque no lo fuera, aunque el negocio que sirva de causa a la misma fuera nulo o tal atribución se hubiera fundado en un error, no podrían modificarla.

A la vista de las anteriores premisas cabe concluir que, a diferencia del notariado⁶⁷, las actividades desarrolladas por el registrador están relacionadas con el poder público porque su actuación condiciona y altera en los términos expresados las facultades de apreciación y decisión de la autoridad judicial y, más concretamente, cuando esta ha de pronunciarse sobre la titularidad de los derechos reales. Esta situación motiva que, como estamos viendo, el ejercicio de las potestades públicas que el Estado ha delegado en los registradores puede implicar la privación de derechos. Característica que, a su vez, explica la independencia que le es propia y el régimen monopolístico en que desarrolla su función⁶⁸. La calificación del registrador produce efectos externos o sea, vincula a las personas que no han sido parte en el otorgamiento del contrato y que, no obstante, pueden estar interesadas en él, bien sea porque ostenten un derecho (o expectativa del mismo) sobre el inmueble objeto del contrato que se quiere inscribir, bien porque este afecte a limitaciones legales o administrativas que protegen el interés de la comunidad (necesidad de licencias, de autorizaciones para actuar en zonas de protección especial, para inmatricular bienes que lindan con montes públicos, etc.). Así sucede en todos los países en que existe un Registro de derechos ya sea el registrador un juez, ya un funcionario público en el que el Estado ha delegado las potestades públicas que constituyen el ámbito de sus competencias.

E) INDEMNIZACIÓN QUE COMPENSE EL DAÑO CAUSADO

El artículo 1 del primer protocolo adicional no recoge explícitamente esta exigencia que, sin embargo, ha sido casi unánimemente sancionada por los jueces que integran el Tribunal Europeo. Numerosas sentencias reconocen su carácter de requisito necesario para que la privación pueda producirse. Ello es

lógico porque, como dice el citado R. ELLICKSON, «la cláusula de compensación se dirige a la falta de equidad no de la redistribución de la riqueza de un grupo a otro por parte del Estado, sino de que el Estado embargue la riqueza de algunos en beneficio de todos». Esta justificación ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en numerosas sentencias que se citan en el trabajo del citado profesor: *First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles* (1987); *Pennell v. City of San Jose* (1988); *Yee v. City of Escondido* (1992), etc., y que reiteradamente han confirmado que «es axiomático que la disposición relativa a la compensación de la Quinta Enmienda tenga la finalidad de prohibir al Gobierno que obligue solo a unas pocas personas a soportar las cargas públicas que, en absoluta equidad y justicia, debieran ser soportadas por todas las personas».

En la UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha apelado también con la misma frecuencia «al justo equilibrio entre las exigencias del interés general y de la protección de los derechos individuales» para justificar esta obligación de indemnización. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las sentencias de 3 de noviembre de 2000 (ex rey de Grecia y otros contra Grecia); de 30 de mayo de 2005 (Jahn y otros contra Alemania) o de 11 de octubre de 2005 (N.A. y otros contra Turquía).

La posibilidad de la privación de un derecho por el Registro o, lo que es igual, la posibilidad de la existencia de la fe pública registral queda pues supe-
ditada a que, en los supuestos en que, en virtud de error al practicar un asiento, el *verus dominus* quede privado de su derecho, sea indemnizado de su valor⁶⁹.

Todas las legislaciones cuya legislación establece el principio de fe pública registral o, por decirlo con otras palabras, todos los países que tienen un Registro de derechos reconocen esta obligación de reparar el daño causado. Así, en Inglaterra y Gales, el capítulo 8 de la Ley de 2002 recoge expresamente la obligación del registrador de indemnizar personalmente el perjuicio causado tanto por la rectificación del Registro como por el rechazo a proceder a la misma. De igual modo, el artículo 296 de la Ley Hipotecaria Española establece: «Los registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas y, en segundo, con su demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen: 1) Por no asentar en el diario, no inscribir o anotar preventivamente, en el término señalado por la Ley, los títulos que se presenten en el Registro. 2) Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales. 3) Por no cancelar, sin fundado motivo, alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente. 4) Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley. 5) Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o libertad de los inmuebles o derechos reales o por no expedir dichas certificaciones en término señalado en esta Ley». El artículo 839 del BGB alemán sienta una

norma semejante: «Si un funcionario, dolosa o negligentemente, infringe un deber oficial que le incumbe frente a un tercero, le indemnizará por el daño ocasionado. Si el funcionario solo es culpable de negligencia, únicamente cabe dirigirse contra él si la parte perjudicada carece de cualquier otro recurso para obtener la reparación del perjuicio». En cuanto a Suecia, el artículo 19 del Land Code sanciona el derecho de cualquier persona que haya sufrido una pérdida debido a un error o negligencia en la gestión o la decisión de practicar una inscripción o en relación con la expedición de un documento de hipoteca o la llevanza o mantenimiento de tal Registro, a ser indemnizado por el Estado. No obstante, se matiza, la indemnización se compensará o reducirá si la parte ha contribuido a su pérdida»⁷⁰.

La obligación de indemnizar el daño causado es una de las dos causas esgrimidas en la sentencia *Kingsalton Ltd and another v. Thames Water Developments Ltd and others*, antes citada, y en la que la Corte de apelación de la Corte Suprema de la Judicatura de Inglaterra rechazó la pretensión de la demandante de que la negativa a rectificar la inscripción practicada, confirmada por el fallo apelado, daba lugar a una privación del derecho de propiedad, hecho que, a su vez, implicaba una violación del artículo 1 del primer protocolo adicional. Como vimos para fundamentar el fallo, la sentencia cita en primer lugar el interés general que el Registro de derechos tutela y añade en el párrafo 45 redactado por la juez Arden: «the court's order implements Parliament's policy on land registration. Moreover, because an error or omission has occurred in the register, that party is entitled to compensation on the basis set out in s 83 (see para. 16 of Peter Gibson LJ's judgment). Dice a su vez este párrafo: «S. 83 (1) provides that where the register is so rectified, any person suffering loss by reason of the rectification is entitled to be indemnified. S. 83 (2) provides that where an error or omission has occurred in the register but the register is not rectified, any person suffering loss by reason of the error or omission is entitled to be indemnified».

La obligación de indemnizar la privación del derecho de propiedad causada por el error del registrador al extender y autorizar un asiento está pues fuera de toda duda. Ahora bien, lejos de acabar con el problema, esta afirmación lo multiplica pues nos enfrenta con el tema de la organización del Registro, de estudiar cuales pueden ser sus principios organizativos y, en función de los que se adopten, quién ha de correr con la obligación de indemnizar.

Ya hemos señalado que, para subsistir, el Registro de derechos ha de cometer pocos errores. Hay que tener en cuenta que, frente a lo que es común en materia de seguros, en el caso de las transacciones inmobiliarias, la seguridad que se demanda es frente a los vicios o defectos ocultos en la situación jurídica de los bienes, riesgo que el Registro elimina al hacer coincidir la verdad oficial con la real. Sin embargo, este efecto introduce una nueva amenaza, la de que sus errores priven al titular de acuerdo con las normas civiles de esa

titularidad y la transfiera a un tercero e incluso la de que dicha privación ocurra frente al titular inscrito al extenderse un nuevo asiento y, consecuentemente, al asignarse el derecho a favor de un tercero cuyo contrato no debía haberse inscrito. Como se ha indicado, los errores en la inscripción pueden ser de dos tipos: materiales o de calificación, al dar, en este último caso, por válido un negocio nulo y, en consecuencia, inscribirlo. Cada uno de ellos requiere una prevención diferente. Los últimos se corrigen fomentando la capacidad de los registradores, su independencia, su competencia territorial, su selección con arreglo a criterios objetivos así como ampliando la extensión y los medios de que disponen para calificar o sea, para controlar la legalidad de los negocios y evitando los riesgos de corrupción mediante el establecimiento de un sistema de incentivos adecuado. Los primeros mediante la adopción de diferentes medidas a que seguidamente nos referiremos y, concretamente y por lo que se refiere al caso español, aplicando los criterios de gestión privada a este servicio público⁷¹.

Ahora bien, por más ajustada que resulte la aplicación de estos principios organizativos, no hay duda de que el error siempre sucederá. En este caso y según la jurisprudencia del Tribunal Europeo (y también, la de los nacionales), el daño debe compensarse ya que, de otro modo, de adoptarse otra solución, la privación producida contravendría el artículo primero del primer protocolo adicional. El problema fundamental que, en las diferentes legislaciones, se presenta es quién debe pagar la indemnización.

El problema es tan importante que ha condicionado y sigue condicionando la regulación legal de la transmisión y constitución de los derechos en los diferentes países. Las opciones pueden resumirse en tres, atribución del riesgo a los particulares, al Estado o a los propios reguladores o funcionarios encargados de adjudicar los derechos.

La primera opción no está presente en ningún país en que rige un sistema de Registro de derechos⁷² sino solo en los que, para evitar el tener que asumir el riesgo derivado de una errónea atribución del derecho, el Estado se abstiene de pronunciarse sobre la titularidad de cada uno⁷³, limitándose a resolver judicialmente las controversias que, en relación a uno concreto, se planteen pero sin adjudicarla jamás con carácter irreversible y eficacia *erga omnes*. Dado que la excepción de cosa juzgada solo puede oponerse a la otra parte, nada obsta a que, en un momento posterior, un tercero ponga en cuestión la titularidad debatida⁷⁴.

La segunda opción, asunción de responsabilidad por el Estado, presenta a su vez dos variantes: aplicar el régimen general de responsabilidad patrimonial o crear un fondo específico para indemnizar los perjuicios causados por los errores habidos. Alemania y Suecia han optado por la primera de ellas. Esta opción ha motivado la introducción de ciertas peculiaridades en la legislación hipotecaria de ambos países. Así, en el caso de Alemania, se ha impuesto la inscripción como un requisito de adquisición *inter partes* del derecho. Su falta

impide que, tampoco en este ámbito, haya transmisión o constitución del mismo y, por tanto y también, la existencia de titulares civiles (ajenos al Registro) que resulten perjudicados por una inscripción incorrecta. Así pues merced a la imposición de la inscripción como requisito necesario para la constitución de los derechos reales se elimina el riesgo de las adquisiciones a *non domino*. Por otro lado, el negocio traslativo se ha configurado como abstracto de manera tal que el registrador no tiene que calificar su causa y, por tanto, tampoco cabe exigirle responsabilidad por el error en que, al hacerlo, al dar por válido un negocio que, en realidad, adolece de un defecto de nulidad en su causa, pueda incurrir. El anverso de esta medida, su aspecto negativo, se deriva del hecho de que, dado que la causa ya no es necesaria para que la transmisión se consuma, los vicios de que adolezca no la impiden y las partes únicamente disponen de una acción personal por evicción. Las precauciones adoptadas por el legislador para limitar la responsabilidad del Estado no terminan aquí. Así, ha impuesto el sistema de *numerus clausus* en materia de derechos reales. De acuerdo con él, las partes carecen de autonomía para pactar según su voluntad ya que el Estado únicamente reconoce la existencia de los derechos que las leyes prevén y con el contenido que las mismas fijan⁷⁵. Por último, cabe citar la obligación del registrador de notificar la pretensión de una persona de adquirir un derecho a los titulares de aquellos que recaen sobre la finca que constituye el objeto del contrato en cuestión. Esta obligación, que genera el mayor número de reclamaciones, ralentiza y encarece enormemente el procedimiento pero, a cambio, reduce extraordinariamente el riesgo del Estado ya que, en defecto de oposición⁷⁶, la parte no puede reclamar contra Él.

Con el mismo fin de limitar la responsabilidad del Estado, el legislador sueco ha optado directamente por restringir el ámbito de la fe pública registral. Así, según el artículo 3 del capítulo 18 del Land Code, los supuestos en que, además de cuando el adquirente carezca de buena fe o no lo sea a título oneroso, no opera son las que siguen: «1.º Si el documento en que se funda el derecho del adquirente es falso, fue otorgado por persona que carecía de facultades para ello o es inválido al haber sido otorgado bajo coacción con arreglo al artículo 28 de la Contracts Act. 2.º Si el legítimo dueño, cuando se otorgó el documento en que se funda el derecho, estaba en quiebra o incapacitado o actuó bajo la influencia de un trastorno mental o no tenía la facultad dispositiva del derecho dado que se le había designado un administrador de acuerdo con el Parental Code. 3.º Si la adquisición es inválida con arreglo a derecho por falta de observancia de la forma prescrita o por otras condiciones establecidas o si se efectuó sin el consentimiento de la persona perjudicada sin que haya mediado el amparo o cualquier otra acción de un Tribunal o de una autoridad pública». Por otro lado, con igual finalidad y de un modo semejante a cómo sucedía en el derecho alemán, el legislador sueco ha atribuido al registrador la facultad de programar una reunión para investigar la titularidad de un bien o

de citar a los otorgantes y a los titulares que puedan serlo de algún derecho sobre él. En estos casos, si el derecho alegado por el peticionario (solicitante de la inscripción) resulta controvertido, se le puede requerir para que inicie un procedimiento judicial. Transcurrido el plazo fijado a tal efecto, su solicitud puede considerarse caducada (art. 10, capítulos 19 y 20 del Land Code).

En el sistema Torrens, el Estado asume igualmente la responsabilidad de pago de las indemnizaciones debidas a las personas que han sido privadas de su derecho por un error del Registro. Pero, a diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, lo sujeta a un régimen peculiar al objeto de limitarla. En síntesis, el sistema consiste en imponer al usuario la obligación de contratar (junto con la inscripción) un seguro mutuo con el que capitalizar un fondo de responsabilidad que se va dotando con las aportaciones sucesivas. Se consigue así garantizar la reparación del daño causado si bien solo hasta la cantidad a que asciende el importe del fondo en cada momento⁷⁷ al tiempo que cargar el mantenimiento del sistema sobre sus usuarios⁷⁸.

La tercera opción consiste en imponer la responsabilidad al funcionario encargado de autorizar las inscripciones y, por ende, de adjudicar, ordenar y definir los derechos reales. Es el sistema que, con distintas matizaciones, se sigue en Inglaterra y España⁷⁹. Como en los países en que rige el sistema Torrens, este régimen de responsabilidad permite aplicar la fe pública sin limitación ya que, al excluirse la responsabilidad del Estado, el legislador carece de interés en imponer restricciones a su práctica, teniendo en cuenta las ventajas que produce en el interés general; de igual modo, carga la financiación del sistema sobre sus usuarios.

El sistema se basa en la regulación estatal de los precios⁸⁰ (frente a la libertad que, en principio, impera cuando son compañías privadas las que aseguran los riesgos y al igual que ocurre en el sistema Torrens) pero, a diferencia de este, el colectivo de los funcionarios asume la responsabilidad⁸¹. Lógicamente, la reputación y eficacia del sistema se basa en la reparación de los daños causados (por la privación indebida pero también por el error en la elaboración y expedición de información) lo que no es sencillo habida cuenta de la importancia de las cantidades aseguradas. El impago supondría la falta de uno de los requisitos que, como hemos visto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige al objeto de que quepa la privación del derecho de propiedad y pondría en riesgo la continuidad del sistema, su solvencia. Para evitar esta situación, el Colegio (o la Agencia en el caso inglés) ha de contratar un seguro de responsabilidad civil y otro de reaseguramiento. Dado que el importe de las primas crece proporcionalmente al número de errores y que, en el caso de que estos se multiplicaran, su coste resultaría inasumible por los usuarios o sea, por los propios registradores, la eficiencia en el ejercicio del control de legalidad que tiene atribuido (y en la prevención de los errores materiales) se convierte en presupuesto necesario para que el sistema se mantenga.

La importancia de este control determina que el legislador inglés haya establecido el principio de libertad de prueba para acreditar la titularidad del derecho ante el registrador. Así el artículo 17 de la Land Registration Act dispone: «Si el registrador en cualquier momento considera que es necesario o deseable el otorgamiento de otros documentos o la presentación de otras evidencias o informaciones, puede rechazar continuar con la tramitación de la solicitud o hacer cualquier acto o practicar un asiento hasta que los documentos, las evidencias o las informaciones hayan sido dadas o proporcionadas»⁸². Sin embargo, en el caso español, la prueba se limita a los documentos presentados y a los asientos del Registro.

El funcionamiento del sistema requiere el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva ya que, en otro caso, si se exigiera la presencia de culpa o dolo para que la obligación de indemnizar el daño causado surgiera, abríamos la puerta a la posibilidad de que una persona fuera privada de su derecho sin ser compensada por esta «expropiación». De ahí la importancia de que esta se imponga a los operadores (*solicitors* en Inglaterra o notarios en el supuesto de España⁸³) que controlan determinados aspectos que están excluidos de la calificación del registrador, del control de legalidad del negocio jurídico que constituye la causa de la adjudicación de derechos en que la inscripción consiste, y que normalmente son cuatro: la capacidad natural de los comparecientes, su identidad, la conformidad entre lo por ellos querido y lo firmado y la falta de violencia o coacción en el otorgamiento. En su defecto, si admitimos la existencia de una responsabilidad culpable o dolosa, esta práctica, necesaria porque, como apunta PARDO NÚÑEZ en la obra citada, la operatividad del sistema impide abrir un juicio plenario cada vez que se solicita una inscripción, introduce el riesgo de aumentar los casos de privación «improcedente» de los derechos más allá de lo deseable y, especialmente, de dejar sin indemnización alguno de ellos lo que, como ya se ha reiterado, supone una violación del artículo 1 del primer protocolo adicional de la convención europea de derechos humanos. En efecto, la falta de responsabilidad objetiva del notariado permite que, cuando yerra al apreciar alguna de estas circunstancias, el perjudicado («expropiado») por la inscripción no tenga más acción que contra el beneficiario del error, normalmente insolvente o de imposible localización⁸⁴. Esta laguna, resultante de convertir al notariado en un privilegiado al que no le es aplicable el régimen general de responsabilidad patrimonial de la Administración⁸⁵ sino uno especial en virtud del que, en defecto de culpa, el daño se carga en el debe del ciudadano, introduce un agujero en el sistema de seguridad jurídica preventiva que aconseja (impone) su modificación⁸⁶ al objeto de adecuarlo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁷.

Más sentido tiene la asunción de dicha responsabilidad por el Estado cuando el error en la calificación de la validez del negocio efectuada por el registrador se debe al ineficiente funcionamiento del Registro Civil. En efecto, mientras que

la obligación de identificación de los comparecientes que otorgan un contrato corresponde al notariado que autoriza la escritura en que se documenta, la determinación de su estado y vecindad civil (y, consecuentemente, de su régimen económico matrimonial) es competencia del Registro Civil⁸⁸. Ocurre, no obstante, que la organización de esta institución ha quedado claramente obsoleta de modo y manera que, por un lado, los datos referentes a una única persona física constan en diferentes oficinas sin que, entre ellas, haya ninguna comunicación y, por otro, ninguna se lleva electrónicamente lo que impide su interoperabilidad tanto entre sí como con otras instituciones, entre ellas los Registros de la propiedad con los consiguientes riesgos para la seguridad jurídica al impedir que el funcionario a su cargo pueda conocer la verdad oficial sobre todos los hechos que publican y de los que se derivan múltiples consecuencias jurídicas⁸⁹.

La responsabilidad objetiva no debe aplicarse sin embargo a los supuestos de calificación negativa o sea, no debe extenderse a la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el rechazo a inscribir un derecho si posteriormente los Tribunales revocan dicha calificación y consideran que sí procede la extensión del asiento. La razón es clara: en estos supuestos no existe el riesgo de pérdida del derecho ya que, como es sabido, el interesado tiene la posibilidad de recurrir dicha calificación y, en tanto que su recurso no se resuelva definitivamente, conserva la prioridad frente a todos. La única excepción que cabría introducir a esta regla, sería en el caso de que dicha calificación fuera antijurídica porque, según los Tribunales, estuviera basada en la arbitrariedad o en la irracionalidad pero, en estos casos, el daño a indemnizar no consistiría en el importe del derecho perdido, pues esta privación no habría ocurrido, sino en el de los perjuicios de toda clase derivados de esa irregular actuación⁹⁰.

CONCLUSIONES

- I. La privación de la propiedad por cualquiera de los países que se han adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Tribunal Europeo a tal efecto.
- II. La función del Registro de Derechos comprende la asignación de estos como presupuesto necesario para el cumplimiento de las otras dos que le incumben: su protección y publicidad.
- III. El error en dicha asignación puede suponer la privación del derecho en cuestión para el *verus dominus*.
- IV. La privación de un derecho real por el Registro ha de reunir los mismos requisitos demandados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para su «expropiación», a saber:
 - A) Existencia de una ley que la prevea.

- B) Causa de utilidad pública que la justifique.
- C) Proporcionalidad entre la decisión y el fin que se persigue.
- D) Disposición de la privación por un órgano que se encuadre dentro de uno de los tres poderes que forman el Estado.
- E) Indemnización que compense el daño causado.

NOTAS

¹ Para comprobarlo, basta recordar el enfrentamiento entre las Salas 1.^a y 3.^a de nuestro alto Tribunal a propósito de la ejecutabilidad de las sentencias en que, existiendo terceros hipotecarios, se declara la ilegalidad de una licencia de construcción y la consiguiente demolición del edificio. Más adelante volveremos sobre el tema.

² Las vías que se sugirieron para cumplir este fin fueron varias: desde las teorías colectivistas lanzadas por PROUDHON hasta la restauración de los supuestos viejos derechos de las parroquias a la propiedad comunal de la tierra defendida por Thomas SPENCE o la idea marxista de la expropiación por el proletariado de los expropiadores, los capitalistas.

³ La existencia de una mala regulación que, especialmente en el ámbito inmobiliario al que se refiere el presente trabajo, ha favorecido su utilización como un bien especulativo, ha reverdecido viejas críticas pero, en realidad, este fenómeno no representa un alegato, un argumento válido contra la propiedad, sino la demostración de la mala calidad de las leyes que la rigen.

⁴ Es famosa la afirmación del juez J. HOLMES: «Aunque la propiedad puede ser regulada hasta un cierto punto, si la regulación va demasiado lejos será reconocida como una expropiación».

⁵ Incluso, en casos como, por ejemplo, los de Estados Unidos o Alemania, un derecho fundamental.

⁶ Se ha usado el término limitaciones para distinguir estas restricciones que afectan a bienes concretos de los límites que el ordenamiento jurídico impone con carácter general al derecho de propiedad y que fijan su contenido.

⁷ Véase el trabajo «Property in Land», *Yale Law Journal*, vol. 102, pág. 1315.

⁸ En el ámbito del TEDH, la sentencia Sporrang y Lonnröth, de 23 de septiembre de 1982, que declaró ilegal y, por ende, generadora de una compensación económica, la prórroga del permiso de expropiación concedido por el Gobierno a favor del Ayuntamiento de Estocolmo hasta un total de 23 y 25 años, para el primer y el segundo recurrente respectivamente, incide en esta necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y la protección del derecho de propiedad privada. En España son importantes las sentencias 227/1988 y 149/1991 del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la Ley de aguas de 2 de agosto de 1985 y la Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Estas leyes establecían el paso *ope legis* de ciertos terrenos o propiedades inmobiliarias al dominio público. El TC consideró que había una cierta compensación, dado que se reconocía a los antiguos propietarios una concesión de aprovechamiento a largo plazo, lo que satisfacía la exigencia del apartado tercero del artículo 33 de la Constitución.

⁹ Véase, al respecto y por ejemplo, el trabajo del profesor Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, «La construcción del derecho de propiedad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», trabajo incluido dentro de la obra *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, CIZUR, Thomson-Aranzadi, vol. 2, págs. 1919-1933.

¹⁰ No constituye el objeto del presente trabajo determinar el criterio jurisprudencial a propósito de cuáles son las circunstancias que han de mediar para que cada uno de estos requisitos se entienda cumplido sino, como seguidamente se expondrá, analizar si concurren en el supuesto que vamos estudiar de privación del derecho en virtud de un asiento en el Registro de la Propiedad.

¹¹ La protección se brinda por varias vías. En virtud del principio de tracto sucesivo, mediante la suspensión de la anotación de las demandas, embargos o cualquier otra cualquier medida cautelar ordenada en un procedimiento en el que el titular registral no sea parte; en virtud del principio de prioridad y tracto sucesivo, mediante la denegación de la inscripción de los actos o contratos que, cualquiera que fuera la fecha de su celebración, no han sido otorgados por el titular y resulten contradictorios con su derecho; en virtud del principio de legitimación mediante el establecimiento de una presunción *iuris tantum* de existencia del derecho y de atribución de la facultad de disposición del mismo así como de su posesión a favor del titular.

¹² Véase sobre este tema, Fernando MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, editorial Civitas-Thomson Reuters, págs. 116 y sigs. Dice este autor: «Como consecuencia de la abstracción causal *inter tertios* y de la consiguiente inversión de las reglas de protección de los *iura in rem* inmobiliarios, operadas por la fe pública registral, la inscripción produce dos importantes consecuencias adicionales: en primer lugar, la imposición de una *simetría informativa funcional* entre transmitente y adquirente. En efecto, al adquirente que reúne los requisitos exigidos no le pueden afectar las vicisitudes causales derivadas de los negocios precedentes, como consecuencia de la abstracción *inter tertios* que impone la inscripción y que conlleva la protección del adquirente que inscriba su adquisición, mediante una regla de propiedad, frente a las vicisitudes causales precedentes que no consten en la inscripción o que, aún constando, no tengan naturaleza real, salvo que aparezcan garantizadas con alguna garantía real que conste en la inscripción... En segundo lugar, tiene una consecuencia que explica lo anterior: el titular registral, mientras siga siéndolo, conserva el poder de disposición sobre el derecho inscrito, con independencia de que la legislación confiera o no carácter constitutivo *inter partes* a la inscripción. Ello es inevitable, pues ser titular registral en un Registro de derechos significa ser el titular reconocido por el Estado y, por tanto, mientras se ostente esta cualidad, se tiene el poder de disposición sobre el derecho». Y advierte: «No hay que confundir el carácter constitutivo *inter partes* de la inscripción con el hecho de que la abstracción *inter tertios*, el efecto más característico de la fe pública registral, opere también en las relaciones *inter contrahentes*, *immediate indefeasibility*, como sucede en algunas jurisdicciones, en lugar de solamente en las relaciones *inter tertios*, *deferred indefeasibility*, como sucede en otras jurisdicciones como la española».

¹³ Como se acaba de indicar en la nota anterior, el transmitente, en tanto que titular registral, conserva el poder de disposición sobre el derecho al tiempo que se presume que detenta la posesión del bien. Él es también el que recibe la protección que los principios mencionados otorgan al titular registral al tiempo que retiene las prerrogativas derivadas de la presunción de legitimación como son la de que no quepa ejercitar contra él una acción contradictoria del dominio sin entablar previa o simultáneamente demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente o la de que pueda solicitar y obtener el sobreseimiento de cualquier procedimiento de apremio seguido contra dichos bienes siempre y que él no sea la persona contra la que se decretó el embargo o se sigue el procedimiento en cuestión.

¹⁴ El error de que hablamos deriva del ineficiente funcionamiento del Registro Civil y de la falta de llevanza electrónica, así de este como de los de propiedad lo que impide su interoperabilidad. Los perjuicios provocados por este hecho no se limitan a este del que hablamos, pues abarcan otros muchos, desde el coste, especialmente de tiempo y de desplazamiento, que supone para los ciudadanos hasta la imposibilidad de usar los datos de que dispone para combatir el fraude así en la percepción indebida de ayudas o pensiones como en el impuesto de sucesiones, pasando por el incumplimiento que genera para la Administración del mandato constitucional de celeridad y de colaboración entre sus distintos departamentos.

¹⁵ No se estudia en este trabajo la constitucionalidad de esta privación que es una cuestión que habrá que resolver de acuerdo con la norma fundamental de cada país. En lo que a España se refiere, la sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de mayo de 1995, estableció la constitucionalidad del auto que ponía fin a un procedimiento de ejecución sumario y en el

que se decretaba el lanzamiento y cancelación de la inscripción de un derecho de usufructo constituido antes que la hipoteca que había motivado dicho procedimiento aunque inscrito después de esta, debido al juego de los principios de inoponibilidad, artículos 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, fe pública registral, artículo 34 de la Ley Hipotecaria y de legitimación, artículo 38 del mismo cuerpo legal.

¹⁶ Según la sentencia del TEDH, *Ormerlydiz contra Turquía*, de 30 de noviembre de 2004, la privación o destrucción por causa imputable a la Administración de unas viviendas ilegales constituye una expropiación y requiere la concurrencia de los requisitos que esta exige dando lugar, en última instancia, al derecho a ser indemnizado por la pérdida sufrida. Se sienta así el criterio de que la ilegalidad de una construcción no excluye que el derecho de propiedad sobre ella esté tutelado por el artículo 1 del primer protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos. Esta interpretación contrasta con la opinión sostenida por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de España. En diferentes sentencias (de 12 de mayo, 26 de septiembre o 4 de octubre de 2006 o de 18 de marzo de 2008) y con ocasión del derribo de edificios levantados al amparo de una licencia posteriormente anulada, ha fallado que el artículo 34 LH «no protege la pervivencia de la cosa objeto del derecho cuando esta, la cosa, ha de desaparecer por imponerlo así el ordenamiento jurídico. Y no están exentos de soportar aquellas actuaciones materiales porque el nuevo titular de la finca queda subrogado en el lugar y puesto del anterior propietario en sus derechos y deberes urbanísticos, tal y como establece el artículo 21.1 de la Ley 6/1998». Según esta interpretación, aunque el adquirente haya inscrito su derecho concurriendo en él los demás requisitos que el artículo 34 exige para mantenerle en su titularidad, aunque haya habido un acto administrativo previo que ha posibilitado la inscripción del edificio y, por ende, de su derecho, aunque no haya intervenido en el proceso judicial en que se ha declarado la nulidad de las licencias (de construcción y de primera ocupación), aunque pueda resultar obligado a restituir el importe del préstamo hipotecario con que ha financiado la adquisición, pudiendo el acreedor, en otro caso, ejecutar cualesquiera otros derechos de que sea titular, este solo podrá ejercitar una acción de responsabilidad civil contra la Administración que, además de la incertidumbre sobre su resultado y de los costes que inicialmente habrán de satisfacerse, tardará años en resolverse.

¹⁷ Francia (salvo las regiones de Alsacia y Lorena), Bélgica, Luxemburgo e Italia con la excepción de las llamadas antiguas provincias prusianas (Udine, Gorizia, Trento, Bolzano y una parte de la ciudad de Trieste en las que existe un Registro de derechos tomado del sistema austriaco).

¹⁸ Entendida esta en su acepción más restrictiva o literal o sea, en los supuestos en los que, antes de que exista un adquirente, antes de que hayan mediado los requisitos legalmente exigidos para que la compraventa tenga lugar, el titular enajena un mismo derecho a dos personas diferentes. De otro modo, nos hallaríamos ante un supuesto de venta de cosa ajena y, por ende, el segundo contrato sería nulo. Si, no obstante, este se inscribiera antes, en los países en que existe un Registro de títulos que es a los que nos estamos refiriendo, el primer adquirente podría atacarlo por este motivo y, dado que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos, no solo caería el derecho del segundo adquirente sino también, el de todos cuantos de él trajeran causa. Esta consecuencia se deriva del párrafo segundo del artículo 2182 del Código Civil francés: «El vendedor no transmite al comprador más que la propiedad y los derechos que él mismo tenía sobre la cosa vendida». Los perjuicios e inconvenientes que se pueden derivar de este sistema son más graves aún si tenemos en cuenta que, en Bélgica y en Francia, no rige el principio de tracto sucesivo de modo tal que es posible que, en el Registro, consten depositadas (de ahí, el nombre de Registro de títulos) diferentes cadenas de títulos sobre un mismo bien. En el caso español, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido errática hasta la sentencia de 7 de septiembre de 2007, adoptada por unanimidad del pleno de la Sala 1.^a cuyo contenido esencial, según palabras del Magistrado, don Francisco MARÍN CASTÁN, en el trabajo presentado en el XVI Congreso de Derecho Internacional organizado por el CINDER en mayo de 2008 en la ciudad de Valencia y disponible en la página cinder.info así como en el libro «Ponencias y comunicaciones presentadas al XVI Congreso

Internacional de Derecho Registral», tomo II, págs. 889 y sigs., y publicado por el Centro de Estudios del Colegio de Registradores de España, «es la consideración 7.^a de la primera serie de consideraciones de su fundamento jurídico segundo, en la cual se sienta la doctrina de que la “aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de una cierta coetaneidad cronológica entre las dos o más ventas en conflicto”. En definitiva, añade, se supera la línea jurisprudencial que excluía del ámbito de dicho precepto la mayoría de los casos de la llamada “venta de cosa ajena” y se retorna a la jurisprudencia anterior a los años 90 que no advertía inconveniente alguno en aplicar la solución del artículo 1473 del Código Civil al estricto problema del reconocimiento legal del dominio aunque la venta no inscrita con entrega material de la posesión hubiera precedido en varios años a la venta sí inscrita de la misma finca».

¹⁹ Nótese que lo único que puede obtener es una declaración judicial de preferencia sobre el titular que lo es en virtud del contrato depositado. En ningún caso la asignación definitiva del derecho en cuestión pues cabe que, en el supuesto de que su negocio adquisitivo o el de alguno de los sucesivos causantes que le preceden en la cadena de titularidades que conduce a la suya, estuviera viciado de nulidad, se declarara posteriormente la preferencia del derecho de un tercero.

²⁰ Este riesgo explica la mayor extensión que, en estos países, la calificación del registrador presenta en los supuestos de cancelación. De modo que si, por ejemplo, para admitir el archivo de un título solo habrá de comprobar su idoneidad formal para ser depositado así como que el negocio que documenta tiene una naturaleza real y recae sobre la finca bajo cuyo número se solicita el archivo, para cancelar tal depósito, para expulsar el título, el registrador ha de comprobar igualmente la suficiencia de las facultades de representación del otorgante e, incluso, analizar la validez de fondo del negocio causal. Así, en Francia, las sentencias de 16 de julio de 1975 y la de 9 de noviembre de 1994 de la Sala 3.^a de la Cour de Cassation establecen que el conservador es responsable de la regularidad de la operación y tiene, por tanto, la obligación de controlar la capacidad y los poderes de quienes solicitan su intervención. Dice la primera de ellas: «Le conservateur des hypothèques, responsable de la régularité de la radiation, a l'obligation de s'assurer de la capacité et des pouvoirs des personnes qui la requièrent, ainsi que d'exiger la production de toutes pièces susceptibles de l'éclairer sur ces points. L'al. 2 ajouté a l'art. 2518, qui a pour seul effet de remplacer la représentation des pièces justificatives par une analyse certifiée du notaire, ne dispense pas le conservateur d'exercer son contrôle, qui ne se limite pas à la régularité formelle de la mainlevée mais s'étend à sa validité au fond». Artículo 1.258 CC: «Dans l'un et l'autre cas, ceux qui requièrent la radiation déposent au bureau du conservateur l'expédition de l'acte authentique portant consentement ou celle du jugement».

²¹ En este grupo se incluyen los demás países europeos, como Alemania, Inglaterra, las tres penínsulas escandinavas, Dinamarca, Austria, España, Suiza y las citadas provincias del norte de Italia.

²² Cabe plantear la duda de si es necesario que el adquirente reúna los requisitos de tercero hipotecario para que entre el juego el principio de inoponibilidad o basta con que inscriba su derecho. La cuestión no es materia de este trabajo, pero conviene advertir que parece difícil justificar que, para protegerle, quepa exigir al adquirente una diligencia mayor que la consulta de los asientos del Registro. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo español de 8 de mayo de 1982 entiende que, para el juego de este principio (de inoponibilidad), no se requiere que el adquirente lo sea a título oneroso.

²³ Sería incluso discutible si cabe hablar de privación toda vez que, en realidad, ese titular nunca ha tenido el poder de disposición del derecho en virtud del principio de legitimación registral sancionado por todas las legislaciones en que existe un Registro de derechos. Recuérdese que, por ejemplo, la sentencia del TEDH, Brumarescu contra Rumanía, de 28 de octubre de 1999, alude a la necesidad de que el interesado haya perdido dicha facultad para que el artículo 1 del primer protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos pueda entenderse vulnerado.

²⁴ La sentencia de 5 de marzo de 2007, dictada por unanimidad por el pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo español, sienta doctrina en tres cuestiones según el trabajo antes citado del magistrado-ponente don Francisco MARÍN CASTÁN: «la primera, que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se aplica aunque no haya una transmisión intermedia que se anule o resuelva, es decir, que el tercero queda protegido por el hecho de adquirir del titular registral y ser ajeno a cualquier acto dispositivo de este no inscrito en el Registro; la segunda, quizá la más necesitada de clarificación jurisprudencial, que dicho artículo 34 ampara las adquisiciones *a non domino* porque lo que salva es precisamente el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para disponer de la finca; y tercera, que el embargo trabado sobre fincas que ya no son del deudor, pese a figurara todavía inscritas a su nombre, no es nulo por esta sola circunstancia, de suerte que no le será aplicable el artículo 33 de la Ley Hipotecaria».

²⁵ Por ejemplo, cuando el registrador inscribe un contrato en el que el transmitente carecía de poder de disposición, como puede ser el caso de que, siendo parcialmente incapaz, se le hubiera impuesto una limitación que no se hubiera observado en el momento de otorgarse el contrato o el de que hubiera omitido en la inscripción la obligación de un heredero fiduciario de guardar los bienes a favor de sus descendientes o de contar con la intervención de un tercero para disponer de ellos en caso de necesidad, etc.

²⁶ El razonamiento de que la falta de atribución directa del derecho «privado» a la Administración supone que no existe una causa de utilidad pública que la justifica confunde la necesidad de que esta sea la que la disponga con la ausencia de dicha asignación. En el caso de los Estados Unidos, la cuestión quizá podría plantearse de otra manera, ya que la quinta enmienda establece el principio de que la propiedad privada no será expropiada para uso público sin una compensación justa. Si partimos de la dicción literal del precepto podría considerarse que, en el supuesto de que hablamos, no hay un uso público pero la jurisprudencia del TS de los Estados Unidos ha admitido también su aplicación en los casos de prohibición de usos; incluso ha ido más allá y ha entendido que, mediante una compensación, cabe expropiar a un particular una finca y atribuirle su dominio a los arrendatarios sobre la base de que la redistribución de los grandes latifundios fomenta el bienestar público (se supone que porque mejora su explotación). Por último, aunque el argumento es peligroso pues abriría las puertas a la arbitrariedad de la Administración sujetando la propiedad a una amenaza permanente de revocación, cabe entender que, dado que esta solo existe en virtud de su concesión y protección por el Estado y que se presume que las leyes persiguen el interés público, cualquier norma podría decretar su privación, cumplido el requisito del pago de una indemnización adecuada.

²⁷ Como apunta José Manuel GARCÍA, los documentos son la prueba en base a la que se inscriben los contratos o actos a resultados de la que se produce el reconocimiento o la atribución del derecho por el Estado. Véase su obra *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, notas al artículo 1 de la Ley Hipotecaria, editorial Civitas.

²⁸ Sin perjuicio de otras tales como garantizar la ejecución de las sentencias que se dicten en los procedimientos de ejecución, así como de las resoluciones administrativas derivadas de expedientes de ejecución, informar sobre la situación urbanística o medio-ambiental de las fincas, vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los regímenes de protección oficial, etc.

²⁹ Así lo destacó PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS en su libro *Manual de Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 439, editado por el Colegio de Registradores de España, Madrid, 1999, y citado en la obra citada por Fernando MÉNDEZ. Dice PEÑA: «El Registro, al dar seguridad a los derechos inscritos, facilita su tráfico y facilita el crédito, sobre todo el crédito territorial; ha contribuido así al desarrollo de la economía (la construcción, la agricultura, la industria) y también, ha facilitado la multiplicación de los propietarios (al contribuir a la adquisición de pisos y locales a plazos)».

³⁰ Como antes se ha sugerido, este perjuicio parece que ha pesado en el ánimo de algunos magistrados al considerar que la ejecución de las sentencias en que se declara la nulidad de la licencia que ha amparado la construcción de un edificio debe realizarse incluso en perjuicio del tercero hipotecario, incluso en el supuesto de que este no haya sido parte en el

procedimiento en que dicha nulidad se ha determinado, pues, como digo, se presume que, mientras que dicha ejecución redunda en beneficio de todos, el derecho del adquirente solo le aprovecha a él. El argumento que apunta al artículo 118 de la CE, sobre la obligación de cumplir las sentencias y, por ende, también las que declaran la nulidad de una licencia y, sobre esta base, ordenan la demolición de lo construido, no es definitivo habida cuenta de que, en este caso, dicha ejecución contradice el principio de seguridad jurídica igualmente sancionado por el texto constitucional. La enorme cantidad de quejas y reclamaciones que estos fallos han propiciado contra España ante diferentes instituciones europeas acredita el daño que han causado a dicho bien público constitucionalmente tutelado.

³¹ Hablamos de los supuestos, antes mencionados, en que el transmitente miente acerca de ciertos datos personales, estado o vecindad civil principalmente con las consiguientes repercusiones sobre el régimen económico de su matrimonio, cuya veracidad no es controlada por nadie según la legislación española. Esta ausencia se debió originariamente a la notoriedad de dichas circunstancias, pues los otorgantes solían ser personas del lugar. La expansión de la población y el consiguiente anonimato que hoy en día suele darse en la contratación ha acabado con este conocimiento sin que, como ya se ha adelantado, la institución llamada a suplir esta carencia, el Registro Civil, se haya modernizado suficientemente para conseguirlo.

³² Vid. Celestino PARDO, «La prevención del riesgo de evicción», en *Cuadernos de Derecho Registral*, Colegio de Registradores de España, pág. 24: «Los sistemas registrales combaten directamente el doble riesgo de evicción por cuanto reprimen las conductas que los generan. Los derechos ocultos o clandestinos porque, si no se inscriben, nunca tendrán la condición de “reales”; y los ilegales tampoco, porque, al impedírseles el acceso al registro, carecerán también de plena eficacia real».

³³ Vid. Celestino PARDO, pág. 18 del trabajo citado, «(Los registros de derechos) son sistemas que generan información fiable y veraz y la generan porque, para garantizar su fiabilidad y credibilidad, la inscripción tiene fuerza jurídica y condiciona la eficacia civil de los derechos publicados. La inscripción no solo publica sino que “califica” los derechos, ya que únicamente los derechos inscritos pueden tenerse por verdaderamente reales. En efecto, la generación de información en la medida reclamada por el mercado sería costosísima si los particulares no cooperasen llevando sus títulos al registro. Pues bien, para promocionar esa colaboración, es por lo que los reguladores han condicionado la creación y eficacia de los derechos reales a su publicidad registral estimulando, de esta manera, a los interesados a inscribir sus títulos. Es decir, como la información no se genera espontáneamente, para facilitar su creación se ha restringido la actividad inmobiliaria de modo que se condiciona el reconocimiento de la plena eficacia real de los derechos a que los títulos que los originan se inscriban».

³⁴ Véase Celestino PARDO, pág. 48, obra citada: «La publicidad, y la inscripción que la produce, son o no son; su falta, por ello, es apreciable por todo el mundo. La ilegalidad del título, en cambio, es cuestión más difícil de valorar incluso para los mismos juristas aunque estén especializados». Y unas líneas más adelante: «La legalidad no es apreciable a simple vista sino que es oscura y precisa en cada caso de determinación».

³⁵ Frente a la opinión tan extendida de que, en el primer supuesto, el notario es ese jurista y, en el segundo, los abogados, lo cierto es que esta generalización no se corresponde con la realidad ya que es común que, por ejemplo en Francia, la presencia simultánea de tantos notarios como partes contraten, cada uno de los que protege el interés de la que lo ha elegido.

³⁶ En ningún sistema de seguridad jurídica se admite que la intervención del notario al autorizar la escritura en que se documenta el contrato conlleve una atribución *erga omnes* del derecho que constituye su objeto a favor del adquirente. No hay que olvidar que, como luego estudiaremos con más detenimiento, el notario carece de la condición de poder público según ha sancionado el Tribunal Europeo de La Haya. Esta falta implica que su autorización del negocio no supla la ausencia de una intervención, de un pronunciamiento del Estado sobre su legalidad. A resultas únicamente de la escritura, el adquirente no puede consecuentemente ser considerado como dueño frente a todos y, por tanto, tampoco es factible reputar a la escritura como título legitimador para actuar en el tráfico.

³⁷ Tanto más en los países en que, como se señaló anteriormente, tampoco rige el principio del tracto sucesivo, por lo que es factible que el Registro publique simultáneamente títulos contradictorios.

³⁸ Piénsese que, en estos supuestos, el adquirente asume el riesgo de nulidad del derecho de su transmitente y del de todos sus antecesores. La única limitación deriva de la prescripción de las acciones para hacer valer dicha nulidad.

³⁹ En España, una parte del notariado ha defendido la existencia de fe pública registral sin calificación independiente, en base únicamente a la realizada por él. Estos planteamientos olvidan o prescinden de la valoración de la naturaleza de los derechos reales que, como se ha dicho reiteradamente, solo son tales si se cumplen dos condiciones: que su titular tenga el poder de disposición sobre él o sea, que, en el derecho español, tenga a su favor la presunción de legitimación que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria atribuye a la persona a cuyo favor consta inscrito el derecho y que pueden imponerse frente a todos. Esta última nota provoca que su atribución a una persona concreta conlleve su privación para los demás, incluso frente a los que, hasta la fecha en que tal atribución ha sucedido, ostentaban uno concreto o un interés legítimo sobre el bien al que el negocio jurídico se refiere. Semejante exclusión por un lado y falta de consentimiento por otro (una falta que, en ocasiones, tiene como sujeto a una pluralidad de personas físicas, como en el caso de una comunidad de vecinos) demuestra la improcedencia de esta hipótesis que, por lo demás, no se da en ningún país del mundo. No cabe, en efecto, fundar la atribución de un derecho real, incluso frente al *versus dominus*, sobre un juicio realizado por un operador elegido por los contratantes. Sobre la necesidad de independencia del registrador para que la inscripción pueda producir un efecto de fe pública, véase, Enrique RAJOY, «La independencia del regulador hipotecario», trabajo publicado en *RCDI*, núm. 708, págs. 1497-1591, julio-agosto de 2008.

⁴⁰ Aunque más adelante volveremos sobre ello, cabe adelantar que la exigencia de culpa o dolo para declarar la responsabilidad del llamado notariado latino constituye un importante riesgo en los casos en que las escrituras públicas gozan del monopolio de acceso al Registro de derechos. Este sistema de responsabilidad civil se vuelve absolutamente inoperante en los países (como Colombia, Argentina o Perú) en que se impide la reclamación de una indemnización al notario que ha autorizado una escritura en la que se documenta un negocio posteriormente declarado nulo, si previa o simultáneamente no se interpone una querrela por falsedad contra él. Esta vinculación entre responsabilidad civil y penal incita, en realidad, a la no adopción de ningún tipo de medidas por los notarios para evitar los errores más comunes en que suelen incurrir como pueden ser el referido a la identidad de los comparecientes o, en los países en que existe un Registro de títulos, la investigación y determinación de la situación jurídica de los bienes.

⁴¹ Según Benito ARRUÑADA, *El seguro de títulos*, trabajo presentado al XII Congreso del CINDER, celebrado en Punta del Este en 2001, www.cinder.info, el origen de este seguro se encuentra precisamente en la ausencia de responsabilidad objetiva de estos abogados que, después de haber informado favorablemente al cierre de un negocio jurídico, solo se responsabilizaban en la medida en que se demostrara que habían procedido con negligencia y siempre, previa condena judicial. Según este mismo autor, la sentencia dictada en el año de 1868 en el Estado de Pennsylvania (*Watson vs. Muirhead*) fue el detonante que, al confirmar la falta de responsabilidad objetiva de dichos intermediarios, provocó la aparición de las compañías de títulos.

⁴² La póliza contempla una pluralidad de supuestos en virtud de los que el adquirente puede ser privado de su derecho. La cobertura de cada uno de ellos encarece lógicamente el importe de la prima. En cuanto a la cuantía, puede pactarse la devolución íntegra del importe del contrato, de una parte o, además, de la plusvalía que el derecho haya experimentado. También en este caso, la cuantía de la prima variará en función de la elección y del poder económico del contratante. Por otro lado, para evitar las consecuencias de la responsabilidad que asumen, se suele enumerar una serie de riesgos cuyo daño no está cubierto y ello hasta el punto de que, según BLADE, citado por ARRUÑADA, cabe afirmar que «(la póliza del seguro)

asegura tan solo que la compañía aseguradora ha realizado un examen cuidadoso del título y ha listado todos sus defectos importantes en las excepciones de cobertura». A día de hoy, informa este mismo autor, la mayoría de los Estados obligan a que se determine expresamente los riesgos cuya cobertura se excluye prohibiéndose expresamente la emisión *on a casualty basis* en algunos de ellos.

⁴³ Celestino PARDO, obra citada, págs. 101 y 102, destaca la dudosa constitucionalidad que entraña el tránsito de un Registro de derechos a otro de títulos. Según este autor, tal modificación parece «difícilmente compatible con la preferencia a favor de la igualdad que, según la Constitución, el Estado está obligado a guardar y suele efectivamente respetar, especialmente, cuando se trata de usuarios de los servicios públicos». PARDO cita el libro *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, 2002) de R. ALEXV, reseñando que, en el mismo, se estudia este asunto de la preferencia del principio de igualdad en positivo (hay que tratar igual lo esencialmente igual) frente al de igualdad en negativo (hay que tratar desigual lo esencialmente desigual), la inversión de la carga de la prueba en contra de todo trato desigual entre ciudadanos por el legislador y la consiguiente orientación hacia la igualdad.

⁴⁴ Vid. El apartado «problemas de fraccionamiento del daño», pág. 102, en el libro de Celestino PARDO tantas veces citado.

⁴⁵ La persona que vence en un litigio adquiere la certeza de ese derecho solo contra la otra parte. Pero la excepción de cosa juzgada no alcanza lógicamente a los terceros que, en el futuro, le discutan dicha titularidad.

⁴⁶ En el Registro de derechos, la catarsis purificadora que la fe pública impide esta caída en catarata. Sin embargo, se abre la puerta a la posibilidad de que el error del registrador prive de su derecho al *verus dominus*.

⁴⁷ El estudio analiza la situación en catorce países de la UE. Puede encontrarse en la siguiente dirección: www.hypo.org y, dentro de esta página, hay que ir a la sección de *statistics, hypostat y studies*. Dentro del importe total de los costes, el estudio incluye los impuestos que gravan las transacciones. Los datos que seguidamente se ofrecen los descuentan, ya que no tienen nada que ver con la seguridad jurídica o, dicho en otras palabras, su existencia y cuantía no supone su incremento o disminución.

⁴⁸ ARRUNADA, «Sistemas de titulación de propiedad», Editorial Palestra, Lima, pág. 93, apunta: «El bajo porcentaje que representan las indemnizaciones sobre los ingresos (solo el 7,9 por 100 entre 1980 y 1994) da una idea de lo pequeña que es su función de seguro actuarial respecto a la de detección y evitación de riesgos».

⁴⁹ Como luego se detallará, la falta de responsabilidad objetiva del notariado latino provoca un déficit de seguridad jurídica preventiva tanto mayor cuanto que, una y otra vez, él mismo insiste en defender que su intervención vuelve innecesaria la de las compañías de títulos. En el número de marzo-abril de 2011, de la revista *El Notario del Siglo XXI*, se recoge la siguiente afirmación en relación con las funciones del notariado argentino: «Es de destacar su extenso “examen de título”, que tiene por objeto detectar posibles irregularidades o circunstancias de los títulos anteriores que pudieran generar perjuicios al adquirente, dado que la buena fe exigible para la protección en la adquisición es una buena fe activa, que exige una diligencia en la investigación». El paupérrimo nivel de seguridad jurídica que, según las estadísticas hipotecarias, Argentina tiene, se debe en parte a la ausencia de responsabilidad del notariado en el ejercicio de esta función de investigación, la cual solo le es exigible en los casos en que, según antes se ha apuntado, haya mediado dolo o sea, haya delinquido.

⁵⁰ Si la titularidad es correcta y no cabe su anulación, se presume que, al adquirente, solo se le podrán oponer las cargas cuyos títulos de constitución constan depositados. La existencia de numerosos gravámenes, generalmente deudas a la Administración, que, aún no apareciendo en el Registro, tienen legalmente prioridad sobre otros que sí lo están supone una importante fuente de problemas. La razón de esta anomalía es la no aplicación del principio de legitimación, ya que tampoco del de legalidad, lo que implica la ausencia de una presunción legal de la existencia del derecho y de su titularidad a favor del titular inscrito, que, no lo olvidemos, en algunos países, como Francia, pueden ser simultáneamente varios diferentes

(al no reconocer tampoco el principio del tracto sucesivo). En estas condiciones, la sujeción de los bienes al pago de tales deudas no solo decae cuando se acredita que no pertenecían a quien aparentemente era su titular, por ejemplo, porque era el único que había depositado su título en el Registro, sino que también resulta bastante sencillo sustraer al conocimiento de la Administración las titularidades que realmente sí corresponden a un contribuyente o, en general, ciudadano. Semejante fragilidad del sistema de garantías reales justifica la preferencia que el legislador atribuye a la Administración para el cobro de determinados créditos aunque no consten anotados. Para evitar estos riesgos, el adquirente puede instar el procedimiento de purga, regulado en los artículos 2181 y sigs. del Código Civil. Pero, como apunta Celestino PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», trabajo incluido en el libro *La calificación registral*, tomo I, pág. 58, este procedimiento ha quedado obsoleto no solo por su lentitud y carestía, sino porque «el juego de la puja en subasta que el sistema exige motiva que quien insta el procedimiento pueda verse privado finalmente del derecho por la concurrencia de un mejor postor».

⁵¹ Aunque, a diferencia de lo que, como vimos, ocurre en ciertos países latinoamericanos, en los que la responsabilidad civil va ligada a la penal, al dolo, en estos países europeos no es así, su legislación sí exige la presencia de una negligencia manifiesta en el notario para que tal responsabilidad proceda, lo que, unido a la cláusula tipo que suele introducirse y en virtud de la que se excluye la responsabilidad respecto de cargas cuya existencia no ha podido determinarse mediante la aplicación de la diligencia ordinaria, reduce considerablemente la cobertura de esta seguridad económica. Más adelante volveremos sobre el tema al hablar de la responsabilidad notarial por el error en la identidad de los comparecientes.

⁵² En los Registros de derechos, el conocimiento de la situación jurídica de los bienes se adquiere en el tiempo legalmente establecido para expedir la publicidad que, generalmente, oscila entre uno y tres días y por el precio fijado por el Estado que, en España y según la extensión de la información y la responsabilidad que su expedición genere, va desde los 3 a los 24 euros.

⁵³ Interesa destacar que, en el *ranking* de costes, España aparece en segundo lugar (por detrás únicamente de Bélgica) debido a la desmesura del tipo impositivo que se aplica: en torno al 8 por 100, aunque en algunas Comunidades Autónomas y a partir de ciertas cantidades, se incrementa hasta el 10 por 100, un tipo que contrasta enormemente con el 0,0 que se aplica en Reino Unido, 0,6 en Dinamarca, 3,3 en Italia, 3,5 en Alemania e incluso con el 5,1 que rige en Francia.

⁵⁴ Al igual que ocurre en los países escandinavos y en Dinamarca, en Reino Unido los notarios no intervienen en las transacciones de bienes inmuebles.

⁵⁵ Igualmente llamativas y reveladoras son las cifras del volumen de saldo hipotecario vivo existente en los diferentes países de la UE en la fecha a que nos estamos refiriendo (final de 2009) si bien, en este caso, hay que tener en cuenta la diferencia de población entre los países. Según la FHE, en Reino Unido dicha cifra ascendía a 1.372.659 millones de euros; en Alemania a 1.146.969 millones; en Francia a 737.600 millones; en España a 678.872 millones; en Italia a 330.585 millones; en Suecia a 236.062 millones y en Dinamarca a 231.263 millones. Nótese que estas cifras no implican la existencia de un menor endeudamiento personal en los países que cuentan con un Registro de títulos, sino que la obtención de liquidez conlleva para sus ciudadanos el pago un precio mayor pues se ven forzados a acudir al crédito personal.

⁵⁶ Los datos transcritos obedecen sin duda a la mayor seguridad que, en relación con el Registro de títulos, el de derechos proporciona. Si analizamos el tiempo y los costes de la ejecución de las garantías veremos cómo se concreta este plus y también, visualizaremos más claramente aún las razones de estas últimas estadísticas. Según la FHE, dicho tiempo oscila entre cuatro y seis meses en Dinamarca, siendo su coste aproximado el 3 o el 4 por 100 del valor del derecho; en España, varía entre siete y nueve meses ascendiendo los costes de ejecución a una horquilla entre el 5 y el 7 por 100; en Alemania, el plazo ronda los once meses y el coste se sitúa entre el 3 y 3,5 por 100; en Reino Unido hablamos de doce meses y un coste aproximado del 4 por 100. En el caso de los Registros de documentos, uno y otro

dato se disparan; así, en Bélgica, el plazo medio de ejecución de la garantía es de dieciocho meses con un coste que varía entre el 14 y el 37,5 por 100 (impuesto incluido); en Francia, el tiempo de ejecución puede subir a 707 días con un coste que ronda el 11 por 100, y en Italia, el plazo suele alargarse hasta los cinco y siete años, sin que existan datos sobre el coste. La razón de estas diferencias obedece a la diferencia de los procedimientos de ejecución ya que, mientras que las presunciones (de legalidad y legitimación) de que los pronunciamientos del Registro de derechos gozan facilitan la existencia de procedimientos sumarios en que las causas de oposición están tasadas, los asientos del Registro de títulos no permiten que la legislación respectiva la reconozca ya que tampoco asignan definitivamente el derecho al que se refieren.

⁵⁷ Hay que recordar que la privación tendría frecuentemente como objeto el derecho de propiedad de una persona sobre su domicilio o el local en el que desarrollara su trabajo y que, en última instancia y tal y como ya se ha significado, en lugar de responder al mandato constitucional de protección de la seguridad jurídica, supondría su minoración.

⁵⁸ Véase ARRUÑADA, B., *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*. Editorial Palestra, Lima (Perú).

⁵⁹ La eficiencia del Registro depende esencialmente de su organización, aspecto sobre el que volveremos más adelante.

⁶⁰ Aunque en algún caso aislado, MATHEUS contra Francia (sentencia de 31 de marzo de 2005), el Tribunal se ha referido a una «expropiación privada», en realidad el supuesto contempla el caso de una usucapión posibilitada por la falta de actuación del Estado que no cumplió la orden de desalojo cursada por los Tribunales.

⁶¹ Véase pág. 96 y sigs. de su obra citada.

⁶² Por razón de esta independencia, los Tribunales han negado sistemáticamente el carácter vinculante de las Resoluciones dictadas por la DGRN. Baste citar, a modo de ejemplo, las siguientes que tienen carácter de firme dictadas por la Sección 7.ª, Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: sentencias (tres) de 17 de enero de 2011, procedimientos 159/2009, 160/2009 y 161/2009, así como otra de 8 de marzo del mismo año, procedimiento 3775/2008; Sección 3.ª de la misma Sala: sentencia de 12 de enero de 2011, procedimiento 240/2009 y de 20 de enero de 2011, procedimiento 239/2011. Todas ellas afirman textualmente: «la resolución de un recurso gubernativo no puede tener la eficacia de una disposición de carácter general, por tener ambos distinta naturaleza». Y añaden: «En definitiva, la resolución vincula en los términos planteados y limitado al concreto caso que contempla y resuelve, es decir, tal y como sostiene el recurrente, no se puede separar del supuesto de hecho que la motiva ni de la argumentación utilizada en él y solo vincula al registrador calificador y a los demás que, por afectar a varios Registros, hayan de calificar el mismo documento». Recientemente la propia DGRN, haciéndose eco de lo dispuesto en varias sentencias como las antes citadas o la de 17-11-2006 dictada por la Audiencia Provincial de Granada o 24-2-2012 del Tribunal Superior de Valencia ha aceptado esta misma interpretación en sus Resoluciones de 9-3-2012, 13-3-1012 y 4-4-2012.

⁶³ La sentencia de 20 de mayo de 2008, dictada por la Sección 7.ª de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo niega que el notariado ejerza un control de legalidad sobre los contratos o actos cuya autorización se solicita. Considera al respecto que los actuales artículos de la ley del notariado no establecen tal cosa, sino que cuando hablan del examen notarial de «la legalidad del otorgamiento», se refieren a «la dación de fe por el Notario de que el otorgamiento ha tenido lugar en las circunstancias que expresa el artículo 193, hechas las reservas y advertencias legales a que se refiere el artículo 194 y firmada la escritura en la forma dispuesta en el artículo 195, tras lo cual el notario autoriza el documento». Por igual motivo, la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional, de 14 de febrero de 2013, anuló el primer párrafo del apartado 3.º y el apartado 4.º de la Orden EHA/2899/2011 por que responden a un control de legalidad (notarial) que no se entiende amparado legalmente. Esta afirmación es, pues, evidente en España, pero también en los demás países de la UE en que el notariado existe y así lo han confirmado hasta seis sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Justicia el 24 de mayo de 2011 a que, más adelante, nos referiremos.

⁶⁴ Véase pág. 139 de la misma obra.

⁶⁵ Véase el trabajo citado: «Property in Land», publicado en *Yale Law Journal*, vol. 102, págs. 1315 y sigs.

⁶⁶ Véase, por todos, el artículo 14 del capítulo 19 del Land Code de Suecia: «La decisión acerca de la inscripción de un título puede ser recurrida ante la Corte de apelación. La solicitud de recurso será remitida a la autoridad correspondiente».

⁶⁷ Seis fallos dictados por la Gran Sala del Tribunal de Justicia Europeo, con fecha 24 de mayo de 2011, dicen textualmente: «las actividades notariales, tal y como se encuentran definidas en el ordenamiento jurídico respectivo (austriaco, belga, luxemburgués, francés, alemán y griego), no están relacionadas con el ejercicio del poder público en el sentido del artículo 45 CE, párrafo primero». Esta conclusión es extraña después de analizar una a una las funciones que el notariado tiene reconocidas en estos países y de comprobar que sus juicios están sujetos a la tutela de otros funcionarios de modo tal que carecen de fuerza vinculante. De igual modo, destacan el hecho de que «cada parte puede elegir libremente notario, ...lo cual, concluye, no es propio del ejercicio del poder público». Consecuentemente con esta apreciación, concluye que no cabe restringir el desempeño de su función a los ciudadanos nacionales del país en cuestión. Conviene también tener presente que, en algunos países como España, el arancel notarial admite reducciones voluntarias de hasta un 10 por 100 o sea, que el ejercicio de su actividad está parcialmente sujeto al principio de libertad de precios.

⁶⁸ Este monopolio natural aumenta además la previsibilidad de la calificación y también, de la situación jurídica de los bienes. La «vinculación» de los jueces a los asientos (en la medida en que han de atribuir la titularidad del derecho inscrito al adquirente que reúna los requisitos legalmente establecidos para tener la condición de tercero hipotecario) permite conocer a priori, antes de contratar, la verdad oficial sobre dicha situación, verdad oficial que, merced a esta «vinculación», se transforma en real con lo que se facilita extraordinariamente el tráfico jurídico. Véase, C. PARDO NÚÑEZ, «La prevención del riesgo de evicción», en *Cuadernos de Derecho Registral*, págs. 112 y sigs. Aludiendo al efecto «expropiatorio» que la inscripción puede producir, afirma: «No parece que el derecho a expropiar (que es lo que, si se permite la libre elección de registrador, se está negociando en el margen) debiera poder comprarse en el mercado ni siquiera aunque fuese posible determinar con toda seguridad el justiprecio del bien afectado y el beneficiario estuviese en condiciones de pagarlo y dispuesto a hacerlo».

⁶⁹ Ya se ha señalado que, en el supuesto de que la pérdida proceda en virtud del juego del principio de inoponibilidad, debido a la actitud del titular que quiere mantener oculto su derecho, la indemnización no procede ya que, en este supuesto, el fundamento de la privación está únicamente en el incumplimiento por el interesado de un requisito que el Estado juzga imprescindible a los efectos de evitar un deterioro del interés público; en particular que el riesgo de evicción crezca hasta tal punto que el mercado hipotecario e inmobiliario se vuelva muy costoso o prácticamente inexistente. Por esta causa y como también se ha apuntado, resulta discutible la opinión tradicional de que, en este supuesto, estemos ante un caso de privación ya que, aunque la inscripción carezca de un carácter constitutivo, lo cierto es que el comprador en ningún caso llega a adquirir el poder de disposición del derecho objeto del contrato ni a ser titular de un derecho con eficacia *erga omnes* o sea, de un derecho que pueda denominarse real. Vemos así que la diferencia entre inscripción constitutiva y declarativa es a estos efectos prácticamente irrelevante. Lo decisivo es la existencia o no de un acto de atribución del Estado a través del consiguiente pronunciamiento registral.

⁷⁰ La responsabilidad en los países en que el Registro se limita a publicar los títulos depositados es diferente ya que, en estos supuestos, el daño solo puede deberse a la negativa injustificada a aceptar tal depósito o a la falta de publicidad de los mismos. De acuerdo con estos criterios, el artículo 2197 del Código Civil de Francia dice: «Los conservadores son responsables del perjuicio resultante de: 1.º) De la falta de publicación de los actos y decisiones judiciales depositados en su oficina y de las inscripciones requeridas siempre que esta falta de publicación no resulte de su decisión de negar la extensión del asiento de presentación o de rechazar la práctica de la inscripción; 2.º) De la omisión, en los certificados que expidan, de una o varias de

las inscripciones existentes, a menos que, en este último caso, el error proceda de designaciones insuficientes o inexactas que no le sean imputables». Y el artículo 2674 del Código Civil italiano señala: «Por negarse o retrasarse (en la presentación de un título), el Conservador está obligado a resarcir los daños causados a las partes», estando sujeto el conservador al régimen general de responsabilidad de los funcionarios públicos.

⁷¹ Véase, sobre este particular, el trabajo de José Simeón RODRÍGUEZ, *Principios de regulación y organización del sistema registral: poder público, organización autónoma, autofinanciación y responsabilidad*, presentado al XIV Congreso Internacional de Derecho Registral (www.cinder.org). Piénsese que, además de su fiabilidad, la eficiencia del sistema dependerá principalmente de la agilidad y la facilidad para el cumplimiento de los trámites de inscripción, circunstancia que casa mal con la escasez de recursos propia de la Administración. El documento «Beneficios económicos y sociales para una buena administración del suelo», aprobado conjuntamente por la UE y la ONU, apunta en esta línea que la administrativización aumenta los riesgos de subir los costes del sistema para obtener más recursos y de invertir menos de los que se precisan para su eficaz funcionamiento.

⁷² Se aplica fundamentalmente en Estados Unidos. Como vimos, en Francia, Italia o Bélgica el riesgo por los vicios ocultos suele ser asumido por el notariado, si bien defectuosamente en tanto en cuanto no se les aplica un régimen de responsabilidad patrimonial objetiva siendo, en última instancia, los particulares los que asumen los riesgos que este déficit genera.

⁷³ En estos sistemas de Registro de mera publicidad, el Estado se limita a dar a conocer los títulos que, en relación con un bien concreto, se han otorgado. De este modo, al renunciar a fijar, a atribuir, su titularidad de un modo irreversible o definitivo, evita que quepa reclamársele una indemnización por el error en que, al hacerlo, pudiera incurrir. Su inacción genera un importante coste para la economía del país y los ciudadanos en los términos antes referidos pero se prefiere asumir este que el riesgo de tener que afrontar el pago de cuantiosas indemnizaciones por razón de los daños que la atribución errónea de los derechos pueda ocasionar.

⁷⁴ La obtención de la seguridad requeriría acudir al procedimiento de purga pero, como ya se ha indicado, este ha devenido obsoleto. Véase, C. PARDO, «La organización del tráfico inmobiliario. El sistema español ante el Derecho Comparado», trabajo incluido en el libro *La calificación registral*, tomo I, pág. 58 y sigs.

⁷⁵ Esta nota dificulta la agilidad para crear soluciones jurídicas a los nuevos problemas que la rapidez con que el mercado evoluciona demanda.

⁷⁶ El carácter constitutivo de la inscripción posibilita la determinación de todos los titulares afectados. En caso de que, efectuadas las notificaciones, medie oposición, se abre un juicio plenario lo que, si bien aporta una mayor garantía sobre la legalidad del negocio, encarece, complica y ralentiza extraordinariamente el proceso de transmisión. Dicho de otro modo, además de tener que esperar a que transcurra el plazo legal para oponerse a la inscripción, basta con que uno de los titulares la objete para que el retraso se magnifique.

⁷⁷ Esta limitación explica las dificultades de implantación que el sistema presenta. Por un lado, ya que, si al comienzo, se produce un siniestro, su cobertura resultará probablemente imposible; por otro, porque los afectados por su implantación (por ejemplo, las compañías de seguro de títulos en los Estados Unidos) provocarán intencionadamente ese fallo al objeto de impedir la implantación del sistema, pues es lógico prever que, tan pronto como ocurran varios siniestros cuya indemnización deba asumirse por el Estado en virtud de su responsabilidad subsidiaria, este renunciará a la implantación del sistema. La limitación de la cobertura que las leyes fijan al importe del fondo no evitaría el juego de esta responsabilidad subsidiaria ya que, como se ha dicho reiteradamente, no cabe la privación de un derecho real sin indemnización.

⁷⁸ Dice PARDO NÚÑEZ: «La duda de si la dilución de la responsabilidad por daños residuales debería hacerse entre el conjunto de los ciudadanos vía impuestos o entre los usuarios del sistema, vía incremento de tarifas, debe resolverse en contra de estos últimos de modo que sean exclusivamente ellos quienes, como sector, carguen con los sobrecostes que puedan derivar de los fallos inmanejables para el personal del servicio. En otro caso, se consumiría

más “actividad insegura” de la socialmente conveniente porque los precios no reflejarían el coste total de los accidentes» (pág. 133 de libro citado, *La prevención del riesgo de evicción*).

⁷⁹ Las diferencias obedecen principalmente a la distinta organización, como agencia y como colegio obligatorio respectivamente, de estos funcionarios.

⁸⁰ Lo que, como apunta PARDO en la obra citada, pág. 128, impide discriminar precios en función de la propensión al riesgo de determinados grupos lo que, como señala el autor, podría a su vez estimular el comportamiento oportunista de estos al no haber la reacción penalizadora con que las compañías suelen contestar este tipo de actitudes. En la práctica, este estímulo se traduce en un incremento de la dificultad para que los registradores ejerzan el control de legalidad que tienen encomendado y del riesgo que asumen al decidir sobre la extensión de un asiento.

⁸¹ En el sistema español, donde cada registrador hace suyas las cantidades satisfechas a cambio de la inscripción en concepto de arancel, existe una franquicia que evita su comportamiento oportunista pues, de otro modo, si no existiera, se incentivaría peligrosamente la inscripción o, lo que es igual, la producción de errores ya que, mientras que el beneficio de la asunción del riesgo solo aprovecharía al que la practicara, el coste de la indemnización que, si se materializara, habría que satisfacer, se repartiría.

⁸² Como es lógico, este principio de libertad de prueba rige también en los países en que el funcionario encargado de llevar el registro es un juez (Alemania, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Austria, Suiza, etc.). La atribución irreversible de un derecho real que la práctica de un asiento puede suponer impone este principio de libertad de prueba que, además, ayuda a eliminar errores y, por ende, reduce el número de casos en que la obligación de indemnizar el daño causado se da.

⁸³ En Alemania, la obligación de ratificar la prestación del consentimiento ante el registrador excluye este riesgo. En cuanto a Suecia y, en general, los países escandinavos la fe pública del Registro no se extiende a los supuestos en que el negocio de adquisición u otro de los antecedentes es declarado nulo por error en alguno de los cuatro hechos que a continuación se citan y cuyo enjuiciamiento se atribuye ordinariamente a los agentes inmobiliarios y a las entidades bancarias. De acuerdo con esta atribución, ellas son también las que asumen la responsabilidad generada por dicho error. En el número especial conmemorativo del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en México D.F. en octubre de 2004, la revista *Escribano*, publicada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, recoge un artículo firmado por los profesores LUCS WEYTS y ANDERS VICTORIN en el que se dice: «(En Suecia) los notarios son innecesarios porque otras instituciones sociales ejecutan sus funciones. Desde antaño, especialmente en las áreas rurales, con frecuencia se solicitaba a jueces legos participar en la redacción de contratos de compraventa de bienes inmuebles. Con el paso del tiempo, los abogados y otros profesionales participaron en las negociaciones y en la redacción de los contratos especialmente en materia mercantil. Mucho más importante en este rubro ha sido, sin embargo, la intervención de agentes inmobiliarios y de las instituciones bancarias en inmuebles de propiedad particular. En efecto, resultaba de su propio interés constatar que los documentos de venta fuesen legítimos y que el comprador y el vendedor hubiesen sido plenamente identificados. De aquí que debía exigirse que constara siempre su identidad».

⁸⁴ El error en la identificación del compareciente constituye un caso paradigmático de esta hipótesis. Acogiéndose a esta falta de responsabilidad objetiva del notario, la sentencia de 30 de septiembre de 2010, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, exoneró al autorizante de una escritura de compraventa y otra posterior de préstamo hipotecario de la obligación de indemnizar los daños causados por la usurpación por el compareciente de una identidad falsa y ello a pesar del error en que, al enjuiciarla, dicho notario había incurrido.

⁸⁵ El principio general de responsabilidad objetiva de la Administración y su consiguiente obligación de indemnizar los daños producidos por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos está recogido en los artículos 106.2 de la Constitución Española y en el 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁸⁶ El notariado siempre ha reivindicado como propia esta función de identificación. Lo ha hecho hasta el punto de que su entendimiento de que la dación de fe de la identidad de las personas le correspondía en régimen de monopolio fue uno de los motivos por los que su Consejo General impugnó la legalidad del artículo 3 del Real Decreto 1290/1999, que determina que «los servicios técnicos y administrativos destinados a garantizar la validez de los actos y documentos emitidos o recibidos a través de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos son los que permiten: a) Acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación así como la autenticidad de la voluntad; b) garantizar la integridad y conservación del contenido del documento en su emisión y recepción; c) acreditar su presentación o, en su caso, la recepción por el destinatario, de notificaciones, comunicaciones o documentación». Sin embargo, la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala 3.ª del TS de 2 de julio de 2001 sancionó dicha legalidad por entender que no afectaba a las competencias que la ley atribuía al recurrente.

⁸⁷ Esta falta de responsabilidad contradice el artículo 1 del primer protocolo adicional de la Convención Europea de Derechos Humanos toda vez que, mediante la inscripción del contrato otorgado por una persona diferente del titular registral, puede ocurrir que este «sea privado» de su derecho de propiedad sin que, paradójicamente, tenga derecho a ser resarcido de esta pérdida, lo que excluye la concurrencia de uno de los cinco requisitos que, como hemos venido analizando, la jurisprudencia europea exige para que tal privación pueda tener lugar. Por esta razón, en estos supuestos y en última instancia, la responsabilidad debe ser asumida por el Estado. Ahora bien, si esto es así y tiene que serlo, este se verá obligado a pagar debido a un error cometido por un operador en quien él ha delegado el monopolio del ejercicio de la función de identificación de los comparecientes y otorgantes de los únicos negocios jurídicos que pueden inscribirse ya que, salvo ciertas excepciones, su constancia en una escritura pública es requisito formal imprescindible para su acceso al Registro. Ahora bien, como consecuencia de este, tales negocios pueden dar lugar a la atribución *erga omnes* del derecho a favor del adquirente o del tercero que, a su vez, adquiera el derecho de él aún en el caso de que el titular registral ni se haya enterado de que se ha usurpado su personalidad. Además del sin-sentido que esta obligación del Estado reviste, su presencia constituye un riesgo para Él debido al nulo interés que ese operador tendrá en corregir esta deficiencia ya que no le supone ningún perjuicio.

⁸⁸ La fijación y publicación de la capacidad natural de las personas físicas también corresponde al Registro Civil. Desde este punto de vista, la ineficiencia que aqueja a su funcionamiento también implica un nuevo riesgo que afecta a la seguridad jurídica, un riesgo cuya implícita amenaza resulta incrementada tanto por la impericia del notario y la subjetividad del juicio que ha de emitir como por su falta de responsabilidad objetiva.

⁸⁹ Dado que la acreditación de estas circunstancias tiene únicamente lugar por la manifestación del compareciente, es factible a día de hoy que, en España, un ciudadano compre como ganancial aún estando soltero o, al revés, o que, en una misma mañana, otorgue varios contratos con un estado o una vecindad civil diferente en cada uno de ellos. Las lagunas que este deficiente funcionamiento del sistema genera minan la credibilidad de nuestro sistema de seguridad jurídica. Es inadmisibles que, con el desarrollo actual de la tecnología, la declaración de parte se imponga en el tráfico jurídico a la verdad oficial o que se siga hablando de la protección de la «apariencia» siendo así que, si la contratación continúa sustentándose sobre esta, es debido a una ineficiencia que algunos parece que no tienen interés en corregir.

⁹⁰ Las sentencias del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 1996, de 31 de mayo y 4 de noviembre de 1997, de 28 de junio de 1999, de 1 de octubre de 2001, de 26 de junio de 2009, de 5 de noviembre de 2010 y de 25 de mayo de 2011, entre otras, han entendido que la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que concurran los siguientes requisitos: un daño económicamente valuable, una relación de causa-efecto entre este y la actuación de la Administración, un comportamiento antijurídico o sea, arbitrario o irracional de la misma en virtud de la que quepa concluir que el ciudadano no tiene la obligación de soportar el perjuicio sufrido y la ausencia de una causa de fuerza mayor.

NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA CRÍTICA DE 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 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 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
 - Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los ESTUDIOS tendrán una extensión 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 irán 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.
- II. 1.
- III. 1. A.
- IV. 1. A. a)
- V. 1. A. a) a')

- 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:

Por ejemplo, STS de 22 de octubre de 2002.

- 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 las citas y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, 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.

Ejemplo: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial nombre y apellido (ed./dir./coord.), Título del libro. Ciudad: Editorial (página inicial y final).

Ejemplo: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). «Comentario al artículo 211». En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2.º Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, número de la revista, páginas inicial y final.

Ejemplo: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). «Los alimentos debidos a la viuda encinta». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, págs. 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.

Ejemplo: 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.

Ejemplo: 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 citas 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.